

Fernando A. N. Galvão da Rocha (org.)

ESTUDOS DE
**DIREITO PENAL
AMBIENTAL**



EXPERT
EDITORA DIGITAL

Fernando A. N. Galvão da Rocha (org.)

O presente livro é fruto das discussões realizadas no curso da disciplina Tutela penal do ambiente, do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que é vinculada à área de estudos sobre Direito Penal Contemporâneo. São examinados temas importantes para a operação do Direito Penal Ambiental. Espera-se que as reflexões desenvolvidas possam estimular o aprimoramento das medidas que visam a prevenção dos crimes ambientais.

Autores:

Ciro Costa Chagas

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Leo Maciel Junqueira Ribeiro

Beatriz Vasconcelos Coelho Melo

Mariana Barbosa Rosa

Danilo Emanuel Barreto de Oliveira

Luiz Augusto Pessoa Nogueira

Wesley Sanchez Lacerda

Paola Alcântara Lima Dumont

Jessica Vieira de Carvalho

ISBN 9786589904014



9 786589 904014 >



EXPERT
EDITORA DIGITAL

UFMG

UNIVERSIDADE FEDERAL
DE MINAS GERAIS

CC creative commons

Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da
Estudos de Direito Penal Ambiental
Belo Horizonte, 2021: Editora Expert.

Organizador: Fernando A. N. Galvão da Rocha

ISBN: 978-65-89904-01-4

Páginas: 225

1. Direito ambiental 2. Direito 3. Direito Penal 4. Direito Administrativo I. I. Título

CDD:341.347

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br





Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

Estudos de Direito Penal Ambiental

Fernando A. N. Galvão da Rocha (org.)

Belo Horizonte
2021

Sumário

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Apresentação 12

Ciro Costa Chagas

A REURB e seus reflexos penais - possibilidade de efeito modificativo (*abolitio criminis*) aos crimes de parcelamento do solo urbano

1. Introdução	14
2. A cidade e o processo histórico de urbanização	16
3. A regularização fundiária e a Lei nº 13.645/2017	19
4. Responsabilidade penal na regularização fundiária urbana.23	
4.1 Crimes de parcelamento ilegal do solo urbano (artigos 50 a 52 da Lei nº 6.766/79).....	26
4.1.1 possibilidade de efeito modificativo (<i>abolitio criminis</i>) em normas penais em branco heterogêneas	31
5. Conclusão	33
6. Referências.....	34

Fernando A. N. Galvão da Rocha

Acordo de não persecução penal em crimes ambientais

1. Introdução.....	38
2. Origem do instituto	39
3. Criticas aos institutos negociais advindos do sistema da <i>common law</i>	40
4. Acordo de não persecução penal	45

4.1 Pressupostos do acordo.....	46
4.1.1 Elementos para a propositura de ação penal.....	46
4.1.2 Não ser o caso de perseguir a aplicação da pena privativa de liberdade	47
4.2 Requisitos	47
4.2.1 Confissão do investigado	47
4.2.2 Infração sem violência ou grave ameaça	49
4.2.3 Infração penal cuja pena mínima cominada seja inferior a 04 (quatro) anos.....	50
4.2.4 Inadmissibilidade do acordo	51
4.3 Condições ajustadas	52
5. Procedimento do acordo.....	56
5.1 Negociação	56
5.2 Termo de acordo	57
5.3 Homologação Judicial.....	58
5.4 Execução do acordo.....	60
6. Rescisão do acordo.....	60
7. Acordo de não persecução penal para os crimes ambientais	61
8. Conclusões	62
9. Referências.....	62

Leo Maciel Junqueira Ribeiro

Existe espaço para erro de proibição em casos que envolvam a aplicação de leis penais em branco?

Análise sobre os elementos do dolo e da consciência da ilicitude aplicados ao art. 50-A da Lei nº 9.605/1998

1. Introdução.....	67
2. Caso concreto utilizado para a presente análise	68
3. Distinção entre elemento normativo do tipo, complemento da lei penal em branco e a ilicitude da conduta praticada.....	70
4. Sobre a impossibilidade sistemática de que o dolo contenha a	

consciência da ilicitude	72
5. Debates sobre o erro de subsunção como erro de proibição ..	
.....	74
6. Conclusões	75
7. Referências	77

Beatriz Vasconcelos Coelho Melo

Considerações sobre o princípio da taxatividade e o delito de extração irregular de minério

1. Introdução.....	80
2. O princípio da taxatividade no Direito Penal	81
3. Breves apontamentos sobre o delito de extração irregular de minério.....	84
4. Conclusões	87
5. Referências	91

Mariana Barbosa Rosa

Criminal compliance e risco reputacional Considerações acerca da criminalidade ambiental da pessoa jurídica e dependência comunitária

1. Introdução	94
2. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil	96
3. Risco reputacional e queda das barragens de mariana e brumadinho	101
4. Indiferença corporativa e dependência comunitária	105
5. Considerações finais	108
6. Referências	110

Danilo Emanuel Barreto de Oliveira

O instituto do silêncio administrativo positivo da lei da liberdade econômica e suas repercussões à tutela penal ambiental

1. Introdução.....	112
2. Conceito de silêncio administrativo.....	115
3. Efeitos legais do silêncio administrativo	117
4. Silêncio administrativo positivo de atos públicos de liberação em matéria ambiental.....	118
4.1 O art. 3º, inciso IX, como silêncio administrativo positivo	119
4.2 Limites do silêncio administrativo positivo da LLE e sua aplicabilidade aos atos públicos de liberação relacionados às normas de proteção do meio ambiente	120
4.2.1 atividades econômicas de baixo risco (art. 3º, I, LLE) ..	120
4.2.2 hipóteses expressas de inaplicabilidade do silêncio administrativo positivo do art. 3º, IX, LLE.....	123
4.2.3 classificação de atividade com impacto significativo ao meio ambiente por órgão ambiental competente.....	124
4.2.4 licenciamento ambiental como expressa vedação legal ao silêncio administrativo positivo e hipótese de silêncio administrativo translativo	129
4.3 Repercussões do silêncio administrativo positivo da LLE à tutela penal do ambiente.....	133
5. Inconstitucionalidade do silêncio positivo em matéria ambiental	138
6. Desaparecimento do silêncio positivo em matéria ambiental no direito internacional	141
7. Considerações finais	142
8. Referências.....	145

Luiz Augusto Pessoa Nogueira

O impacto dos atos administrativos na tutela penal ambiental

1. Introdução.....	150
2. Definição constitucional de meio ambiente	151
3. Normas penais ambientais em branco e a importância dos atos administrativos para a efetividade da tutela penal ambiental.....	156
4. Tipo penal ambiental e o princípio da legalidade.....	159
5. Conclusão.....	162
6. Referências.....	162

Wesley Sanchez Lacerda

Abordagem tipológica dos arts 38, *caput* e 38-A, *caput*, da Lei nº 9.605/98 no âmbito do Caso Brumadinho

1. Introdução.....	165
2. A evolução histórico-normativa da proteção penal florestal no Brasil	166
3. A readequação da infração administrativa e suas implicações no plano penal	171
4. Concurso delitivo entre os tipos penais dos arts 38, <i>caput</i> , e 38-A, <i>caput</i> – possível <i>bis in idem</i> ?.....	180
5. Conclusão.....	184
6. Referências.....	185

Paola Alcântara Lima Dumont

Breves considerações sobre o crime de extração irregular de ouro

1. Introdução.....	188
2. Proteção normativa	189
3. Problemática envolvendo extração e venda irregular de ouro	193
3.1 Problemas ambientais e socioambientais.....	193
3.2 Problemas relacionados a esfera penal	194
4. Sugestões para implementação de garantia de origem do ouro.....	200
5. Conclusão.....	203
6. Referências	204

Jessica Vieira de Carvalho

Tráfico de animais silvestres à luz do direito penal

1. Introdução	207
2. Breve contextualização do tráfico de animais silvestres no Brasil	208
3. A proteção jurídica da fauna	212
4. Responsabilidade penal nos crimes contra a fauna.....	217
5. Considerações finais	220
6. Referências	222

Apresentação

Fernando A. N. Galvão da Rocha¹

A Constituição da República confere especial destaque à tutela do meio ambiente. Nos termos de seu art. 225, o meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, constitui um direito fundamental das presentes e futuras gerações. Em favor de sua tutela, a Constituição determina responsabilização penal e administrativa, além da obrigação de reparar os danos que lhe forem causados.

Inobstante a expressa preocupação constitucional, os danos ambientais se apresentam cada vez maiores nos ecossistemas brasileiros e a concreta responsabilização dos ofensores não acontece a contento. Os casos de Mariana e Brumadinho, ambos no Estado de Minas Gerais, evidenciam o potencial lesivo dos empreendimentos que não observam as medidas protetivas adequadas e a grande dificuldade prática para a responsabilização dos causadores dos danos ambientais. No âmbito administrativo, na média histórica, somente 5% (cinco por cento) das multas aplicadas acaba sendo pago.² A responsabilização pelos crimes ambientais, por sua vez, enfrenta a dificuldade decorrente da maior possibilidade da prescrição decorrente das penas brandas instituídas pela Lei nº 9.605/98 e a conhecida morosidade do Poder Judiciário.

Muito embora a Constituição expressamente imponha ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e de pre-

¹ Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargador Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

² SOARES, João Pedro. Os entraves à punição de crimes ambientais no Brasil. Disponível em <<https://www.dw.com/pt-br/os-entraves-%C3%A0-puni%C3%A7%C3%A3o-de-crimes-ambientais-no-brasil/a-50199533>>. Acesso em 06 de janeiro de 2021. O autor ainda informa que 80% (oitenta por cento) do valor arrecadado com a multa fica com o Tesouro Nacional e apenas 20% (vinte por cento) é destinado ao Fundo Nacional de Meio Ambiente.

servá-lo para as presentes e futuras gerações, o plano constitucional de proteção ambiental não se materializa na realidade brasileira.

Nos limites de sua contribuição, cabe à universidade colocar o tema da proteção ambiental na mesa para discussão, com toda as suas fragilidades e urgência.

O texto que ora apresento ao leitor é fruto das discussões realizadas no curso da disciplina *Tutela penal do ambiente*, do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, que é vinculada à área de estudos sobre Direito Penal Contemporâneo. Espera-se que as reflexões desenvolvidas possam estimular o aprimoramento das medidas que visam a prevenção dos crimes ambientais.

A REURB e seus reflexos penais - possibilidade de efeito modificativo (*abolitio criminis*) aos crimes de parcelamento do solo urbano

*Ciro Costa Chagas*³

1. Introdução

O processo de urbanização moderno brasileiro, como veremos em breve relato histórico, somente se inicia com a introdução da política da Metrópole, em seu desejo municipalista, contrário aos até então existentes povoamentos rarefeitos e espaçados, como nas chamadas “sesmarias”.

Ressalvadas as concentrações urbanas das zonas de mineração, a concentração de pessoas em zonas urbanas não era fato comum na sociedade brasileira. O movimento de concentração em massa se dá apenas no fim do século XVIII e início do século XIX, transformando a visão das cidades existentes na década de 1940 como espelho da modernidade em evolução a um Brasil arcaico, para um retrato de violência, poluição, tráfego caótico entre outros inúmeros males, como se viu já na década de 1990.

Essa concentração em massa espacial de pobreza, constituída à margem da lei, acaba por ficar excluída do processo urbanísticos das cidades modernas brasileiras. Estes indivíduos então passam a morar em moradias irregulares e clandestinas, desenvolvendo então a ideia contemporânea de déficit de habitabilidade como explica Betânia de Moraes Alfonsin.

Como veremos, a solução para o problema de déficit habitacional já existente na década de 1960, foi a criação, feita pelo governo bra-

³ Doutorando em Direito Penal e Sistema Financeiro Nacional no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito das Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade Milton Campos. Professor de Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estácio de Sá. Professor na Pós Graduação Estácio em Governança Corporativa, Especialista em Derecho Penal Económico y Teoría del Delito (Universidad Castilla La-Mancha- Espanha). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho. Sócio do escritório Moises Freire Advocacia, Advogado Criminalista.

sileiro, do chamado Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e o Banco Nacional de Habitação (BNH). No entanto, a política habitacional da época, embora tenha auxiliado na construção de moradias, não foi suficiente para atender as demandas reais da sociedade.

Para auxiliar na solução do déficit habitacional, no ano de 2017, foi promulgada uma importante legislação de regularização fundiária, a Lei nº 13.645/2017, chamada de Reurb, a qual utilizaremos de referencial legal de estudo.

Ocorre que o legislador deixou um sério entrave de responsabilidade ao dispor que o requerimento de Regularização Fundiária Urbana, chamada aqui pela Lei de Reurb, não eximiria de responsabilidades os proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, nos termos de seu art. 14 § 3º.

Diante das possíveis responsabilidades penais deixadas na lei de regularização e os conceitos de núcleos urbanos informais prevista na Lei nº 13.465/17, precisamos responder algumas perguntas. Os conceitos de núcleos urbanos informais prevista na Lei nº 13.465/17 seriam equivalentes aos tipos penais definidos nos crimes de parcelamento ilegal do solo urbano? A pergunta surge pois o legislador, ao passo que insere a possibilidade de se regularizar parcelamento clandestino ou irregular, paradoxalmente, ao tratar da legitimidade dos requerentes à Reurb (Lei de Regularização Fundiária), deixou clara que *“O requerimento de instauração da Reurb por proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, não os eximirá de responsabilidades administrativa, civil ou criminal.”*

Outro ponto a ser respondido, o legislador ao produzir norma legal, extensa, com o intuito de regularizar situação de ilegalidade, acarretou *abolitio criminis* em virtude de alteração de seu complemento extrapenal pela autoridade competente? Para tentar responder esta indagação, analisaremos os delitos tipificados entre os artigos 50 e 52 da Lei nº 6.676/1979 e os aspectos dogmáticos das normas penais em branco.

Destarte, o problema central em estudo, será identificar eventual responsabilidade penal existente aos sujeitos requerentes da Reurb e a possibilidade de efeito modificativo (*abolitio criminis*) em normas penais em branco heterogêneas. Faz-se imperioso, para tanto, elucidar as normas vigentes quanto ao tema e percorrer os institutos dogmáticos das normas penais em branco.

2. A cidade e o processo histórico de urbanização

Como leciona Gideon Sjoberg, as primeiras cidades formaram-se por volta do ano de 3500 a.C no vale compreendido pelo Tigre e o Eufrates.⁴ No entanto, apesar de estes núcleos pré-urbanos, como define o autor, existirem há mais de 5.500 anos, o processo de urbanização é fenômeno tipicamente moderno.

Já no Brasil, como leciona José Afonso da Silva, o fenômeno urbano constrói-se a partir de uma perspectiva de política de ocupação e povoamento da Colônia, e sua evolução liga-se estreitamente aos ciclos econômicos brasileiros.⁵ Neste período, os núcleos urbanos foram resultantes da ação urbanizadora das autoridades coloniais, não de criação espontânea de massa, como acrescenta o autor.

O processo de urbanização moderno brasileiro, explica Oliveira Vianna, somente se inicia com a introdução da política da Metrópole, em seu desejo municipalista contrário aos até então existentes povoaamentos rarefeitos e espaçados como nas chamadas “sesmarias”. O autor descreve o momento histórico anterior como absenteísmo urbano, amalgamado na nossa lógica de formação social até então existente, tendo como exceção as zonas de mineração.⁶

Segundo Oliveira Vianna, a concentração urbana no período colonial apenas se deu nas chamadas zonas mineradoras, sendo esta

4 SJOBERG, Gideon. Origem e evolução das cidades. In: DAVIS, Kingsley et al. *Cidades: a urbanização da humanidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972, p. 26

5 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 21.

6 VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1949. Vol. 1, p. 108

inevitável. Isso, porque ao contrário das vastas extensões de terras no extremo-sul do país, planalto meridional ou nos sertões do nordeste, nas chamadas “zona dou ouro”, as concessões de terras eram pequenínissimas extensões que raramente passavam de seis braças.⁷ Para noção do leitor, as medidas agrárias citadas são equivalentes aos chamados lotes urbanos, entre 350 a 500 metros quadrados.⁸

Como narrado, a política de urbanização brasileira perpetrada pela Metrópole era contraditória, pois esta pretendia instaurar um regime municipalista, mas isolava o homem em suas concessões de “sesmarias”.

Em um salto histórico, o século passado, explica José Afonso da Silva, transformou a visão das cidades existentes na década de 1940, como espelho da modernidade em evolu o a um Brasil arcaico, para um retrato de violência, polui o, tráfego caótico entre outros inúmeros males, como se viu já na década de 1990.⁹ Esta mudança de visão retrata o lado intenso do crescimento econômico e desigual, resultando numa inédita e gigantesca concentra o espacial da pobreza em massa.¹⁰

Essa concentra o em massa espacial de pobreza, constituída à margem da lei, acaba por ficar excluída do processo urbanísticos das cidades modernas brasileiras. Estes indivíduos então passam a morar em moradias irregulares e clandestinas, desenvolvendo então a ideia contemporânea de déficit de habitabilidade como explica Betânia de Moraes Alfonsin.¹¹

Para tentar solucionar o problema de déficit habitacional, já existente na década de 1960, foi então criado pelo governo brasileiro, o chamado Sistema Financeiro de Habita o (SFH) e o Banco Nacional

7 VIANNA, Oliveira. *Ibidem*, p. 131

8 ALMEIDA, Teófilo Marien. *Uma questão fora de medida*. Disponível em: <<http://aquestaoflorestal.blogspot.com/2011/09/uma-questao-fora-de-medida.html>>. Acesso em 20 de out. 2020.

9 SILVA, José Afonso. *Ibidem*, p. 22

10 *Ibidem* José Afonso da Silva. *Ibidem*, p. 23

11 ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Instrumentos e experiências de regulariza o fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Delta, 1997, p. 21.

de Habitação (BNH). Ambas as instituições visavam o financiamento de milhões de casas populares no país mas, a nosso sentir, preocupando-se com números de residências (déficit habitacional), e não com urbanização que concedesse segurança no direito de morar e qualidade de vida aos seus moradores (habitabilidade).

Como visto, a política habitacional da época, embora tenha auxiliado na construção de moradias, não foi suficiente para atender as demandas reais da sociedade.¹²

Outro ponto importante a ressaltar, como explica Paola de Castro Ribeiro Macedo, é que o fenômeno da irregularidade fundiária brasileira não se limita à faixa de população de baixa renda. O setor imobiliário, aproveitando-se dos incentivos governamentais na facilidade de crédito, sendo construtoras ou empreendedoras, alavancam o número de empreendimentos e para transpor a legislação urbanística e ambiental, (cada vez mais exigentes), utilizam-se de subterfúgios para vender imóveis com preços melhores.¹³ Tais fatos, proliferaram todo tipo de irregularidade urbana, coletiva ou individual, sob pontes ou em condomínios de luxo construídos sob áreas verdes ou em faixas litorâneas restritas.

Do outro lado do problema, o poder público, incapaz de solucionar o problema de habitabilidade, também se demonstrou incapaz em coibir e fiscalizar as práticas irregulares e proibidas de urbanização.

A ausência de habitabilidade, a nosso ver, somada às irregularidades fundiárias de todo tipo no Brasil, trouxe a necessidade de edição de novas normas que pudessem mitigar a gravidade do problema fundiário brasileiro. Ressalte-se aqui duas legislações marcantes na tentativa do Poder Público em dar solução ao problema, o *Estatuto da Cidade*, Lei nº 10.527/2001 posteriormente modificada pelas leis nºs 11.977/2009 e Lei 12.424/2011 e a *Lei de Regularização Fundiária*, Lei nº 13.465/2017 regulada pelo Decreto nº 9.310/2018.

Além das legislações supracitadas, outras legislações, como a Lei de Parcelamento e Uso do Solo, Lei nº 6.766/1979; o Decreto Lei

12 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 34.

13 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 61.

nº 58/1937, ainda vigente; o Código de Posturas Municipais; Código de Obras e os diversos regulamentos ambientais, somam-se à atividade de controle preventiva por meio do Poder Público. Frise-se aqui a complexidade e sobreposição normativa visível, o que para nós explica grande parte do problema, mas não todo.

Ao nosso leitor, deixamos claro que a intenção deste estudo não foi produzir um manual ou um compêndio de regularização fundiária, nem muito menos esgotar o enfrentamento ao problema de regularização, até porque a temática merece discussão profunda, não cabível neste pequeno texto. Foi realizado um pequeno introito para que pudessemos caminhar em direção ao nosso recorte metodológico, qual seja, os problemas de responsabilidades penais ambientais deixados pela mais recente Lei de Regularização Fundiária, Lei nº 13.465/2017. A Lei nº 13.465/2017 foi escolhida como marco teórico pela sua importância e impacto no sistema de regularização fundiária.

3. A regularização fundiária e a Lei nº 13.645/2017

Como dito no capítulo anterior, passaremos agora a abordar o marco teórico central de nosso trabalho, para chegarmos a seguir ao recorte metodológico.

A Regularização Fundiária Urbana, atualmente, é disciplinada de forma geral pela Lei nº 13.645/2017 e pelo Decreto nº 9.310/2018. Este ponto, como ressaltado anteriormente, não se olvida de demais legislações municipais existentes conforme atribuição de competência constitucional.¹⁴ Frise-se inclusive que o Município de Belo Horizonte debate Projeto de Lei sobre o tema, sob o número PL 945/20, já aprovado em primeiro turno.¹⁵

14 A constituição de 1988 atribuiu competência constitucional aos municípios brasileiros, qual seja, aquela prevista no artigo 30, VIII, da CF/88, consistente em “promover, no que couber, adequado planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

15 BELO HORIZONTE. Câmara Municipal de Belo Horizonte. Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2020/09/autoriza%C3%A7%C3%A3o-de-empr%C3%A9stimo-e-projeto-de-regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria-s%C3%A3o>> Acesso em 05 nov. 2020

O Projeto de Lei supracitado tem como objetivo principal a criação de programa de regularização fundiária em duas modalidades: o Reurb-S, que trata da “regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda que esteja incluída no Cadastro Único para Programas Sociais”; e o Reurb-E, que propõe a “regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I” (Reurb-S). Ressalte-se, novamente, que o Projeto de Lei visa cumprir comando constitucional atribuído na Carta Magna e reproduz o comando do artigo 13, incisos I e II da Lei 13.465/2017.¹⁶

Ao que pese a norma da municipalidade ainda não ter sido aprovada de forma definitiva, é possível promover a regularização diretamente com base na lei federal aqui em análise. A Lei nº 13.645/2017, como explica Paola de Castro Ribeiro Macedo, dispõe que a Regularização Fundiária Urbana abrange “medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”¹⁷, conforme seu art. 9º.¹⁸

Deixamos claro ao leitor que não temos, neste trabalho, a pretensão de nos aprofundarmos aos institutos de direito urbanístico, mas, diante dos conceitos legais transcritos, nos parece claro que o particular que estiver inserido em irregularidade urbana poderá utilizar-se da Lei de Regularização Fundiária para buscar solucionar seu problema legal.

16 Art. 13. A Reurb compreende duas modalidades:

I - Reurb de Interesse Social (Reurb-S) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal; e

II - Reurb de Interesse Específico (Reurb-E) - regularização fundiária aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese de que trata o inciso I deste artigo.

17 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 70

18 Art. 9º Ficam instituídas no território nacional normas gerais e procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária Urbana (Reurb), a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Retomando, a legislação federal de regularização fundiária como se observa, não limitou dimensão ao falar sobre os núcleos urbanos, optando assim em conceder abrangência, o que denota possível reconhecimento à complexidade do problema enfrentado. Como já explicado em capítulo anterior, o problema não se resume às faixas econômicas.

O legislador além de permitir abranger a regularização de diversas dimensões¹⁹, buscou se aproximar da chamada *regularização plena*, como esclarece Arícia Fernandes Correia e explica:

Com efeito, regularização plena é o processo através do qual, após a devida urbanização da área, mediante obras de infraestrutura urbana (saneamento, drenagem, arrumamento) (i) se enquadra o imóvel em padrões urbanísticos que garantam a regularidade urbanística da área (planejamento urbano local, legislação própria de uso e ocupação do solo, nomeação de logradouros); (ii) se titula o proprietário da terra ou se garante a sua posse (pelos mais variados títulos); (iii) se articula a oferta de melhorias habitacionais e socioambientais (serviços públicos locais à população da comunidade, como saúde, educação, trabalho e renda) que garantam sua sustentabilidade; (iv) se promove o contínuo diálogo urbano (a efetiva participação cidadã), de forma a torná-la participativa, de modo que a própria comunidade beneficiária se aproprie de seu conteúdo, valorize a regularidade e passe ela mesmo a cuidar do espaço público não mais como terra de ninguém, mas de todos, e, enfim, (v) se integra a moradia à cidade, de forma que se tenha por segura a posse ou titulado o domínio de moradia adequada e digna.²⁰

19 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 70

20 CORREIA, Arícia Fernandes. *Direito da regularização fundiária urbana e autonomia municipal*. In MOTA, Maurício Jorge Pereira; MOURA, Emerson Affonso da Costa (Coord.). *Direito à moradia e regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 56.

No entanto, a mesma autora esclarece que a nova legislação possibilitou a titulação, independentemente de urbanização, colacionando um conceito mais dominial como explica Paola de Castro citando Arícia Fernandes.²¹ Segundo Arícia Fernandes o conceito pleno de regularização fundiário não teria sido atingido pela legislação.

A princípio, com a devida vênia, a legislação nos parece coadunar com os preceitos de *regularização plena* acima delineados, ao observarmos os comandos legais e principiológicos inseridos em seu arcabouço, como exigências mais rígidas em termos de conteúdos relacionados ao projeto de regularização. Este também é o entendimento da autora Paola de Castro.²²

A legislação, como muito bem explica Paola de Castro, trata em diversos aspectos como (i) levantamento planialtimétrico com georreferenciamento, exigindo demonstração das unidades, construções, sistema viário, áreas públicas, acidentes geográficos e demais elementos do núcleo informal.(ii) estudo preliminar das desconformidades e das situações jurídicas, urbanísticas e ambientais da área, além de proposta de soluções para tais questões; (iii) cronograma de serviços e implantação de obras de infraestrutura essencial, (iv) compensações urbanísticas e ambientais, assim como termo de compromisso a ser assinado pelos respectivos responsáveis públicos ou privados; (v) melhoria nas condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior.²³

Além das disposições legais, a legislação se baseia em uma estrutura principiológica elencadas em seu art. 9º § 1º, como *sustentabilidade econômica, social e ambiental, ordenação territorial e eficiência*.

Nos parece, diante do exposto, que a legislação buscou permitir da maior forma possível a chamada regularização plena ou integral. No entanto, o dispositivo deixou um sério entrave de responsabilidade ao dispor que o requerimento de Regularização Fundiária Urbana, chamada aqui pela Lei de Reurb, não eximiria de responsabilidades

21 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 70.

22 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 71.

23 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Ibidem*, p. 71-72.

os proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores.²⁴

A mais preocupante delas, eventual responsabilidade criminal, nos permite chegar finalmente ao nosso recorte metodológico.

4. Reponsabilidade penal na regularização fundiária urbana

O Direito Penal, mais precisamente o Direito Penal Econômico, tem se adaptado as muitas e novas nuances que lhe são impostas em torno da moderna sociedade corporativa. Tal sociedade lida agora com crimes que por vezes atingem bens jurídicos supraindividuais e que costumam apresentar certo distanciamento ao cotidiano do cidadão comum.

O movimento de internacionalização do Direito Penal, e a enorme pressão das entidades internacionais, empurra ao legislador nacional novos conceitos para lidar com a gestão de riscos da atividade econômica. Um bom exemplo do *turn over* do conceito de gestão de risco empresarial é que este agora não lida apenas com fundamentos de custos econômicos, mas também passa a considerar os pesados custos do Direito Penal.

Nesta perspectiva de ampliação do Direito Penal Clássico, e por conseguinte proteção de bens jurídicos supraindividuais, passa-se a considerar a atribuição de responsabilidades penais para aqueles que ofendem o meio ambiente. Como leciona Luís Greco, está claro que em razão da importância do meio ambiente, como pressuposto da vida humana e do planeta como um todo, impõe-se ao estado o dever de preservá-lo e protegê-lo.²⁵

24 Art. 14. Poderão requerer a Reurb:

§ 3º O requerimento de instauração da Reurb por proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, não os eximirá de responsabilidades administrativa, civil ou criminal.

25 GRECO, Luís, A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, 2006, p. 153

No cenário de tutela do meio ambiente brasileiro, o Direito Penal Ambiental se alicerça fundamentalmente através da Lei de Crimes Ambientais, a chamada Lei 9.605/1998. Não obstante, e para nos mantermos dentro de nosso recorte, outras legislações também buscam reprimir sujeitos que ofereçam risco ao chamando meio ambiente, a qual podemos citar especificamente a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Lei nº 6.766/1979.

A Lei nº 6.766/1979, também conhecida como Lei Lehmanns²⁶, trata, em termos gerais, do parcelamento do solo e traz em seu bojo definições acerca do loteamento e desmembramento do solo. Ocorre que a legislação também trata, em seu Capítulo IX, sobre disposições penais e define como crime contra a Administração Pública em seus artigos 50 e 52:

(i) dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios; (ii) dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença; (iii) fazer ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo. (iv) Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.²⁷

26 A lei do parcelamento do solo urbano também é chamada de Lei Lehmann, pois o projeto de lei que a originou foi apresentado pelo Senador Otto Cirillo Lehmann, em 1977.

27 BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/>

Para garantir maior punibilidade a eventuais sujeitos do delito, a Lei ainda reproduz critério de concurso de pessoas do Código Penal, dispondo em seu art. 51 “*quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade.*”²⁸

Mas o que os crimes de parcelamento ilegal supracitados tem a ver com a Regularização Fundiária? Explicamos, a regularização fundiária, como explicado anteriormente, trata de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes”²⁹, conforme art. 9º da Lei de Regularização Fundiária. E como concluímos no capítulo anterior, o particular que estiver inserido em irregularidade urbana poderá utilizar-se da Lei de Regularização Fundiária para buscar solucionar seu problema legal. Ao menos, o diploma legal passa a prever tal ponto. Senão vejamos:

Art. 15. Poderão ser empregados, no âmbito da Reurb, sem prejuízo de outros que se apresentem adequados, os seguintes institutos jurídicos:
(...)

X - a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular, nos termos do art. 40 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979 ;³⁰

ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em 05 nov. 2020.

28 Ibidem Lei. nº 6.766/79.

29 MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. Ibidem p. 70

30 BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n.ºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida

Eis aqui o ponto fulcral de nosso estudo que passaremos a abordar. A incorporação dos referidos núcleos urbanos informais prevista na Lei nº 13.465/17, seria equivalente aos tipos penais definidos nos crimes de parcelamento ilegal do solo urbano? A pergunta surge pois, o legislador ao passo que insere a possibilidade de se regularizar parcelamento clandestino ou irregular, paradoxalmente, ao tratar da legitimidade dos requerentes à Reurb (Lei de Regularização Fundiária), define que:

Art. 14 . . .

(...)

§ 3º O requerimento de instauração da Reurb por proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, não os eximirá de responsabilidades administrativa, civil ou criminal.

Para tentar responder esta indagação, passaremos a analisar os delitos tipificados entre os artigos 50 e 52 da Lei nº 6.766/1979.

4.1 Crimes de parcelamento ilegal do solo urbano (artigos 50 a 52 da Lei nº 6.766/79)

Como explicado no capítulo introdutório sobre o processo histórico de urbanização brasileiro, a formação dos centros urbanos se intensificou em meados do último século, acompanhado de uma desorganização completa em termos de habitabilidade.

A ausência de sanções na legislação existente sobre a matéria resultava em “carta branca” aos oportunistas para que dividissem grandes porções de terra, vendendo lotes sem registro e em locais sem infraestrutura mínima em detrimento não só dos adquirentes – muitas

Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em 05 nov. 2020.

vezes tentando concretizar o tão almejado “sonho da casa própria” – mas também dos interesses difusos, notadamente o direito ao desenvolvimento sustentável, à ordenação territorial e ao meio ambiente sadio como explica Maria Isabel Rebello Pinho Dias.³¹

A fim de combater tais excessos, foi editada a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, Lei nº 6.766/1979. Segundo Maria Isabel, o grande mérito do diploma legal foi justamente o estabelecimento de responsabilidades àqueles que descumprissem os ditames da norma, tanto na esfera cível, quanto na criminal.

A figura dos delitos abordados e citados neste capítulo são típicas normas penais em branco, pois seu conteúdo depende de complementação. Em termos de classificação doutrinária podemos definir os delitos previstos entre os artigos 50 e 52 como norma penal em branco heterogênea, ou *stricto sensu*. Isso, porque a norma penal em branco é complementada em seu preceito primário por norma diversa da fonte legislativa de onde emanou. Falaremos mais adiante sobre.

Antes de percorremos a estrutura dogmática da norma penal em branco, analisemos, para melhor compreensão da matéria, as figuras do *loteamento*, do *desmembramento de solo* e da *zona urbana*.

Quanto às duas primeiras, é a própria Lei em estudo que, em seu artigo 2º, §§ 1º e 2º, nos dá a conceituação: “*Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes*”.

E: “*Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes*”.

Por sua vez, *zona urbana*, segundo dispõe o § 1º do artigo 32, do Código Tributário Nacional, será aquela definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos, indi-

31 DIAS, Maria Isabel Rebello Pinho Dias. *A incriminação das condutas de parcelamento ilegal do solo urbano à luz dos princípios penais e mandados de criminalização da Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 8.

cados em pelo menos dois dos incisos seguintes, constituídos ou mantidos pelo Poder Público.

Como já expomos, não é pretensão deste trabalho, aprofundarmos nos institutos de direito urbanístico, mas, diante dos conceitos legais transcritos, não nos resta dúvida a possibilidade de interpretação por analogia dos chamados núcleos urbanos informais e os parcelamentos irregulares sancionados pelas normas penais da Lei nº 6.766/1979.

Apenas para exemplificar a possibilidade de nossa interpretação, transcreveremos um trecho de legislação do Município de Fartura, no Estado de São Paulo.

Art. 1º. A regularização fundiária do parcelamento ilegal, irregular ou clandestino do solo (Reurb) poderá ser realizada mediante loteamento, loteamento de acesso controlado e condomínio, nos termos da presente Lei Complementar, em conformidade com as disposições da Lei Federal nº 13.465, de 11 de julho de 2017.³²

Reforçando este entendimento, a própria Lei nº 13.465/17, como narrado no capítulo anterior, afirma poder ser empregado no âmbito da Reurb, *a intervenção do poder público em parcelamento clandestino ou irregular*.

Em, sendo possível, inserir os parcelamentos clandestinos ou irregularidades, na competência regularizadora da Reurb, como lidar com a antinomia contida na possibilidade de responsabilidade criminal conforme art. 14 § 3º da própria Lei, e eventual tipificação nos crimes ainda vigentes de parcelamento ilegal do solo urbano. Acreditamos que a dúvida antinômica aqui exposta também pode ser a de órgãos de fiscalização, persecução e até mesmo do Poder Judiciário. Em sendo assim, retornamos à análise dogmática da norma em comento.

32 FARTURA. Câmara Municipal de Fartura. São Paulo. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/f/fartura/lei-complementar/2020/1/3/lei-complementar-n-3-2020-dispoe-sobre-as-diretrizes-e-normas-para-a-regularizacao-fundiaria-de-parcelamento-ilegal-do-solo-no-municipio-de-fartura-e-da-outras-providencias>> Acesso em 05 nov. 2020

Zaffaroni e Pierangeli destacam que as leis em branco não criam maior problema quando a fonte normativa a que remetem é outra lei formal, isto é, também emanada do Congresso Nacional. Segundo os autores, o problema se torna mais complicado quando a norma não surge de outra lei em sentido formal, e sim de uma lei em sentido material, mas que emana de uma Assembleia Legislativa Estadual ou da Administração (Poder Executivo, inclusive o municipal). Nestes casos, os autores esclarecem que corremos o risco de estarmos diante de uma delegação de atribuição legislativa em matéria penal – que compete ao Congresso da Nação – e que estaria vedada pela Constituição Federal.³³

Em nossa análise, salvo melhor juízo, o caso citado por Zaffaroni e Pierangeli é exatamente o dos artigos aqui analisados. Isso, porque ambos exigem elementos complementadores do tipo, como citado, “normas pertinentes aos Estados e Municípios” ou “pelas determinações constantes em ato administrativo de licença”. É exatamente este caráter de acessoriedade administrativa³⁴, de dependência do Direito Penal em relação ao Direito Administrativo que enfrentamos *in casu*.

A existência de normas que fazem referência direta ao direito administrativo não é exclusividade do direito penal ambiental, mas também ocorre, como destaca Luís Greco, no direito penal econômico.³⁵Deste ponto, destaca o renomado jurista, decorrem dois problemas, um de *política geral* outro de *caráter eminentemente jurídico*.

33 ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1, p. 388.

34 “Ao se utilizar de referências jurídico-extrapenais, o sistema criminal, para além de justificar sua alegada natureza sancionatória ou de reforço, alcança uma curiosa dependência destes outros sistemas. Trata-se do que mais contemporaneamente resolveu-se chamar acessoriedade.” NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade Penal e o Princípio da Legalidade: o Dilema dos Elementos Normativos e a taxatividade. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 18, n. 85, p.219-235, jul/ago. 2010, p. 228.

35 GRECO, Luís, A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 58, 2006, p. 155.

Quanto ao problema de política geral³⁶ estabelecido na relação de complementariedade existente na norma de conteúdo penal em branco, reside o conflito entre a legalidade estrita exigida pelo Direito Penal e a maior margem de discricionariedade permitida no direito administrativo. Diante de tal conflito, poderia o Direito Penal e seu rígido juízo de ilicitude depender de flexível decisão sobre a ilicitude administrativa?

Um exemplo, a fim de problematizar a pergunta acima, vai ao encontro exatamente do nosso objeto de estudo. Diante da possibilidade de, através de ato administrativo,³⁷ aprovar-se a regularização fundiária e expedir documento de Certidão de Regularização Fundiária (CRF), conforme disposto no artigo 11º da Lei nº 13.465/2017. E, pela própria manifestação de vontade do Estado no exercício de suas funções, de posse da CRF, ter a *aprovação da regularidade aferida pelo Estado* (art. 41 da Lei nº 13.645/2017), estaria afastada a possibilidade de responsabilização penal quanto aos crimes aqui também estudados (Crimes de Parcelamento Ilegal do Solo Urbano (artigos 50 a 52 da Lei nº 6.766/79)?

Já quanto ao problema *eminentemente jurídico*, Luís Greco problematiza-o ao indagar se a tolerância eventual de autoridades administrativas na concessão de permissões (licenças, permissão, autorização), mas que se encontram viciadas de alguma ilegalidade, poderia evitar que o particular incidia em cominação penal?

A nosso ver, apesar de o tema merecer estudo isolado e mais aprofundado, o legislador ao produzir norma legal, extensa, com o intuito de regularizar situação de ilegalidade, acaba por produzir *abolitio criminis* em virtude de alteração de seu complemento extrapenal pela autoridade competente. Por lealdade acadêmica, não deixamos de esclarecer que a questão dos efeitos penais carreados pela alteração do

36 GRECO, Luís. *Ibidem*, p. 157.

37 CRETELLA JÚNIOR, José Cretella. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1977, p.19. Segundo autor: “manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.”

complemento da norma penal em branco, especialmente no que tange à sua retroatividade *in bonam partem*, não é pacífica na doutrina.

4.1.1 possibilidade de efeito modificativo (*abolitio criminis*) em normas penais em branco heterogêneas

Os artigos 5º, XL, da CF, e 2º do CP, positivam a retroatividade da lei penal benéfica, que pode se dar nos moldes da *abolitio criminis* ou *novatio legis in mellus*. A primeira, caracterizada pela revogação formal do tipo penal ou supressão material do fato criminoso. A segunda, sinônima da primeira, quando ao fato praticado suceda novo instrumento legislativo que seja mais vantajoso ao agente.³⁸

Para o autor Basileu Garcia, a norma penal em branco é incompleta e o seu complemento, mesmo que se origine de um legislador estranho à sua elaboração, integrará e absorverá a característica de norma penal. “A circunstância mais favorável é a preferível, não pela simples circunstância de ser mais branda, o que, na dúvida, constitui sempre uma razão a atender em assunto de repressão criminal. A nosso ver, a disposição extrapenal de que se entrelaça a norma penal em branco – corpo à procura de alma, como se exprimia Binding – impregna-se de cunho penal, como parte que passa a constituir da figura delituosa. E, por isso, a retroatividade benéfica se impõe.”³⁹ Com base na ideia de legalidade, entendemos da mesma maneira.

A ausência de um dispositivo legal de forma clara e precisa, como destaca o autor Carlos Frederico Benevides Nogueira, que discipline a retroatividade da norma penal em branco e a presença de um dispositivo constitucional expresso (art.5º, inciso XL) reforçam a ideia da retroatividade sempre benéfica. Ainda, o fato de o complemento extrapenal absorver a característica penal da norma principal tem o condão de permear aquela de mesma natureza desta.⁴⁰

38 MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 47.

39 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1951, v.1, Tomo I p.154.

40 NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. *A norma penal em branco heterogênea: con-*

Destaca Wilson Knoner Campos que a questão da antinomia normativa em casos de sucessões legislativas, como disciplinadora do complemento da norma penal em branco, já foi tema de debate no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, que ao decidir pela retroatividade do superveniente complemento mais benéfico, vislumbrou não haver hostilidade aos limites temáticos na nova norma avulsa, quando seu reflexo na órbita penal ocorre de forma ancilar.⁴¹ Sendo assim, não vislumbramos maiores dificuldades em se considerar hipótese de *abolitio criminis* no estudo *in casu*.

De tal modo, ainda que criticável sob diversos ângulos e, inclusive na ótica do enfraquecimento da proteção ambiental, em nosso entendimento, a Lei de Regularização Fundiária, tem eficácia retrooperante inerente ao direito penal, nos termos do art. 5º, XL, CF, e arts. 2º e 107, III, ambos do Código Penal.

Nesse contexto, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade, ao menos pelo fato de o ato normativo emanar do Poder Executivo, justamente porque o que o princípio da estrita legalidade, ou da reserva legal preconiza, em matéria penal, é que a criação de tipos incriminadores seja veiculada por lei formal⁴², o que obviamente não veda a redefinição do complemento da norma penal em branco pela via do decreto presidencial, circunstância que também não obsta a eficácia retroativa⁴³.

siderações acerca de seus efeitos modificativos e de sua conformidade com o princípio da legalidade. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/40274/a-norma-penal-em-branco-heterogenea>>. Acesso em 05 nov. 2020.

41 A questão fora abordada sob o enfoque do crime de contrabando e a sucessão normativa alteradora de seu complemento. No RE 148.687-2/PR, o Excelso pretório concluiu que a anistia tributária implementada por decreto-lei presidencial não ofendia a constituição e tampouco inibia a retroatividade da lei penal mais benéfica, de modo que a superveniente norma autorizativa de entrada no país de determinada mercadoria até então proibida tinha o legítimo efeito de extinguir a punibilidade dos fatos preteritamente praticados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 148.687-2*. Relator Ministro Francisco Rezek. Brasília, 20 de abril de 1995.

42 PRADO. Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência e conexões lógicas com os diversos ramos do direito*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

43 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário ARE 792.211*. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso. Brasília, 08 de abril de 2014; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE 719.697*. Relatora Ministra Carmén Lúcia, Brasília, 31 de novembro de 2012.

Reprise-se aqui os problemas levantados pelo eminente doutrinador, Luís Greco, sobre as normas penais em branco, no início do capítulo 4. Destacamos a crítica de Nicanor Henrique Netto Armando, “norma penal em branco é suscetível a ter seu conteúdo modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a esse respeito”.

Mesmo assim, ainda que sujeita as mais duras e contundentes reprovações, parece-nos inarredável que, por efeito primário do direito fundamental, que é a retroatividade da norma penal mais benéfica, a inovação normativa extrapenal em voga caracterizou *abolitio criminis* no tocante aos tipos penais dos artigos 50 a 52 da Lei nº 6.766/79. Ressaltando que, tal entendimento nosso, só é permitido se os requerentes legitimados pela Reurb, cumprirem a legislação de regularização *in totum*, percorrendo todas as exigências de procedimento para conclusão e entrega da Certidão de Regularização Fundiária.

5. Conclusão

1 - Diante de todo o analisado neste breve ensaio, explicamos que a intenção deste estudo não foi produzir manual ou compêndio de regularização fundiária, nem muito menos esgotar o enfrentamento ao problema de regularização. A ideia do presente estudo, foi debater os eventuais problemas de responsabilidades penais ambientais deixados pela mais recente Lei de Regularização Fundiária, Lei nº 13.465/2017.

2 - A Lei de Regularização Fundiária, Lei nº 13.465/2017, como analisamos, buscou permitir da maior forma possível a chamada regularização plena ou integral. No entanto, o dispositivo deixou um sério entrave de responsabilidade ao dispor que o requerimento de Regularização Fundiária Urbana não eximiria de responsabilidades proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, inclusive criminal.

3 - Compreendemos que a referência aos referidos núcleos urbanos informais prevista na Lei nº 13.465/17, seriam equivalentes aos tipos penais definidos nos crimes de parcelamento ilegal do solo urbano, e sendo assim, passíveis de responsabilidades criminais no âmbito dos artigos 14 § 3º, da Lei nº 13.465/17 e artigos 50 a 52 da Lei nº 6.676/1979.

4 - Apesar de o tema merecer estudo isolado e mais aprofundado, o legislador ao produzir norma legal, extensa, com o intuito de regularizar situação de ilegalidade, acaba por produzir *abolitio criminis* em virtude de alteração de seu complemento extrapenal pela autoridade competente.

5 - Mesmo assim, ainda que sujeita as mais duras e contundentes reprovações, parece-nos inarredável que, por efeito primário do direito fundamental que é a retroatividade da norma penal mais benéfica, a inovação normativa extrapenal em voga caracterizou *abolitio criminis* no tocante aos tipos penais dos artigos 50 a 52 da Lei nº 6.766/79. Ressaltando que, tal entendimento nosso, só é permitido se os requerentes legitimados pela Reurb, cumprirem a legislação de regularização *in totum*, percorrendo todas as exigências de procedimento para conclusão e entrega da Certidão de Regularização Fundiária.

6. Referências

ALMEIDA, Teófilo Marien. *Uma questão fora de medida*. Disponível em <<http://aquestaoflorestal.blogspot.com/2011/09/uma-questao-fora-de-medida.html>> Acesso em 20 de out. 2020

ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Delta, 1997

BELO HORIZONTE. *Autorização de empréstimo e projeto de regularização fundiária são aprovados em 1º turno*. Câmara Municipal de Belo Horizonte. Disponível em <<https://www.cmbh.mg.gov.br/comunica%C3%A7%C3%A3o/not%C3%ADcias/2020/09/autoriza%C3%A7%C3%A3o-de-empr%C3%A9stimo-e-projeto-de-regulariza%C3%A7%C3%A3o-fundi%C3%A1ria-s%C3%A3o>> Acesso em 05 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* 148.687-2. Relator Ministro Francisco Rezek, Brasília, 20 de abril de 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário ARE* 792.211. Relator Ministro Luiz Roberto Barroso, Brasília, 08 de abril de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE* 719.697. Relatora Ministra Carmén Lúcia, Brasília, 31 de novembro de 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 2019*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em 05 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017*. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014; 11.952, de 25 de junho de 2009; 13.340, de 28 de setembro de 2016; 8.666, de 21 de junho de 1993; 6.015, de 31 de dezembro de 1973; 12.512, de 14 de outubro de 2011; 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil); 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil); 11.977, de 7 de julho de 2009; 9.514, de 20 de novembro de 1997; 11.124, de 16 de junho de 2005; 6.766, de 19 de dezembro de 1979; 10.257, de 10 de julho de 2001; 12.651, de 25 de maio de 2012; 13.240, de 30 de dezembro de 2015; 9.636, de 15 de maio de 1998; 8.036, de 11 de maio de 1990; 13.139, de 26 de junho de 2015; 11.483, de 31 de maio de 2007; e a 12.712, de 30 de agosto de 2012; a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001; e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; 1.876, de 15 de julho de 1981; 9.760, de 5 de setembro de 1946; e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993 e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Disponível em <[Direito Penal Ambiental](http://</p></div><div data-bbox=)

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm>. Acesso em 05 nov. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 nov. 2020

CRETELLA JÚNIOR, José Cretella. *Do ato administrativo*. São Paulo: Bushatsky, 1977.

CORREIA, Arícia Fernandes. Direito da regularização fundiária urbana e autonomia municipal. In MOTA, Maurício Jorge Pereira; MOURA, Emerson Affonso da Costa (Coord.). *Direito à moradia e regularização fundiária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DIAS, Maria Isabel Rebello Pinho Dias. *A incriminação das condutas de parcelamento ilegal do solo urbano à luz dos princípios penais e mandados de criminalização da Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

FARTURA. *Lei Complementar nº 3, de 1º de julho de 2020*. Dispõe sobre as diretrizes e normas para a regularização fundiária de parcelamento ilegal do solo no município de fartura e dá outras providências. Câmara Municipal de Fartura. São Paulo. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a/sp/f/fartura/lei-complementar/2020/1/3/lei-complementar-n-3-2020-dispoe-sobre-as-diretrizes-e-normas-para-a-regularizacao-fundiaria-de-parcelamento-ilegal-do-solo-no-municipio-de-fartura-e-da-outras-providencias>>. Acesso em 05 nov. 2020

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. São Paulo: Max Limonad, 1951, v.1, Tomo I.

GRECO, Luís. A relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 58, 2006.

MACEDO, Paola de Castro Ribeiro. *Regularização fundiária urbana e seus mecanismos de titulação de Ocupantes: Lei nº 13.645/2017 e Decreto nº 9.310/2018*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MASSON. Cleber. *Código Penal comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade Penal e o Princípio da Legalidade: o Dilema dos Elementos Normativos e a taxatividade. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 85, p. 219-235, jul/ago. 2010.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Benevides. *A norma penal em branco heterogênea: considerações acerca de seus efeitos modificativos e de sua conformidade com o princípio da legalidade*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/40274/a-norma-penal-em-branco-heterogenea>>. Acesso em 05 nov. 2020.

PRADO. Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência e conexões lógicas com os diversos ramos do direito*. 11 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SJOBORG, Gideon. Origem e evolução das cidades. In DAVIS, Kingsley et al. *Cidades: a urbanização da humanidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.

VIANA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1949, vol. 1.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v.1.

Acordo de não persecução penal em crimes ambientais

Fernando A. N. Galvão da Rocha⁴⁴

1. Introdução

No subsistema do Direito Penal Ambiental, os institutos negociais da aplicação imediata de pena (transação penal) e da suspensão condicional do processo são expressamente previstos na Lei nº 9.605/98 e sua aplicação já faz parte do cotidiano da justiça penal. Aos crimes ambientais praticados por meio de organização criminosa também é aplicável o instituto negocial da colaboração premiada, previsto nos art. 3º-A a 7º da Lei nº 12.850/2013.

Com a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no entanto, o ordenamento jurídico brasileiro passou a oferecer mais um importante espaço para a atividade negocial no Direito Penal. A referida Lei inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal que permite ao Ministério Público firmar com o investigado pela prática de crimes de média gravidade acordo de não persecução penal, com imposição de penas.

Embora o instituto do acordo de não persecução penal não possua previsão expressa na Lei nº 9.605/98, sua aplicação aos crimes ambientais é determinada pelo art. 79 da referida Lei que impõe a aplicação subsidiária das disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

No presente trabalho, pretende-se resolver o problema que diz respeito a saber se o acordo de não persecução penal oferece novas possibilidades para a tutela do meio ambiente. Para tanto será necessário identificar as peculiaridades e o procedimento aplicável aos acordos de não persecução penal nos crimes ambientais.

Pretende-se comprovar que o acordo de não persecução penal constitui negócio jurídico processual que oferece condições mais adequadas para o acompanhamento das ações de reparação de danos e

⁴⁴ Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Desembargador Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais.

para instituição de medidas para a prevenção de novos crimes ambientais.

A argumentação será desenvolvida conforme o método jurídico-dogmático, segundo o qual o ordenamento jurídico é metodologicamente autossuficiente, com relações internas harmônicas entre os seus diversos ramos e institutos.⁴⁵ O raciocínio utilizado é o dedutivo⁴⁶, de base cartesiana⁴⁷, que visa elaborar uma regulamentação suficiente para um adequado sistema de responsabilização da pessoa jurídica. A estratégia metodológica utilizada é a análise de conteúdo⁴⁸.

2. Origem do instituto

O instituto do acordo de não persecução penal possui inspiração no *plea bargaining* do Direito Norte-Americano.

No sistema jurídico americano há repartição de competência entre o direito federal e o direito dos Estados. A competência legislativa dos Estados é a regra. A competência federal é a exceção e está delimitada no texto constitucional. O Direito Penal e o Direito Processual Penal, nesse contexto, são regulados pelo direito de cada Estado, sendo que o direito federal só intervém em tais assuntos de maneira excepcional.⁴⁹

O *plea bargaining* é previsto no *Federal Rules of Criminal Procedure*, que constitui um código federal de processo criminal. Apesar de terem a competência para legislar sobre tais matérias, cerca de dois terços dos Estados americanos seguem estas regras federais.⁵⁰

45 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 41.

46 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p. 43-44.

47 DESCARTES, René. *O discurso do método*. Tradução de M. Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 27-30.

48 GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Ob. cit.*, p. 110-112.

49 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Coimbra: Meridiano, 1978, p. 428-429.

50 CARDOSO, Henrique Ribeiro e SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. *Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no Brasil: uma análise de direito estrangeiro*. In *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*. Maranhão, v. 3, n. 1, jul/dez. 2017, p. 63.

Segundo a regra 11 do *Federal Rules of Criminal Procedure* cabe ao sujeito que recebe uma imputação criminal escolher entre três opções: 1) pode formalmente se declarar culpado (*plea of guilty* ou *guilty plea*); 2) com o consentimento do Tribunal, pode formalmente declarar que não quer contestar a ação penal, contudo, sem admitir sua culpa (*plea of nolo contendere*); ou 3) pode formalmente se declarar inocente (*plea of not guilty*). No caso do sujeito não fazer qualquer declaração formal, será presumida a declaração de inocência.⁵¹

O *plea bargaining* é um instituto que permite realizar um acordo entre a acusação e a defesa segundo o qual o acusado admite a sua culpa (*plea of guilty* ou *guilty plea*) ou dispensa o prosseguimento do processo criminal (*plea of nolo contendere*) e recebe em troca uma condenação mais branda, por meio de um processo abreviado. No Direito Norte-Americano não há parâmetros que estabeleçam limites aos benefícios concedidos aos acusados, sendo que a acusação opera com absoluta discricionariedade para firmar os acordos.⁵²

O sujeito que se declara culpado (*plea of guilty* - regra 11, alínea “b”) aceita todas as consequências de uma sentença condenatória, inclusive, a constituição de um título judicial para a reparação/indenização dos danos sofridos pela vítima no âmbito cível. Esta hipótese do Direito Norte-Americano é muito semelhante ao acordo de não persecução penal que foi recentemente instituído entre nós.

3. Críticas aos institutos negociais advindos do sistema da *common law*

Na doutrina brasileira encontra-se a crítica de que a inclusão em nosso ordenamento jurídico penal dos institutos negociais decorre de uma importação inadvertida e irresponsável de institutos americanos concebidos com base no sistema do *common law* para o sistema bra-

51 UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Rules of Criminal Procedure*. Regra 11, alínea “a”, itens 1 e 4. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em 27 de março de 2019.

52 CARDOSO, Henrique Ribeiro e SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. *Ob. cit.*, p. 62-69.

sileiro, que é baseado na tradição europeia continental do *civil law*.⁵³ Segundo a crítica, “a lógica da *plea negotiation* conduz a um afastamento do Estado-juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito”⁵⁴ e os acordos, muitas vezes feitos às portas dos Tribunais, superam, nos Estados Unidos da América 95% dos meios de resolução de casos penais.⁵⁵

Muito embora, a 6ª emenda da *Bill of Rights*⁵⁶ expressamente garante a todos o direito a um julgamento por júri popular, imparcial, célere e público, o julgamento antecipado é uma característica da justiça penal norte-americana.

Estudo publicado no *Journal of Criminal Law and Criminology* sobre a justiça negocial e a inocência dos imputados concluiu que mais da metade dos participantes (estudantes universitários) inocentes es-

53 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. *Delação premiada no limite: a controversa justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis, EMais, 2018, p. 13.

54 DERVAN Lucian E. e EDKINS Vanessa A. . *The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem*. Journal of Criminal Law and Criminology. vol. 103, n. 1, 2013, p. 07. Expressando o mesmo argumento: ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 274. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 787.

55 DERVAN Lucian E. e EDKINS Vanessa A. *Ob. cit.*, p. 07. Com base no estudo empírico realizado, os autores afirmam que no momento em que concluíram, cerca de 97% das condenações no sistema federal decorre de alegações de culpa. Expressando preocupação com o número elevado de condenações por acordo: ALSCHULER, Albert W. *The prosecutor's role in plea bargaining*. *University of Chicago Law Review*, v. 36, iss. 1, article 3. Disponível em <https://chicagounbound.uchicago.edu/ucirev/vol36/iss1/3>. Acesso em 06 de abril de 2020, p. 51-52; ROSA, Alexandre Moraes da. *Ob. cit.*, p. 274; LOPES JR, Aury. Prefácio in VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 14 e PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 46.

56 UNITED STATES OF AMERICA. National Archives. Bill of Rights. Disponível em <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em 15 de junho de 2020. Segundo a 6ª emenda: Em todos os processos criminais, o acusado gozará do direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e do distrito em que o crime foi cometido, qual distrito deve ter sido previamente determinado por lei e ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; ser confrontado com as testemunhas contra ele; ter processo obrigatório para obter testemunhas a seu favor e ter a Assistência de Advogados para sua defesa.

tavam dispostos a admitir falsamente culpa em troca de algum benefício. A pesquisa concluiu que quando os participantes do estudo são colocados em situações reais de negociação, em vez de hipotéticas, indivíduos inocentes são altamente avessos ao risco e, por isso, tendem a admitir a acusação em troca de benefícios.⁵⁷

No artigo que publicou os resultados de pesquisa, os autores observam que a barganha judicial foi declarada constitucional em 1970 pela Suprema Corte americana, no caso *Brady vs Estados Unidos* - 397 US 742 - em razão da necessidade de evitar o colapso dos sistemas judiciais, mas também observou a necessidade de instituir garantias para que o instituto não seja usado para induzir réus inocentes a admitir falsamente culpa. A Corte entendeu que os acordos somente seriam válidos se a admissão da imputação fosse livre, consciente e voluntária, o que significa dizer que a aceitação da imputação não poderia ser induzida por dano físico real ou ameaçado ou, ainda, por coação mental que domine a vontade do acusado.⁵⁸

Na justiça criminal norte-americana, contudo, também é possível identificar casos em que responsabilidades penais foram expressivamente atenuadas em prejuízo do que se pode considerar uma resposta justa aos crimes cometidos. Um exemplo marcante de acordo que impediu oferecer uma resposta justa aos crimes cometidos é o acordo que beneficiou Jeffrey Edward Epstein, acusado por pedofilia

57 DERVAN Lucian E. e EDKINS Vanessa A. *Ob. cit.*, p. 37-38. O estudo admite que é necessário aprofundar as pesquisas para entender a motivação dos participantes, mas consideram que a possibilidade de evitar os desgastes do processo e a imposição da pena grave de privação da liberdade são fatores que levam os participantes inocentes a admitir a imputação que lhes é dirigida.

58 DERVAN Lucian E. e EDKINS Vanessa A.. *Ob. cit.*, p. 12. O caso tratava de acusação de sequestro em violação de lei federal. A aplicação da pena de morte era possível, desde que fosse recomendada pelo júri. Aceitar a imputação significaria evitar o processo e, conseqüentemente, a pena de morte. Diante da informação de que um coacusado concordou em testemunhar para a acusação, Brady se declarou culpado e foi sentenciado a 50 anos de prisão. A Suprema Corte admitiu a validade da manifestação de Brady, por entende-la livre, consciente e voluntária. Posteriormente, Brady procurou retirar a sua declaração afirmando que aceitou a acusação por medo da pena de morte. O detalhamento do caso Brady também pode ser visto em JUSTIA US Supreme Court. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/#tab-opinion-1948533>> Acesso em 11 de abril de 2020.

e tráfico de menores para fins exploração sexual.⁵⁹ Posteriormente ao acordo e à reação pública, o Departamento de Justiça Americano retomou as acusações contra Jeffrey⁶⁰ que não chegaram a ser julgadas em razão de sua morte em agosto de 2019⁶¹. No que diz respeito às pessoas jurídicas, caso bastante representativo de punições brandas é o acordo que, em 2012⁶², beneficiou o Banco HSBC em caso de lavagem de dinheiro de organizações criminosas ligadas ao tráfico de drogas e ao terrorismo.⁶³ A instituição financeira segue cometendo crimes e fazendo acordos com o Departamento de Justiça Americano. Em dezembro de 2019, o banco admitiu ajudar os contribuintes americanos a ocultar rendimentos e ativos, pelo que aceitou pagar US \$ 192,35 milhões em multas.⁶⁴

Os institutos negociais podem ser mal utilizados, tanto para ferir direitos individuais quanto para afastar a devida responsabilidade dos autores de crime. Mas, o desvio de finalidade não é um problema que atinge unicamente os institutos negociais ou uma característica que lhe seja inerente. Lamentavelmente, desvios de finalidade também

59 Sobre o caso, veja-se o documentário *Who is Jeffrey Epstein, accused of sexually abusin teen girls?*, produzido por Miami Herald, sobre o caso Jeffrey e a reação social ao acordo de não persecução penal que o beneficiou está disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=1jDPzW9COsU>.> Acesso em 15 de junho de 2020.

60 UNITED STATES OF AMERICA. District Court Southern District Of New York. Sealed indictment. Disponível em <<https://www.justice.gov/usao-sdny/press-release/file/1180481/download>.> Acesso em 15 de junho de 2020.

61 UNITED STATES OF AMERICA. District Court Southern District of New York. Press Release Number: 19-263. Disponível em <<https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/state-ment-manchattan-us-attorney-death-defendant-jeffrey-epstein>.> Acesso em 15 de junho de 2020.

62 UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Press Release Number: 12-1478. Disponível em <https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations>. Acesso em 15 de junho de 2020; e District Court Eastern District of New York. Information. <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1027321/download>.> Acesso em 15 de junho de 2020.

63 CBS NEWS. Why no prosecution for HSBC money laundering? Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=4C05S0pVKQE>.> Acesso em 15 de junho de 2020.

64 UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Press Release Number: 19-1368. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-deferred-prosecution-agreement-hsbc-private-bank-suisse-sa>.> Acesso em 15 de junho de 2020.

ocorrem nos casos de investigações e processos criminais que são levados à decisão judicial de mérito. A ocorrência de eventuais desvios, por si só, não invalida os benefícios produzidos para a administração da justiça criminal pelos institutos negociais. Os desvios devem ser evitados e, uma vez constatada a sua ocorrência, os responsáveis devem ser punidos nos termos da lei.

Apesar dos problemas, o sistema penal norte-americano tem influenciado países europeus e latino-americanos à permitir a participação do acusado na administração da justiça criminal e a adoção de práticas negociais.⁶⁵

No Brasil, não há levantamento sobre o índice de acordos realizados no âmbito penal. O exame estatístico feito pelo Conselho Nacional de Justiça nos relatórios do *Justiça em números* não contabiliza os processos em que ocorre a aplicação imediata de pena nem tampouco os feitos nos quais a extinção da punibilidade decorre de cumprimento da suspensão condicional do processo, nos termos da Lei nº 9.099/95. Também não são contabilizados os casos em que colaboradores são premiados pela indicação de elementos de prova na apuração da responsabilidade criminal de ex-parceiros. Somente são considerados os índices de conciliação nos feitos de natureza cível.⁶⁶

Cabe observar que o acordo de não persecução penal materializa opção político-criminal de combate rápido e proporcional aos crimes que apresentam média gravidade. Também não se pode esquecer que, no Brasil, o acordo de não persecução penal, como todos os demais institutos negociais, está submetido ao controle de legalidade do Poder Judiciário.

65 PEREIRA, Frederico Valdez. *Ob. cit.*, p. 45-46.

66 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019: ano-base 2018* disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 15 jun. 2020. Os índices de conciliação cível estão registrados entre as páginas 142 a 147.

4. Acordo de não persecução penal

Entre nós, o acordo de não persecução penal foi inicialmente previsto no art. 18 da Resolução 181, de 07 de agosto de 2017, posteriormente alterada pela Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público.⁶⁷

Para a edição da Resolução nº 181, o Conselho Nacional do Ministério Público considerou, entre outros, os aspectos pragmáticos da carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do país e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, com a priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; bem com a necessidade de minorar os efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Embora tais argumentos expressem a realidade de uma difícil atuação ministerial, a disposição regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público foi editada sem qualquer amparo legal e afrontou a obrigatoriedade da ação penal condenatória prevista no art. 100, § 1º, do Código Penal e no art. 24 do Código de Processo Penal.

A Lei nº 13.964/19, no entanto, posteriormente introduziu o instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro repetindo, quase que literalmente, as disposições sobre o instituto constantes da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público.

Embora a Resolução nº 181 do CNMP tenha sido elaborada antes da entrada em vigor do art. 28-A do CPP, por ter sido integralmente

67 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181, de 07 de agosto de 2017. Disponível em <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

acolhida pelo dispositivo legal, suas orientações padronizam validamente a atuação dos membros do Ministério Público na condução de acordos de não persecução penal. Complementando as diretrizes da Resolução, a Orientação Conjunta nº 03/2018, das 2^a, 4^a e 5^a Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, foi revisada para orientar os procedimentos necessários à realização e acompanhamento dos acordos de não persecução.

4.1 Pressupostos do acordo

O acordo de não persecução penal pressupõe que o Ministério Público tenha elementos suficientes para a propositura de uma ação penal de conhecimento e que as medidas a serem impostas no acordo constituam respostas necessárias e suficientes à prática dos crimes.

4.1.1 Elementos para a propositura de ação penal

A premissa fundamental para a realização do acordo de não persecução penal é que, no caso concreto, exista um lastro probatório mínimo para o oferecimento de denúncia pelo órgão do Ministério Público. Nesse sentido, o art. 28-A do CPP é expresso ao dispor que o acordo de não persecução penal somente terá lugar quando não for o caso de arquivamento do procedimento investigatório. Se for o caso de arquivamento do procedimento investigatório, por inexistência de um lastro probatório mínimo sobre a prática de um crime ou por ausência de punibilidade concreta para o investigado e/ou a pessoa jurídica responsável pelo crime ambiental, o procedimento deve ser arquivado sem a possibilidade de acordo.

O acordo somente poderá ser firmado quando o Ministério Público tiver condições concretas para realizar a persecução penal em juízo. Não é possível admitir que o Ministério Público utilize uma proposta de acordo para conseguir uma confissão de autoria que venha a esclarecer uma investigação que ainda não possui condições de apontar indiciados.

4.1.2 Não ser o caso de perseguir a aplicação da pena privativa de liberdade

O acordo de não persecução não permite ajustar que o suposto autor/responsável pelo crime ambiental cumpra pena privativa de liberdade. Nos casos em que o cumprimento da pena privativa de liberdade constituir a resposta adequada ao crime ambiental cometido, por consequência, não será possível firmar o acordo de não persecução penal. Se, no caso concreto, o Ministério Público deve buscar a prisão do investigado o processo penal de conhecimento é o caminho que se impõe.

No caso das pessoas jurídicas, no entanto, não há a possibilidade fática de imposição de penas privativas de liberdade. Por isso, havendo lastro probatório mínimo que indique a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, o acordo de não persecução penal pode ser firmado para resolver a questão penal com maior celeridade e eficiência.

4.2 Requisitos

A possibilidade de utilização do acordo de não persecução penal nos casos de crimes ambientais se evidencia no exame dos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Penal. Segundo o *caput* de seu art. 28-A, o acordo de não persecução penal somente poderá ser firmado quando: 1) investigado houver confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal; 2) a infração penal não tiver sido cometida com violência ou grave ameaça; e 3) à infração penal seja cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos. Examinemos, brevemente, cada um dos requisitos.

4.2.1 Confissão do investigado

O primeiro requisito para o acordo de não persecução penal diz respeito à confissão do investigado. O art. 28-A do CPP diz apenas que

é necessário que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática de infração penal. A confissão do investigado deve ser registrada de maneira formal, mas, a lei não determina qual seja a forma a ser observada.

Nos termos do que orienta o parágrafo 2º do art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP, “a confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.”

O dispositivo regulamentar indica a necessidade de registrar fielmente todos os atos de negociação que levaram ao acordo e a manifestação de vontade do investigado. O investigado que deve ser assistido por advogado e deve revelar detalhadamente as circunstâncias em que a infração penal foi cometida.

Cabe observar um importante aspecto que não foi tratado no Código de Processo Penal: a existência de uma fase de negociação que precede a confissão do investigado. A confissão do investigado constitui requisito para o acordo. Mas, o investigado não confessará e firmará o acordo se não concordar com as condições pretendidas pelo Ministério Público. A confissão é um ato formal que somente se realiza após o conhecimento e a concordância do investigado com as condições pretendidas pelo Ministério Público. Por isso, visando preservar e comprovar a lisura dos atos de negociação, o parágrafo 2º do art. 18 da Resolução nº 181 do CNMP, determina que “as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual”.

A confissão do investigado não precisa ser acompanhada da indicação de provas que a corroborem. O mérito da pretensão punitiva não será submetida ao exame do Poder Judiciário, apenas o acordo firmado e a confissão serão submetidas ao exame judicial para verificação de legalidade. Desta forma, não há a preocupação de que elementos de convicção mencionados na fase de negociação possam ser utilizados pelo Ministério Público no caso das tratativas para o acordo restarem frustradas. Não há o que possa ser utilizado pelo Ministério

Público em uma ação de conhecimento. Frustrada a negociação, não haverá sequer a confissão formal do investigado.

O Código de Processo Penal, a Resolução nº 181 do CNMP e a Orientação Conjunta do MPF foram silentes quanto aos acordos firmados com pessoas jurídicas. No subsistema do Direito Penal Ambiental, as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas criminalmente (art. 3º da Lei nº 9.605/98) e podem receber os benefícios do acordo de não persecução penal. Nesses casos, o representante da pessoa jurídica poderá confessar, formalmente, a atuação do ente coletivo na prática criminosa e firmar o acordo de não persecução penal em nome da pessoa jurídica.

4.2.2 Infração sem violência ou grave ameaça

O segundo requisito para o acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do CPP, é que o crime investigado não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça. O dispositivo legal não menciona que a restrição se refere apenas aos casos de violência contra a pessoa, mas este se apresenta como o entendimento mais adequado.

A violência intencionalmente proferida contra a integridade física ou a vida da pessoa humana, bem como a ameaça que lhe ofende a tranquilidade psíquica, elevam a gravidade do crime e indicam a inconveniência de solução consensual do conflito de natureza penal com a imposição de penas não privativas de liberdade. A mesma situação não se apresenta nos crimes em que a violência é dirigida contra coisas.

Nos crimes contra a fauna, há a possibilidade da prática de violência contra animais. O art. 28-A do CPP não menciona expressamente que a violência contra animais impede o acordo de não persecução penal. A questão, certamente, provocará debates. Contudo, no contexto de um sistema normativo antropocêntrico no qual a violência dirigida ao animal impacta diretamente a pessoa humana que a assiste, parece ser mais adequado não permitir o acordo de não persecução

penal. A violência contra o animal acaba por produzir uma violência contra a pessoa.

4.2.3 Infração penal cuja pena mínima cominada seja inferior a 04 (quatro) anos

Constitui, ainda, requisito para o acordo de não persecução penal que ao crime investigado seja cominada pena mínima inferior à 04 (quatro) anos de privação da liberdade. Todos os crimes ambientais previstos na Lei nº 9605/98, em suas figuras fundamentais, possuem penas mínimas cominadas inferiores à 04 (quatro) anos.

Para verificar a satisfação do requisito relativo à pena cominada é necessário considerar as causas de diminuição e de aumento (§1º do art. 28-A). Ressalvada a causa de aumento prevista no §2º do art. 50-A da Lei nº 9.605/98, que pode elevar a cominação mínima de modo a impedir o acordo de não persecução penal nos casos em que a área explorada atingir 3.000 ha (três mil hectares), em nenhum outro caso haverá impedimento para o acordo de não persecução penal para um crime ambiental previsto na Lei nº 9.605/98.

O Código de Processo penal, a Resolução nº 181 do CNMP e a Orientação Conjunta do MPF não esclarecem sobre a possibilidade de firmar o acordo de não persecução penal nos casos de concurso material de crimes. No entanto, pode-se entender pela possibilidade do acordo em casos de concurso de crimes, respeitado o requisito objetivo da pena mínima cominada inferior à 04 (quatro) anos de privação da liberdade. Nos casos de concurso formal de crimes e de crime continuado, a multiplicidade de infrações penais importará em aumento de pena a ser imposto ao crime mais grave e será possível o acordo nos casos em que o aumento não elevar a pena mínima ao patamar de 04 (quatro) anos. A mesma solução deve ser dada aos casos de concurso material de crime. No sentido desta interpretação, o Superior Tribunal de Justiça editou para o instituto negocial da suspensão condicional do processo a súmula 243, segundo a qual para a concessão do benefício

deve-se levar em conta o somatório das penas cominadas aos diversos crimes integrantes do concurso material.

4.2.4 Inadmissibilidade do acordo

Mesmo satisfeitos os requisitos estabelecidos no *caput* do art. 28-A do CPP, o parágrafo 2º do referido dispositivo determina que não se admitirá o acordo quando: a) for cabível a aplicação imediata de pena (transação penal); b) o investigado for reincidente; existirem elementos indicativos de conduta habitual, reiterada ou profissional (salvo no caso de ofensas insignificantes); c) ter o investigado sido beneficiado por acordo de não persecução, transação ou suspensão condicional do processo nos 5 anos anteriores à infração; d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, bem como nos crimes praticados contra mulher por razões de sexo feminino.

Sobre os impedimentos, vale observar que, embora não seja possível firmar o acordo nos casos em que for cabível a aplicação imediata de pena (transação penal), a restrição não se apresenta nos casos em que for cabível a suspensão condicional do processo.

A suspensão condicional do processo é um instituto negocial que apresenta amplitude de aplicação menor do que o acordo de não persecução penal. Enquanto a suspensão condicional pode ser aplicada aos processos relacionados aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a 01 (um) ano (art. 89 da Lei nº 9.099/95), o acordo pode ser firmado nas investigações de crimes cuja pena mínima seja inferior a 04 (quatro) anos. Nos casos de crimes ambientais cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a 01 (um) ano, portanto, caberá tanto a suspensão condicional do processo quanto o acordo de não persecução penal.

Para a escolha do melhor instrumento negocial de proteção do meio ambiente importa observar que, como veremos adiante, o acordo de não persecução penal permite ao Ministério Público acompanhar melhor a execução das medidas de reparação dos danos causados pelo crime ambiental.

4.3 Condições ajustadas

Conforme os incisos I a V do art. 28-A do CPP, no acordo de não persecução penal podem ser ajustadas as condições do investigado reparar os danos causados, renunciar aos bens e direitos advindos da prática criminosa; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas; pagar prestação pecuniária e/ou cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público.

Condição de especial relevância no acordo que envolva a não persecução de crimes ambientais é a que diz respeito à reparação dos danos causados pelo crime. Tratando-se de uma condição ajustada para cumprimento pelo investigado e/ou pessoa jurídica durante a execução do acordo, esta obrigação pode perdurar por longo tempo até que a reparação possível para o dano seja concluída. Ao contrário do que ocorre com a suspensão condicional do processo, prevista no art. 28 da Lei nº 9.605/98, que pode durar até o máximo de 05 (cinco) anos (inciso II), o acordo de não persecução penal perdura em fase de execução durante o tempo que for necessário para o cumprimento da condição relacionada à reparação possível dos danos causados pelo crime. Nos casos de crimes que causem danos de maiores proporções, o acompanhamento pelo Ministério Público em relação ao cumprimento das condições ajustadas no acordo para a reparação dos danos ambientais não se encontra submetida à prazo. Esta característica do acordo de não persecução penal o torna mais eficiente na tutela ambiental do que o instituto da suspensão condicional do processo.

A condição que importa em renúncia aos bens e direitos advindos da prática criminosa permite o confisco antecipado dos referidos bens e direitos. Tratando-se de condição para a não persecução penal, não haverá a necessidade de aguardar a decisão condenatória transitada em julgado para aplicar a pena de perdimento ou o perdimento decorrente do efeito da condenação. De maneira consensual, ajusta-se o perdimento dos bens e direitos advindos da prática criminosa e o confisco dos mesmos pelo poder público.

O Código de Processo Penal, a Resolução nº 181 do CNMP e a Orientação Conjunta do MPF não dispõem sobre a destinação dos bens e direitos que o investigado e/ou a pessoa jurídica renunciaram, deixando a questão a ser resolvida no âmbito do ajuste. Se os bens pertencerem à vítima determinada, a ela devem ser restituídos. Em caso de proveito auferido com a prática criminosa, o acordo de não persecução penal poderá dispor sobre a destinação dos bens e direitos.⁶⁸ Pode-se, com tal medida, promover compensações ambientais ao sistema ecológico que foi afetado pelo crime.

No que diz respeito ao cumprimento de prestar de serviço e de pagamento de prestação pecuniária, na doutrina relevante⁶⁹, há quem sustente que tais condições não constituem pena, mas sim obrigações negociais equivalentes funcionais da pena. O principal argumento é o de que cumprimento de tais medidas não é imposto obrigatoriamente, mas sim acordado com quem a irá cumprir. Por tal razão, não há condenação no acordo de não persecução e o acordo parcialmente descumprido não permite a detração. No entanto, a previsão constante dos incisos do art. 28-A do CPP faz expressa remissão aos dispositivos penais que definem penas. A previsão legal que determina a execução do acordo no juízo de execuções penais (art. 28-A, § 6º), de mesma forma, parece contradizer a ideia de que as condições não são penas e que não há condenação.

Como o instituto ainda muito é novo no ordenamento jurídico brasileiro, suas aparentes contradições com os pilares do sistema jurídico pré-existente ainda suscitarão muitos debates.

Por fim cabe ressaltar as possibilidades oferecidas pela previsão constante no inciso V do art. 28-A do CPP que permite o ajuste de outra condição a ser indicada pelo Ministério Público. A previsão legal que permite ajustar o cumprimento de condição não especificada oferece ao Ministério Público a possibilidade de indicar medidas de natureza preventiva da ocorrência de novos crimes ambientais.

68 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 131.

69 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Ob. cit.*, p. 52, 85-88 e 182-183.

A experiência norte-americana com a justiça penal negocial, inclusive em casos envolvendo pessoas jurídicas brasileiras, apresentam um horizonte bastante promissor para a prevenção de crimes. Nos casos envolvendo a Petrobrás⁷⁰, a Brasken⁷¹, a Odebretch⁷² e a Embraer⁷³ o Departamento de Justiça americano firmou ajustes que estabeleciam a implantação e o aprimoramento de programas de integridade, bem como a participação em atos de gestão das empresas envolvidas na prática de crimes. Estas medidas ampliam de maneira importante o controle preventivo sobre a prática de crimes por intermédio de pessoas jurídicas.

No ambiente corporativo, denomina-se por programa de integridade (ou programa de *compliance*) o conjunto de regras e regulamentos impostos por uma empresa a todos os seus colaboradores, incluindo-se os diretores e gerentes, que visam preservar o cumprimento rigoroso das leis e regulamentos que incidem sobre o desenvolvimento de suas atividades, de modo a evitar, detectar e corrigir qualquer desvio ou inconformidade que possa afetar a sua imagem, credibilidade e reputação perante os seus clientes e a sociedade. O programa constitui um importante instrumento para a mitigação dos riscos, conservação dos valores éticos e sustentabilidade empresarial, de modo a assegurar a continuidade do negócio e a proteção dos interesses dos *stakeholders*.⁷⁴

70 UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Petrobras non-prosecution agreement and statement of facts. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1096706/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

71 UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Braskem plea agreement. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

72 UNITED STATES OF AMERICA. District Court Eastern District of New York. Odebretch plea agreement. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920101/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

73 UNITED STATES OF AMERICA. District Court for the District of Florida. Embraer dpa. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/904636/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

74 BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa e VENTURINI, Otavio (orgs). *Manual de compliance*. Rio de Janeiro Forense, 2019, p. 38-39; GIOVANINI, Wagner. *Compliance: a excelência na prática*. São Paulo. Ed. do Autor, 2014, p. 20-21; BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 139-140; SARCEDO, Leandro. *Compliance e responsabilidade*.

Em sua projeção para o Direito Penal (o *criminal compliance*), os programas de integridade visam observar as regras e as proibições do Direito Penal. A implantação de um programa de integridade criminal atende a duas finalidades básicas. Por um lado, o programa pretende evitar a prática de crimes no desenvolvimento das atividades empresariais, por meio do controle dos riscos que lhe são inerentes, de modo a satisfazer sua função preventiva. Por outro, o programa deve oferecer resposta adequada aos problemas que foram identificados por seus mecanismos de controle nas atividades empresariais. Neste sentido, é necessário instituir procedimentos para corrigir os problemas encontrados e comunicar às autoridades competentes a notícia da ocorrência de eventuais crimes. Por meio de tais providências, o programa de integridade criminal atende à sua função de confirmação do Direito.⁷⁵

Com a instituição do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministério Público também poderá ajustar com pessoas jurídicas responsáveis por crimes ambientais o cumprimento das medidas que se apresentam mais efetivas para a prevenção de crimes ambientais.

de penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016, p.139; BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance*: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 81 e 143; e CARDOSO, Débora Motta. *Criminal compliance*: na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 37.

75 BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Ob. cit.*, p. 157-158; CARDOSO, Débora Motta. *Ob. cit.*, p. 12; SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In OLIVEIRA, Willian Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra e SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). *Direito penal econômico*: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 295, 298-299; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 113-114; BENEDETTI, Carla Rahal. *Ob. cit.*, p. 86 e CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “*criminal compliance*” e *ética empresarial*: novos desafios do Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 15.

5. Procedimento do acordo

Por suas peculiaridades, o negócio jurídico⁷⁶ do acordo de não persecução penal pressupõe a possibilidade de promover a atitude colaborativa entre os interessados, apesar da desconfiança recíproca quanto às estratégias dos demais participantes, em cada uma das etapas da negociação.

5.1 Negociação

O acordo de não persecução penal sempre terá início com as negociações que se estabelecem entre o Ministério Público, o investigado e/ou a pessoa jurídica responsável pelo crime ambiental para o estabelecimento das condições do acordo.

A negociação é um processo para a tomada de decisão no qual duas ou mais partes discutem um assunto visando resolver as diferenças relativas a seus interesses.⁷⁷ No contexto do acordo de não persecução penal, é um processo que busca estabelecer uma situação vantajosa tanto para os titulares da persecução penal em juízo como para o investigado e/ou a pessoa jurídica. A interdependência que se estabelece entre os envolvidos é integrativa, na medida em que os ganhos devem ser mútuos. A concretização dos objetivos de uma das partes ajuda a outra parte a concretizar os seus próprios objetivos, no contexto de uma integração positiva que viabiliza a realização dos objetivos de ambas as partes.⁷⁸

76 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Ob. cit.*, p. 84.

77 LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M. E BARRY, Bruce. *Fundamentos de negociação*. Tradução de Felix Nonnenmacher. 5 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 03.

78 LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M. E BARRY, Bruce. *Ob. cit.*, p. 11. Como esclarecem os autores, importa distinguir a situação em que a relação de interdependência que se estabelece entre as partes é distributiva da situação em que a interdependência é integrativa. Na interdependência distributiva apenas uma das partes pode atingir a meta, de modo que a sua vitória impõe derrota a outra parte. Tal relação pode ser exemplificada na competição que se estabelece em uma corrida, na qual somente pode haver um vencedor. Na interdependência integrativa, por outro lado, para que uma das partes ganhe é necessário que a outra também ganhe. Os ganhos mútuos caracterizam a interdependência integrativa. Neste contexto, a negociação que viabi-

A fase de negociação perdura do contato inicial entre os negociadores até a formalização do acordo de não persecução penal em um termo escrito.

O primeiro contato no qual se levanta a possibilidade de acordo pode decorrer de iniciativa do investigado ou do representante do Ministério Público. Para a validade do acordo não é necessário que a iniciativa do contato inicial seja do investigado. A iniciativa pode ser do representante do Ministério Público.

O Ministério Público Federal, por meio das 2^a, 4^a e 5^a Câmaras de Coordenação e Revisão da Procuradoria Geral da República, após a edição da Lei nº 13.964/2019, revisou a Orientação Conjunta nº 03/2018 para estabelecer um procedimento padrão para a realização do acordo de não persecução penal. Nesta orientação, a iniciativa de negociação cabe ordinariamente ao membro do Ministério Público (item 4), sem prejuízo da possibilidade do investigado propor o acordo (item 1.3).

Por analogia ao disposto no § 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que trata da colaboração premiada, a negociação do acordo deve se desenvolver sem a participação do juiz da causa. A restrição visa preservar a voluntariedade do investigado e/ou representante da pessoa jurídica, bem como a imparcialidade do julgador. É muito importante que, caso as negociações sejam infrutíferas, o julgador tenha condições de realizar um julgamento imparcial sobre as imputações deduzidas em face daquele que anteriormente ponderou sobre a possibilidade de confessar a prática de crimes.

5.2 Termo de acordo

Concluída a fase de negociação, os envolvidos devem firmar o acordo de maneira formal em um termo escrito. Conforme disposto no art. 28-A, § 3º, do CPP, o acordo de não persecução penal deve ser firmado por escrito pelo membro do Ministério Público, o investigado e representante da pessoa jurídica, se for o caso, e defensor.

liza o acordo de não persecução penal se desenvolve por meio de interdependência integrativa entre os agentes da persecução penal, o investigado e o representante da pessoa jurídica, se for o caso.

Necessariamente, o acordo deve conter disposições sobre as condições ajustadas para cumprimento pelo investigado e para a pessoa jurídica, se for o caso.

5.3 Homologação Judicial

Nos termos do parágrafo 4º do art. 28-A do CPP, firmado o acordo de não persecução penal, o respectivo termo será submetido ao juiz competente para homologação. É forma de controle judicial que impede eventuais abusos e confere legitimidade ao ajuste que materializa a resposta mais adequada ao caso criminal.

Embora o dispositivo legal não indique expressamente qual seja o juiz a quem caberá homologar o acordo, a homologação deve ser decidida pelo juiz a quem competir examinar o processo criminal de conhecimento a ser instaurado ou em tramite para a apuração dos crimes ambientais a que se refere o acordo. Nos casos em que a apuração dos crimes for de competência de juízos distintos, deve o acordo de não persecução penal ser fracionado para que cada uma de suas partes seja homologada pelo juiz que é competente para o processo e julgamento dos crimes a que se refere. O ideal é que sejam firmados termos distintos. Contudo, é possível que um juízo homologue a parte que lhe compete e remeta cópia do termo ao juízo competente para que examine a possibilidade de homologar as demais disposições.

Cabe observar que, no exame judicial sobre a homologação do acordo de não persecução penal, o magistrado somente poderá verificar a voluntariedade do investigado e do representante da pessoa jurídica, se for o caso, e a legalidade do acordo. O juiz não poderá examinar o mérito das imputações nas quais se fundamenta o acordo. Satisfeitos os requisitos legais, o juiz deve homologar o acordo firmado entre as partes.

O juiz deve averiguar se o acordo firmado decorre da livre manifestação de vontade do investigado, especialmente nos casos em que o mesmo está ou esteve sob efeito de medidas cautelares. A verificação da liberdade do investigado para firmar o acordo deve ser apurada no

contato pessoal que o juiz deverá obrigatoriamente ter com o mesmo e seu defensor em audiência designada para a homologação (§4º do art. 28-A). Da mesma forma, é necessário constatar a liberdade de quem atua em representação de pessoa jurídica apontada como responsável pelo crime ambiental.

O art. 28-A do CPP não impede o acordo nos casos em que o investigado ou o representante da pessoa jurídica estiver preso. Nos casos de colaboração premiada, o inciso IV do parágrafo 7º do art. 4 da Lei nº 12.850/13 expressamente admite que o colaborador firme o acordo enquanto estiver preso. Por analogia, deve-se entender que o investigado ou representante preso também pode firmar acordo de não persecução penal. Neste caso, o juiz deverá ter maior cuidado na análise das condições estabelecidas no acordo e nas informações prestadas pelo preso quando de sua oitiva.

O juízo de homologação permite que o magistrado examine, no caso concreto, a proporcionalidade das condições ajustadas. Nos termos do parágrafo 5º do art. 28-A do CPP, “se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.” A possibilidade do juiz avaliar a adequação do acordo, contudo, não implica em autorização para que o magistrado passe a negociar com o investigado as condições do acordo. Após a análise judicial, as negociações do acordo retomam com o Ministério Público.

Do referido dispositivo pode-se extrair que as condições do acordo devem ser ajustadas de maneira proporcional ao crime cometido. A análise da proporcionalidade constitui aspecto do exame de legalidade, que permite ao juiz não homologar o acordo caso verifique desproporcionalidade das condições ajustadas .

Nos termos do parágrafo 7º do art. 28-A do CPP, o juiz poderá recusar homologação ao acordo que não atender aos requisitos legais ou quando não for feita a reformulação prevista no parágrafo 5º. Em face da decisão judicial que recusa a homologação do acordo, cabe recurso

em sentido estrito, nos termos do inciso XXV do art. 581 do Código de Processo Penal.

5.4 Execução do acordo

Homologado o acordo, a persecução penal não se inicia em juízo, devendo o investigado e a pessoa jurídica, se for o caso, cumprir as condições estabelecidas perante o juízo de execuções penais (art. 28-A, § 6º). Enquanto as condições do acordo estiverem sendo cumpridas a prescrição da pretensão punitiva não corre. Nos termos do inciso IV do art. 116 do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva é suspensa enquanto não estiver cumprido ou não for rescindido o acordo de não persecução penal.

Cumpridas todas as condições, o juiz competente decretará extinta a punibilidade do investigado (art. 28-A, § 3º). Embora não fique claro na disposição legal, o juízo competente é o juízo da execução perante o qual o acordo foi cumprido.

A natureza penal do acordo de não persecução penal, que possibilita a extinção da punibilidade sem uma condenação judicial, permite a aplicação do instituto nos casos em que, apesar de iniciada a persecução, não houver condenação. O item 8 da Orientação Conjunta nº 03/2018 admite expressamente o acordo no curso da ação penal. A hipótese é de retroatividade da disposição que é mais favorável ao acusado que ainda não foi condenado. Embora a questão desperte controvérsia, o início da persecução não torna preclusa a oportunidade de acordo sobre a sua continuidade, pois antes da decisão de mérito o objetivo da persecução ainda não foi alcançado.

6. Rescisão do acordo

O Código de Processo Penal prevê, no parágrafo 10º do art. 28-A, a rescisão do acordo em razão do descumprimento das condições ajustadas. Nos termos do referido dispositivo, descumprida qualquer

das condições ajustadas, o Ministério Público deverá comunicar o fato ao juízo da execução, para fins de sua rescisão.

Certamente, a rescisão deve ser precedida de procedimento no qual o investigado e/ou representante da pessoa jurídica, se for o caso, possam justificar o descumprimento. Comprovado motivo de força maior ou circunstância que não esteja sob o controle do investigado e justifique o descumprimento do ajuste, o acordo deve ser mantido em favor do beneficiado. Neste caso, deve-se readequar o cumprimento das condições de modo a preservar as finalidades do acordo. Se o acordo for rescindido, por outro lado, caberá ao Ministério Público promover a persecução penal em juízo por meio do oferecimento de denúncia.

Iniciado o processo de conhecimento, o Ministério Público poderá deixar de oferecer ao acusado a suspensão condicional do processo em razão do anterior descumprimento do acordo (art. 29-A, § 11).

7. Acordo de não persecução penal para os crimes ambientais

O subsistema do Direito Penal Ambiental passou a ter no acordo de não persecução penal um instrumento negocial que aumenta a potencialidade de consecução de seus objetivos, resolvendo de maneira mais célere os casos criminais e promovendo as medidas necessárias à reparação dos danos ambientais.

O acordo se apresenta atrativo aos autores e pessoas jurídicas responsáveis por crimes ambientais na medida em que permite a extinção da punibilidade sem uma condenação criminal, bem como o ajuste sobre as medidas necessárias à reparação dos danos decorrentes dos crimes ambientais.

O acordo é vantajoso para a sociedade pois permite ao Ministério Público acompanhar a execução de todas as ações necessárias à reparação dos danos ambientais, sem a limitação temporal que é estabelecida para a suspensão condicional do processo, bem como permite promover a execução de medidas protetivas do meio ambiente sem

a necessidade de esperar a longa tramitação dos processos judiciais. Nos casos mais complexos que envolvam a atuação de pessoas jurídicas, o acordo permite ajustar medidas para o aprimoramento dos atos de gestão empresarial, incluindo os controles internos de integridade que visam prevenir a prática de novos crimes ambientais.

8. Conclusões

De tudo o quanto foi exposto, pretende-se chegar as seguintes conclusões:

a) o acordo de não persecução penal constitui negócio jurídico processual que permite obter bons resultados nos casos de crimes ambientais;

b) o acordo de não persecução penal pode ser firmado com pessoas físicas e com pessoas jurídicas;

c) O acordo de não persecução penal é vantajoso para a sociedade pois permite ao Ministério Público acompanhar melhor a execução de todas as ações necessárias à reparação dos danos ambientais; e

d) O acordo de não persecução penal é vantajoso para a sociedade pois permite ajustar medidas para o aprimoramento dos atos de gestão empresarial, incluindo os controles internos de integridade que visam prevenir a prática de novos crimes ambientais.

9. Referências

ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. In *University of Chicago Law Review*, v. 36, iss. 1, article 3, p. 50-112, 1968. Disponível em <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol36/iss1/3>>. Acesso em 06 abr. 2020.

BALCARCE, Fabián I. e BERRUERZO, Rafael. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Montevideo/Buenos Aires: BdeF, 2016.

BENEDETTI, Carla Rahal. *Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. Compliance. In CARVALHO, André Castro; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho; ALVIM, Tiago Cripa e VENTURINI, Otavio (orgs). Manual de compliance. Rio de Janeiro Forense, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2019: ano-base 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 15 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 15 jun. 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos e NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. “criminal compliance” e ética empresarial: novos desafios do Direito Penal Econômico. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019. Salvador: JusPodivm, 2020.

CARDOSO, Débora Motta. Criminal compliance: na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro. São Paulo: LiberArs, 2015.

CARDOSO, Henrique Ribeiro e SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Plea bargaining nos Estados Unidos da América e os juizados especiais criminais no brasil: uma análise de direito estrangeiro. In Revista de Pesquisa e Educação Jurídica. Maranhão, v. 3, n. 1, jul/dez, p. 30-41, 2017.

CBS NEWS. Why no prosecution for HSBC money laundering? Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=4C05S0pVKQE>>. Acesso em 15 jun. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR., Aury e ROSA, Alexandre Moraes da. Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil. Florianópolis, EMais, 2018. p. 09-18.

DAVID, Renê. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Coimbra: Meridiano, 1978.

DERVAN Lucian E. e EDKINS Vanessa A. . The Innocent Defendant's Dilemma: An Innovative Empirical Study of Plea Bargaining's Innocence Problem. In *Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 103, n. 1, p. 01-48, 2013. Disponível em <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=j-clc>>. Acesso em 15 abr. 2020.

DESCARTES, René. O discurso do método. Tradução de M. Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. São Paulo. Ed. do Autor, 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUSTIA US. Supreme Court, 1970. Disponível em <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/742/#tab-opinion-1948533>>. Acesso em 11 abr. 2020.

LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M. E BARRY, Bruce. Fundamentos de negociação. Tradução de Felix Nonnenmacher. 5 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES JR, Aury. Prefácio in VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 13-17.

MIAMI HERALD. Who is jeffrey epstein, accused of sexually abusin teen girls. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=1jDPzW9COsU>>. Acesso em 15 jun. 2020.

PEREIRA, Frederico Valdez. Delação premiada: legitimidade e procedimento. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico. Florianópolis: EModara, 2018.

SARCEDO, Leandro. Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica. Tradução de Eduardo Saad-Diniz. In: OLIVEIRA, Willian Terra; LEITE NETO, Pedro Ferreira; ESSADO, Tiago Cintra e SAAD-DINIZ, Eduardo (orgs.). Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 291-318.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. Compliance, direito penal e lei anticorrupção. São Paulo: Saraiva, 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Braskem plea agreement. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Petrobras non-prosecution agreement and statement of facts. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1096706/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Press release number: 1368. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-deferred-prosecution-agreement-hsbc-private-bank-suisse-sa>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Press release number 1478. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/pr/hsbc-holdings-plc-and-hsbc-bank-usa-na-admit-anti-money-laundering-and-sanctions-violations>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. District Court Eastern District of New York. Information. Disponível em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1027321/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. District Court Eastern District of New York. Odebrecht plea agreement. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920101/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. District Court for the District of Florida. Embraer dpa. Disponível em <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/904636/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. District Court Southern District of New York. Sealed indictment. Disponível em <<https://www.justice.gov/usao-sdny/press-release/file/1180481/download>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. District Court Southern District of New York. Press release number 263. Disponível em <<https://www.justice.gov/usao-sdny/pr/statement-manhattan-us-attorney-death-defendant-jeffrey-epstein>>. Acesso em 15 jun. 2020.

UNITED STATES OF AMERICA. Federal Rules of Criminal Procedure. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_11>. Acesso em 27 mar. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. National Archives. Bill of Rights. Disponível em <<https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript>>. Acesso em 15 jun. 2020.

Existe espaço para erro de proibição em casos que envolvam a aplicação de leis penais em branco?

Análise sobre os elementos do dolo e da consciência da ilicitude aplicados ao art. 50-A da Lei nº 9.605/1998

*Leo Maciel Junqueira Ribeiro*⁷⁹

1. Introdução

Há muito tempo é descrito que ocorre uma expansão na incidência das normas penais e da aplicação de pena em detrimento de punições administrativas ou indenizações cíveis, em um processo que vem se desenvolvendo nas últimas décadas⁸⁰. Uma das principais características desse processo é a utilização de leis penais em branco, as quais necessitam de um elemento de complementação para que seu conteúdo de injusto seja plenamente preenchido⁸¹. Esse é o caso de muitos dos crimes ambientais, em que o complemento da lei penal em branco quase sempre se encontra em regulamentos ou atos do poder executivo, estejam esses atos jurídicos contidos no âmbito municipal, estadual ou federal⁸². Como exemplo, é possível citar o tipo penal do art. 50-A da Lei nº 9.605/1998, que tornou proibida a ação de “desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente”, sob a pena de reclusão, de 02 a 04 anos, e multa. Portanto, a existência dessa espécie de leis é uma realidade que deve ser enfrentada pela dogmática penal.

⁷⁹ Mestrando na área de estudos de Direito Penal Contemporâneo do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado Criminalista.

⁸⁰ De forma geral sobre o tema, tecendo uma análise ímpar: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸¹ HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p. 145-184.

⁸² GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 11 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 539.

Nesse contexto, novas discussões surgem em relação a essa espécie de lei penal e sobre como os institutos da teoria do crime podem ser aplicados em relação a tais dispositivos, sendo uma dessas discussões referentes a se haveria alguma consequência das leis penais em branco no âmbito do erro de proibição. Em outras palavras, questiona-se se haveria espaço para o erro de proibição quando o caso concreto analisado envolver a prática de um crime cujo tipo penal seja uma lei penal em branco – ou se configuraria apenas erro de tipo – e, ainda mais importante, em caso positivo, por quais critérios estaria delimitado esse espaço. O presente trabalho buscará responder a essa pergunta, com enfoque em três principais problemas⁸³: a) se há distinção entre o objeto jurídico do dolo e a consciência da ilicitude, ou se seriam semelhantes; b) se o dolo pode conter a consciência da ilicitude nos casos específicos de leis penais em branco; c) se o erro de subsunção pode ser considerado espécie de erro de proibição. Para atingir tais objetivos, iniciaremos esta investigação com a apresentação de um caso concreto para análise, que guiará todos os presentes debates, conforme será possível observar no próximo item.

2. Caso concreto utilizado para a presente análise

Além de ilustrar a presente discussão e possibilitar que os conceitos debatidos possam ser debatidos a partir de uma perspectiva prática, a importância da análise de casos concretos reside sobretudo na concretização do necessário vínculo que deve existir entre dogmática penal e prática jurídica, contribuindo para desenvolver a segurança jurídica em nosso ordenamento e, além disso, trazer maior coerência para a pesquisa realizada e as conclusões que serão redigidas neste

83 Esse debate envolve alguns problemas que, por uma razão de recorte metodológico, não poderão ser abordados com neste trabalho. Como exemplo de um interessante problema que não caberá aqui, destaca-se a problemática em torno da distinção *mala in se* e *mera prohibita*, cuja utilização pela doutrina aponta para a maior flexibilização do erro de proibição nas leis penais em branco. Sobre isso, vide: CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Critérios para aferição do erro de proibição no direito penal econômico: distinção *in se* e *mere prohibita*. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 333-375., 2017.

trabalho⁸⁴. Nesses termos, o caso que será apresentado adiante tem como base a prática de uma conduta que em tese poderia corresponder ao art. 50-A da Lei nº 9.605/1998, previamente transcrito na introdução deste trabalho. Isso, pois trata-se de uma lei penal em branco que terá, portanto, a possibilidade de apresentar um arcabouço fático suficiente para os debates que serão desenvolvidos nesta pesquisa. A pergunta final do caso concreto será pela punibilidade ou não de X, que praticou a conduta supostamente proibida, indicando quais elementos da teoria do crime e critérios foram aplicados para oferecer a resposta resolutiva do caso.

Caso: X, operador de máquinas de uma madeireira na região norte do país, foi designado para realizar o corte a extração de árvores em determinada área de floresta nativa e transportar os estéreos lenhosos⁸⁵ para o galpão da empresa. Quando recebeu a demanda, embora soubesse da existência de crimes ambientais contra a flora e também que a área de extração era tida como de domínio público, foi informado pelos sócios da empresa de que a referida extração teria sido autorizada excepcionalmente para sua empresa, acreditando que estava exercendo regularmente um direito. Assim, X executou a demanda e extraiu as árvores do local, levando os estéreos lenhosos até o galpão da empresa. Tempos depois, X foi investigado e processado penalmente, junto aos sócios da empresa e à pessoa jurídica que fora responsável por sua contratação⁸⁶, pela prática do art. 50-A da Lei nº 9.605/1998. *Variante 1*: X não sabia e nem fora informado de que a área

84 Nesse sentido, sobre a importância dos casos concretos para a pesquisa jurídica: WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976, p. 184-196; SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018, p. 89.

85 BATISTA, João Luís; COUTO, Hilton do. O “Estéreo”. In *Revista Eletrônica METRVM*, n. 2, out./2002, p. 2.

86 Sobre o assunto da responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua viabilidade, vide a obra: GALVÃO, Fernando. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 4 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017, p. 93-102. No que concerne ao tema, interessantes apontamentos também podem ser encontrados em: BACIGALUPO, Silvína. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

de extração era de domínio público, mas sabia que a autorização supostamente dada para empresa inexistia ou era ilegítima.

3. Distinção entre elemento normativo do tipo, complemento da lei penal em branco e a ilicitude da conduta praticada

A investigação proposta nesse trabalho deve necessariamente ser iniciada com o debate sobre se existe alguma distinção entre o objeto jurídico do dolo e a consciência da ilicitude. Em outras palavras, trata-se de perguntar se a cognição individual estaria dirigida a um elemento constitutivo do tipo penal ou à própria ilicitude da conduta nos casos que envolvam leis penais em branco, bem como quais são as características de cada um desses elementos. Para responder a essa pergunta, é essencial que seja realizada a distinção basilar entre o elemento normativo do tipo e a ilicitude da conduta praticada que irá repercutir no erro de proibição. Nesse sentido, destaca-se que a descoberta dos elementos normativos do tipo ocorreu no contexto neokantista, em que foi ressaltado que o tipo penal não seria a mera descrição da conduta proibida, mas que também abrangeria elementos que exigiriam um juízo de valor no âmbito jurídico⁸⁷. Assim, os elementos normativos do tipo são os termos ou expressões que demandam, para além da mera leitura, uma carga de interpretação para expressar plenamente seu significado, como é no caso da expressão “terras de domínio público ou devolutas” no artigo analisado neste trabalho.

Por outro lado, o complemento da lei penal em branco é o elemento que dá conteúdo à norma penal proibitiva, estando expresso fora do tipo penal⁸⁸. Por essa razão, inclusive, é que os elementos normativos do tipo são diferenciados das leis penais em branco, tendo em vista que naqueles o tipo penal está completo, embora exija valoração pelo julgador, enquanto nessas o a completude do tipo penal exige a leitura de outros dispositivos legais ou atos normativos que estão fora

87 Nesse sentido, importantes considerações estão contidas na seguinte obra: MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958, p. 386-389.

88 PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In: FRISCH, Wolfgang et al. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, p. 112.

da própria descrição da conduta proibida⁸⁹. Assim, a ilicitude que é objeto da cognição humana no âmbito da culpabilidade pouco tem a ver com o elemento normativo do tipo ou com o complemento da lei penal em branco. Afinal, tendo como pressuposto que a consciência da ilicitude envolve o juízo paralelo na esfera do profano⁹⁰, conforme defende a concepção intermediária sobre o objeto da consciência da ilicitude⁹¹, então teremos que admitir que ela não poderá ser referida à lei penal ou a seus elementos⁹², inclusive a seus elementos normativos, pois a isso incumbe o dolo. Trata-se do processo cognitivo sobre a permissividade – direta ou indireta – do sistema jurídico – e não do tipo penal específico ou da inexistência deste – em relação à conduta praticada. Dessa forma, a ilicitude de que estamos tratando está exatamente onde não estão, ao menos diretamente, os elementos que constituem o tipo penal objetivo, inclusive também seus elementos normativos, considerando que é possível encontra-la também por meio do juízo negativo entre a lei expressa e à mera avaliação ética da conduta.

No caso em exame neste trabalho, trata-se de uma hipótese de evidente erro de proibição indireto, em que X acreditada estar amparado pela causa de justificação do exercício regular de direito⁹³. Assim, é interessante perceber que X inclusive sabe da proibição de extração na área de domínio público, bem como de suas possíveis repercussões penais, mas não é isso, nem uma determinação legal, que o fazem acreditar que a conduta é permitida. Ao contrário, o que o fez acreditar nisso foi a informação de que a extração no local seria permitida excepcionalmente para a empresa, não estando essa informação necessariamente amparada em algum dispositivo legal. A partir disso é possível concluirmos novamente, dessa vez diante do caso concreto, que a ilicitude que é objeto da consciência no âmbito da culpabilidade não exige reconhecimento ou valoração sobre lei, mas sim sobre a

89 TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan/mar. 2002, p. 92

90 MEZGER, Edmundo. *Derecho penal...*, p. 386-389.

91 BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo sobre a consciência da ilicitude*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2019.

92 MEZGER, Edmundo. *Derecho penal...*, p. 157-158.

93 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 273-278.

contrariedade entre a conduta e todo o sistema jurídico ou, de forma mais grossa e objetiva, a “inorreição” ou “injustiça” inerente à conduta.

4. Sobre a impossibilidade sistemática de que o dolo contenha a consciência da ilicitude

Ainda na perspectiva causalista, dolo e culpa constituíam elementos da culpabilidade, e toda valoração ético-jurídica realizável pela cognição humana estava contida no dolo⁹⁴. Assim, a concepção predominante em algumas das vertentes causalistas era a de *dolus malus*, em que o dolo exigia, para que fosse caracterizado, a consciência da ilicitude⁹⁵. Desde então, a referida concepção sofreu diversas críticas, especialmente pois essa dependência que o dolo tinha sobre a consciência da ilicitude provocava graves dificuldades processuais e de política criminal, levando muitos crimes à total impunidade⁹⁶. Afinal, se era difícil provar a cognição quanto aos elementos objetivos do tipo penal, tornava-se praticamente impossível fazê-lo sobre a valoração ético-jurídica feita pelo agente no momento da prática da conduta⁹⁷.

Também por essa razão é que quando as teorias finalistas trouxeram o dolo para o tipo penal, cingiram-se os componentes da cognição entre o elemento cognitivo do dolo, contido no tipo subjetivo e referido ao tipo objetivo, e a consciência da ilicitude, contida na culpabilidade e referida à contrariedade entre conduta e sistema jurídico⁹⁸. Essa observação ocorreu em razão das críticas anteriormente citadas e também pela necessidade de que a sistematização da teoria do crime pudesse ocorrer de modo mais coerente. Afinal, parece-nos um exagero que o desvalor inerente ao injusto penal necessite da consciência da

94 TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 54.

95 Nesse sentido, vide as importantes observações de: DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 157.

96 MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 81.

97 MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância...*, p. 82.

98 TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro...*, p. 70-71.

ilicitude, bastando a cognição mais breve e dentro dos limites estritos do tipo penal objetivo⁹⁹. Quanto às leis penais em branco, a questão não é exatamente se o dolo pode conter essa espécie de valoração e ser referido a seu elemento de complementação, pois ele poderá. Ao contrário, trata-se de perguntar se para a caracterização do dolo é necessário que o agente entenda que sua conduta contraria o sistema jurídico, conceito que não nos parece o mais adequado, apesar de admitirmos que a diferença entre os objetos do dolo e da consciência da ilicitude se torna mais sutil nas leis penais em branco¹⁰⁰. Vale ressaltar que o dolo pode abarcar valoração ético-social, como aquela da imputação objetiva, mas apenas se for referida a um tipo concreto e específico, não de forma ampla como é o caso da ilicitude.

Assim, destaca-se que o dolo pode exigir valoração sobre o complemento da lei penal em branco, mas jamais poderá exigir ou conter a consciência da ilicitude ou, em outras palavras, a valoração sobre a contrariedade da conduta e todo o sistema jurídico. Por certo, vê-se que a consciência da ilicitude sequer depende do tipo penal objetivo ou de quaisquer dos elementos a ele inerentes, sendo mesmo irrelevante se o tipo penal aplicável em determinado caso é uma lei penal em branco ou não. Grosso modo, a consciência da ilicitude independe da completude ou não da lei penal incriminadora e também de seu eventual elemento de complementação. Ou seja, no caso apresentado acima e no que concerne à consciência da ilicitude, não importa se X sabia ou não da autorização como constitutiva do tipo penal, mas sim se ele tinha alguma razão para acreditar que essa autorização tornava sua conduta permitida pelo sistema jurídico. O fato é o mesmo, a autorização, mas as duas formas com que pode atuar na cognição são totalmente distintas. Caso não exista a autorização, haverá erro de

99 ZAFFARONI, Eugenio Raul [et al.]. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 519.

100 Provavelmente essa sutileza se dá, pois, a circunstância fática que ensejou o erro pode ser a mesma: ausência de autorização para extrair as árvores. Mas a forma como ela repercute na consciência do indivíduo pode seguir dois caminhos distintos, incidindo diretamente no tipo penal objetivo ou de forma mais ampla, na ilicitude.

proibição desde que X tenha errado não quanto ao tipo do art. 50-A da Lei nº 9.605/1998, mas sim quanto à proibição¹⁰¹ de sua conduta.

5. Debates sobre o erro de subsunção como erro de proibição

O último debate que precisa ser feito quanto ao tema abordado neste trabalho é se o erro de subsunção realmente pode ser tratado com erro de proibição. Para tanto, é necessário que se destaque o conceito de erro de subsunção. Trata-se de uma espécie de erro que ocorre quando a pessoa acredita, por alguma razão, que sua conduta não corresponde ou não se “subsumi” aos elementos do tipo penal objetivo¹⁰². Assim, trata-se de uma espécie de erro que exige a avaliação direta tanto da conduta, como de uma norma penal proibitiva específica¹⁰³. A denominação dessa espécie de erro como erro de subsunção advém da antiga e há muito questionada distinção entre erro de fato e erro de direito, em relação à qual podemos citar a importante observação adiante que foi feita por Ingeborg Puppe quanto às teses da Suprema Corte alemã:

*Esta terminología llevo a que se le formularsen al Reichsgericht reproches de formalismo y superficialidad. Pero sobre todo borró la profunda diferencia existente entre dos clases, totalmente diversas, de error al denominarlas a amabas como error de Derecho. Lo que el Reichsgericht entendió como error de Derecho penal es, sobre todo, el error de subsunción, es decir, un error sobre el contenido de aquella norma que rige para el autor mismo y que es protegida a través del Derecho penal.*¹⁰⁴

101 Explorando argumentos diversos sobre a distinção entre a proibição inerente à ilicitude e à tipificação penal da conduta praticada, vide a seguinte obra: LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121-143.

102 TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro...*, p. 123.

103 TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro...*, p. 124.

104 PUPPE, Ingeborg. *Error de hecho...*, p. 136. Observações interessantes sobre o tema também em: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1942, p. 117. LEITE, Alaor; ASSIS, Augusto. O erro. Especial foco no erro de proibição. In BUSATO, Paulo César (Org.). *Teoria do delito*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 302.

A despeito das críticas à terminologia do erro de subsunção, é exatamente por ser conceituado e delimitado dessa forma que nos parece muito mais próximo de um erro de tipo do que de um erro de proibição. Em primeiro lugar, pois o erro de tipo exige a cognição quanto a elementos específicos vinculados estritamente ao tipo penal objetivo. O erro de proibição, ao contrário, necessariamente deve estar “desconectado” de fatos específicos e, ainda mais, do tipo penal objetivo. Além disso, no erro de tipo não há qualquer questionamento ético-social sobre a conduta e sua correição frente a todo o ordenamento jurídico, assim como ocorrerá no erro de subsunção, enquanto no erro de proibição essa espécie de questionamento não só existe, como constitui sua essência. Assim, nos parece mais coerente classificar o erro de subsunção como espécie de erro de tipo que incide num juízo de tipicidade vicioso que é feito pelo agente na ocasião da prática da conduta¹⁰⁵. Assim, o erro de subsunção sempre será erro de tipo.

6. Conclusões

Com base na breve análise realizada neste trabalho, que tem mais pretensão de fomentar o debate sobre o tema abordado do que propor soluções definitivas, considerando ainda a ampla complexidade e riqueza do tema, é possível, ainda assim, que algumas conclusões sejam feitas e sintetizadas a partir da pesquisa descrita nessas linhas. Dessa forma, os próximos itens contêm uma série de sínteses dos aspectos abordados no presente trabalho:

1. Os elementos normativos do tipo penal são conceitos contidos na própria descrição da conduta proibida que exigem um juízo de valor para que seu significado seja conhecido,

105 TOLEDO, Francisco de Assis. O erro..., p. 124. Entendemos que o autor indica que pode haver o tratamento do erro de subsunção como erro de proibição, conforme citado pelo autor com base na obra de Welzel, nas situações excepcionais em que obsta a consciência da ilicitude do autor. Contudo, consideramos essa distinção sem qualquer efeito prático, pois nesse caso sempre haverá erro de tipo, além de dogmaticamente equivocada, pois a lógica do erro de proibição, conforme exposto acima, é absolutamente distinta daquela do erro de tipo.

enquanto as leis penais em branco, embora possam exigir também esse juízo, exigem a análise de outro dispositivo normativo, sem o qual o tipo penal não está completo.

2. A consciência da ilicitude, adotando-se o posicionamento intermediário desenvolvido pela doutrina, é um juízo paralelo na esfera do profano, ou seja, a consciência individual quanto à contrariedade entre a conduta e todo o ordenamento jurídico, a qual resulta na compreensão da “incorreição” ou “injustiça” da conduta praticada.
3. Devem ser estritamente vinculadas ao tipo penal objetivo as exigências que concernem ao elemento volitivo dolo, sendo incabível considerarmos que o dolo possa abarcar as valorações inerentes à consciência da ilicitude, mesmo nas leis penais em branco. Por certo, o dolo conter valorações jurídicas, se direcionado aos elementos normativos do tipo, por exemplo, mas jamais abarcará valorações quanto à ilicitude da conduta.
4. A distinção entre ambas as valorações tem que considerar qual foi o processo cognitivo realizado pelo indivíduo. Caso tenha se referido aos elementos objetivos do tipo penal específico, haverá sempre erro de tipo, ainda que o elemento seja a norma que completa a lei penal em branco. Ao contrário, caso se refira à contrariedade da conduta com todo o sistema jurídico, haverá erro de proibição pela falta de consciência da ilicitude.
5. Os casos chamados tradicionalmente como de erro de subsunção devem ser tratados, na realidade, como casos de erro de tipo. Isso se dá em razão do próprio conceito e limites do erro de subsunção. Enquanto nesse há necessidade de análise específica sobre se um tipo penal incide na conduta, sem valorações ético-sociais, no erro de proibição deve existir uma valoração geral em relação ao sistema jurídico, acompanhada de elementos ético-sociais. Assim, a estrutura de ambos é absolutamente distinta, devendo o erro de subsunção ser sempre tratado como erro de tipo, o que não exclui a possibilidade de ocorrência do erro de

- proibição nos casos em que o erro seja quanto à ilicitude.
6. No caso apresentado neste trabalho, X cometeria erro de tipo caso tivesse errado quanto à existência da autorização, desde que esse erro envolvesse, em seu processo cognitivo, a inaplicabilidade do tipo penal do art. 50-A da Lei nº 9.605/1998, ainda que ele achasse ético-socialmente incorreta a extração das árvores – elemento irrelevante. Ao contrário, haverá erro de proibição quando X errar sobre a existência da autorização, mas a suposta autorização o tivesse levado a pensar que a extração era permitida ou ético-socialmente aprovada perante todo o ordenamento jurídico.
 7. Há amplo espaço para a ocorrência de erro de proibição quando se trata de leis penais em branco e, ao menos dentro do escopo metodológico deste trabalho, não foi possível constatar qualquer óbice à sua ocorrência. Novos estudos certamente serão necessários, especialmente no que se refere aos efeitos da administrativização do Direito Penal na consciência da ilicitude ou à teoria da prova aplicada ao erro de proibição. Espera-se que estas breves linhas consigam fomentar esses debates.

7. Referências

BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

BATISTA, João Luís; COUTO, Hilton do. O “Estéreo”. In *Revista Eletrônica METRVM*, n. 2, out./2002.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Novo estudo sobre a consciência da ilicitude*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2019.

CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. Critérios para aferição do erro de proibição no direito penal econômico: distinção in se e mere prohibita. In *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 333-375, 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GALVÃO, Fernando. *Direito penal: parte geral*. 11 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. 4 ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Reflexiones sobre el error de derecho en materia penal*. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1942.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal: atuação nos limites entre o permitido e o proibido*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____; ASSIS, Augusto. O erro. Especial foco no erro de proibição. In BUSATO, Paulo César (Org.). *Teoria do delito*. Curitiba: Juruá, 2012.

MEZGER, Edmundo. *Derecho penal: parte general*. Trad. Ricardo C. Núñez. Buenos Aires: Editorial Bibliografía Argentina, 1958.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PUPPE, Ingeborg. Error de hecho, error de derecho, error de subsunción. In FRISCH, Wolfgang et al. *El error en el Derecho Penal*. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Direito penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional*. Trad. e coord. Adriano Teixeira. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan/mar. 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

WESSELS, Johannes. *Direito penal: parte geral*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: SAFE, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raul [et al.]. *Derecho penal: parte general*. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Considerações sobre o princípio da taxatividade e o delito de extração irregular de minério

Beatriz Vasconcelos Coelho Melo¹⁰⁶

1. Introdução

As normas de Direito Penal Ambiental, não tuteladas na redação original de 1940 do Código Penal, são acréscimos recentes após o entendimento de que o meio ambiente é bem jurídico relevante o suficiente para merecer a proteção da *ultima ratio* do sistema. Por meio dele, busca-se a tutela do direito difuso a um espaço sadio e completo, que compreenda gerações presentes e futuras, nas mais diversas formas e nos mais diversos ambientes.

É dentro deste contexto que surge a Lei nº 9.605, de 1988, que dispõe sobre as sanções, sejam elas administrativas ou penais, aos que violem alguma esfera deste ambiente, impondo a estas a delimitações de tipos penais específicos a cada uma das áreas de proteção. Uma destas proteções se dá em relação à extração irregular de minério, no artigo 55 da referida Lei, que afeta não somente o solo, mas pode prejudicar toda a vegetação e o funcionamento da biosfera no entorno dos chamados garimpos ilegais, que, sem fiscalização, ameaçam a saúde, a dignidade e o meio ambiente dos locais.

A questão a ser aqui discutida está na compatibilidade do tipo pena ora tratado com o princípio da taxatividade, um desdobramento da legalidade constitucionalmente imposta ao Direito Penal. Por meio desta, há a negativa de legitimidade das normas que possuam conteúdo muito abstrato e estejam descritas de forma imprecisa e genérica, dificultando ou impossibilitando a compreensão da conduta proibida pelo Legislador.

A discussão, como será tratada, perpassa por diversos pontos a serem debatidos, desde a evidente necessidade de tutela do meio ambiente, como a preponderância da segurança jurídica em detrimento

106 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduanda em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da PUC-Minas.

da acessoriedade administrativa pela complexidade dos elementos a serem considerados, em uma discussão sobre a legitimidade ou não desta norma penal proibitiva.

2. O princípio da taxatividade no Direito Penal

O Direito Penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, assume uma função limitadora do direito de punir estatal, condicionando a legitimidade da intervenção ao cumprimento dos princípios e das regras que dispõem expressamente as fronteiras da atuação. Isto, no entanto, não retira seu caráter político, afinal, até mesmo a escolha de quais condutas serão objeto da tutela penal parte de uma opção.

É neste contexto que os princípios são essenciais para a delimitação deste, sendo bases fundamentais de interpretação, de criação e de aplicação das normas penais; apesar de amplamente difundidos, estes não são discutidos com a seriedade que deveria¹⁰⁷. Para além dos princípios da intervenção mínima e adequada e da lesividade, que são maculados com uma frequência maior e de forma mais evidente, a legalidade também resta em cheque, até mesmo porque seu conteúdo está muito além da necessidade de determinação prévia do delito a ser analisado.

Prevista na Constituição, no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, a obrigatoriedade de que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* elenca a primeira percepção da legalidade: a necessidade de que esteja prevista em lei formal o crime a ser julgado, sendo impossível a imputação de conduta por lei vigente em data posterior¹⁰⁸. Isto, no entanto, não restringe ou

107 Exemplo da necessidade da discussão firme de princípios de Direito Penal se deu no julgamento de 2019 das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, que debatiam os termos do artigo 283 do Código de Processo Penal e a constitucionalidade da determinação da prisão em segunda instância como efeito automático de confirmação da condenação, ainda que não estivessem presentes os requisitos da prisão preventiva. Da mesma forma no julgamento também pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26 e o Mandado de Injunção n. 4733, que foi equiparado ao delito de racismo as ações criminosas que tenham por fundamento a discriminação com base em orientação sexual ou identidade de gênero.

108 Aqui cabe, ainda ressaltar a correlação com a vedação de retroatividade maléfica,

limita a aplicação da legalidade, uma vez que a simples previsão legal não exclui a necessidade desta ser feita da forma mais clara e direta possível.

A taxatividade é uma das esferas da legalidade, sendo esta de caracterização essencial para a legitimação de imputação penal à pessoa. Por meio dela, há a garantia de que a lei penal determine com precisão o comportamento proibido e a sanção penal a ser imposta pela prática deste¹⁰⁹. Não cabe ao Legislador, portanto, editar uma lei prevendo uma conduta sem que seja possível a compreensão das nuances mínimas a ser proibida, sob pena de violação à liberdade individual e, reflexamente, ao Estado Democrático de Direito.

Esta exigência, de uma lei certa, determina que os tipos penais não possam ser construídos com base em elementos vagos ou genéricos, fazendo com que seu conteúdo seja de fácil acesso a todos¹¹⁰. Uma vez que os representantes do povo elegem a conduta como relevante o suficiente para ser tutelada pelo Direito Penal, cabe a eles a definição de todos os elementos que sejam úteis e necessários à compreensão dos limites de atuação individual. Um tipo penal que não permite reconhecer suas características plenamente seria, assim, um tipo nulo¹¹¹.

A taxatividade atua, assim, na concretização da segurança jurídica, evitando arbitrariedades não somente dos que criam as leis, como também dos que as aplicam. Eventuais lacunas deixadas pela norma nunca poderão ser superadas por interpretações extensivas, no mesmo sentido da vedação de analogias¹¹². Na falha da previsão

também esta prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso XL, da Constituição, sendo determinado: *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.*

109 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal*: parte geral. 9 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 143.

110 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei nº 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

111 ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier Vicente de Remesal. Madrid: Civitas, 1997, tomo I, p. 141.

112 LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr.

inadequada da situação elencada pela norma proibitiva, não cabe ao indivíduo o ônus de limitar sua liberdade pela indeterminação da lei, mas sim ao Estado o ônus de não punir por violação ao princípio fundamental da legalidade.

São por estas razões que doutrinadores defendem a inconstitucionalidade dos tipos penais em branco¹¹³, uma vez que a taxatividade destas condutas resta maculada pela necessidade de consulta de elemento normativo do tipo em outro dispositivo, seja dentro da mesma legislação ou fora desta. Partindo do pressuposto de que a norma deve ser acessível a todos, em especial aos que defendem a legitimidade do Direito Penal pela ideia da prevenção geral¹¹⁴, a indeterminação que obriga o acesso a norma externa consta como real óbice para a difusão do conteúdo concreto proibido.

Não há, aqui, a presunção de se olvidar demais postulados da legalidade, ou do princípio da reserva legal, que, em conjunto, impõem a necessidade não somente da determinação específica, mas da aplicação coerente e restrita das normas, previamente dispostas em lei formal. Cabe tão somente ressaltar que a necessidade da disposição clara da lei é ponto fundamental e que, em tempos de expansionismo do Direito Penal, segue maculada.

2010, p. 125.

113 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52-53. Cezar Bitencourt analisa, neste ponto, os critérios adotados por Roxin para a análise da constitucionalidade de uma lei e o equilíbrio de seu conteúdo e de sua abstração, mas conclui que estes são insuficientes para determinar os limites da proibição, recaindo em diversos abusos da legalidade. No mesmo sentido: LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002, p. 157.

114 GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 9 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 77. Segundo o autor, a teoria da prevenção geral parte da ideia da intimidação difusa da sociedade pela aplicação da sanção penal. Ao ver seus semelhantes serem punidos, haveria, por esta teoria, o desestímulo à prática delituosa, sendo este um exemplo para a sociedade.

3. Breves apontamentos sobre o delito de extração irregular de minério

Um meio ambiente sadio é um direito garantido pela Constituição Federal¹¹⁵, sendo imprescindível para a vida com qualidade não somente desta, mas das futuras gerações. Isto não se resume à proteção da fauna e da flora, mas à garantia de bem-estar em geral, envolvendo os mais recentes debates sobre a poluição sonora e a visual. A tutela deste direito não possui, no entanto, unicamente a proteção constitucionalmente abstrata, mas diversas regulações legislativas.

Mais diretamente relacionada à extração de minério, que resta como o recorte deste trabalho, a primeira regulação envolvendo a extração e o garimpo se deu em 1934, com a edição do Decreto n. 24.193, passando pelo Código de Mineração de 1967 até o atual Estatuto do Garimpeiro - Lei nº 11.685 de 2008.

O garimpo, muito além de uma profissão, é parte da construção história do país. Desde a época do Brasil Colônia, a exploração do solo para a extração mineral é prática comum e de grande relevância – em especial em Minas Gerais. Ainda que passada de geração em geração, o garimpo sofreu diversas alterações ao longo do tempo, com a modernização da atividade e a inserção de grandes empresas no ramo.

O que era uma atividade majoritariamente artesanal transforma-se, hoje, em uma atividade empresarial com grande potencial de lucro, atraindo mineradoras nacionais e internacionais para a exploração do solo. É exatamente no sentido de proteger o pequeno garimpeiro que, por tradição ou por falta de opção, segue na extração de forma rudimentar que foi editada seu Estatuto; com ele, a profissão é regulamentada, os sindicatos são fortalecidos e seus direitos -e deveres – são tutelados pela lei.

115 Assim dispõe o artigo 255 da Constituição: *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Exemplo desta proteção está no artigo 5º do Estatuto¹¹⁶, que prevê a prioridade da concessão da permissão de lavra garimpeira aos sindicatos em detrimento de grandes empresas, sendo garantida também a autorização de comercializar o produto de sua atividade diretamente ao consumidor final¹¹⁷, sem que necessite de um intermediário para a venda. Não existem somente direitos, sendo que, também por previsão do artigo 12, inciso I, do Estatuto do Garimpeiro¹¹⁸, este se vê obrigado a recuperar as áreas atingidas pela prática de sua atividade.

A Lei nº 9.605, de 1988, dispõe sobre sanções administrativas e criminais que envolvem os delitos contra o meio ambiente, em suas mais diversas esferas. A criminalização da conduta de extração irregular de ouro se vê disposta no artigo 55, que assim estabelece:

Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.

O tipo não exige a prática por nenhum agente especial, sendo o sujeito passivo a coletividade. Exige-se o dolo para prática delituosa, não podendo este ser imputado por culpa, sendo a sua realização de ação múltipla, ou seja, basta a caracterização de um dos verbos núcleo do tipo para que esteja consumada a conduta.

Como se vê da leitura da leitura da norma incriminadora, faz-se necessária a compreensão de diverso elementos que não tem uma disposição expressa no próprio tipo, sendo necessária a consulta a outras

116 O artigo 5º da Lei 11.685 assim dispõe: *as cooperativas de garimpeiros terão prioridade na obtenção da permissão de lavra garimpeira nas áreas nas quais estejam atuando, desde que a ocupação tenha ocorrido nos seguintes casos;*

117 Isto está determinado no artigo 9º da Lei nº 11.685/2008.

118 Assim se lê: Art. 12: o garimpeiro, a cooperativa de garimpeiros e a pessoa que tenha celebrado Contrato de Parceria com garimpeiros, em qualquer modalidade de trabalho, ficam obrigados a: I - recuperar as áreas degradadas por suas atividades;

leis ou regulamentações administrativas. Inicialmente é necessário ressaltar que a consideração que os *recursos minerais* a serem extraídos, lavrados ou pesquisados estão definidos no §1º do artigo 10 da Lei nº 7.805/ 89¹¹⁹ e no inciso III do artigo 2º do Estatuto do Garimpeiro¹²⁰. Nas duas regulamentações se vê o ouro como mineral garimpável, autorizada, assim, sua extração por lei.

Seguindo na leitura do dispositivo, ainda se faz necessária a compreensão de qual seria a *autorização, permissão, concessão ou licença competente*, que, aqui, será focada na Permissão de Lavra Garimpeira (PLG), regulamentada pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Os artigos 200 e 201 da Consolidação das Normas do DNPM dispõem sobre a concessão da PLG, elencando seus requisitos necessários para tal. Ainda mais, o artigo 44 da Consolidação do DNPM¹²¹ dispõe sobre os limites máximos de terras sujeitas à lavra garimpeira e o artigo 3º da Lei nº 7. 805/89 impõe a necessidade de licenciamento ambiental prévio à concessão¹²².

O que se vê, portanto, é que para a exata compreensão dos termos deste único tipo penal que tutela o meio ambiente, somente na análise da conduta prevista em seu *caput*, é necessária a consulta a diversos regulamentos e legislações que extrapolam a previsão normativa da conduta incriminadora. Isto porque, das diversas formas de ex-

119 Assim dispõe sobre os minerais garimpáveis: São considerados minerais garimpáveis o ouro, o diamante, a cassiterita, a columbita, a tantalita e wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvial; a sheelita, as demais gemas, o rutilo, o quartzo, o berilo, a muscovita, o espodumênio, a lepidolita, o feldspato, a mica e outros, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados, a critério do Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM.

120 Assim está determinado: Art. 2º: Para os fins previstos nesta Lei entende-se por: III - minerais garimpáveis: ouro, diamante, cassiterita, columbita, tantalita, wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvial, scheelita, demais gemas, rutilo, quartzo, berilo, muscovita, espodumênio, lepidolita, feldspato, mica e outros, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados, a critério do DNPM.

121 Assim está elencado: Art. 44. No regime de permissão de lavra garimpeira o título ficará adstrito às áreas máximas de: I - 50 (cinquenta) hectares, para pessoa física ou firma individual nos termos do art. 5º, III, da Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989; e II - 10.000 (dez mil) hectares na Amazônia Legal e 1.000 (mil) hectares para as demais regiões, para cooperativa de garimpeiros.

122 A disposição assim se encontra: A outorga da permissão de lavra garimpeira depende de prévio licenciamento ambiental concedido pelo órgão ambiental competente.

tração mineral a serem realizadas, a demonstração se deu unicamente da concessão da lavra garimpeira, em todas as suas peculiaridades.

A compreensão da conduta imputável – e, mais, dos limites da prática legal – se torna extremamente obscura, exigindo um amplo conhecimento que extrapola a norma penal que impõe a conduta de não-fazer. Tratando especificamente da extração de ouro, como já visto, ainda existe característica rudimentar de parte da exploração, que envolve, por muitas vezes, garimpeiros simples que aprenderam o ofício pela família. Não há como conceber que toda esta gama de trabalhadores consiga compreender as regulamentações de forma completa a não infringir a norma.

4. Conclusões

Cabe, ao Direito Penal, a tutela dos principais direitos, sendo sua função subsidiária aos demais ramos do Direito. A escolha das condutas a serem imputadas, portanto, partem do bem jurídico a ser protegido pela norma proibitiva, em especial pela imposição da sanção mais grave ao ordenamento: a restrição da liberdade de ir e vir. Não se menospreza, neste sentido, a importância do meio ambiente¹²³, nem mesmo a necessidade de proteção deste não somente por meio de leis e de políticas públicas, mas também de organizações não-governamentais e da população.

É neste ponto que muitos defendem a insuficiência dos demais ramos do Direito para a tutela deste que vem sofrendo cada vez mais ataques¹²⁴. Há quem afirma a necessidade da tutela mais firme em razão da proteção constitucionalmente garantida e na relevância de um ambiente saudável para a vida em sociedade¹²⁵, sendo que a inclusão deste bem jurídico não tutelado na promulgação do Código Penal em 1940 é necessária e adequada. A tutela de bens jurídicos difusos tem

123 LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002, p. 155.

124 Cabe, tempestivamente, as menções às recentes queimadas no Pantanal e na Amazônia, que ameaçam a existência de todo um ecossistema e da sobrevivência dos que dele vivem, seja pela pesca, pela colheita, do turismo ou de outras formas de renda.

125 PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 15.

sido, de fato, elemento mais comum com o passar do tempo, em busca da criminalização de condutas que lesem o bem-estar.

Em relação especificamente ao delito de extração irregular de minérios, mais especialmente do ouro, que possui alto valor de mercado, não somente a tutela do meio ambiente se faz necessária, mas a toda uma cadeia problemática de uma prática predatória que afeta elementos sociais graves. Não raros são os casos em que operações policiais em minas ilegais de extração de ouro envolvem delitos correlatos, como o trabalho escravo¹²⁶, como ameaças e até mesmo uma série de violações graves a legislações trabalhistas.

Especialmente por se rum minério de tão alto valor, os locais de mineração ilegal são altamente patrulhados pelos que controlam as áreas, sendo constantes as violações a estes com o fim de obtenção do maior lucro possível. Além da criação de uma população marginalizada e altamente dependente da situação degradante que vivem, as consequências sociais trazidas pela prática atuam na manutenção da pobreza e na propagação de doenças¹²⁷. Não há, frisa-se, qualquer relativização sobre a importância da proteção do meio ambiente da forma mais adequada possível, sendo este elemento essencial.

A taxatividade, em outro aspecto de análise, é um dos pilares do Direito Penal e constitui elemento essencial para a configuração da legalidade do tipo penal. É por meio dela que se assegura à população a obrigatoriedade do poder de punir do Estado, limitando ao Legislador e ao intérprete das leis que estas sejam precisas o suficiente, a ponto de não demandar a necessidade de um raciocínio extensivo para sua compreensão.

126 As reportagens que demonstram a existência de trabalhadores em condições análogas às de escravos não são distantes, sendo que constituem infeliz parte do cotidiano brasileiro. Em 2018, foram resgatadas mais de 30 pessoas nesta situação em um garimpo ilegal no estado do Pará (fonte: MARIZ, Renata. *Operação resgata 38 pessoas do trabalho escravo em garimpo ilegal de ouro*. 2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/operacao-resgata-38-pessoas-do-trabalho-escravo-em-garimpo-ilegal-de-ouro-23004984>>).

127 A utilização do mercúrio nos garimpos ilegais, sem a fiscalização e o controle devidos, acaba por intoxicar não somente os trabalhadores que diretamente utilizam o produto, mas também todos os que cercam o ambiente. O produto acaba por contaminar o solo, os rios e o ar, gerando uma série de consequências em especial à população indígena e ribeirinha das áreas de maior contágio (fonte: CONSOLE, Luciana. *Tapajós tóxico: garimpo aumenta níveis de mercúrio no rio e população adoecer*. 2019. Disponível em <<https://www.brasilefato.com.br/2019/03/16/tapajos-toxico-garimpo-aumenta-niveis-de-mercurio-no-rio-e-populacao-adoecer/>>).

Ao se deparar com tipos penais como os acima apresentados, que demandam uma extensa pesquisa para a devida interpretação do conteúdo proibitivo, de seus limites e de suas nuances, existem dois caminhos comumente adotados pela doutrina: a compreensão deste fenômeno pela complexidade do bem jurídico tutelado e os que defendem a inconstitucionalidade do dispositivo por ferir diretamente a legalidade no aspecto da taxatividade. Cada uma destas é vista a depender do ponto de vista a ser adotado, sendo que a controvérsia gera efeitos práticos diretos.

Em um primeiro ponto, há quem defenda que o postulado da taxatividade deva ser cumprido nos limites de suas possibilidades, em especial porque toda lei penal acaba por ter um certo tipo de indefinição¹²⁸, sendo impossível exigir do Legislador a expressão completa do tipo penal. A construção da taxatividade, como este imperativo a ser seguido, partiriam de uma compreensão deficiente da natureza da linguagem¹²⁹, exatamente pela necessidade de complementação pela incapacidade de exaurimento do conteúdo na norma proibitiva.

Estes fatos são ainda mais ressaltados pela complexidade e mutabilidade do meio ambiente, que está em constante alteração e que a edição de lei formal todas as vezes em que fosse necessária alguma modificação de conceito – em especialmente dos que envolvem pontos que necessitam de um conceito muito técnico – se tornaria inviável. A mera dificuldade, no entanto, não deve ser óbice ao cumprimento de preceitos fundamentais, uma vez que as liberdades individuais não devem ser maculadas em detrimento da facilidade legislativa de edição de normas proibitivas, mas a necessidade de conteúdo técnico a ser adotado é ponto relevante, sendo este um fundamento chave para a compreensão dos preceitos vagos adotados.

Há, ainda, um debate em relação a extensão do país e as necessárias regionalidades a serem consideradas, elemento que não poderia ser cumprido com a edição de uma lei federal genérica. Aí estaria

128 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 47.

129 NAVARRO, Pablo E.; MANRIQUE, Laura. El desafío de la taxatividad. In *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 58, n. 3, p. 807-836, set./dez. 2005, p. 809.

o conceito de acessoriedade administrativa, em que algumas regulamentações complementarizam tipos penais em seu conteúdo¹³⁰, sendo que a compreensão do conteúdo proibitivo depende de leis e de regulamentos deste outro ramo. Por meio das normas administrativas, seriam inclusos as regionalidades e as peculiaridades de cada estado, de cada região, não impondo critérios exorbitantes a nenhuma das diversas áreas de exploração.

Existe, por fim, quem afirme que não há norma penal em branco a ser suprida fora do próprio tipo penal, uma vez que o parágrafo único do artigo 55 supriria a o conteúdo da licença a ser obtida¹³¹. Isto, no entanto, desconsidera a complexidade a informação a ser obtida, bem mesmo as exigências específicas que estão dispostas nos regulamentos do DNPM sobre a permissão, que contém, só em um dos artigos, nove requisitos.

Em sentido diametralmente oposto, há quem defenda a mais absoluta inconstitucionalidade do dispositivo por este violar a legalidade em sentido amplo. A taxatividade impõe que os tipos penais devem ser as mais preciso possíveis e em situações como as que se mostram neste momento, com a necessidade de compreensão não somente de outra lei, mas de regulamentos, haveria uma nulidade da norma proibitiva. Estas vozes afirmam a incoerência da acessoriedade não somente pela violação ao tipo material, mas também pela possibilidade de ferir a isonomia pela variação expressa de acordo com cada contexto fático¹³².

Com a autorização de complementação por meio de regulamentos administrativos, em especial dos principais elementos do tipo penal, afirma-se que é dado o poder à autoridade administrativa de criar

130 LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010, p. 128.

131 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente: crimes Ambientais* (Lei nº 9.605/1998). 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 265.

132 LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010

e alterar o conteúdo de um tipo penal¹³³, sendo este fato diretamente inconstitucional¹³⁴ e contra os princípios fundantes do Direito Penal. Não caberia, assim, a criminalização da extração irregular de minério *da forma como esta é feita*, sendo que este dispositivo legal não encontraria respaldo constitucional ou doutrinário pela violação à taxatividade.

Ambas as posturas, como se vê, são fortes dentro dos posicionamentos dos autores, em especial pelo viés dado por cada um deles na leitura do preceito proibitivo. O que não se pode olvidar, em nenhuma hipótese, é da função primária de limitação ao poder de punir do Estado e da garantia da liberdade individual e da segurança jurídica, pilares que não podem ser negociados ou mesmo relativizados em prol de eficiência, de facilitadores ou de qualquer outro ponto a ser levantado, sob pena de abrir precedentes para arbitrariedades legais e judiciais.

5. Referências

BRASIL. *Consolidação das Normas do DNPM*, de 16 de maio de 2016. Anexo da Portaria n. 155, de 12 de maio de 2016. Brasília, Disponível em <http://www.dnpm-pe.gov.br/Legisla/CN_DNPM.htm>. Acesso em 26 out. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSOLE, Luciana. *Tapajós tóxico*: garimpo aumenta níveis de mercúrio no rio e população adoce. 2019. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2019/03/16/tapajos-toxico-garimpo-aumenta-niveis-de-mercurio-no-rio-e-populacao-adoece/>>. Acesso em 29 out. 2020.

133 LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002, p. 166.

134 NABUCO FILHO, José. O princípio constitucional da determinação taxativa e os delitos ambientais. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 9, n. 104, p. 2-3, jul. 2001, p. 3.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 9 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002. Disponível em <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=37075>. Acesso em 14 out. 2020.

LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 83, p. 120-162, mar./abr., 2010. Disponível em <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=77829>. Acesso em 13 out. 2020.

MARIZ, Renata. *Operação resgata 38 pessoas do trabalho escravo em garimpo ilegal de ouro*. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/operacao-resgata-38-pessoas-do-trabalho-escravo-em-garimpo-ilegal-de-ouro-23004984>>. Acesso em 29 out. 2020.

NABUCO FILHO, José. O princípio constitucional da determinação taxativa e os delitos ambientais. In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 9, n. 104, p. 2-3, jul. 2001. Disponível em <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=32558>. Acesso em 29 out. 2020.

NAVARRO, Pablo E.; MANRIQUE, Laura. El desafío de la taxatividad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 58, n. 3, p. 807-836, set./dez. 2005. Disponível em <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=82854>. Acesso em 29 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente: crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo y Javier Vicente de Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 9 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209 de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Criminal compliance e risco reputacional

Considerações acerca da criminalidade ambiental da pessoa jurídica e dependência comunitária

Mariana Barbosa Rosa¹³⁵

1. Introdução

Ao longo das últimas três décadas, muito se falou em *Compliance* nos países europeus e nos Estados Unidos da América, tendo os programas de integridade assumido um protagonismo em assuntos corporativos nos últimos dez anos no Brasil.

Junto aos programas de *Compliance*, um assunto emergente, e, ao mesmo tempo, controverso, é o da possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas atrelada aos programas de cumprimento, na medida em que a existência de um programa eficiente pode, a depender da legislação em evidência, diminuir, ou, até mesmo, isentar, a responsabilidade da empresa por eventuais delitos praticados. Por outro lado, imperiosa se faz, também, a consideração de programas de *Compliance* cuja utilização é meramente cosmética.

Neste aspecto, o mundo corporativo brasileiro enfrenta uma lacuna legislativa acerca do *Compliance*, eis que ausente uma orientação regulatória para sua implementação, ao mesmo tempo em que é esperada essa implementação de códigos de ética e de conduta no interior das empresas, à exemplo da exigência dos programas para contratação com o Poder Público e da Lei nº 12.846/13¹³⁶. No âmbito dos crimes ambientais, a realidade enfrentada é a de uma acessoriedade administrativa demasiada para a complementação de tipos penais¹³⁷,

135 Graduada em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

136 Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

137 COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, Direito Penal e Direito Admi-*

o que também revela uma dificuldade para as empresas conseguirem estabelecer programas de *Compliance* voltados para a prevenção de crimes ambientais.

Não obstante esse obstáculo enfrentado pelas empresas, um programa efetivo possui importância para além do ambiente empresarial interno. O protagonismo de grandes corporações na interação com a sociedade pode vir a criar uma dependência nos indivíduos integrantes dessa sociedade que, a partir de uma ética corporativa, pode – e deve – ser sanada, eis que essas empresas dispõem de recursos próprios, que nem mesmo o Estado possui, suficientes a reparar os erros cometidos nas decisões institucionais das entidades jurídicas.

Ao falarmos sobre dependência comunitária¹³⁸, naturalmente vem à mente os grandes desastres ambientais ocorridos em Mariana¹³⁹ e Brumadinho¹⁴⁰ nos anos de 2015 e 2019, respectivamente, que, apesar de terem trazido consequências trágicas à vida e à saúde de diversos

nistrativo. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007. Nas palavras de Helena Regina Lobo da Costa: “(...) o direito penal ambiental é auxiliado, socorrido ou assessorado pelo direito administrativo, sem que isso o torne, necessariamente, dele dependente ou acessório. Em muitos casos, a configuração dependerá, efetivamente, de uma decisão da esfera administrativa. Todavia, podem existir tipos penais cuja redação remeta a um simples conceito de direito administrativo, o que não significa, nesta hipótese específica, que será necessária uma decisão na esfera administrativa acerca de eventual ilícito para a configuração do delito. Assim, a grafia assessoriedade abarca não só as situações de efetiva dependência, mas também aquelas de mera complementação conceitual ou normativa.”

138 SAAD-DINIZ, Eduardo. Vitimização corporativa e dependência comunitária na criminologia ambiental: o acerto de contas com os desastres ambientais. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*: Revista dos Tribunais, n. 327, ano 27. Segundo o autor, “A incapacitação das políticas públicas e da comunidade local provocadas em função dos desastres ambientais tem alcance maior do que os danos colaterais, daí a necessidade de outras categorias analíticas. No caso dos desastres ambientais em contextos vulneráveis, as mineradoras estão de tal forma imiscuídas nas interações sociais, que geram elevados índices de dependência comunitária.”

139 G1 MINAS. Barragem se rompe, e enxurrada de lama destrói distrito de Mariana. Disponível em <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/barragem-de-rejeitos-se-rompe-em-distrito-de-mariana.html>>. Acesso em 22 out. 2020.

140 G1 MINAS. Barragem da Vale se rompe em Brumadinho, MG. Disponível em <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/bombeiros-e-defesa-civil-sao-mobilizados-para-chamada-de-rompimento-de-barragem-em-brumadinho-na-grande-bh.ghtml>>. Acesso em 22 out. 2020.

indivíduos, as mineradoras responsáveis pelas quedas das barragens, Samarco e Vale, eram, também, as únicas capazes de reparar tais danos. E tal se dá não somente ao tocante à exigência do pagamento às diversas vítimas, mas também ao fato de que as cidades que comportaram tais desastres dependiam da atuação local das empresas, as quais geram empregos e atraem investimentos.

Ressalta-se, assim, a relevância dos programas de *Compliance* na relação empresa-comunidade e, conseqüentemente, empresa-vítima, a fim de evitar acontecimentos gravosos, tais como a queda das barragens de Brumadinho e Mariana, adotando práticas de conformidade ambiental. Insta salientar que, em outubro de 2020, dez barragens encontram-se em alerta no estado de Minas Gerais, estando quatro delas correndo o risco iminente de se romper¹⁴¹.

Relaciona-se com isso o fato de o Brasil, na Constituição da República de 1988, ter admitido a possibilidade de se responsabilizar penalmente as empresas pela prática de crimes ambientais em razão de o meio ambiente possuir o caráter de bem jurídico difuso, superando a máxima *societas delinquente non potest*, assim como em diversos países. Questiona-se, então, se a eventualidade da aplicação do Direito Penal atribuída a pessoas jurídicas é suficiente para incentivar a adoção de medidas de *Compliance* ambiental efetivas, de modo a promover uma adesão societária aos códigos de conduta e prevenção dos ditos desastres em ambientes de busca através da redução do risco reputacional.

2. Responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil

Em termos gerais, o programa de *Compliance* efetivo é entendido como um fator determinante quanto à atribuição da responsabilidade penal às empresas em si mesmas. À pessoa jurídica pode vir a ser atribuída a responsabilidade penal por culpa ou omissão em um programa defeituoso, o que viria a afastar o modelo de responsabili-

141 OLIVEIRA, Natália. *Minas tem 4 barragens com risco iminente de ruptura e 10 em nível de emergência*. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/cidades/minas-tem-4-barragens-com-risco-iminente-de-ruptura-e-10-em-nivel-de-emergencia-1.2393363>>. Acesso em 22 out. 2020.

dade vicarial – ou heterônomo, transferindo a conduta praticada pela pessoa física para a empresa, surgindo, assim, o modelo de autorresponsabilidade penal.

Essa autorresponsabilidade sugere que a responsabilidade da empresa se dá em razão de falta de cuidado, vigilância ou defeito ou culpa na organização, que tenha permitido aos seus membros, funcionários, sócios, cometer delitos em favor da empresa, ou até mesmo, em casos extremos, que a organizassem de modo a facilitar a prática de crimes.

Entretanto, a redação do art. 3º da Lei nº 9.605/98, que definiu a responsabilidade penal das pessoas jurídicas nos casos de crimes ambientais praticados por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, em interesse ou benefício da entidade, conferiu à doutrina a interpretação do modelo de responsabilidade adotado pelo Brasil.

A partir dos elementos trazidos pela norma, percebe-se a necessidade de um papel decisório a ser assumido por uma das pessoas físicas elencadas no dispositivo legal supracitado. De acordo com SALVADOR NETTO¹⁴², a redação do referido artigo dispensaria qualquer viés interpretativo no sentido do defeito de organização adotado pelo sistema de autorresponsabilidade, consagrando, na doutrina brasileira, a regra da *dupla imputação*, que atribui a responsabilidade do ente jurídico à necessidade da responsabilização das pessoas físicas que, efetivamente, praticaram o crime, característica inerente ao modelo de heterorresponsabilidade.

O Superior Tribunal de Justiça adota o supramencionado entendimento, reconhecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica apenas em conjunto com o ente moral que age em seu nome¹⁴³. Inclu-

142 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 292.

143 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 303 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp 865.864/PR, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), 5ª Turma, julgado em 20/10/2011. “Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício” (HC 93.867, 5ª

sive, no RESP 610.114/RN, o STJ entendeu pela invalidade de eventual denúncia oferecida pelo Ministério Público apenas em face da pessoa jurídica.

Esse modelo adotado acaba por beneficiar grandes corporações, tendo vista a dificuldade de identificação do responsável moral do delito praticado¹⁴⁴, o que pode acabar servindo como um incentivo à ocultação de infrações no interior da entidade, mormente considerando-se o cenário atual de autorregulação, desmotivando o uso eficaz dos programas de integridade.

Por outro lado, no julgamento do RE 548.181/PR, o Supremo Tribunal Federal, à luz do §3º do art. 225 da Constituição, entendeu que não é necessário haver a responsabilização de pessoas físicas para se punir penalmente pessoas jurídicas por crimes de ordem ambiental, sob a justificativa de que nossa Carta Magna, em nenhum momento, exigiu a responsabilização conjunta das pessoas físicas¹⁴⁵.

Ademais, pontuaram, na referida decisão, que o supracitado dispositivo constitucional limitava-se à exigência da identificação dos autores físicos do delito. Nas palavras de FREITAS, quanto mais poderosa a pessoa jurídica, mais difícil se tornava a identificação dos reais causadores do dano. No caso das multinacionais, a dificuldade torna-se ainda maior, sobretudo considerando que o agente, muitas vezes, nem reside no Brasil¹⁴⁶. Ressalta-se que essa pena atribuída à pessoa jurídica não ultrapassaria a própria empresa, apesar de que funcionários e sócios minoritários, que inclusive agiram contra a de-

Turma, Rel. Min. Félix Fischer, DJe de 12. 05.2008 – Resp 969.160, 5º Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 31.08.2009 – Resp 800.817, 6º Turma, Rel. Min. Celso Limongi, DJe de 22.02.2010”.

144 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 304. Segundo o autor “(...) a aplicação prática da legislação nacional não permitiu suplantarmos os fatores principais que motivaram a própria adoção da responsabilidade penal das empresas, qual seja, a dificuldade de identificar, no âmbito das corporações, os indivíduos responsáveis. Por essas razões nitidamente pragmáticas, e a despeito dos limites do texto da lei ambiental, alguns julgados começaram a ansiar a superação dessa exigência da dupla imputação.”

145 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE 548.181/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 06.08.2013.

146 FREITAS, Gilberto Passos. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

cisão voltada para a prática criminosa, teriam que suportar os efeitos da condenação.

SALVADOR NETTO destaca a falta de bases teóricas da dogmática tradicional para a fundamentação do Acórdão proferido pelo STF, que utilizou-se de argumentos político-criminais para superar a problemática da *dupla imputação* sem se atentar para o modelo nacional adotado¹⁴⁷.

Resta ainda controvertido, a depender do caso concreto, a necessidade de imputação também da pessoa física, detentora dos problemas destacados no presente capítulo. Por outro lado, ao adotar-se o modelo de autorresponsabilidade, apesar de superada a dificuldade de identificação dos autores morais do crime, surgem outros problemas, tais como o questionamento da efetividade da prevenção da responsabilidade penal da pessoa jurídica na prática de crimes.

Certo é que o modelo adotado no país influencia a adoção de medidas de integridade no interior da empresa. Mas, para além disso, o que se verifica nos dias atuais em relação às grandes corporações são as suas influências perante os órgãos fiscalizadores do Poder Público e de investigação criminal, o que se dá muito pela ausência de capacitação para a averiguação de fatos criminosos praticados em seu interior em um cenário de autorregulação que se aproxima de uma privatização do processo penal.

Tal fato é corroborado pela utilização cosmética dos programas de *Compliance* por grandes empresas, isto é, a empresa tem o programa, mas ele existe apenas por aparência, seja para ludibriar investigações que possam vir a ser instauradas, para ocultar dados operacionais, ou até mesmo por ausência de recursos para investir em um bom *compliance*.

A utilização cosmética dos programas nos casos de grandes corporações pode resultar em diversas consequências, cumprindo ressaltar, no presente trabalho, duas principais: 1- a assimetria de informações entre a empresa e os investidores, bem como entre ela e

147 SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 305.

a sociedade; e 2- a dependência comunitária, prejudicada no caso de crimes praticados no interior da empresa.

Esse uso por aparência do *compliance* não existe apenas para evitar que a empresa venha a ser responsabilizada em casos de prática de crimes e tenha aplicada sanções em face da pessoa jurídica ou da pessoa física. A baixa adesão societária a programas de integridade é relevante na medida em que, conforme salienta SAAD-DINIZ, já foi evidenciado pela criminologia corporativa que a atribuição de responsabilidade individual não exerce impacto na mudança de comportamento ético nas empresas¹⁴⁸.

O principal ponto almejado, na verdade, é a redução do risco reputacional das pessoas jurídicas, e não o de privá-las do processo penal em razão de eventuais sanções. Em alguns casos, a persecução penal será definitiva para abalar a reputação de uma empresa no mercado, o que leva o empresariado a ter dispêndios com a defesa corporativa e *compliance* para se distanciar dessa realidade processual.

Por outro lado, a necessidade de cumprimento das práticas empresariais pode acabar entrando no artilho e no engano, momento em que surge a criminalidade empresarial, casos em que o programa de *compliance* pode ser utilizado até como estratégia para a assimetria das informações que serão essenciais no desenvolvimento dos negócios almejados. Isso ocorre em razão da preocupação dos investidores com a movimentação do seu capital investido, buscando confiança nos negócios e nas alocações dos recursos da empresa visando ao lucro e à valorização de seus investimentos e ações. No caso de falha nessa comunicação e de eventuais descobertas de delitos no interior da pessoa jurídica, a surpresa causada nos investidores não se limita à ausência de conhecimento de dados, mas sim à perda de capital em razão da

148 SAAD-DINIZ, Eduardo. Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em *compliance*. In *Revista dos Tribunais*, nº 988, fev. 2018, p. 41. Segundo o autor: "(...) o que se tem não é mais do que aplicação da responsabilidade penal empresarial como resposta a contingências, que ainda estão muito longe de aportar algo significativo em termos de modificações sensíveis no comportamento ético, trazendo sérias dúvidas tanto sobre a relação entre o potencial de intimidação da coerção para estimular comportamento colaborativo, quanto sobre a própria legitimidade do sistema de sanções."

queda da reputação da empresa no mercado financeiro e, conseqüentemente, nos valores das ações.

3. Risco reputacional e queda das barragens de mariana e brumadinho

SAAD-DINIZ destaca, em seu artigo BRASIL vs GOLIAS¹⁴⁹, a conversão da frase “*too big to fail*” (grande demais para falhar) para “*too big to jail*” (grande demais para a cadeia), trazida pela senadora norte-americana Elizabeth Warren, referindo-se a certas corporações que praticaram delitos, mas são “grandes”, importantes demais para receberem a aplicação de uma eventual sanção penal.

Não obstante, em 25 de janeiro de 2019, na comarca de Brumadinho, localizada na região metropolitana de Belo Horizonte/MG, houve a queda da barragem na Mina Feijão que atingiu a parte administrativa da empresa responsável pela exploração de minério no local, VALE, e de parte da comunidade da Vila Ferteco¹⁵⁰. O Ministério Público ofereceu denúncia em face da Vale, de seu presidente, diretores, gerentes e profissionais, bem como à Tuv Sud, seu gerente no Brasil, por 270 homicídios qualificados (imputados apenas às pessoas físicas), além de crimes contra a fauna e flora e de poluição previstos na Lei nº 9.605/98, eis que reconheceu que os crimes ambientais foram praticados no interesse e em benefício das pessoas jurídicas através de decisão de seus funcionários e representantes legais e contratuais.

Um ponto relevante na peça oferecida pelo órgão acusatório foi a demonstração de um claro comando corporativo que vinha sendo reforçado pelas diretorias e gerências da VALE visando alcançar o objetivo de torná-la a empresa de mineração com o maior valor de mercado no mundo, e não a maior produtora de minério. Ocorre que é indispensável, para a valorização no mercado de ações, a imagem reputa-

149 SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ob. cit.*, p. 37 e ss.

150 G1 MINAS. Barragem da Vale se rompe em Brumadinho, MG. Disponível em <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/bombeiros-e-defesa-civil-sao-mobilizados-para-chamada-de-rompimento-de-barragem-em-brumadinho-na-grande-bh.ghhtml>>. Acesso em 22/10/2020.

cional da empresa percebida “*por acionistas, por clientes e fornecedores, pelo Poder Público e pela sociedade (shareholders e stakeholders)*”¹⁵¹.

Na denúncia, o ente ministerial também esclarece que a divulgação de notícias negativas pode mudar o conceito atribuído à empresa, e que rompimentos de barragens representam um impacto reputacional grave. Entretanto, não é este o único aspecto relevante na análise de riscos realizada pela empresa. Nesse sentido, cumpre ressaltar o seguinte trecho da peça exordial:

“A divulgação de notícias negativas e de impactos/acidentes tem a capacidade de mudar o conceito que a sociedade possui em relação à empresa, podendo resultar em recusa de produtos, interrupção da produção, cancelamento de contratos, queda de ações no mercado financeiro, dentre outros efeitos. O rompimento de uma barragem de mineração representa um impacto reputacional grave, que poderia afetar a imagem da VALE. Mas outras medidas associadas à segurança de barragens, principalmente se adotadas simultaneamente em diversas outras, também tinham potencial para impactar negativamente a imagem da empresa (risco reputacional), tais como a emissão de Declaração de Condição de Estabilidade negativa, o acionamento de Plano de Ação Emergencial de Barragem de Mineração (PAE-BM)³⁶ ou o acionamento do Plano de Evacuação em razão de uma estrutura de barragem em risco. Poderiam indicar para o mercado problemas na gestão de riscos das barragens.”¹⁵²

151 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia oferecida em 21 de janeiro de 2020 no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 – p. 125. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em 22 out. 2020.

152 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia oferecida em 21 de janeiro de 2020 no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 – p. 125. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-fi>>.

O cenário relativo à época do rompimento da barragem de Brumadinho foi destacado pelo *Parquet* para contextualizar as práticas de governança corporativa aplicadas e incentivadas no interior da empresa. Em razão do rompimento da barragem de Mariana, ocorrido em 2015, a VALE percebeu como sendo necessária a publicização de dados que refletissem a qualidade das barragens para uma melhoria reputacional, o que foi indispensável para a publicidade de dados alterados a fim de evitar a divulgação de riscos inaceitáveis¹⁵³, revelando que as orientações de um programa de *Compliance* desassociada da busca pela integridade das práticas corporativas podem ser aplicadas favorecendo interesses antiéticos.

Nesse contexto, ressalta-se um programa de integridade é composto por alguns elementos essenciais, tais como a elaboração de código de ética e de conduta e a presença de um canal de denúncias. A relevância deste último requisito é revelada na medida em que a forma organizacional de uma empresa impede a ciência de todos os atos praticados pelos funcionários na alta gestão. Ademais, a baixa adesão societária revela também a necessidade da presença de um *chief compliance officer* no interior da pessoa jurídica.

A importância de um canal de denúncias bem estruturado, com práticas corporativas éticas que visem à apuração das denúncias recebidas, é ser hábil a revelar delitos praticados no interior da pessoa jurídica e seus responsáveis, podendo, também, evitar danos reputacionais nos casos de denúncias infundadas ou reparando as consequências da infração antes de uma persecução penal ou adminis-

nalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>. Acesso em 22 out. 2020.

153 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia oferecida em 21 de janeiro de 2020 no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 – p. 128. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em 22 out. 2020. “Por conseguinte, o “pacote” de medidas adotadas após o desastre humanitário e ambiental de 2015 em Mariana não funcionou para conduzir os rumos corporativos em direção à maior segurança de barragens, mas, ao contrário, teve o efeito prático de incentivar a emissão de DCEs a qualquer custo, blindar a diretoria e dificultar a individualização de responsabilidades.”

trativa. Essa ferramenta, geralmente, é atribuída ao responsável pelo *Compliance*, buscando a concentração das investigações em um órgão desassociado da administração, conferindo-lhes uma maior imparcialidade. O objetivo macro se torna, então, o de firmar, no interior da companhia, o pensamento ético, bem como fomentar a cultura em objeção à prática de crimes.

É necessário, entretanto, uma visão crítica acerca desse canal para além das problemáticas envolvidas na violação de direitos fundamentais do denunciante e do investigado e das denúncias feitas de má-fé. Esse sistema de denúncia interna expõe valores pregados pela empresa, de forma que, inserido em um contexto de um *Compliance* de uso cosmético, pode vir a ser utilizado para o acobertamento de infrações através da retaliação dos denunciantes.

É evidente a necessidade de os delatores gozarem de uma proteção jurídica como uma garantia laboral de não demissão ou represálias¹⁵⁴ para que se sintam seguros o suficiente para denunciarem infrações de que venham a ter ciência. Do contrário, a probabilidade de não denunciarem se torna desmedida.

Em continuação à análise da eficiência que um programa de *Compliance* bem estruturado e eficaz traria na prevenção à queda da barragem de Brumadinho, o Ministério Público também destacou trechos que revelavam a retaliação que seria aplicada a funcionários que não fomentassem a cultura de sucesso nas barragens que era buscada pela direção da empresa, com vistas a manter uma boa reputação¹⁵⁵.

154 Alguns países ainda preveem a responsabilização criminal a quem comete represálias contra os denunciantes. Países como Reino Unido, França, Irlanda, Itália, Suécia, Hungria, Canadá, Nova Zelândia, Japão, Romênia e Noruega são titulares de leis de proteção ao denunciante. Em 2009, uma Diretiva da União Europeia incentivou a adoção de medidas de proteção aos *whistleblowers* garantidas por lei, visando assegurar assistência em casos de represálias e também a impedir que estas aconteçam.

155 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia oferecida em 21 de janeiro de 2020 no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 – p. 146. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em 22 out. 2020. “A conduta do Presidente da VALE reforçava o ambiente corporativo refratário a críticas e direcionado à retaliação de pessoas que endereçassem notícias negativas que pudessem “fazer mal à toda organização”, notadamente quando questio-

De acordo com as investigações realizadas no âmbito da VALE, foi identificado um e-mail anônimo de um suposto funcionário da empresa enviado ao, à época, diretor-presidente, contendo críticas às operações da empresa e revelando que haviam barragens no limite e que não era mais possível aumentar a redução de custo na área operacional, o que provocou a reação do destinatário do e-mail buscando retaliação ao denunciante¹⁵⁶, junto a pessoas que atuavam nos setores de Ética, Governança e Auditoria Interna.

4. Indiferença corporativa e dependência comunitária

Não tardou o surgimento de estudos que demonstrassem que a escolha feita pela companhia pelo método de barragem denominado “montante” seria o mais barato e menos seguro¹⁵⁷, resultando em um maior lucro. Desde que essa opção não fosse descoberta, o risco não permitido assumido pela mineradora não afetaria a sua reputação. Ocorre que a construção de barragens de baixo custo torna-se um problema cíclico que representa uma sequência de ações de riscos intoleráveis de um comportamento corporativo que é socialmente danoso e que podem, como de fato ocorreu, vir a ter consequências gravíssimas e irreparáveis. Nesse sentido, leciona SAAD-DINIZ:

O problema cíclico da gestão de desastres ambientais, desde uma inequívoca objetividade, é que a

navam políticas corporativas do Diretor-Presidente.”

156 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia oferecida em 21 de janeiro de 2020 no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 – p. 147. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-sao-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em 22 out. 2020. “O conteúdo da representação poderia ser objeto de apuração, ou mesmo desconsiderado. Mas, em sentido diametralmente oposto, o Presidente canalizou a energia corporativa para identificar e retaliar o mensageiro. Afirmou, em seu depoimento perante o MPMG e a PCMG, que pretendia “sentar com o camarada e olhar olho no olho”.

157 JULIO, Rennan A. Modelo de barragem usado em Brumadinho e Mariana é o mais barato e menos seguro. Disponível em <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/modelo-de-barragem-usado-em-brumadinho-e-mariana-e-o-mais-barato-e-menos-seguro.html>>. Acesso em 23/10/2020.

construção sistemática de represas de baixo custo representa uma fonte intolerável de comportamento socialmente danoso. Conforme informado pelo jornal Folha de São Paulo, a empresa Samarco, ‘utilizou um modelo mais barato e inseguro de barreira’, independente das consequências altamente perigosas de sua decisão empresarial. A construção de barreiras de forma mais vulnerável elimina a dúvida acerca da intenção das corporações, já que é facilmente percebe-se a indiferença às consequências altamente perigosas de um comportamento empresarial arriscado. Apesar de todos seus recursos para construir uma barreira sólida e segura, “jusante”, as mineradoras regularmente elegem a opção ‘montante’, mais barata e insegura.¹⁵⁸

Não obstante, as quedas das barragens de Mariana e Brumadinho demonstraram a dependência que as comunidades locais têm em relação as mineradoras. Apesar do elevado número de mortos e feridos e dos crimes contra a fauna, flora e poluição, o prefeito de Brumadinho manifestou-se favorável à manutenção das atividades mineradoras no local, ressaltando que “o maior empregador privado em Brumadinho é a Vale, precisamos desses empregos também. Como fica a cidade toda desempregada?”¹⁵⁹. Da mesma forma, o prefeito de Mariana, no ano de

158 SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ano IX, n. 10, 2019, p. 10. Segundo o autor: “El problema cíclico de la gestión de desastres ambientales, desde una inequívoca objetividad, es que la construcción sistemática de represas *low cost* representa una fuente intolerable de comportamiento corporativo socialmente dañoso. Según fue informado por el periódico *Folha de S. Paulo*, la empresa Samarco, a indiferencia de las consecuencias altamente peligrosas de su decisión empresarial, ‘utilizo un modelo más barato e inseguro de barrera’. La construcción de barreras de la forma más vulnerable elimina el delicado interrogante sobre la *mens rea* (intencionalidad) de las corporaciones, ya que permite fácilmente reconocer la indiferencia a las consecuencias altamente peligrosas de un comportamiento empresarial arriesgado. A pesar de todos sus recursos para construir una barrera sólida y segura a la ‘jusante’, las mineras regularmente eligen la opción a ‘montante’, ‘la más barata e insegura’”.

159 BOTREL, Fred. ‘Sem ajuda, dependemos da Vale’, diz prefeito de Brumadinho. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/29/interna_gerais,1025863/sem-ajuda-dependemos-da-vale-diz-prefeito-de-brumadinho.shtml>. Acesso em 23 out. 2020.

2016, requereu a volta das operações da Samarco na cidade, buscando reestabelecer empregos e melhorar a situação dos cofres públicos¹⁶⁰.

A capacidade econômica de investir em métodos mais seguros de barragem e em programas de *Compliance* por grandes mineradoras não estão dissociadas, eis que decisões empresarias visam, naturalmente, à obtenção de lucro. A dependência comunitária de uma localidade em relação a essas corporações é um fator indispensável na análise de risco da implementação de um programa de integridade e como categoria analítica na criminologia econômica¹⁶¹, mas não detém força suficiente a influenciar decisões corporativas, sendo considerada, nas palavras de BARAK, como “custos de negócio”¹⁶². É por isso que questiona-se a tolerância social acerca das práticas tão agressivas aos recursos naturais na realização de suas atividades corporativas, o que, de acordo com SAAD-DINIZ, revela um extraordinário nível de indiferença moral frente às consequências de decisões no interior da empresa¹⁶³.

Dessa forma, releva-se que a adoção do modelo vicarial ou do modelo de autorresponsabilidade são insuficientes para influenciar decisões e práticas empresariais no bojo de grandes corporações, em um cenário de quase privatização do direito penal, no qual se percebe o relaxamento no tocante à responsabilidade penal da pessoa jurídica. A adoção da possibilidade de se punir penalmente uma empresa tam-

160 MORAES, Tatiana. *Prefeito de Mariana pede volta das operações da Samarco*. Disponível em <<https://www. hojeemdia.com.br/horizontes/prefeito-de-mariana-pede-volta-das-opera%C3%A7%C3%B5es-da-asmarco-1.358492>>. Acesso em 23 out. 2020.

161 SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ano IX, n. 10, 2019, p. 19. Segundo o autor: “Precisamente en función de esos contextos es que se justifica la necesidad de la ‘dependencia comunitaria’ como nueva categoría analítica en la criminología corporativa.”

162 Essa citação de BARAK é trazida na tese de mestrado: LACERDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social*. UNB, 2020.

163 SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ano IX, n. 10, 2019, p. 11. Segundo o autor: “Si pensamos en la capacidad económica de las mineras, ¿cómo sería posible tolerar un nivel tan bajo e seguridad en la explotación de los recursos naturales? ¿Por qué razón las empresas deben ser tan agresivas en sus actividades económicas? Es extraordinario el nivel de indiferencia moral frente a las consecuencias de decisiones corporativas(...)”

bém não parece ser um fator decisivo nos casos em que não induzir a uma queda de reputação corporativa.

A Samarco, apesar do desastre de 2015, ainda é tida como uma referência em práticas corporativas¹⁶⁴, e a VALE também vem recuperando o seu valor de ação no mercado financeiro. Apesar da queda de 24% no valor de suas ações no dia da queda da barragem de Brumadinho¹⁶⁵, entre este desastre e o que ocorreu em Mariana em 2015, o valor de mercado da Vale triplicou, com resgate de seu valor reputacional por divulgação de informações incorretas, o que veio a se repetir após o ano de 2019, tendo em vista que o lucro da VALE voltou a crescer¹⁶⁶ por razões referentes ao mercado de exportação e à intensa divulgação de indenização aos prejudicados pela queda da barragem.

5. Considerações finais

De fato, o problema a ser enfrentado não se limita à resposta penal que deve ser dada a delitos ambientais praticados no âmbito de grandes corporações, considerando que o aumento de sanções e limitações à instalação das mineradoras e à prática de suas atividades podem resultar em fuga de investidores do local e da ampliação das consequências negativas voltadas para a dependência comunitária.

Ademais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro atual enfrenta uma realidade de impunidade, e a tentativa do Supremo Tribunal Federal de aplicar o modelo de autorresponsabilidade não resolve questões de dogmática penal

164 SAAD-DINIZ, Eduardo. Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil. In *Revista de Derecho Penal y Criminología*, ano IX, n.10, 2019, p. 9. Segundo o autor: “Lo más curioso de todo esto es que, en Brasil, es tan grande la insuficiencia de los instrumentos de control que Samarco sigue siendo una empresa líder en responsabilidad social corporativa.”

165 RIZÉRIO, Lara. *Vale cai 24% e perde R4 bilhões de valor após tragédia de Brumadinho; ação da Ambev dispara 4% e Petrobras cai 3%*. Disponível em <<https://www.infomoney.com.br/mercados/vale-cai-24-e-perde-r-72-bilhoes-de-valor-apos-tragedia-em-brumadinho-acao-da-ambev-dispara-4-e-petrobras-cai-3/>>. Acesso em 23 out. 2020.

166 FOLHAPRESS. *Lucro da Vale mais que dobra e vai a R\$ 15 bilhões*: empresa segue em crescimento desde a ruptura da barragem de Brumadinho, em janeiro de 2019. Disponível em <<https://www.folhape.com.br/economia/lucro-da-vale-mais-que-dobra-e-vai-a-r-15-bilhoes/160018/>>. Acesso em 23 out. 2020.

que obstam o reconhecimento de imputação de um crime a um ente jurídico que não tem capacidade de praticar condutas, o que, apesar de não ter sido o tema tratado no presente trabalho, impediria o reconhecimento da primeira fase analítica do crime, a tipicidade.

A ânsia social pela resposta estatal à prática de delitos acaba sendo deslocada para o enfrentamento do Estado aos indivíduos dissociados do cenário empresarial que praticam tanto crimes qualificados quanto crimes comuns, tendo em vista a necessidade do Estado de garantir a segurança social por meio do combate ao crime, buscando-se uma menor impunidade. Isso se dá em razão de o aparato estatal em relação a pessoas físicas fora de um contexto corporativo que praticam delitos como roubo, furto, homicídios, estelionatos, ser demasiadamente grande. Por outro lado, o Estado não tem magnitude para, sozinho, investigar infrações no interior de uma empresa e, com sua complexidade estrutural, identificar os responsáveis – e é por isso que a autorregulação é tão importante, apesar de perigosa, nesse contexto.

Não restam dúvidas de que a presença de um programa de *Compliance* efetivo em uma empresa é um método que, de fato, previne, no campo corporativo, a prática de crimes empresariais quando aderido não apenas pelos funcionários, mas também incentivados no interior da pessoa jurídica pelos sócios e diretores, sobretudo considerando essa ausência de aparato estatal.

Deve ser tida como necessária a orientação de que exista, na grade da empresa, um órgão específico de *Compliance*, preenchido por indivíduos para além da diretoria, visando uma maior imparcialidade na análise dos riscos e na investigação de denúncias e, principalmente, que sejam orientados pelos interesses da própria empresa, e não das pessoas físicas que compõem o seu quadro societário, além de implementar práticas sociais concretas voltadas para uma responsabilidade social corporativa.

6. Referências

BOTTREL, Fred. *'Sem ajuda, dependemos da Vale', diz prefeito de Brumadinho*. Disponível em <https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/01/29/interna_gerais,1025863/sem-ajuda-dependemos-da-vale-diz-prefeito-de-brumadinho.shtml>. Acesso em 23 out. 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção ambiental, Direito Penal e Direito Administrativo*. Universidade de São Paulo, 2007.

FOLHAPRESS. *Lucro da Vale mais que dobra e vai a R\$ 15 bilhões: Empresa segue em crescimento desde a ruptura da barragem de Brumadinho, em janeiro de 2019*. Disponível em <<https://www.folhapse.com.br/economia/lucro-da-vale-mais-que-dobra-e-vai-a-r-15-bilhoes/160018/>>. Acesso em 23 out. 2020.

FREITAS, Gilberto Passos. *Crimes contra a natureza*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

G1 MINAS. *Barragem da Vale se rompe em Brumadinho, MG*. Disponível em <<https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/01/25/bombeiros-e-defesa-civil-sao-mobilizados-para-chamada-de-rompimento-de-barragem-em-brumadinho-na-grande-bh.ghtml>>. Acesso em 22 out. 2020.

G1 MINAS. *Barragem se rompe, e enxurrada de lama destrói distrito de Mariana*. Disponível em <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/barragem-de-rejeitos-se-rompe-em-distrito-de-mariana.html>>. Acesso em 22 out. 2020.

JULIO, Rennan A. *Modelo de barragem usado em Brumadinho e Mariana é o mais barato e menos seguro*. Disponível em <<https://epo-canegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/modelo-de-barragem-usado-em-brumadinho-e-mariana-e-o-mais-barato-e-menos-seguro.html>>. Acesso em 23 out. 2020.

LACERDA, Natalia de Melo. *Compliance empresarial e interesse social: uma análise crítica da influência da teoria do shareholder value na conformidade empresarial a partir da criminologia econômica*. Orientadora Ana Frazão, Brasília, 2020. 139p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia oferecida em 21 de janeiro de 2020 no Procedimento Investigatório Criminal n.º MPMG-0090.19.000013-4 – p. 125. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/mpmg-e-pcmg-finalizam-investigacoes-sobre-o-rompimento-da-barragem-em-brumadinho-16-pessoas-aso-denunciadas-por-homicidio-qualificado-e-crimes-ambientais.htm>>. Acesso em 22 out. 2020.

MORAES, Tatiana. *Prefeito de Mariana pede volta das operações da Samarco*. Disponível em <<https://www.hojeemdia.com.br/horizontes/prefeito-de-mariana-pede-volta-das-opera%C3%A7%C3%B5es-da-samarco-1.358492>>. Acesso em 23 out. 2020.

OLIVEIRA, Natália. *Minas tem 4 barragens com risco iminente de ruptura e 10 em nível de emergência*. Disponível em <<https://www.otempo.com.br/cidades/minas-tem-4-barragens-com-risco-iminente-de-ruptura-e-10-em-nivel-de-emergencia-1.2393363>>. Acesso em 22 out. 2020.

RIZÉRIO, Lara. *Vale cai 24% e perde R4 bilhões de valor após tragédia de Brumadinho; ação da Ambev dispara 4% e Petrobras cai 3%*. Disponível em <<https://www.infomoney.com.br/mercados/vale-cai-24-e-perde-r-72-bilhoes-de-valor-apos-tragedia-em-brumadinho-acao-da-ambev-dispara-4-e-petrobras-cai-3/>>. Acesso em 22 out. 2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Brasil vs. Golias: os 30 anos da responsabilidade penal da pessoa jurídica e as novas tendências em compliance*. In *Revista dos Tribunais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 988, fev. 2018.

_____. *Justicia restaurativa y desastres socioambientales en Brasil*. In *Revista de Derecho Penal y Criminología/la Ley*, ano IX, n. 10, nov. 2019.

_____. *Vitimização corporativa e dependência comunitária na criminologia ambiental: o acerto de contas com os desastres ambientais*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 327, ano 27.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

O instituto do silêncio administrativo positivo da lei da liberdade econômica e suas repercussões à tutela penal ambiental

Danilo Emanuel Barreto de Oliveira¹⁶⁷

1. Introdução

Em 20 de setembro de 2019, em decorrência da aprovação da Medida Provisória nº 881/2019¹⁶⁸, foi publicada no Brasil a Lei nº 13.874/2019¹⁶⁹, também conhecida popularmente como *Lei da Liberdade Econômica* (doravante, tratada simplesmente pela abreviação LLE). Por meio dessa norma buscou-se instituir uma série de direitos e garantias direcionados à promoção do livre mercado.

A exposição de motivos¹⁷⁰, que buscava justificar a criação da referida norma jurídica, relacionava como causa para baixa liberdade econômica do país a percepção de que ainda prevalecia o pressuposto de que atividades econômicas deviam ser exercidas somente se presente expressa permissão do Estado¹⁷¹.

167 Mestrando em Direito Penal no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.

168 BRASIL. *Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

169 BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

170 BRASIL. *Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em: 1 nov. 2020.

171 BRASIL. *Exposição de Motivos nº 00083/2019 ME AGU MJSP, de 11 de abril de 2019*. Disponível em <[---

112 | Direito Penal Ambiental](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-</p></div><div data-bbox=)

Em contraposição a esse pressuposto, foram propostos e aprovados diferentes dispositivos legais com o objetivo de, segundo a exposição de motivos, *empoderar o particular e expandir sua proteção contra a intervenção estatal*.

Entre as disposições aprovadas, o art. 3º da LLE apresentou um inciso que desperta especial atenção desse estudo, na medida em que a norma tem amplo alcance no ordenamento jurídico nacional.

É ele o inciso IX do referido artigo:

Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

(...)

IX - ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei;

Para os fins do disposto na Lei, foram considerados *atos públicos de liberação* a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento,

-MP-881-19.pdf>. Acesso em 1 nov. 2020.

profissão, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Diante dessas previsões, o legislador brasileiro estabeleceu verdadeira quebra de paradigma relativo à dependência de particulares em relação a atos públicos da Administração para a liberação de exercício de atividade econômica sujeita a regulação.

Ocorre que o Direito Penal Ambiental é intimamente vinculado ao Direito Administrativo. Como se depreende da Lei de Crimes Ambientais¹⁷² (Lei nº 9.605/201998, doravante aqui tratada simplesmente por LCA), a tutela penal ambiental é repleta de acessoriedade a conceitos, atos administrativos individuais e atos administrativos gerais¹⁷³. Se por um lado essa acessoriedade revela-se como mecanismo de controle social ágil à disposição do legislador, d'outro, é geradora de problemas e questões que instam maior reflexão por parte da dogmática penal.

O Direito Penal Ambiental dispõe de uma série de dispositivos que buscam proibir não qualquer lesão ao bem ambiental protegido, senão aquela praticada em contrariedade ao Direito Administrativo. São exemplos levantados pela doutrina¹⁷⁴, a partir de análise da LCA, o art. 29 (Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida); o art. 30 (Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente); o art. 39 (Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente”); e

172 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

173 GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev., 2006, p. 159 e ss.. Disponível em <http://200.205.38.50/biblioteca/ind ex.asp?codigo_sophia=57923>. Acesso em 1 nov. 2020.

174 GRECO, Luís. *Op. cit.* p. 154.

o art. 63 (Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização competente ou em desacordo com a concedida)

Tendo em vista a acessoriedade administrativa, o presente estudo busca examinar a natureza jurídica e os efeitos do inciso IX do art. 3º da LLE para o Direito Penal Ambiental. Para tanto, o artigo busca construir paralelo entre o referido dispositivo e a doutrina do silêncio administrativo positivo, buscando verificar se as disposições legais do novel diploma brasileiro implicam hipótese de silêncio administrativo capaz de reverberar efeitos à tutela penal do ambiente, em uma tentativa de delimitação do instituto no ordenamento jurídico nacional. Em consequência da confirmação da hipótese, busca-se, ainda, traçar a extensão e o limite do silêncio administrativo positivo, bem como sua aceitação, tanto nacional, quanto internacionalmente.

2. Conceito de silêncio administrativo

Antes de tratar sobre o silêncio administrativo positivo e os seus efeitos à tutela penal do ambiente, importante se faz precisar o conceito do instituto de silêncio administrativo que é utilizado no presente estudo, haja vista tratar-se de espécie do gênero de omissões da Administração Pública.

Conforme esclarece Clarissa Pacheco¹⁷⁵, costuma-se reputar omissa a Administração quando essa não promove a implementação de políticas públicas, quando deixa de exercer adequadamente o poder de polícia, quando deixa de proporcionar segurança pública aos cidadãos ou ainda quando deixa de promover manutenção a bens públicos ou outros sob sua responsabilidade. Nenhum desses casos se trata, todavia, de silêncio administrativo.

175 PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa. *O controle jurisdicional do silêncio administrativo*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2008, p. 59.

Fernando E. Juan Lima ensina que a inatividade administrativa abrange três acepções¹⁷⁶: uma mais ampla, que abrange inatividades tanto da Administração, bem como inatividades de particulares em relação a essa; uma intermediária, que inclui a inatividade formal da Administração, tanto em relações dessa com particulares, como em relações entre seus órgãos e entidades; e uma mais estrita, que corresponde ao silêncio administrativo, referente à inatividade formal da Administração diante de uma petição de um ou mais particulares.

Parte substancial da doutrina estrangeira cliva ainda mais o conceito de silêncio administrativo¹⁷⁷, reservando a expressão para as hipóteses em que a inatividade administrativa importar significação legal subsequente, geralmente em sentido positivo ou negativo. Para a doutrina brasileira, ao revés, costuma-se empregar o conceito estrito de inatividade formal da Administração Pública em relação a pleito de particular, sem atrelar ao termo “silêncio administrativo” a necessidade de significação legal subsequente¹⁷⁸.

Em alinhamento à doutrina pátria, ao se referir ao termo silêncio administrativo no presente estudo, quer-se, precisar a inatividade formal administrativa em relação a pleito de particulares, provida ou não de efeito legal tácito subsequente.

176 JUAN LIMA, Fernando E. El silencio administrativo: problemas actuales. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado – ReDE* nº 07/2006. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador. 2006, p. 2.

177 CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 1976. p. 516.

178 Nesse sentido, vide: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 395.; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris. 2007. p. 94; PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa. *O controle jurisdicional do silêncio administrativo*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2008. p. 61.

3. Efeitos legais do silêncio administrativo

Uma leitura constitucionalmente orientada do Direito Administrativo permite depreender que, entre outros, é direito de todos: receber informações do Poder Público sobre assunto de interesse pessoal, coletivo ou geral (art. 5º, XXXIII, CRFB); promover petição em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, XXXIV, “a”, CRFB); obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, “b”); e de ter devido processo administrativo com duração razoável (art. 5º, LIV e LV, e LXXVIII, CRFB). Em síntese, é dever do Poder Público a entrega de informação e a decisão expressa de requerimentos formulados por particulares, devendo ser evitada a supressão de direitos e garantias a particulares, em decorrência da inatividade formal da Administração Pública¹⁷⁹.

Em decorrência disso, com a finalidade de mitigar os efeitos da inatividade formal administrativa, o legislador pode atribuir efeito legal para o silêncio administrativo prolongado no tempo, atribuindo rejeição ou aprovação tácita a pedidos formulados por particulares.

Denomina-se silêncio administrativo negativo aquele que com o decorrer do prazo legal ou razoável a Administração permanece inerte e por lei o seu efeito é de indeferimento do pedido do particular. São exemplos de disposições que preveem silêncio administrativo negativo¹⁸⁰: o parágrafo primeiro do artigo 16 da Lei Federal nº 6.766/201979, sobre parcelamento de solo urbano (caso não ocorrer manifestação da Administração Pública municipal acerca do requerimento formulado, esse deve ser considerado rejeitado); o artigo 33 da Lei Estadual nº 10.177, do Estado de São Paulo, sobre denegação tácita de requerimento de particular não apreciado pela Administração Pública em até 120

¹⁷⁹ MODESTO, Paulo. Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. In *Direito do Estado*, n. 317, ano 2016. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo--a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise->. Acesso em 1 nov. 2020.

¹⁸⁰ LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. *O regime jurídico do silêncio administrativo*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016. passim.

dias; e o parágrafo primeiro do artigo 67 da Lei Complementar nº 303, do Estado do Rio Grande do Norte, que estabelece denegação tácita a requerimento de manifestação da Administração não respondido em até 10 dias.

Em contraposição ao efeito negativo, denomina-se silêncio administrativo positivo, aquele que, tendo decorrido o prazo legal ou razoável para resposta tempestiva da Administração, a lei atribui deferimento tácito a pedido formulado por particular. São exemplos de disposições de silêncio administrativo positivo¹⁸¹: o artigo 10 da Lei Federal nº 10.522/202002, que estabelece deferimento tácito ao pedido de parcelamento de obrigações pecuniárias não respondido pela Fazenda Nacional em até 90 dias; o artigo 9º da Lei Complementar nº 123/202006, que estabelece aprovação tácita à solicitação de baixa de microempresas e empresas de pequeno porte, pela Administração Pública; e o parágrafo segundo do artigo 3º do Decreto Federal nº 84.398/201980, que estabelece a outorga tácita em caso de autorização pretendida para obra de ocupação de faixas de domínio não analisada tempestivamente.

4. Silêncio administrativo positivo de atos públicos de liberação em matéria ambiental

Compreendidos conceito e efeitos legais atribuídos ao silêncio administrativo, resta compreender se a hipótese de aprovação tácita de atos públicos de liberação de atividade econômica sujeita a regulação que a LLE trouxe em seu artigo 3º, IX, configuraria silêncio administrativo positivo em caso de atos relacionados ao controle e à proteção do meio ambiente, bem como a repercussão de eventual silêncio administrativo para o Direito Penal Ambiental.

181 LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. *Op. Cit.* passim.

4.1 O art. 3º, inciso IX, como silêncio administrativo positivo

No art. 3º, IX, da LLE, como explicitado na introdução do presente trabalho, foi instituído por lei a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam às disposições da referida lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular deverá ser cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei.

Aqui entra a importância da compreensão do conceito e dos efeitos atribuídos ao silêncio administrativo. Percebe-se, à luz do conceito dado à expressão “silêncio administrativo”, exposto anteriormente, de que a previsão legal do inciso IX, do art. 3º da LLE configura-se inatividade formal a solicitação de ato público de liberação de atividade econômica de particular, tratando-se, portanto, de caso de silêncio administrativo. Ademais, como se depreende da norma, é conferido como consequência legal ao silêncio administrativo que extrapola prazo máximo estipulado para análise do pedido adequadamente instruído por particular, efeito positivo de aprovação tácita para a obtenção de ato público de liberação de atividade econômica, figurando-se esse silêncio administrativo, portanto, como positivo.

Diante da caracterização do inciso IX do art. 3º da LLE como caso de silêncio administrativo positivo, uma primeira questão que exsurge a uma análise da LLE aplicada ao Direito Penal Ambiental é delimitar os limites de aplicação desse silêncio administrativo positivo, e se ele seria aplicável aos atos públicos de liberação relacionados à proteção do meio ambiente.

4.2 Limites do silêncio administrativo positivo da LLE e sua aplicabilidade aos atos públicos de liberação relacionados às normas de proteção do meio ambiente

Antes de se verificar a aplicabilidade do silêncio administrativo positivo previsto pela LLE em relação aos atos públicos afetos à proteção ambiental, cabe analisar quais seriam os limites circunstanciais do instituto nos contornos dados pelo referido dispositivo.

4.2.1 atividades econômicas de baixo risco (art. 3º, I, LLE)

De início, é importante salientar que tanto a LLE como o seu Decreto Regulamentador dispõem sobre a necessidade de classificação do risco de atividades econômicas.

Para saber o nível de risco de determinada atividade econômica, LLE e seu Decreto Regulamentador, nº 10.178/2019¹⁸², estabelecem um esquema de precedência de normas, de acordo com o qual se deve proceder aos seguintes passos para identificação do risco de determinada atividade: (i) deve-se verificar se a atividade econômica tem seu risco classificado por legislação estadual, distrital ou municipal específica, ou, subsidiariamente, se há classificação por órgão ou entidade competente para decisão administrativa sobre análise de eventual ato público de liberação; se o risco da atividade econômica não estiver classificado em nenhuma das hipóteses supracitadas, (ii) deve-se consultar ato do Poder Executivo Federal voltado à classificação de atividades de baixo risco; e se não houver tal ato, (iii) deve-se verificar a Resolução nº 51, do Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM)¹⁸³. Como ainda não há ato do Poder Executivo Federal

182 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

183 BRASIL. *Resolução nº 51, de 11 de junho de 2019*. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em <[---

120 | **Direito Penal Ambiental**](http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/RESOLUCOES_CGSIM/Reso-</p></div><div data-bbox=)

voltado à classificação e atividades de baixo risco, o esquema pode ser simplificado nos passos (i) e (iii).

Sobre o esquema de precedência normativa na classificação do risco das atividades econômicas, como bem aponta Pedro Niebuhr¹⁸⁴, chama atenção o fato de a LLE condicionar à classificação das atividades de baixo risco feita pelos estados e municípios àquela realizada por lei em sentido estrito, enquanto para o plano federal, permitir que a classificação seja realizada por ato administrativo, o que revela falta de isonomia entre os entes federados.

Um aspecto que contribui para um estado de confusão legislativa é relativo aos parâmetros que devem ser usados para a classificação do risco das atividades econômicas. A LLE não fixa os critérios pelos quais devem se pautar as leis estaduais, distritais e municipais sobre a matéria; o Decreto Regulamentador da LLE é mais específico ao estabelecer que órgãos e entidades responsáveis pela decisão administrativa acerca do ato público de liberação deverão classificar o risco das atividades econômicas entre os níveis I (risco baixo, leve, irrelevante ou inexistente), II (risco moderado) ou III (risco alto), tendo em conta para a aferição do nível, (i) a probabilidade de ocorrência de eventos danosos (art. 4º, I) e (ii) a extensão, a gravidade ou o grau de irreparabilidade do impacto causado à sociedade na hipótese de ocorrência de evento danoso (art. 4º, II); já a Resolução CGSIM nº 51/2019 discrimina a classificação entre baixo, médio e alto risco, estabelecendo como critérios para a classificação, (i) o risco de incêndio e pânico (art. 4º), e (ii) o risco de segurança sanitária e ambiental (art. 5º). Inevitável dizer que o uso de diferentes critérios para a classificação de riscos por normas que devem disciplinar a mesma matéria pode trazer um alto nível de incongruência às classificações realizadas.

A classificação do risco da atividade econômica é passo essencial para se depreender um primeiro limite para eventual incidência

luo_51_2019_alterada_pela_57_2020.pdf>. Acesso em 1 nov. 2020.

184 DE MENEZES NIEBUHR, Pedro. A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na Administração Ambiental e Urbanística. In *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9(3). 2020. p. 250-272.

do silêncio administrativo positivo disposto na LLE, pois, para as atividades econômicas assim classificadas como de baixo risco, a LLE dispõe, por meio de seu art. 3º, I, a dispensa da necessidade de quaisquer atos públicos de liberação para o seu desenvolvimento, de modo que fica instaurado para o domínio de atividades de baixo risco, não uma hipótese de silêncio administrativo com eventual efeito positivo, mas sim de risco permitido.

É grande a transformação trazida pelo art. 3º, I, da LLE ao universo dos riscos permitidos, haja vista que 58% do total das 17,73 milhões de empresas em funcionamento no Brasil figuram-se como empresas de baixo risco, pelo menos de acordo com a classificação conferida pela Resolução nº 51 do CGSIM¹⁸⁵.

Para a tutela penal ambiental, de modo mais específico, a dispensa da necessidade de atos públicos de liberação às atividades econômicas de baixo risco também reverberará efeitos, restringindo e delimitando o alcance de tipos penais que possuam como elementar a necessidade de ato público de liberação. Tal alteração afetará, principalmente, o art. 60 da LCA, referente ao funcionamento de serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

Nesse sentido, exemplos dentre as quase 300 atividades classificadas como de baixo risco pela referida Resolução nº 51, do CGSIM, são as atividades de restaurantes e similares, bem como de bares, sem ou com entretenimento, que na ausência de legislação mais específica estadual, distrital, municipal, ou de órgão ou entidade da Administração Pública, estabelecendo de forma diversa, não poderão mais ser encarados como serviços cujos atos públicos de liberação são necessários.

Outro exemplo que revela a reverberação dos efeitos do art. 3º, I, da LLE aos tipos penais ambientais denota-se a partir da Resolução nº 1/2020, do Comitê Gestor da REDESIM-MG, que classifica como ativi-

185 MÁXIMO, Wellton. *Dispensa de alvará beneficiará 10,3 milhões de empresas de baixo risco*. Agência Brasil. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/dispensa-de-alvara-beneficiara-103-milhoes-de-e>>. Acesso em 01 nov. 2020.

dade de baixo risco, no âmbito da Administração Pública Estadual de Minas Gerais, para órgãos como a Vigilância Sanitária e a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, as atividades de caça e serviços relacionados, o que pode restringir o alcance dos tipos do art. 29, da LCA, referente à caça de espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

Essa liberação contribui para uma incoerência sistemática ao ordenamento jurídico-penal, advinda da técnica legislativa apoiada em acessoriedade administrativa a ato individual, plasmada na formulação dos tipos penais ambientais. Atividades com as mesmas características e com o mesmo grau de lesividade a bens jurídicos podem ser classificadas como de baixo risco em determinados estados e municípios, enquanto em outros, classificadas como de médio ou até alto risco, permitindo a incidência de tipos penais como o do exemplo acima suscitado.

4.2.2 hipóteses expressas de inaplicabilidade do silêncio administrativo positivo do art. 3º, IX, LLE

Superado o grupo de atividades classificadas como de baixo risco, para as quais não será aplicável o silêncio positivo administrativo, senão automática liberação, faz-se importante destacarmos hipóteses expressas de não aplicação do silêncio positivo, trazidas pelos art. 1º, §5º, e art. 3º, §§ 6º, 7º e 12, da LLE, quais sejam: (a) em relação ao art. 1º, §5º, (i) quando houver a ausência de vinculação do ente federativo ou órgão responsável pelo ato público de liberação, à LLE, e (ii) não se tratar de ato público de liberação derivado ou delegado por legislação ordinária federal, e (b) em relação ao art. 3º, §§ 6º, 7º e 12: (i) quando versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas, (ii) a decisão importar em compromisso financeiro da Administração Pública, (iii) houver objeção expressa em tratado em vigor no País, (iv) às situações de acordo resultantes de ilicitude, (v) quando a titularidade da solicitação for de agente público

ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o 3º (terceiro) grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da Administração Pública em que desenvolva suas atividades funcionais, e (vi) às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente.

Uma leitura rápida do art. 3º, §12 da LLE, que traz o item (vi) citado acima, poderia levar à compreensão de que o silêncio administrativo positivo não se aplicaria às atividades econômicas consideradas pelo órgão ambiental competente, como atividades de impacto significativo ao meio ambiente, no entanto essa hipótese de inaplicabilidade do silêncio administrativo positivo da LLE é tema que insta maior reflexão.

4.2.3 classificação de atividade com impacto significativo ao meio ambiente por órgão ambiental competente

Se de um lado o parágrafo 1º, do art. 1º, da LLE prevê que a referida lei (incluindo o art. 3º, IX, que trata do silêncio administrativo positivo aqui estudado) deverá ser observada na aplicação e interpretação de assunto relacionado à proteção do meio ambiente, d'outro, na versão como consta disponível o texto da lei em sítio oficial do Planalto¹⁸⁶, o §12 do art. 3º dispõe que a previsão do inciso IX do art. 3º não se aplica às atividades com impacto significativo no meio ambiente, conforme estabelecido pelo órgão ambiental competente.

Nesse sentido, o Decreto Regulamentador da LLE, em seu art. 10, §3º, V, especifica que o entendimento do referido órgão compe-

186 BRASIL. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

tente sobre o que se interpretaria como “*impacto significativo ao meio ambiente*” dependeria de ato normativo destinado a tratar dos atos públicos de liberação. Tratar-se-ia, portanto, de um caso de acessoriedade ao Direito Administrativo, ou nas palavras de Luís Greco, de acessoriedade ao ato administrativo geral¹⁸⁷.

Fosse essa a construção normativa, seria positiva a resposta pela inaplicabilidade do silêncio administrativo positivo aos atos públicos de liberação, se relativos a atividades econômicas com impacto significativo ao meio ambiente, assim estabelecido pelo órgão ambiental competente.

Com essa interpretação, foram editados atos normativos de órgãos e entidades ambientais, como a Portaria nº 229/2020¹⁸⁸, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), publicada em 31/01/2020, e a Portaria nº 69/2020¹⁸⁹, do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), publicada em 29/01/2020, afastando o silêncio administrativo positivo de todos os atos de liberação no âmbito de suas responsabilidades. Outros órgãos e entidades, de maneira menos peremptória, distinguiram atos passíveis de aprovação tácita daqueles cujo silêncio não admitiria anuência implícita, como assim o fizeram, por meio da Resolução Normativa Ad Referendum nº 25/2020¹⁹⁰, a Comissão Técnica Nacional

187 GRECO, Luís. *Op. cit. passim*.

188 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Portaria nº 229, de 24 de janeiro de 2020*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 2020. p. 116. O ato que dispõe sobre a matéria da já revogada Portaria IBAMA nº 229/2020 é a atual Portaria IBAMA nº 78/2021, com conteúdo material também no sentido de afastar o silêncio administrativo positivo aos atos de liberação no âmbito de suas responsabilidades, mas com diferente fundamentação legal.”

189 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. *Portaria nº 69, de 28 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre a não sujeição dos atos públicos de liberação de atividade econômica, no âmbito do ICMBio, à aprovação tácita prevista na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. (Processo nº 02070.000145/2020-64). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jan. 2020. p. 32.

190 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. *Resolução Normativa Ad Referendum nº 25, de 31 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre a classificação do nível de risco das atividades econômicas sujeitas a atos públicos de liberação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, para os fins da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, regulamenta-

de Biossegurança (CTNBIO), publicada em 03/02/2020 e da Resolução nº 46/2020¹⁹¹, o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (CONCEA), publicada em 01/06/2020.

Ocorre que o §12 do art. 3º da LLE foi resultado de uma alteração promovida por meio da Medida Provisória nº 915/2019¹⁹². Embora a referida Medida Provisória tenha sido convertida em 2020 na Lei nº 14.011/2020¹⁹³, o Projeto de Conversão em Lei - PLV nº 09/2020¹⁹⁴ foi aprovado sem possuir a previsão de restrição do silêncio administrativo positivo às hipóteses das atividades de impacto significativo ao meio ambiente, quando assim estabelecido por órgão ambiental competente.

Eis um grande problema. Perdurou por algum tempo no texto da LLE, em versão disponibilizada eletronicamente no site oficial do Planalto, a disposição do §12 do art 3º da LLE, já não existente no texto da lei, em virtude da conversão da MP 915/2019 sem o aludido dispositivo.

da pelo Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 fev. 2020. p. 17.

191 BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Conselho Nacional de Controle da Experimentação Animal. *Resolução nº 46, de 29 de maio de 2020*. Dispõe sobre a classificação do nível de risco das atividades econômicas sujeitas a atos públicos de liberação pelo Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal - Concea, para os fins da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jun. 2020. p. 17.

192 BRASIL. *Medida Provisória nº 915, de 27 de dezembro de 2019*. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2020. p. 117.

193 BRASIL. *Lei nº 14.011, de 10 de junho de 2020*. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.636, de 15 de maio de 1998, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 13.259, de 16 de março de 2016, e 10.204, de 22 de fevereiro de 2001, e o Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos das Leis nos 9.702, de 17 de novembro de 1998, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 jun. 2020. p. 2.

194 BRASIL. Câmara dos Deputados. *PLV nº 09/2020*. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera dispositivos das Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.636, de 15 de maio de 1998, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 13.259, de 16 de março de 2016, e 13.874, de 20 de setembro de 2019, e do Decreto-Lei no 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.398, de 21 de dezembro de 1987, e das Leis nos 9.636, de 15 de maio de 1998, 9.702, de 17 de novembro de 1998, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. DF. 2020.

Diante desse intrincado cenário, surgem duas importantes questões a serem respondidas. A primeira seria se a aplicabilidade da LLE, a partir da não conversão em lei do texto que resultaria em seu §12 do art. 3º, passaria a alcançar, salvo expressa vedação em lei, as atividades com impacto significativo no meio ambiente. A segunda pergunta seria em relação à atual legalidade dos atos normativos publicados no período de vigência da MP 915/2019. As duas perguntas envolvem o tema da revogação tácita.

Sobre a atual aplicabilidade do silêncio administrativo positivo, previsto pela LLE, às atividades com impacto significativo no meio ambiente, a resposta é positiva. Para tanto é importante lembrar que a disposição do silêncio positivo (art. 3º, IX) só não é aplicável, fora os demais casos citados, para as vedações expressamente previstas em lei.

Com a não conversão em lei do §12 do art. 3º, não há lei que disponha sobre restrição geral de aplicabilidade do silêncio positivo às atividades de impacto significativo ambiental.

Poder-se-ia lembrar da previsão do art. 10, §3º, V, do Decreto Regulamentador da LLE, que regula disposição do não convertido §12 do art. 3º da LLE, como fez recentemente a Advocacia Geral da União, nas Informações n. 00211/2020¹⁹⁵, prestadas em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, promovida pelo Partido Socialista Brasileiro, buscando a inconstitucionalidade de dispositivos da LLE (entre eles, o do art. 3º, IX).

Todavia, não se pode olvidar que só são casos de inaplicabilidade do silêncio administrativo positivo da LLE, aquelas vedações expressamente previstas em lei, conforme o próprio art. 3º, IX dispõe, e como

195 BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Informações n. 00211/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 13.874/19 - Lei da Liberdade Econômica. Da proteção ao meio ambiente e da preservação dos direitos voltados à proteção dos povos indígenas e comunidades quilombolas. Da participação efetiva do IBAMA, FUNAI e Fundação Cultural Palmares nos processos de licenciamento ambiental que possam atingir esses povos. Da aprovação tácita aos empreendimentos de baixo risco e da sua classificação. Do processo simplificado e do desenvolvimento da economia. Do Decreto Regulamentar nº 10.178/2019. Inexistência de inconstitucionalidade. Improcedência do pedido. DF. 2020.*

bem se sabe, decreto regulamentador não é lei, não podendo inovar a ordem jurídica, restando tacitamente revogado o art. 10, §3º, V do Decreto Regulamentador, quando da não conversão em lei da hipótese de restrição anteriormente aludida pela MP 915/2019.

Respondida a primeira questão, avança-se para a segunda. Permaneceriam vigentes os atos normativos de órgãos ambientais competentes que estabeleceram atividades de impacto significativo ambiental, não sujeitas à aprovação tácita por silêncio administrativo positivo? Esvaziado o conteúdo legal que permitia a existência da disposição do Decreto Regulamentador, que previa a publicação de atos normativos contendo restrições ao silêncio administrativo no âmbito das atividades de impacto significativo ao meio ambiente, difícil parece sustentar a atual vigência desses atos. A revogação tácita do Decreto Regulamentador inevitavelmente deve reverberar até os atos normativos, revogando-os pela razão de conflitarem com a hipótese de restrição do silêncio administrativo positivo não aplicável somente em caso de expressa vedação prevista em lei. Nesse sentido, é válido destacar que a CRFB/88, em seu art. 62, §11, estabelece que permanecessem válidas as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante a vigência de Medida Provisória com eficácia perdida, mas não os atos praticados durante a vigência, quais sejam, os atos normativos editados por determinados órgãos ambientais estabelecendo as atividades de significativo impacto ambiental.

Superadas essas questões, a conclusão é de que o art. 3º, IX consiste caso de silêncio administrativo pela legislação brasileira e é amplamente aplicável às normas de proteção ao meio ambiente, tendo como limites: (a) relativos ao art. 1º, §5º, (i) quando houver a ausência de vinculação do ente federativo ou órgão responsável pelo ato público de liberação, à LLE e (ii) não se tratar de ato público de liberação derivado ou delegado por legislação ordinária federal, e (b) relativos ao art. 3º, §§ 6º, 7º e 12: (i) quando versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas, (ii) a decisão importar em compromisso financeiro da Administração Pública, (iii) houver objeção expressa em tratado em vigor no País, (iv) às situa-

ções de acordo resultantes de ilicitude, e (v) quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o 3º (terceiro) grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais.

4.2.4 licenciamento ambiental como expressa vedação legal ao silêncio administrativo positivo e hipótese de silêncio administrativo translativo

Identificado o silêncio administrativo positivo instituído pela LLE, bem como as exceções à sua aplicabilidade, questiona-se como fica conformado o licenciamento ambiental com o advento da LLE, sobretudo para efeitos penais ambientais.

De início, é importante situar que a Lei Complementar nº 140/2011, também conhecida como “Lei de Competências Ambientais”, que dispõe entre outros aspectos, sobre o cumprimento de prazos pela Administração Pública e sobre os pedidos de complementações relativos aos licenciamentos ambientais, dispõe em seu art. 14, §3º que os órgãos licenciadores, apesar de deverem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento, não incorrerão em hipótese de aprovação tácita, em caso de decurso dos prazos de licenciamento. *In verbis*:

Art. 14. Os órgãos licenciadores devem observar os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento.

(..)

§3º O decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva referida no art. 15.

Essa disposição encaixa-se como exceção à aplicação do silêncio positivo, conforme disposto pelo art. 3º, IX, *in fine*, sendo hipótese de vedação expressamente prevista em lei.

A previsão do art. 14, §3º da Lei de Competências Ambientais, todavia, não é desprovida de efeitos. Embora não confira efeito negativo ou positivo ao silêncio administrativo, o dispositivo confere ao decurso dos prazos de licenciamento o chamado efeito translativo ou substitutivo, que implica sub-rogação, por deslocamento previsto em lei, da competência de decidir ou opinar de um órgão ou entidade para outro da Administração Pública. No caso do decurso de prazos de licenciamento, estabelece-se a instauração de competência supletiva para a União decidir e proceder ao licenciamento de competência originária do Estado ou Distrito Federal.

Compreendido o transcurso de prazo de licenciamento como exceção ao silêncio administrativo positivo e exemplo de silêncio administrativo translativo, resta-nos refletir sobre duas questões, quais sejam: (i) a incidência de silêncio administrativo positivo aos ritos simplificados de licenciamento, e (ii) a necessidade de licenciamento ambiental à atividade econômica classificada como de baixo risco.

Em relação à primeira questão, Pedro Niebuhr, ainda considerando o §12 do art. 3º da LLE, levanta a hipótese de que o licenciamento seria hipótese de exceção à aplicação do silêncio positivo administrativo por se tratar de atividades causadoras de impactos significativos ao meio ambiente, não considerando, todavia, todas as demais atividades causadoras de impactos relevantes, licenciadas por Estudos Ambientais Simplificados e Relatórios Ambientais Preliminares, por exemplo, por não estarem abraçadas pela exceção do referido dispositivo. Nesse sentido, há um sem-número de atividades que são licenciadas por ritos simplificados e instruídos por estudos menos complexos, como estações de tratamento de efluentes, condomínios e loteamentos, estruturas de apoio náutico e uma série de atividades industriais. A esse conjunto de atividades com impacto relevante, porém não “significativo”, continuaria, para Niebuhr, sendo aplicável o instituto do silêncio

positivo administrativo previsto pela LLE, caso fosse considerado apenas a previsão do §12 de seu art. 3º¹⁹⁶.

Como já explicitado em tópico anterior, bem como concluído também por Pedro Niebuhr¹⁹⁷, os ritos simplificados, ainda na condição de licenciamento, são exceção à aplicação do silêncio administrativo positivo, não por conta do §12 do art. 3º, da LLE, cujo presente estudo entende estar caducado, mas sim por conta do art 3º, IX, *in fine*, da LLE, c/c o art. 14, §3º da Lei de Competências Ambientais, em hipótese de expressa vedação legal. Nesse sentido, caso seja sujeita a atividade econômica ao licenciamento, esse não poderá ser tacitamente aprovado, se fundamentado na Lei Complementar nº 140/2011, ainda que seja de alguma maneira simplificado.

A conclusão da primeira questão nos dirige imediatamente à segunda. Isso ocorre porque, apesar de a LLE não dar conta de viabilizar a aprovação tácita de licenciamento ambiental com decurso de prazo a atividades econômicas, pode enquadrar determinadas atividades como sendo de baixo risco, resultando na desnecessidade de quaisquer atos públicos de liberação, estando nessa expressão abrangidas as licenças ambientais.

Esse cenário possibilita o surgimento de conflitos de competência e antinomias, haja vista que a LLE, ao prever a possibilidade de todos os entes federados classificarem as atividades de baixo risco, ignorou o fato de que a competência para dispor sobre as atividades de impacto ambiental sujeitas ao licenciamento ambiental é dos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente, considerando os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade, conforme dispõe a alínea “a” do inciso XIV do art. 9º da Lei Complementar nº 140/11. Todavia, como bem observa Pedro Niebuhr, nada garante que as classificações elaboradas pela União e pelos municípios sejam integradas e compatíveis com a tipologia ambiental definida pelos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, situação propícia ao surgimento de antinomias¹⁹⁸.

196 Ibid. p. 264.

197 Ibid. p. 268.

198 DE MENEZES NIEBUHR, Pedro. *Op. cit.* p. 259 e ss.

Niebuhr dá como exemplo hipotético¹⁹⁹, o cenário em que os municípios catarinenses desejem editar, por resolução, classificação idêntica à constante na Resolução CGSIM nº 51/2019. Nesse caso, as atividades de fabricação de produtos têxteis com até 2.500 m² seriam classificadas como de baixo risco. Em contraposição, as mesmas atividades são arroladas nas Resoluções nº 98/17 e nº 99/17 do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina, como sujeitas ao licenciamento ambiental.

Para o caso específico suscitado acima, o autor soluciona a situação fazendo prevalecer a tipologia do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina em detrimento das resoluções municipais, por meio do critério de que lei geral posterior não revogaria lei anterior mais específica²⁰⁰. A solução dada por Niebuhr, embora engenhosa, é contestável, na medida em que conta com a igual hierarquia das normas cotejadas, além de ignorar que a prevalência do conteúdo normativo das resoluções do Conselho Estadual do Meio Ambiente, possibilitaria a incidência, por desdobramento, do art. 60 da LCA ao empreendedor que fizesse funcionar a referida atividade. Do ponto de vista penal, todavia, é importante lembrar a ausência de antinormatividade da conduta contemplada, necessária à tipicidade conglobante do fato típico.

A estratégia mais utilizada pela Administração Pública, tanto direta, quanto indireta, é a classificação de risco compartimentada, limitando o âmbito de sua classificação aos atos públicos de liberação de sua competência, o que não é necessariamente o que se depreende da leitura do §1º, do art. 3º, da LLE, todavia evita situações de potencial conflito de normas e confusão legislativa como a referida acima.

A partir desse tópico, conclui-se que: (i) ao licenciamento, ainda que simplificado, vez apoiado na Lei de Competências Ambientais, é inaplicável o silêncio positivo por haver expressa vedação legal, e (ii) atividades de baixo risco, se assim classificadas, estariam dispensadas de licenciamento.

199 Ibid. p. 259-260.

200 Ibid. p. 260.

4.3 Repercussões do silêncio administrativo positivo da LLE à tutela penal do ambiente

Bem delimitado o silêncio administrativo positivo da LLE, podemos fazer algumas reflexões sobre possíveis repercussões do dispositivo à seara da tutela penal ambiental.

A partir de uma breve leitura da LCA, é possível depreender mais de uma dezena de figuras delitivas que criminalizam determinada conduta por sua realização sem o devido ato público de liberação. A técnica legislativa empregada para tanto, foi, na maioria das vezes, a da acessoriedade a ato administrativo individual, cuja ausência dá cariz criminoso à realização de determinadas atividades perigosas ao meio ambiente.

Com o advento da LLE, a análise da remissão pela lei penal ambiental para essa categoria de delitos exige maior cuidado, haja vista que, a partir do silêncio administrativo prolongado no tempo, pela Administração Pública, o particular adquire aprovação tácita, de modo que, iniciada atividade com base em ato público de liberação, o particular não incidirá em delitos penais ambientais que punam a falta de ato público de liberação correspondente. Para os casos de atividades de baixo risco, de forma ainda mais peremptória, sequer será necessário o silêncio positivo para se concluir pela atipicidade da conduta, haja vista configurar-se risco normativamente permitido.

Outro aspecto para o qual se faz importante o esclarecimento é quanto à retroatividade benéfica proporcionada pelas normas que relacionam as atividades de baixo risco para os fins da LLE. Nesse sentido, a atividade deixa de ser dependente de licença, de modo que compreendemos que todos aqueles já condenados ou sendo processados por não disporem de ato público de liberação para conduta que atualmente, ou em algum momento posterior à LLE, foi interpretada como de baixo risco em relação ao ato público de liberação cotejado, encontram-se com a punibilidade extinta, em função de o fato ter deixado de ser criminoso. Ainda que tenha havido norma de curta vigência no sentido de liberar a atividade, essa alcança todos os fatos

precedentes e contemporâneos a essa, se não estiver revestida de excepcionalidade.

Se a retroatividade benéfica das atividades de baixo risco, assim classificadas pelas normas complementares à LLE e à LCA, parece ser plenamente possível, de outro lado é estranho se falar em silêncio administrativo positivo retroativo, sobretudo porque, como ensinam Marion Bach e Fábio André Guaragni²⁰¹, “nas remissões a atos concretos da Administração Pública, as normas são fechadas e os tipos completos. Assim, a alteração dos parâmetros normativos para concessão de determinada licença, facilitando sua obtenção, não beneficia – por força da retroatividade favorável – o sujeito ativo que realizou a conduta sem tê-la porque não preenchia exigência legal agora dispensável”. Em conclusão, conforme os autores supracitados assinalam ao tratar de alterações como as aqui tratadas, “houve câmbio do contexto de fundo que liga o tipo abstrato ao fato concreto, mas não sucessão de leis penais ou de elementos integrados ao tipo”.

Ainda que não haja retroação, por outro lado evidente é que situações amparadas pelo silêncio administrativo positivo não podem ser, mais tarde, perseguidas criminalmente. Nesse sentido, destaca-se a curta vigência da Portaria nº 43/2020, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, que dentre outras disposições, estabelecia prazos para aprovação tácita de uso de agrotóxicos, fertilizantes e outros químicos. Essa portaria teve a eficácia suspendida das disposições que previam tais prazos, em 22/06/2020, pelo Plenário do STF, em sede de medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 565/DF. Todavia, o Registro de Agrotóxicos aprovado tacitamente, durante o período de validade dos efeitos da Portaria nº 43/2020, estão cobertos de legalidade, o que impede que seja tipificada a conduta, à época realizada, de produção desses agrotóxicos sem a autorização expressa, como delito do art. 56 da LCA (produção de pro-

201 BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Técnicas de reenvio do direito pena ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo*, p. 15. Disponível em <<https://www.marionbach.com.br/tecnicas-de-reenvio-do-direito-penal-ao-direito-administrativo-e-as-regras-de-aplicacao-da-lei-penal-no-tempo/>>. Acesso em 01 nov. 2020.

duto perigoso à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com exigências legais ou regulamentares).

Uma outra questão que pode gerar dúvidas é relativa ao silêncio da administração em cumprir com a comunicação expressa e imediata do prazo máximo estipulado para a análise do requerimento de ato público de liberação ao particular, conforme prevê o art. 3º, IX, da LLE, após esse ter apresentado todos os elementos necessários à instrução do referido requerimento. Nesse sentido, a situação pode ser analisada a partir de dois contextos distintos: um primeiro contexto, em que já haja norma estabelecendo o prazo máximo para eventual aprovação tácita, e um segundo, em que sequer exista norma estabelecendo o prazo máximo para eventual aprovação tácita. Para ambas as situações, a conclusão é parecida.

Na primeira situação, em que já haja norma prescrevendo o prazo máximo para decisão administrativa acerca do ato público de liberação solicitado, o Decreto Regulamentador é claro em dispor, por meio de seu art. 12, que o prazo para decisão administrativa acerca do ato público de liberação, para fins de aprovação tácita, inicia-se na data de apresentação de todos os elementos necessários à instrução do requerimento do ato público de liberação, e não na data de comunicação da Administração Pública ao particular, sobre o prazo para a análise de seu requerimento.

No segundo cenário, em que sequer existe norma prescrevendo prazo para análise do requerimento de liberação da atividade econômica, o Decreto Regulamentador estabelece, por meio de seu art. 16, que a falta de definição do prazo de decisão faz com que o prazo para análise do requerimento de liberação da atividade econômica, seja de 30 dias, contado da data de apresentação de todos os elementos necessários à instrução do processo, e não da comunicação da Administração Pública a respeito do prazo de apreciação. Como há efeito legalmente vinculado ao silêncio administrativo analisado nas duas constelações de casos, torna-se despiciendo analisar as situações sob a perspectiva

de eventual tolerância administrativa²⁰², ativa ou passiva, a eventual ato tipificado penalmente.

Um aspecto muito importante que surge do primeiro cenário descrito no parágrafo anterior é referente àquelas atividades para as quais não foram editados atos normativos prescrevendo prazo máximo para eventual aprovação tácita, em função de terem sido consideradas, por outro ato normativo, como atividades de impacto significativo ao meio ambiente, para fins da exceção do art. 3º, §12 da LLE. Nesse sentido, é importante lembrar que o dispositivo não foi convertido em lei, de modo que os atos normativos editados com fundamento à previsão supracitada hoje carecem de fundamento legal.

Ainda para aqueles editados à época da vigência da Medida Provisória nº 915/2019, que trouxe o §12 ao art. 3º da LLE, é importante ressaltar que, conforme dita a CRFB/88, da Medida Provisória com eficácia perdida, conservam-se as relações jurídicas constituídas e decorrentes dos atos praticados durante sua vigência, mas não os atos em si, de modo que compreendemos ter havido a revogação tácita de atos normativos nesse sentido, como a Portaria nº 78/2021 do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (“IBAMA”), publicada em 13/01/2021, que permanece dispendo sobre a inaplicabilidade da aprovação tácita aos atos públicos de liberação sob seu âmbito e a Portaria nº 69/2020, do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), publicada em 29/01/2020. Para esses casos, entendemos pela aplicação do art. 16 do Decreto Regulamentador da LLE.

Podemos citar, ainda, questões referentes à retroatividade de eventuais decisões administrativas posteriores ao prazo para avaliação do ato público de liberação, como aqueles colocados por Vitor Soliano²⁰³, quais sejam: (i) a Administração Pública indica, após o decurso do prazo, que não foram apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, (ii) a Administração Pública, após decurso

202 GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 187 e ss.

203 SOLIANO, Vitor. *A ordenação pública da entrada em mercados e o silêncio administrativo: uma análise do regime jurídico dos atos públicos de liberação na Lei da Liberdade Econômica*. 2019. p. 12 e ss.

do prazo, indefere o ato público de liberação e, (iii) a autoridade, após decurso do prazo, constata ser incompetente para analisar o pedido.

Em relação a essas questões, alinhamo-nos favoravelmente a unívoca posição apresentada por Soliano, qual seja, a de que se o indivíduo, acreditando, de boa fé, estar sua atividade tacitamente liberada pelo decurso do prazo, posteriormente é surpreendido com uma decisão contrária, essa decisão não deverá retroagir de modo contrário aos interesses do particular, haja vista a orientação legal de que a conduta do particular deve ser presumida como de boa-fé, bem como o particular, vulnerável perante o Estado (art. 2º, LLE).

Na mesma direção do exposto por Soliano, há ressalva para a declaração poder retroagir, para efeitos de nulidade e aplicação de sanções, inclusive criminais, caso se demonstre em devido processo legal, a má-fé do particular, seja pela (i) não apresentação de todos os elementos necessários à apreciação do requerimento de ato público de liberação, (ii) pelo requerimento impossível ou em claro descompasso com a lei, ou ainda (iii) pelo protocolo de requerimento de ato público de liberação perante a autoridade incompetente.

À solução elaborada por Soliano, acrescentamos observações de Greco, para também compreender como dignas de retroatividade as decisões relativas a protocolos e requerimentos de ato público de liberação a autoridades manifestamente incompetentes, ainda que ausente a má-fé. Isso ocorreria quando, a exemplo de Greco²⁰⁴, um cidadão que constrói em área especialmente protegida o faz após o “ok” do delegado de polícia da região. No caso em questão, seria evidente que essa “autorização” é manifestamente irrelevante para provocar qualquer efeito de esvaziamento do tipo objetivo.

204 GRECO, Luís. *Op. cit.*, p. 173

5. Inconstitucionalidade do silêncio positivo em matéria ambiental

Além de questões que orbitam a tutela penal do ambiente, quando se trata de silêncio administrativo positivo, é necessário dizer que o instituto tem gerado discussões acerca de sua constitucionalidade.

Depreende-se com o advento do silêncio administrativo positivo e da desnecessidade de ato público de liberação para as atividades econômicas de baixo risco, uma verdadeira quebra de paradigma referente às opções políticas plasmadas pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, houve um aumento substancial dos riscos permitidos e dos riscos provisoriamente tolerados, principalmente aqueles riscos de aspectos ambientais, visando fomentar e estimular as atividades econômicas.

A própria Administração Pública corrobora com esse entendimento, na medida em que após a publicação da LLE, o Ministério da Economia remeteu ofícios a diversos órgãos, incluindo a Fundação Nacional do Índio (“FUNAI”) e o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (“MAPA”), órgãos diretamente vinculados a questões afetas ao meio ambiente, com orientações sobre a aplicação da Lei da Liberdade Econômica.

Nesse sentido, foi publicada a Portaria nº 43 do MAPA²⁰⁵, que estabeleceu prazos para aprovação tácita de atos públicos de liberação de responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, órgão a ele vinculado. De acordo com o ato, foram estabelecidos prazos para liberação de produtos potencialmente danosos ao meio ambiente, como agrotóxicos, fertilizantes, corretivos, inoculantes, biofertilizantes, remineralizadores, substratos para plantas, além de registro e certificação de estabelecimentos de reprodução de aves e suínos.

205 BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. *Portaria nº 43, de 21 de fevereiro de 2020*. Estabelece os prazos para aprovação tácita para os atos públicos de liberação de responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, conforme caput do art. 10 do Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 2020, p. 4.

Além do MAPA, foram editados atos prevendo prazos para a aprovação tácita de atividades econômicas por diversos órgãos e entidades da Administração Pública²⁰⁶, quais sejam, a Agência Nacional de Mineração (ANM), o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO), o Comando do Exército, a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), o Ministério do Meio Ambiente (MMA), o Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal (Concea), o Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (CGSIM) e a Agência Nacional de Águas (ANA).

Diante desse cenário de proliferação de atos normativos prevenindo a aprovação tácita de atos públicos de liberação relativos a atividades com riscos ambientais, surgem em terreno judicial, contestações a esses atos normativos, por descumprirem preceitos constitucionais fundamentais, bem como aos incisos I e IX, do art. 3º da LLE, que lhe dão fundamento legal, por violarem a Constituição Federal.

Exemplo de reação aos atos normativos voltados ao estabelecimento de prazos de aprovação tácita de atividades com riscos ao meio ambiente é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 656/DF, proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade, em face da referida Portaria do MAPA nº 43/2020, pretendendo declarar a incompatibilidade dos itens 64 a 68 da Tabela 1 do art. 2º da Portaria, que estabeleceram prazos para possível aprovação tácita de agrotóxicos e de outros químicos perigosos à saúde humana e à saúde animal. A ADPF entende que tais disposições do ato normativo afrontam, entre outras exigências constitucionais, a de bem controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (art. 225, V, CRFB/88), e de necessária proteção à flora e à fauna (art. 225, VII, CRFB/88). Em medida cautelar concedida pelo STF, foi determinada a suspensão da eficácia dos itens referidos acima.

206 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.528*. Brasília, DF, 05 ago. 2020.

Em relação à suposta inconstitucionalidade dos incisos I e IX, do art. 3º, da LLE, um exemplo a ser citado é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.528²⁰⁷, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em face do art. 3º, inciso I, inciso IX; inciso XI, “d”; e §1º, da LLE, pleiteando que seja conferida interpretação conforme à Constituição aos referidos dispositivos, bem como seja declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução do texto, do art. 3º, inciso XI, “d”, da referida lei, para afastar sua aplicação a todo e qualquer ato ou atividade que importe impactos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou à saúde humana – incluídas atividades relacionadas a uso da terra, agrotóxicos, mineração, energia, uso de recursos hídricos, ingresso em Unidades de Conservação e Terras Indígenas, supressão de vegetação, entre outras –, aos povos indígenas, comunidades quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais. Em vasta argumentação, o partido político expõe a inobservância do artigo 225 da CRFB/88 pelos dispositivos da LLE, bem como a princípios constitucionais ambientais, como o da precaução e da prevenção ao dano ambiental e o da proibição de retrocesso a direitos fundamentais socioambientais. Além da ADI 6.528, citada acima, outras três ADIs em andamento, questionam dispositivos da LLE, quais sejam: ADI 6.156, proposta pelo PDT, e a ADI 6.184, proposta pelo Solidariedade.

Embora seja crescente o movimento pela contestação judicial dos aludidos dispositivos da LLE, por se tratar de lei publicada em 2019, não se identifica jurisprudência consolidada sobre o tema no Brasil, razão pela qual, buscamos na jurisprudência internacional e de outros ordenamentos com maior maturidade no tema do silêncio administrativo positivo, inclinação pela adoção ou afastamento do silêncio positivo aos atos públicos de liberação relativos à matéria ambiental.

207 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.528*. Brasília, DF, 05 ago. 2020.

6. Desaparecimento do silêncio positivo em matéria ambiental no direito internacional

Se no Brasil o silêncio positivo instituído pela LLE é discutido em cortes judiciais e constitucional, internacionalmente, em ordenamentos jurídicos que já experimentaram o silêncio administrativo positivo para atos públicos de liberação, nota-se certa predominância do entendimento pela não-aplicação desse instituto aos atos com riscos significativos ao meio ambiente.

Internacionalmente, destaca-se a jurisprudência do Tribunal de Luxemburgo, em relação a autorizações reguladas por algumas Diretivas Europeias. Nesse sentido, Iñigo Sanz Rubiales exemplifica²⁰⁸ com os seguintes julgados: (i) a STJCE, de 28/02/1991, que condenou a Itália por indevida internalização da Diretiva Europeia relativa a águas subterrâneas (80/68), por prever hipótese de autorização tácita para descargas de materiais em cursos d'água. De acordo com o tribunal, a autorização tácita não era compatível com o objetivo da referida diretiva, haja vista que a autorização tácita não dava conta de assegurar o controle ambiental necessário, devendo ser adotado para esses casos o silêncio com efeito negativo; e (ii) a STJCE, de 14/06/2001, que confirmou o entendimento pela inadequação do silêncio positivo e necessidade do silêncio negativo para adequação de outras Diretivas Europeias ambientais (relacionadas a descargas de materiais, resíduos, emissões, avaliação de impacto, etc), nesse sentido, entendeu o tribunal que:

(...) una autorización tácita no puede ser compatible con las exigencias de las Directivas a que se refiere el presente recurso, puesto que en ellas se establecen mecanismos de autorización previa, en el caso de las Directivas 75/442 [residuos], 76/464 [vertidos], 80/68 [aguas subterráneas] y 84/360 [emisiones a la atmósfera], o bien procedimientos

208 RUBIALES, Iñigo Sanz. La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales. In *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. 2019, p. 96-105. p. 98-99.

de evaluación anteriores a la concesión de la autorización, en el caso de la Directiva 85/337 [Evaluación de Impacto Ambiental].

Em sentido análogo, Rubiales ainda destaca entendimentos de ordenamentos jurídicos estrangeiros²⁰⁹, como: (i) o do Tribunal Supremo Espanhol, que por meio da STS de 28/05/2012, Rec. núm. 991/202009, FFDD 7º e 8º, entendeu inaplicável o regime de silêncio positivo às avaliações de impacto ambiental no ordenamento espanhol; (ii) o do Conselho Constitucional da França, que por meio da Decisão 69-55 L, de 26/06/1969, afirmou que em matéria de proteção da natureza e do meio ambiente deve ser completamente proibida qualquer hipótese de autorização tácita; e (iii) o do Conselho de Estado belga, que entendeu pela inconstitucionalidade de um sistema de autorização tácita em matéria de meio ambiente, por implicar renúncia das autoridades ao exercício de funções estabelecidas constitucionalmente, relativas à proteção do meio ambiente.

Por meio da jurisprudência internacional e de ordenamentos estrangeiros sobre o tema, a conclusão não é outra, senão pelo afastamento do regime de silêncio positivo, devendo ser adotado o regime de silêncio negativo aos atos públicos de liberação em matéria de proteção ambiental, haja vista a necessidade de maior controle e prevenção, por parte do Estado, aos atos públicos de liberação relativos ao meio ambiente.

7. Considerações finais

Ao longo do estudo realizado, demonstramos que com o advento da LLE, foi instituído um regime de silêncio administrativo positivo aos atos públicos de liberação, cuja conformação legal permite sua ampla aplicação aos atos autorizativos afetos à matéria ambiental.

Verificamos quais são as exceções e os limites de aplicabilidade desse silêncio positivo. Nesse sentido, não se aplica o regime do silên-

209 RUBIALES, Iñigo Sanz. *Op. cit.*, p. 99 e ss.

cio positivo às atividades econômicas de baixo risco, que por previsão legal do art. 3º, I, da LLE, passam a não depender mais de quaisquer atos públicos de liberação relativos ao âmbito da norma ou do ato normativo que as classificar como de baixo risco.

São outras exceções para o âmbito de aplicação do silêncio estimatório ao ato público de liberação: (a) relativos ao art. 1º, §5º, (i) quando houver a ausência de vinculação do ente federativo ou órgão responsável pelo ato público de liberação, à LLE e (ii) não se tratar de ato público de liberação derivado ou delegado por legislação ordinária federal, e (b) relativos ao art. 3º, §§ 6º, 7º e 12: (i) quando versar sobre questões tributárias de qualquer espécie ou de concessão de registro de marcas, (ii) a decisão importar em compromisso financeiro da Administração Pública, (iii) houver objeção expressa em tratado em vigor no País, (iv) às situações de acordo resultantes de ilicitude, e (v) quando a titularidade da solicitação for de agente público ou de seu cônjuge, companheiro ou parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até o 3º (terceiro) grau, dirigida a autoridade administrativa ou política do próprio órgão ou entidade da administração pública em que desenvolva suas atividades funcionais.

Em relação à previsão de inaplicabilidade do silêncio positivo em caso de atividades de impacto significativo ao meio ambiente, assim considerado pelo órgão ambiental competente, verificamos não subsistir a disposição que dava base à referida exceção, nos posicionando, ainda, pela revogação tácita da disposição do art. 10, §3º, V, do Decreto Regulamentador da LLE, bem como dos atos normativos que com base nele foram editados, preservando-se, contudo, as relações jurídicas havidas durante a vigência da Medida Provisória 915/2019, que sustentava a referida vedação.

Sustentamos que o licenciamento ambiental não é suscetível à aprovação tácita por silêncio administrativo positivo, em virtude de expressa vedação legal contida no art. 14, §3º da Lei de Competências Ambientais. Não obstante, entendemos pela possibilidade de que, caso determinada atividade seja classificada de baixo risco por norma que abranja o âmbito do licenciamento ambiental, essa atividade não

necessitará mais desse ato público de liberação para o seu desenvolvimento.

Apresentado o silêncio administrativo da LLE e suas hipóteses de inaplicabilidade, foram suscitadas algumas repercussões desse à tutela penal do ambiente, em virtude da acessoriedade ao ato administrativo concreto que permeia os tipos dos delitos ambientais. Nesse sentido, abordamos as consequências mais diretas, quais sejam, uma restrição de alcance dos tipos delineados pela LCA a condutas que anteriormente seriam típicas, justamente por não haver as figuras do silêncio administrativo positivo e da atividade econômica de baixo risco de funcionamento não condicionado a ato público de liberação.

Abordamos também outras reflexões que surgem com o advento da LLE. Compreendemos pela irretroatividade do silêncio administrativo positivo, por não se tratar de sucessão de leis penais ou de elemento integrador do tipo, senão mero câmbio do contexto de fundo que liga o tipo abstrato ao fato concreto. Por outro lado, compreendemos pela retroatividade benéfica para as atividades de baixo risco, havendo nesse caso, extinção da punibilidade.

Além de questões relacionadas à retroatividade, tratamos de questões relativas ao prazo para aprovação tácita de ato público de liberação. Nesse sentido, interpretamos que a apresentação de documentação idônea à análise dá início à contagem do prazo para avaliação de ato público de liberação, pela Administração Pública. O prazo será aquele definido pela lei ou pelo ato de órgão ou entidade competente, caso haja norma nesse sentido, ou de 30 dias, caso não haja, por expressa regra do art. 16 do Decreto Regulamentador da LLE.

Após apontarmos algumas repercussões do silêncio administrativo positivo à tutela penal ambiental, apresentamos discussões existentes sobre a inconstitucionalidade de dispositivos da LLE, pelo argumento principal de que esses violariam disposições (art. 225, V e VII) e princípios constitucionais, como o da precaução e da prevenção ao dano ambiental e o da proibição de retrocesso a direitos fundamentais socioambientais. Nesse sentido, ações constitucionais buscam interpretação conforme a Constituição desses dispositivos, no sentido de

não ser o silêncio positivo aplicável aos atos públicos de liberação afeitos à matéria de proteção ambiental.

Por fim, apresentamos inclinação jurisprudencial no âmbito internacional e de ordenamentos estrangeiros pelo afastamento do silêncio administrativo positivo aos atos públicos de liberação em matéria ambiental, compreendendo mais adequado em observância à proteção do meio ambiente, o regime do silêncio administrativo negativo.

Em conclusão final, compreendemos que o silêncio administrativo positivo instituído pela LLE possui deficiências em seu desenho, que se desdobram em consequências indesejáveis à tutela penal do ambiente, em virtude de um demasiado aumento de riscos normativamente permitidos ou tolerados pela Administração Pública. Além desse regime de silêncio positivo demonstrar-se conflitante com disposições e princípios constitucionais voltados à proteção do meio ambiente, também é rechaçada em âmbito internacional e de ordenamentos jurídicos com mais experiência no tema, a sua aplicação para a aprovação tácita de atos autorizativos relacionados à proteção ambiental.

Para o controle ambiental, compreendemos como aplicável o regime do silêncio administrativo negativo, como sustenta a jurisprudência internacional, combinado a técnicas de silêncio translativo, como aquele já existente no âmbito do licenciamento ambiental, pela Lei de Competências Ambientais.

8. Referências

BACH, Marion; GUARAGNI, Fábio André. *Técnicas de reenvio do direito pena ao direito administrativo e as regras de aplicação da lei penal no tempo*. Disponível em <<https://www.marionbach.com.br/tecnicas-de-reenvio-do-direito-penal-ao-direito-administrativo-e-as-regras-de-aplicacao-da-lei-penal-no-tempo/>>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Informações n. 00211/2020/CONSUNIAO/CGU/AGU*. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº

13.874/19 - Lei da Liberdade Econômica. Da proteção ao meio ambiente e da preservação dos direitos voltados à proteção dos povos indígenas e comunidades quilombolas. Da participação efetiva do IBAMA, FUNAI e Fundação Cultural Palmares nos processos de licenciamento ambiental que possam atingir esses povos. Da aprovação tácita aos empreendimentos de baixo risco e da sua classificação. Do processo simplificado e do desenvolvimento da economia. Do Decreto Regulamentar nº 10.178/2019. Inexistência de inconstitucionalidade. Improcedência do pedido. DF. 2020.

----. Câmara dos Deputados. *PLV nº 09/2020*. Aprimora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União; altera dispositivos das Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 9.636, de 15 de maio de 1998, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 13.259, de 16 de março de 2016, e 13.874, de 20 de setembro de 2019, e do Decreto-Lei no 2.398, de 21 de dezembro de 1987; revoga dispositivos do Decreto-Lei no 2.398, de 21 de dezembro de 1987, e das Leis nos 9.636, de 15 de maio de 1998, 9.702, de 17 de novembro de 1998, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 13.874, de 20 de setembro de 2019; e dá outras providências. DF. 2020.

----. *Exposição de Motivos nº 00083/2019 ME AGU MJSP, de 11 de abril de 2019*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf>. Acesso em 1 nov. 2020.

----. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

____. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

____. *Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm>. Acesso em 1 nov. 2020.

____. *Medida Provisória nº 915, de 27 de dezembro de 2019*. Apri-mora os procedimentos de gestão e alienação dos imóveis da União. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2020. p. 117.

____. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Secretaria de Defesa Agropecuária. *Portaria nº 43, de 21 de fevereiro de 2020*. Estabelece os prazos para aprovação tácita para os atos públicos de liberação de responsabilidade da Secretaria de Defesa Agropecuária, conforme caput do art. 10 do Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 fev. 2020. p. 4.

____. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Comissão Técnica Nacional de Biossegurança. *Resolução Normativa Ad Referendum nº 25, de 31 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre a classificação do nível de risco das atividades econômicas sujeitas a atos públicos de liberação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, para os fins da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 fev. 2020. p. 17.

____. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Conselho Nacional de Controle da Experimentação Animal. *Resolução nº 46, de 29 de maio de 2020*. Dispõe sobre a classificação do nível de risco das atividades econômicas sujeitas a atos públicos de liberação pelo Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal - Concea, para os fins da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 10.178, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 jun. 2020. p. 17.

____. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Portaria nº 229, de 24 de janeiro de 2020*. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 jan. 2020. p. 116.

____. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. *Portaria nº 69, de 28 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre a não sujeição dos atos públicos de liberação de atividade econômica, no âmbito do ICMBio, à aprovação tácita prevista na Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. (Processo nº 02070.000145/2020-64). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 29 jan. 2020. p. 32.

____. *Resolução nº 51, de 11 de junho de 2019*. Versa sobre a definição de baixo risco para os fins da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITARIO/SEMPE/DREI/RESOLUCOES_CGSIM/Resoluo_51_2019_alterada_pela_57_2020.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2020.

____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.528*. Brasília, DF, 05 ago. 2020.

CUESTA, Rafael Entrena. *Curso de Derecho Administrativo*. 5ª ed. Madri: Editorial Tecnos, 1976.

DE MENEZES NIEBUHR, Pedro. A isenção de licenciamento e a aprovação tácita previstas na Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica: reflexos na Administração Ambiental e Urbanística. In *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 9(3). 2020. p. 250-272.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006. Disponível em <http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=57923>. Acesso em 1 nov. 2020.

JUAN LIMA, Fernando E. El silencio administrativo: Problemas Actuales. In *Revista Eletrônica de Direito do Estado – ReDE*, nº 07/2006. Instituto de Direito Público da Bahia. Salvador, 2006.

LUCENA, Pedro Flávio Cardoso. *O regime jurídico do silêncio administrativo*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016.

MODESTO, Paulo. Silêncio administrativo positivo, negativo e translativo: a omissão estatal formal em tempos de crise. In *Direito do Estado*, n. 317, ano 2016. Disponível em <www.direitodoestado.com.br/colunistas/paulo-modesto/silencio-administrativo-positivo-negativo-e-translativo—a-omissao-estatal-formal-em-tempos-de-crise->. Acesso em: 1 nov. 2020.

PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa. *O controle jurisdicional do silêncio administrativo*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2008.

RUBIALES, Iñigo Sanz. La desaparición del silencio positivo de las licencias ambientales. In *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. 2019. p. 96-105.

SOLIANO, Vitor. *A ordenação pública da entrada em mercados e o silêncio administrativo: uma análise do regime jurídico dos atos públicos de liberação na Lei da Liberdade Econômica*. 2019.

O impacto dos atos administrativos na tutela penal ambiental

Luiz Augusto Pessoa Nogueira²¹⁰

A civilização tem isto de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorriamos a esta para dar uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre. (Miguel Reale)

1. Introdução

Recentemente o governo federal, por meio do Ministério do Meio Ambiente, mais especificamente do CONAMA - Conselho Nacional do Meio Ambiente - revogou as Resoluções nºs 302 e 303, editadas no ano de 2002, a Resolução nº 284, editada no ano de 2001 e a Resolução nº 264, de 1999.

A revogação das referidas Resoluções causou e ainda tem causado um debate muito forte na sociedade brasileira, sobretudo entre, de um lado, ambientalistas e integrantes da sociedade civil, de outro, membros do CONAMA e do Ministério do Meio Ambiente. Inicialmente, cumpre esclarecer, consoante exposto no sítio eletrônico do Ministério do Meio Ambiente que o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA - “é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, foi instituído pela Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto nº 99.274/90”.²¹¹

Sendo órgão deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente, resta evidente que as regulamentações criadas pelo CONAMA, a partir da legislação ambiental, têm, sim, caráter cogente, e não meramente orientador ou educacional. Portanto, não há dúvidas quanto à obrigatoriedade da aplicação e atendimento a seus dispositivos.

210 Delegado de Polícia Federal, chefe da Delegacia de Repressão a crimes contra o meio ambiente e o patrimônio histórico em Minas Gerais.

211 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional de Meio Ambiente. *O que é o CONAMA?*. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/>> . Acesso em 05 out. 2020.

A nosso ver, sem adentrar o mérito da polêmica discussão, fazendo uma análise estritamente jurídica da questão, a revogação das respectivas resoluções e o vácuo normativo resultante, na prática, irão afetar diretamente o alcance de alguns tipos penais ambientais, diminuindo ou mitigando o caráter preventivo e dissuasório dessas normas penais incriminadoras.

As resoluções CONAMA têm repercussão não somente na esfera administrativa, como também na esfera criminal. Isto porque, os tipos penais ambientais, ante o vasto universo do que chamamos de meio ambiente, cujo conceito constitucionalmente adequado será descrito à frente, não podem prever todas as situações de perigo ou mesmo de lesão ao meio ambiente.

Além do mais, por sua relação de simbiose com outras áreas do conhecimento humano, principalmente com as ciências biológicas, que evoluem muito mais rapidamente que o processo legislativo, especialmente em relação ao Direito Penal Ambiental, os tipos penais ambientais se baseiam em normas penais em branco, cujas lacunas são preenchidas por regulamentos criados, via de regra, pelo Poder Executivo por meio de órgãos como o Ministério do Meio Ambiente, por exemplo.

2. Definição constitucional de meio ambiente

A Lei nº 6.938/81 em seu artigo 3º, I, define meio ambiente como o *“conjunto de bens, influências e interações de ordem físicas, químicas e biológicas, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”*.

Esta definição legal de meio ambiente trata essencialmente do meio ambiente chamado Natural, que é composto pela atmosfera, águas (subterrâneas e superficiais, mar territorial), solo e subsolo, fauna e flora e o patrimônio genético.

Entretanto, hodiernamente, partindo-se de uma perspectiva antropológica, podemos dizer que existem ainda o meio ambiente cultural, artificial e do trabalho.

Fiorillo ensina que a divisão do meio ambiente nos diversos aspectos que o compõem tem por objetivo facilitar a identificação da

atividade degradante e do bem imediatamente agredido. Não se pode perder de vista que o direito ambiental tem como objeto maior tutelar a vida saudável, de modo que a classificação apenas identifica o aspecto do meio ambiente em que os valores considerados mais importantes pela sociedade foram agredidos. A Constituição Federal, no art. 225, parágrafo 1º, incisos I e VII e parágrafo 4º, expressamente dispôs sobre a tutela do meio ambiente natural²¹²:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam animais à crueldade.

[...]

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio

212 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

O meio ambiente cultural é formado pelo patrimônio artístico, paisagístico, arqueológico, histórico e turístico²¹³ e também é tutelado pela Constituição Federal, no art. 216, que assim prevê:

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

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

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

Já o meio ambiente artificial “é compreendido pelo espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações (chamado de espaço urbano fechado), e pelos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”²¹⁴, portanto, está intimamente relacionado com a urbanização. Todavia, podemos dizer as residências e benfeitorias produzidas pelo homem nas zonas rurais também integram o Meio Ambiente Artificial.

Importante alertar que, assim como no caso do meio ambiente cultural, em relação ao Meio Ambiente Artificial veremos a tutela de bens produzidos pelo homem. O que os diferencia é justamente o valor histórico e cultural que a sociedade lhes dá.

213 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2003.

214 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2003, p. 300.

A tutela constitucional do meio ambiente artificial está prevista no artigo 225 da Constituição Federal, que trata especificamente do meio ambiente, mas também nos artigos 21, inciso XX e 182 (que trata da Política Urbana) da carta constitucional, dentre outros:

Art. 21. Compete à União:

XX - Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Por fim, quando se fala em meio ambiente do trabalho, estamos nos referindo ao ambiente no qual as pessoas desenvolvem as suas atividades laborais, remuneradas ou não, “cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem”²¹⁵.

Assim como nos demais “tipos” de meio ambiente, a Constituição Federal também tutela o Meio Ambiente do Trabalho, no seu art. 200: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”.

A Resolução CONAMA nº 306/2002, no Anexo I, Definições, inciso XII, ao definir meio ambiente incluiu aspectos das diversas classificações que o integram: “Meio Ambiente é o conjunto de condições, leis, influencia e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.²¹⁶

215 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2003, p. 23.

216 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA 306/2002*. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>>. Acesso em

No mesmo sentido, a ISO 14001/2004 assim conceitua meio ambiente: “circunvizinhança em que uma organização opera, incluindo-se ar, água, solo, recursos naturais, flora fauna, seres humanos e suas inter-relações”²¹⁷.

Como visto, as definições de Meio Ambiente acima transcritas são bem mais completas e modernas que a definição legal trazida pela Lei nº 6.938/81 em seu artigo 3º, I, pois trazem nos respectivos conceitos uma união de tipos de meio ambiente facilmente vislumbrada pelo leitor ou intérprete. Entretanto, cada um destes tipos são verdadeiros “universos”, muito amplos e muito distintos entre si, o que demonstra que a tarefa de conceituar ou definir Meio Ambiente não é simples.

A partir de uma interpretação teleológica e sistêmica do arcabouço jurídico brasileiro, o conceito de Meio Ambiente, para fins jurídicos, deveria contemplar tanto aspectos naturais, como aspectos culturais, artificiais e sociais.

Todavia, frise-se, estes aspectos não devem e não podem ser considerados individualmente, de forma a ensejar vários e até divergentes conceitos de meio ambiente, o que levaria à insegurança jurídica e, eventualmente, até ao conflito de normas.

Portanto, juridicamente, ainda que em razão de seu caráter multidimensional e multidisciplinar, não seria adequado constitucionalmente criar mais de um conceito de meio ambiente.

Porém, como se conclui de uma simples leitura do art. 225 da CF, o alcance do conceito jurídico da expressão *meio ambiente* vai muito além de sua dimensão natural (ar, água, solo, fauna e flora), pois o “meio ambiente equilibrado ecologicamente e essencial à qualidade de vida”, enquanto bem jurídico tutelado pelo direito, necessariamente, deverá contemplar, além da perspectiva natural, a perspectiva humana (artificiais, culturais, sociais).

Sob os auspícios da moderna visão de meio ambiente trazida pelo legislador constituinte, foi aprovada e sancionada a Lei nº 9.605/98,

20 out. 2020.

217 ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO 14001/2015. *Sistemas de Gestão Ambiental* – requisitos com orientação para uso. 2015. Disponível em <<https://www.ipen.br/biblioteca/slr/cel/N3127.pdf>>. Acesso em 14 set. 2020.

conhecida com Lei de Crimes Ambientais, que, além regulamentar as formas de aplicação, os tipos de sanção e os regimes de cumprimento da pena no caso de ilícitos ambientais, inseriu no âmbito do Direito Penal Ambiental não só a tutela dos bens jurídicos naturais, como fauna, flora, ar, solo e água, como, também, a tutela dos bens jurídicos “artificiais”, quando, inseriu, no Capítulo IV – Dos crimes contra o meio ambiente, seções IV e V respectivamente, a tutela do ordenamento urbano e o patrimônio cultural e a tutela da Administração Ambiental.

Desta maneira, um conceito constitucionalmente adequado de meio ambiente deveria ser assim formulado: meio ambiente é o conjunto de elementos naturais e artificiais ou culturais, integrados de forma sistêmica e indivisível, de tal maneira que permitam a existência e o desenvolvimento de todas as formas de vida no planeta Terra.

3. Normas penais ambientais em branco e a importância dos atos administrativos para a efetividade da tutela penal ambiental

Ao contrário da norma penal em branco, o tipo penal fechado é aquele que descreve por completo a conduta criminosa. Ao interpretar o tipo penal fechado, o operador do Direito não necessita buscar seu complemento em outra lei, em outra norma.

O art. 121 do Código Penal ao descrever a conduta “matar alguém” e indicar a pena em seu preceito secundário, traz um tipo penal completo, hermeticamente fechado. O intérprete ou o aplicador da Lei consegue vislumbrar, sem dificuldades, a subsunção da conduta delitiva ao fato típico, não havendo necessidade de se buscar em outra norma algum complemento para o crime de homicídio simples.

Por outro lado, segundo ensinamentos de Luiz Régis Prado, normas penais em branco, são “disposições incriminadoras cuja sanção é certa e precisa, permanecendo indeterminado o seu conteúdo”. Neste caso, o conteúdo da norma penal em branco deverá ser complementado por outra norma, seja de origem legislativa ou de origem administrativa, na maioria das vezes, norma de natureza extrapenal. A par-

tir deste momento, a norma complementar passa a integrar o tipo, preenchendo uma lacuna concretamente existente.

Citado na obra de Luiz Régis Prado, Edmund Mezger faz a distinção entre tipo fechado (que, como já visto, traz em si mesmo todos os elementos do fato punível) e tipo aberto (tipos cuja descrição não é completa e que remetem a complementações exógenas), afirmando que as normas penais em branco seriam espécies do tipo penal aberto.

Mezger fez ainda uma divisão entre lei penal em branco em sentido amplo e lei penal em branco em sentido estrito, teoria adotada pela doutrina moderna que assim as classifica: enquanto as “leis penais em branco em sentido amplo” (ou impróprias) seriam aquelas normas que são complementadas por outra norma jurídica oriunda do próprio Poder Legislativo, as “leis penais em branco em sentido estrito” (ou próprias) são necessariamente complementadas por atos administrativos, tais como: decretos, regulamentos, portarias, resoluções, etc. Ou seja, são complementadas por normas jurídicas de outro poder, no caso, do Poder Executivo.

Ainda que a técnica legislativa que cria normas penais em branco seja relativamente frequente, o estudioso do Direito Ambiental já deve ter observado que as normas penais em branco são muito mais comuns no Direito Penal Ambiental que nas demais especializações do Direito Criminal. Isto porque, em razão das peculiaridades e especificidades do bem jurídico tutelado, as normas penais ambientais necessitam de complementação por parte de outras leis, seja lei em *stricto sensu* ou lei *lato sensu*.

A forte relação de dependência entre as normas penais ambientais e normas complementares seria uma consequência das peculiaridades que a proteção ao meio ambiente apresenta. Como visto acima, o meio ambiente é formado por um conjunto de universos complexos e distintos, razão pela qual a proteção e a promoção do Meio Ambiente são, necessariamente, multidisciplinares, envolvendo, portanto, diversas áreas do conhecimento humano, gerando uma estreita e simbiótica relação com as normas administrativas.

Ademais, em se tratando de um bem jurídico cuja tutela pelo Direito Penal é relativamente recente, atribuir ao legislador a missão de prever todas as situações em que uma conduta deve ser considerada um injusto penal é uma insanidade que nos levaria a uma situação de insegurança jurídica cujo resultado mais provável seria justamente a ineficácia e inefetividade das normas de proteção penal do meio ambiente.

De outro lado, como é sabido, todo tipo penal possui dentro de sua estrutura um verbo denominado núcleo do tipo. Ao descrever a conduta ilícita, o tipo penal traz um verbo cuja finalidade é mostrar qual a ação que, se praticada, poderá ensejar a responsabilização penal do autor.

Portanto, o ato administrativo que complementa uma norma penal em branco, seja ambiental seja de qualquer outro ramo do Direito Penal, poderá alterar uma norma penal ambiental para diminuir ou aumentar seu alcance, mas nunca para criar, alterar ou revogar um tipo penal ou para alterar o núcleo do tipo.

A fim de ilustrar a importância e impacto dos atos administrativos nos delitos ambientais, analisaremos as consequências da revogação da Resolução CONAMA nº 264/1999 em relação ao alcance do crime ambiental previsto no inciso V, do § 2º do art. 54 da Lei nº 9.605/98.

A Resolução nº 264 de 1999, antes de ser revogada, proibia a utilização de fornos rotativos de produção de cimento para queima de resíduos domiciliares brutos, resíduos de serviços de saúde e agrotóxicos, entre outros, evitando-se, assim, a poluição do meio ambiente por meio da dispersão da fumaça ou do rejeito gerado pela incineração.

Perfunctoriamente, sem maiores elucubrações interpretativas, podemos afirmar que a Resolução nº 284/2001, ou sua revogação, afeta diretamente o crime previsto no inciso V, do § 2º do art. 54 da Lei nº 9.605/98²¹⁸, que assim prescreve:

218 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. 2020d>. Acesso em 10 set. 2020.

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º Se o crime:

...omissis...

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos

Como veremos, a revogação da Resolução CONAMA nº 264/2001 atinge diretamente o conteúdo do crime descrito no inciso V, § 2º do art. 54 da Lei nº 9.605/98, pois a utilização de fornos rotativos de produção de cimento para queima de resíduos domiciliares brutos, resíduos de serviços de saúde e agrotóxicos não pode mais ser considerada uma qualificadora da conduta prevista no caput do referido artigo.

O inciso V transcrito acima é bem claro quando ressalva que a conduta proibida deverá estar em “desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos”.

Portanto, ainda que da poluição, produto da queima “de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas” em fornos rotativos de produção de cimento, lançada no meio ambiente em níveis que “resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”, o crime de poluição será “simples”, não incidindo a qualificadora prevista inciso V, § 2º do art. 54 da Lei nº 9.605/98.

4. Tipo penal ambiental e o princípio da legalidade

O princípio da legalidade ou da reserva legal tem como base constitucional o art. 5º, XXXIX da CF/88, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio em tela é baseado no brocardo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Em outras palavras, para que uma conduta seja considerada criminosa deve haver anteriormente uma lei que a defina como proibida em um tipo penal, princípio adotado pela Constituição Federal e consagrado como Garantia Fundamental.

Vale dizer que a lei que define um fato como crime deve ser uma lei em sentido formal, *stricto sensu*. Neste diapasão, o art. 21, I da Constituição Federal estabelece que compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal.

Neste sentido, os ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt

[...] a elaboração de normas incriminadora é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente²¹⁹.

Por outro lado, como vimos anteriormente, muitos tipos penais ambientais são previstos em normas penais em branco, ou seja, demandam complementação em outra norma que, via de regra, deve ser oriunda de órgão do Poder Executivo.

Ainda que muitos autores, especialmente advogados, defendam que tipos penais em branco são inconstitucionais, já que a norma penal deve descrever em sua completude todos os elementos e as características que compõe a conduta ilícita, não concordamos com esse entendimento.

A partir de uma interpretação sistemática da Constituição Federal, chega-se facilmente à conclusão de que o direito ao meio ambiente está inserido na lista dos direitos fundamentais, o que lhe confere uma proteção mais ampla, concreta e efetiva.

O art. 1º, III da Constituição Federal diz que

A República Federativa do Brasil, formada pela

219 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21 ed. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 51.

união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;”

A Constituição Federal de 1998 foi elaborada já sob os auspícios de uma compreensão maior da relação direta existente entre meio ambiente saudável e qualidade de vida, da finitude dos recursos naturais e da necessidade de se proteger o meio ambiente para possibilitar a perpetuação e a sobrevivência da espécie humana.

Sem um meio ambiente equilibrado e saudável seria possível a um ser humano viver com dignidade ou estaríamos falando de mera sobrevivência? Em nosso entendimento, está muito claro que a partir da CF/88 o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado deixou de ser uma reivindicação de ecologistas e ambientalistas e se tornou um direito fundamental do cidadão brasileiro. Um corolário lógico do direito constitucional à vida, vida saudável, com qualidade, vida plena.

Isto posto, como já dito anteriormente neste estudo, em razão de sua natureza complexa e multidisciplinar, a tutela penal do Meio Ambiente só será efetiva e eficiente se o conteúdo dos tipos penais ambientais puder ser complementado por outras normas, preferencialmente emanadas do Poder Executivo, onde estão em exercício servidores públicos especialistas nas mais diversas áreas do conhecimento humano, desde a biologia à química, ativos valiosos na complementação das normas penais ambientais.

Portanto, assim como o princípio da legalidade, o direito a um meio ambiente equilibrado e saudável tem previsão constitucional. E se o princípio da legalidade é cláusula pétrea da Constituição da República, um meio ambiente equilibrado e saudável é um direito fundamental também insculpido na Constituição Federal de 1988.

5. Conclusão

De todo o exposto acima, restou claro que as normas administrativas possuem grande impacto nos tipos penais ambientais, podendo diminuir ou aumentar o alcance de uma conduta ilícita, mas nunca criar ou alterar o núcleo do tipo penal ambiental.

Não há sequer que se cogitar, portanto, acerca da existência de um confronto de entre uma normal penal em branco que tenha sido complementada por um ato administrativo (Portaria, Regulamento, Resolução, etc.) e o princípio da legalidade, gravado expressamente como uma garantia constitucional (art. 5º, XXXIX da CF/88).

Isto porque, o ato administrativo que complementa uma norma penal ambiental, em momento algum irá criar um novo tipo penal, até por razões lógicas, algo só poderá ser complementado se já houver sido criado.

Mesmo nas situações em que uma Lei inove e crie um novo tipo penal, cuja vigência se iniciou em momento posterior ao ato administrativo que o complementa, não haverá qualquer ofensa à regra constitucional que diz não haver crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, pois o ato administrativo anterior irá apenas delimitar o alcance do novo tipo penal, definindo as situações em que a conduta seria ou não criminosa, em que haveria ou não a presença de uma qualificadora, mas a conduta proibida foi criada não pelo ato administrativo que a complementa, mas sim por uma lei em sentido estrito, que tramitou de acordo com o nosso processo legislativo, de acordo com as regras de competência legislativa em matéria penal e que foi votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

6. Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO 14001/2015. *Sistemas de Gestão Ambiental* – requisitos com orientação

para uso. 2015. Disponível em <<https://www.ipen.br/biblioteca/slr/cel/N3127.pdf>>. Acesso em 14 set. 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 04 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. 1981. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. 2020d>. Acesso em 10 set. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 21 ed. vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação 2003.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *O que é o CONAMA*. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/estr.cfm>>. Acesso em 05 out. 2020.

_____. *Resolução CONAMA 306/2002*. Disponível em <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>>. Acesso em 20 out. 2020.

PRADO, Luiz Régis. Princípios penais de garantia e a nova lei ambiental. In *Boletim IBCCrim*. edição especial do IV Seminário Internacional do IBCCrim. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 70, 1998, pg. 10.

____. *Crimes contra o ambiente*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Abordagem tipológica dos arts 38, *caput* e 38-A, *caput*, da Lei nº 9.605/98 no âmbito do Caso Brumadinho

Wesley Sanchez Lacerda²²⁰

1. Introdução

Da análise da peça acusatória levada a termo pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em decorrência do rompimento da barragem B1 da VALE SA, especialmente quanto aos crimes contra a flora (Item II.ii), duas questões que merecem apontamento são aquelas atinentes à tipologia vegetal nas chamadas áreas de preservação permanente e a localização geográfica da região como de domínio do bioma Mata Atlântica.

A denúncia, lastreada em informações indiscutivelmente técnicas, indica a destruição significativa de florestas consideradas de preservação permanente, formadas ou em formação, situadas a partir da margem do Ribeirão Ferro-Carvão e seus afluentes (Córrego Samambaia, Olaria e Laranjeira) bem como o Rio Paraopeba, em virtude da onda de lama gerada.

Pari passu, na imputação exordial, a mesma onda de rejeitos de minério atingiu, destruiu e danificou vegetação secundária, em estágio avançado e médio de regeneração do bioma Mata Atlântica, razões pelas quais, houve a adequação típica aos moldes das condutas descritas nos arts 38, *caput* e 38-A, *caput*, ambos da Lei nº 9.605/98²²¹, respectivamente.

A questão a ser apresentada cinge-se basicamente quanto à possibilidade ou não dos conceitos de *áreas de preservação permanente* e *florestas de preservação permanente* receberem a mesma gravitação ti-

220 Promotor de Justiça do Ministério Público de Mato Grosso, mestre em Direito pela Universidade Federal do Mato Grosso, doutorando em Direito Penal no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

221 BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

pológica para fins de adequação das elementares do art. 38, *caput* e, ainda, se a ampliação do espectro normativo de proteção penal para toda a vegetação do bioma Mata Atlântica (art. 38-A, *caput*) teria o condão de abarcar também a vegetação inserta nas áreas de preservação permanente, o que poderia, *in thesis*, traduzir-se em *bis in idem*.

Para o desenvolvimento do tema, far-se-á uma breve análise histórico-normativa da proteção florestal no Ordenamento Brasileiro sob a gravitação repressiva penal.

Em sequência, pelo advento do Decreto nº 6.514/2008²²², observar-se-á uma readequação da tipificação administrativa, ampliando a proteção, nessa seara, às *demais formas de vegetação em área de preservação permanente*, para fins de averiguar eventuais implicações decorrentes do atual anacronismo entre o tipo penal (Lei nº 9605/98) e o tipo administrativo.

Posteriormente, após o estabelecimento dos parâmetros distintivos entre *áreas e florestas* de preservação permanente, será objeto de discussão a tipologia vegetal predominante na intitulada região de domínio atlântico e eventual irrelevância quando a essa especificação na peça acusatória do intitulado *Caso Brumadinho*.

Por último, será apresentado, para fins meramente acadêmicos, um possível contra-argumento à possibilidade de concurso delitivo entre os tipos penais dos arts. 38 e 38-A, de modo a evitar-se o *bis in idem*.

2. A evolução histórico-normativa da proteção penal florestal no Brasil

Mais do que evidente que os primeiros esboços normativos de proteção vegetal, claro, estão inseridos no bojo da legislação portuguesa vigente à época do chamado descobrimento, inicialmente com

222 BRASIL. Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

as Ordenações Afonsinas (1446), cuja tipificação do corte de árvores frutíferas alheias era denominado como *crime de lesa-majestade*, bem como a partir de 1521, com as Ordenações Manuelinas, que reiteravam essa mesma proibição de corte, além estabelecerem parâmetros para a proibição de métodos capazes de causar sofrimento no momento da morte de perdizes, lebres e coelhos, o que já demonstrava o desenvolvimento de um certo *espírito humanitário*.

Com as Ordenações Filipinas (1603) foi mantido o mesmo nível de vedação ao corte de árvores frutíferas, porém com a estipulação de um patamar de valor (dano igual ou superior a trinta cruzados) cujo extrapolamento acarretaria a pena de degredo perpétuo para o Brasil. Ainda, nesse mesmo contexto, há um evidente antecessor normativo da poluição, uma vez que ali, havia a proibição de que qualquer pessoa jogasse material que pudesse matar peixes e sua criação ou sujar as águas dos rios e das lagoas.

Essa legislação alienígena passa a ter uma certa especificidade em relação ao Brasil a partir de 1542 com o adendo da Carta Régia, cujas normas voltavam-se à disciplina do corte do Pau Brasil e a punição pelo desperdício de madeira.

Evidentemente, aí estava a se tratar de uma via reflexa de proteção às florestas brasileiras, já que o *mote* principal eram os interesses da Metrópole nas riquezas materiais da Colônia. Tanto que em 1605, com a instituição do chamado *Regimento sobre o Pau Brasil* chegou-se à instituição da pena de morte para o corte dessa espécie de madeira sem a expressa autorização real ou do Provedor-mor, registrando-se que tal normativa é apontada como a primeira lei de proteção florestal do Brasil, sendo o *retro* referido regimento incluído no ano de 1609 no Regimento da *Relação e Casa do Brazil*, considerado o primeiro tribunal brasileiro com sede em Salvador, jurisdicionando toda a Colônia.

Ainda merece apontamento a iniciativa de D. João VI no ano de 1817 ao editar o decreto de proteção das bacias do Rio Carioca, cuja finalidade era a diminuição dos impactos das monoculturas sobre as florestas, sendo que, posteriormente, D. Pedro I, no ano de 1861, emi-

tiu o decerto de plantio de novas mudas bem como a conservação da mata, viabilizando assim a formação da Floresta da Tijuca.

No plano penal registra-se ainda o Código Criminal do Império de 1830 que previa penalidades de multa e prisão para o corte ilegal de madeiras bem como o Código Penal de 1890 que determinava a prisão de 01 a 03 anos, além, de multa, para aquele que incendiasse plantações, colheitas, lenha cortada, pastos ou campos de fazenda de cultura ou estabelecimentos de criação, matas ou florestas pertencentes a terceiros ou à nação.

Em 1934, através do Decreto nº 23.793²²³, tem-se o advento do primeiro Código Florestal cujo sucessor veio a lume no ano de 1965 com o advento da Lei nº 4.771/65²²⁴.

Em decorrência da Lei nº 12.651/2012²²⁵ não possuir abrangência penal, necessário se faz um pequeno quadro comparativo entre os códigos de 1934 e 1965:

Código Florestal de 1934 – Decreto Federal nº 23.793 – com 110 artigos	Código Florestal de 1965 – Lei nº 4771 – com 50 artigos.
Aplicável às florestas e demais formas de vegetação – considera as florestas como bem de interesse comum a todos os habitantes do país – art. 1º.	Similaridade - florestas e demais formas de vegetação e bem de interesse comum a todos os habitantes do país – art. 1º.

223 BRASIL. *Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934*. Approva o Código Florestal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

224 BRASIL. *Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965*. Institui o novo Código Florestal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

225 BRASIL. *Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012*. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001 e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

<p>Classificação das Florestas como protetoras, remanescentes, modelo e de rendimento</p>	<p>Não há mais a definição de tipos de florestas mas sim de outros conceitos como pequena propriedade rural, APP (explicando as suas funções), Reserva Legal, utilidade pública e interesse social</p>
<p>As Protetoras como precedentes das APPs, mas sem delimitação ou metragem – art. 4º.</p>	<p>Extensa casuística e normatização acerca das tipologias, metragens e ponto a quo das APPs – arts 2º e 3º – Florestas de Preservação Permanente como espécie do gênero Área de Preservação Permanente – falar sobre os reflexos dessa distinção – Lei dos crimes ambientais e Decretos 3.179/99 e 6.514/2008.</p>
	<p>Permanente como espécie do gênero Área de Preservação Permanente – falar sobre os reflexos dessa distinção – Lei dos crimes ambientais e Decretos 3.179/99 e 6.514/2008.</p>
<p>Já havia proteção severa aos parques nacionais, estaduais ou municipais – art. 9º – atualmente os parques são considerados UCs de Proteção Integral (Lei nº 9.985/2000)</p>	<p>Florestas do Patrimônio Indígena são consideradas de Preservação Permanente – art. 3º, § 2º – uma dupla proteção para os chamados parques indígenas pelo SNUC.</p>
<p>Várias proibições entre elas soltar balões ou fogos que possam provocar incêndio nos campos e florestas – art. 22, § 1º.</p>	<p>Sem dispositivo equivalente – com aparição somente no tipo penal do art. 42 da Lei nº 9.605/98.</p>
<p>Art. 23 – proibição de abate de mais de 3/4 da vegetação espontânea ou resultante de trabalho feito pela administração pública – um primórdio normativo de instituição da reserva legal mediante contravenção penal – proteção penal que jamais se repetiu.</p>	<p>Manutenção de patamares mínimos da Reserva Legal – 80% área de floresta na Amazônia legal, 35% para o cerrado na Amazônia Legal etc. - art. 16 – extensa normatização à Reserva Legal.</p>

<p>Art. 32 – proibição de corte de árvores na faixa de 20 metros de cada lado das estradas de rodagem sem autorização das autoridades competentes. - dispositivo não repetido nos códigos seguintes.</p>	<p>Sem dispositivo equivalente</p>
<p>Art. 33. proibição de corte de árvores na zona urbana.</p>	<p>Sem dispositivo equivalente em virtude da ruralização do Código de 1965. Há apenas a contravenção penal do art. 26, “n” consistente em matar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia ou árvore imune de corte – mesmo tipo penal do art. 49 da Lei 9605 e com o mesmo preceito secundário (03 meses a 01 ano)</p>
<p>Inusitada tipificação penal “remetida” - arts 70, 71, 84, 86 e 87 – todas as violações ao código florestal são infrações florestais - contravenções penais à exceção dos crimes do art. 83.</p>	<p>Art. 26 – Contravenções Penais - 15 ao todo (penas de 03 meses a 01 ano) e 01 crime – art. 45-C, § 3º, acerca da comercialização ou utilização de moto serra (pena de 01 a 03 meses) – <i>lex gravior</i> do art. 51 da Lei nº 9.605 (03 meses a 01 ano)</p>
<p>O art. 74 já previa a independência das esferas de responsabilidade civil e criminal e o art. 76 vinculava os valores das indenizações pelos danos florestais à causa ambiental.</p>	<p>Percebe-se um esvaziamento da tutela penal que vai culminar no absoluto silêncio da Lei nº 12651/12 quanto a qualquer tipificação penal específica.</p>
<p>Extenso rol de infrações penais (crimes e contravenções) Ministério Público, normas processuais penais, ação penal ex officio, inafiançabilidade de algumas infrações etc.</p>	

Percebe-se que Lei nº 12.651/2012, apelidada de *Novo Código Florestal*, inobstante ter abandonado a nomenclatura tradicional dos Códigos de 1934 e 1965, não possui dispositivos penais específicos, razão pela qual, diante da singeleza e especificidade do presente trabalho a mesma não sofrerá abordagem analítica penal *in casu*.

Uma infeliz constatação, que não pode passar despercebida, entretanto, é quanto ao retrocesso normativo, alojado no bojo da referida Lei nº 12.651/2012, quanto à redução do ponto *a quo* das áreas de preservação permanente, que passou a ser contado a partir da borda da calha do leito regular e não mais do ponto mais alto das enchentes ordinárias, o que, aliado à criação das Áreas de Uso Restrito (áreas úmidas) resultou em *flagrante dupla desconfiguração normativa* do Pantanal, por exemplo, alocando-o em um limbo desprotecionista, apesar do art. 225, § 4º da Constituição da República alocar o Pantanal Mato-Grossense como Patrimônio Nacional.

Assim, diante de todo o contexto sistêmico da proteção ambiental, seja no panorama interno ou internacional, constata-se que a proteção ambiental, por ser um fator essencial à sadia qualidade de vida, constitui-se pressuposto para a garantia de um outro valor fundamental, qual seja: o direito à vida.

Ultrapassado esse esboço histórico-normativo, estritamente no plano da proteção penal às florestas e demais formas de vegetação, a questão que se apresenta como relevante e específica é aquela atinente aos tipos penais dos arts 38, *caput* e 38-A, *caput*, ambos da Lei nº 9.605/98.

3. A readequação da infração administrativa e suas implicações no plano penal

Inicialmente a denúncia aduz que o Município de Brumadinho está em região de domínio do bioma Mata Atlântica, estando desse modo, sujeito à aplicação da Lei Federal nº 11.428/2006²²⁶, sendo exatamente a referida *lex* que acrescentou o art. 38-A à Lei dos Crimes Ambientais.

Entretanto, em homenagem à ordem topográfica dos tipos penais contra a flora elencados na peça acusatória de Brumadinho a pri-

226 BRASIL. Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm>. Acesso em 20 de Out de 2020..

meira averiguação volta-se ao tipo penal do art. 38, *caput*, cuja redação é *in verbis*:

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.

Segundo a denúncia, a onda de rejeitos de minério da Barragem I atingiu, destruiu e danificou florestas consideradas de preservação permanente, bem como em aquelas em formação, já que situadas em áreas localizadas a partir da margem do Ribeirão Ferro-Carvão e de seus afluentes segundo os limites estipulados pelo art. 4º da Lei nº 12.651/12.

A referida peça exordial apresenta uma tabela (Tabela 02)²²⁷ que foi retirada de um laudo elaborado pela Polícia Federal que estipula as dimensões das áreas de preservação permanente dos cursos d'água nas regiões afetadas (Ribeirão Ferro-Carvão, Rio Paraopeba e o encontro dos córregos Samambaia, Olaria e Laranjeira com o Ribeirão Ferro-Carvão.

Um detalhe interessante que se nota é que, apesar da Lei Federal nº 12.651 ser o complemento para o tipo penal do art. 38, há uma referência expressa ao Código Florestal Mineiro (Lei nº 20.922, de 16/10/03²²⁸) que define como áreas de preservação permanente as faixas marginais de qualquer curso d'água perene e intermitente.

227 MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia do Ministério Público de Minas Gerais no Caso Brumadinho. Disponível em <<https://mpmgbarragens.info/wp-content/uploads/2020/01/21012020-Denuncia-VALE-TUV-SUD-homici%C3%81dio-e-crime-ambiental-Brumadinho.pdf>>. Acesso em 20 out. 2020.

228 MINAS GERAIS. *Lei n. 20.922, de 16 de outubro de 2013*. Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=20922&ano=2013>>. Acesso em 20 out. 2020.

É comum verificar-se a adoção de normas não federais para complemento de tipos penais, como por exemplo, nos delitos de pesca, quanto aos tamanhos mínimos, espécies, petrechos proibidos e épocas de defeso, o que não condiz com a *exclusiva federalização penal vigente*. Frise-se, porém, que o referido apontamento deve ser objeto de trabalho acadêmico específico.

A Tabela 03²²⁹ (também retirada do laudo da Polícia Federal) aponta as classes de vegetação degradadas pela onda de rejeitos, com os respectivos valores percentuais destas no interior das áreas de preservação permanente.

Pois bem.

É evidente a forte discussão quanto à tipologia vegetal exigida para fins de adequação às elementares do art. 38, já que a análise do tipo penal em comento indica possuir este, como elemento normativo, o termo *floresta*, sendo esse o objeto material do delito em questão.

Tanto é assim, que o Decreto nº 3.179/99²³⁰, que regulamentava as infrações administrativas em face das condutas penais elencadas na Lei nº 9.605, possuía em seu art. 25, idêntica redação à do art. 38 da Lei dos Crimes Ambientais:

Art. 25. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Multa de R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por hectare ou fração.

Ou seja, a exemplo do que prevê o tipo penal do art. 38, o tipo administrativo do antigo Decreto nº 3.179/99 exigia a tipologia de *floresta* para as áreas de preservação permanente.

229 Idem.

230 BRASIL. *Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999*. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3179.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

O referido *equivoco* foi solucionado com o Decreto nº 6.514/08²³¹ que passou a tipificar como infração administrativa, em seu art. 43:

Art. 43. Destruir ou danificar florestas ou demais formas de vegetação natural ou utilizá-las com infringência das normas de proteção em área considerada de preservação permanente, sem autorização do órgão competente, quando exigível, ou em desacordo com a obtida:(Redação dada pelo Decreto nº 6.686, de 2008).

Multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por hectare ou fração.

Se o problema foi resolvido na seara administrativa, entretanto, ressaltou o anacronismo entre o crime do art. 38 e a infração administrativa do art. 43, reforçando a tese de que a vegetação de preservação permanente é o gênero do qual a floresta de preservação permanente é uma espécie.

Em análise à doutrina e à jurisprudência é perfeitamente possível verificar que essa tipologia vegetal é indissociável à tipificação penal (floresta de preservação permanente) e, ao que parece, não há um consenso acerca daquilo que deveria ser entendido, ou compreendido, como floresta, visto que, nem a Lei nº 9.605 e muito menos os Códigos Florestais de 1934 e 1965 e a Lei nº 12.651/12 lançaram um conceito legal.

Segundo Vladimir e Gilberto Passos de Freitas, floresta é a “vegetação cerrada, constituída por árvores de grande porte, cobrindo grande extensão de terras”.²³²

231 BRASIL. *Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008*. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

232 FREITAS, Vladimir Passos e FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 114.

No mesmo norte, a doutrina de Luiz Régis Prado vaticina que floresta “é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa.”²³³

Sob o tema, já houve enfrentamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 74.950/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. em 21/06/2007:

“ O elemento normativo ‘floresta’, constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira”.

Extrai-se do voto do relator o seguinte:

“ A exordial acusatória, em contrapartida, faz menção à destruição de vegetação rasteira nativa em estágio pioneiro inicial de regeneração, em área de preservação permanente (fl. 15). E tal vegetação não se ajusta à melhor definição de floresta. Esta, consoante doutrina abalizada, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Nessa linha, tem-se o escólio dos seguintes autores:

José Afonso da Silva (in Direito ambiental constitucional, 5ª ed., Malheiros, 2004, p. 161), Paulo Affonso Leme Machado (in Direito ambiental brasileiro, 13ª ed., Malheiros, 2005, p. 719), Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (in Crimes contra a natureza, 7ª ed., RT, 2001, p. 114), Luiz Régis Prado (in Crimes contra o ambiente, 2ª ed., RT, 2001, p. 103), Luís Paulo Sirvinkas (in Tutela penal do meio ambiente, 2ª ed., Saraiva, 2002, p.145), Hely Lopes Meirelles (in Direito administrativo brasileiro, 28ª ed., Malheiros, 2003, p. 540) etc.

“ [...]”

“ Além do mais, é de se ressaltar que o Código Flores-

233 PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 97.

tal (Lei nº 4771/65) não equipara a floresta com as demais formas de vegetação, mas muito pelo contrário, distingue-as. Pode-se mencionar, à título de exemplo, os seguintes dispositivos: Art. 1º ‘As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem’ (...), art. 2º ‘Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:’ (...). A própria Lei nº 9605/98 cuidou de distinguir tais conceitos, consoante se depreende dos seguintes artigos: Art. 42. ‘Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano:’ (...), Art. 48. ‘Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação:’ (...), Art. 50. ‘Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação:’ (...), Art. 51. ‘Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente:’ (...) etc.”

Por razões óbvias, por tratar-se de matéria penal incriminadora a interpretação deve se dar de forma restritiva. Portanto, não havendo a destruição ou danificação de área de terra mais ou menos extensa, coberta de árvores de grande porte (ou seja, de floresta), mas, por exemplo, apenas a supressão de vegetação rasteira, não haveria que se falar na existência do delito tipificado no artigo 38 da Lei nº 9.605/98.

Esse, inclusive é entendimento de Édís Milaré e Paulo José da Costa Júnior²³⁴:

“ Note-se que referido tipo penal não alude a outras formas de vegetação, a exemplo do que se verifica nos

²³⁴ MILARÉ, Édís e COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental: comentários à Lei nº 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002, p. 107.*

crimes previstos nos art. 41, 42, 48, 50 e 51. Assim sendo, a destruição e o dano a outras formas de vegetação, ainda que sejam de preservação permanente, a teor do disposto no art. 2º do Código Florestal, não estão abrangidas no referido art. 38 da Lei Ambiental”.

Logo, uma indevida ampliação do conceito de floresta alojado como elementar do tipo penal do art. 38 poderia violar o princípio da reserva legal, em autêntico caso de analogia *in malam partem*.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, inclusive, já enfrentou a referida questão quanto à hipótese de vegetação em área de preservação permanente restar sob definição diversa da de floresta, garantindo a higidez do princípio da legalidade:

“ APELAÇÃO DE CRIME AMBIENTAL - ART. 38 DA LEI 9.605/1998 - ELEMENTAR FLORESTA NÃO CONFIGURADA - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO. O crime do artigo 38 da Lei 9.605/1998 exige que a área desmatada seja de floresta de preservação permanente, mesmo que em formação. Se o acusado promoveu a aração em área considerada de preservação permanente, causando a supressão de vegetação rasteira, o crime não se caracteriza, pois, como cediço, não há como adotar no Direito Penal uma extensão analógica do termo floresta para abarcar outras formas de vegetação, sob pena de violação ao princípio da legalidade”. (Apelação Criminal nº 1.0701.10.035380-7/001 - Rel.: Des. Flávio Leite - Data julg.: 12/03/2013 - Data publ.: 21/03/2013).

“APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL - DESTRUIÇÃO DE VEGETAÇÃO RASTEIRA - DELITO NÃO CONFIGURADO - RECURSO PROVIDO. I - Para a configuração do crime do art. 38 da Lei nº 9.605/98 não basta que o agente intervenha em área de preservação permanente. O tipo penal exige destruição ou danificação de floresta (formada ou em formação). A supressão de vegetação rasteira, por não se incluir no conceito de floresta, não é suficiente para a caracterização do delito. II - Recurso provido”. (Apelação Criminal

nº 1.0471.09.112014-0/001 - Rel.: Des. Eduardo Brum
- Data julg.: 12/12/2012 - Data publ.: 19/12/2012).

“CRIME AMBIENTAL - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO RASTEIRA EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - DELITO NÃO CARACTERIZAÇÃO - ABSOLUÇÃO MANTIDA. 1. Não há como se imputar ao réu a prática do delito previsto no art. 38 da Lei 9.605/98, uma vez que o referido tipo penal destaca que a destruição ou danificação deve ocorrer em “floresta” considerada de preservação permanente, não abrangendo a supressão de vegetação rasteira. 2. O laudo pericial realizado nove meses depois da notícia de supressão de vegetação não pode ser tido como prova robusta da materialidade do crime, já que a vegetação pode ter sido alterada nesse período por ato de terceiros ou por causas naturais. 3. Recurso não provido”. (Apelação Criminal nº 1.0596.08.051150-1/001- Rel.: Des. Antônio Armando dos Anjos - Data julg.: 10/05/2011 - Data publ.: 09/06/2011).

Apesar de todas essas especificidades, ao que parece, a denúncia é socorrida pela região, que é de domínio do Bioma mata Atlântica. A chamada Mata Atlântica é, na verdade, um bioma florestal pluvial tropical, assim como é a Mata Amazônica.

Claro que no alto da Serra do Mar (em razão da altitude) podem ser encontrados campos (que não tem árvores e por isso não podem ser considerados florestas), mas, basicamente, a Serra do Mar e a da Mantiqueira são cobertas por florestas.

Há nítida diferença florística entre as florestas mais litorâneas e aquelas mais para o interior do continente, sob o Domínio Atlântico, que, aliás, é o que a denúncia diz: *Domínio Atlântico*, afinal Minas Gerais não possui litoral.

Não raras as vezes, entretanto, todas são chamadas de Mata Atlântica. Hoje, inclusive, é melhor que seja assim, por conta da preservação ambiental.

Já no Bioma Cerrado há regiões de áreas de preservação permanente em que não existe floresta, campos úmidos, por exemplo.

Porém, em geral, na Mata Atlântica, sempre, às margens dos cursos d'água, haverá uma floresta, exceto nas regiões de altitude elevada, onde as árvores são excluídas com a transformação em campos. Havendo uma nascente nessa zona de altitude, certamente não haverá uma floresta e a nascente restará inserida em um campo de altitude, mas, tão somente em virtude desse fator de elevação do relevo. Entretanto, nos locais mais baixos, no Bioma Mata Atlântica, sempre haverá floresta.

Sob esse aspecto, ainda, é bom ressaltar que na Mata Atlântica a vegetação às margens dos cursos d'água geralmente é chamada de Mata Ripária. No Bioma Cerrado há uma diferença: para os cursos d'água de pequeno porte essa vegetação é chamada de Mata de Galeria, quando a copa das árvores da margem esquerda tocam a copa das árvores da margem direita, por razões óbvias, formando um túnel ou *galeria*; nos rios de grande porte, onde a copa das árvores da margem direita, também por razões óbvias, não toca a copa das árvores da outra margem, essas são chamadas de Mata Ciliar.

Entretanto, na Mata Atlântica, como tudo é floresta, a vegetação predominante na maioria dos lugares, independente do fato das copas das margens opostas tocarem-se ou não, prevalece a denominação Mata Ripária.

Percebe-se, portanto, que faltou esse tipo de argumentação na denúncia.

Contudo, a subsunção não se encontra prejudicada em virtude, justamente, da inserção da região no referido Bioma Mata Atlântica, o que atrai a tipologia vegetal à taxonomia florestal.

Logo, ao que parece, inobstante os questionamentos quanto à diferenciação entre florestas e demais formas de vegetação de preservação permanente e sua influência direta no plano da adequação típica, no caso concreto, há a inquestionável subsunção ao tipo penal do art. 38, *caput* da Lei nº 9.605 por força da inserção da área no Domínio Atlântico, que transmuta *juris et de jure* a vegetação das margens dos cursos d'água, contados do ponto *a quo* da borda da calha do leito regular, como *florestas de preservação permanente*.

4. Concurso delitivo entre os tipos penais dos arts 38, *caput*, e 38-A, *caput* – possível *bis in idem*?

Em virtude do que foi exposto no item anterior, talvez fosse o caso de se questionar acerca da possibilidade de cumulação ou não das imputações do art. 38, *caput* e 38-A, *caput*.

E qual seria a razão para tal levante?

Pelo que se percebe, há uma maior proteção às florestas que estejam às margens dos cursos d'água (as chamadas *de preservação permanente*) e que seriam objeto da tutela penal específica do art. 38, *caput*, lembrando, entretanto, que nem toda vegetação em área de preservação permanente será revestida de taxonomia florestal.

Verificando os tipos penais dos arts 38, *caput* e 38-A, *caput*, percebe-se que ambos tem redações semelhantes e o mesmo preceito secundário, inclusive para a modalidade culposa.

Porém, ao que parece, por força da Lei nº 11.428/06, houve uma ampliação do espectro de proteção jurídico-penal para toda e qualquer vegetação (praticamente tudo floresta), ainda que em regeneração, caso haja a inserção no Bioma Mata Atlântica.

Logo, poderá haver a invocação da tese de gravitação normativa única para o caso em tela (Brumadinho) ou seja, tão somente a adequação típica ao art. 38-A, que trata tanto da vegetação primária quanto secundária, estando ou não às margens de cursos d'água, pois, além de ser floresta, está inserido no bioma de proteção penal específica.

Não haveria, *in thesis*, diferenciação entre área de preservação permanente e vegetação do Bioma Mata Atlântica e, com essa ampliação do espectro de proteção penal, poderia haver um questionamento acerca do *non bis in idem*.

Inafastável lembrar que a Mata Atlântica, por força do art. 225, § 4º da CR/88 é patrimônio nacional e a Lei nº 11.428/06 veio a lume justamente para regulamentar o referido dispositivo constitucional. Talvez, a solução esteja na dicotomia entre os objetos jurídicos postos sob tutela penal: florestas de preservação permanente, com suas funções especiais e vegetação do Bioma Mata Atlântica.

As áreas de preservação permanente são áreas sensíveis e necessárias para a manutenção de serviços ambientais essenciais, tais como fornecimento de água, regulação do ciclo hidrológico e climático, manutenção da biodiversidade, estabilidade geológica e proteção do solo.

No item 1, quando do quadro comparativo entre os Códigos Florestais de 1934 e 1965 atestou-se que, por força do art. 4º do Código de 1934, as *florestas protetoras* aparecem como as precursoras das áreas de preservação permanente onde se lê:

Art. 4º – Serão consideradas florestas protectoras as que, por sua localização, servirem conjuncta ou separadamente para qualquer dos fins seguintes:

- a) conservar o regimen das aguas;
- b) evitar erosão das terras pela acção dos agentes naturaes;
- c) fixar dunas;
- d) auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessario pelas autoridades militares;
- e) assegurar condições de salubridade publica;
- f) proteger os sitios que por sua belleza mereçam ser conservados;
- g) asilar especimens raros de fauna indigena.

A partir da Lei nº 4.771/65 (Código Florestal seguinte) no art. 1º, § 2º, II percebe-se as detalhadas funções das áreas de preservação permanente:

Art. 1º – ...

...

§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:

...

II – área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recurso hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem- estar das populações humanas.

De maneira idêntica, a Lei nº 12.651/12, mantendo o regime conceitual anterior assim dispõe em seu art. 3º, II:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

I - ...

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Em contrapartida, os mesmos *códigos*, ao referirem-se às florestas expressam-se de maneira uníssona ao longo do direito intertemporal mas de forma díspar quanto à utilidade e caracterização dessas.

Assim, o Código de 1934, em seu art. 1º, *caput*:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional, consideradas em conjunto, constituem bem de interesse commum a todos os habitantes, do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis em geral, e especialmente este código, estabelecem.

O Código de 1965 em seu art. 1º, *caput*:

Art. 1º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade, com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

No âmbito da Lei nº 12.651/12 não foi diferente:

Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens

de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem

Portanto, ao que parece, em uma primeira análise, a questão é solvida em virtude das objetividades jurídicas tuteladas pelas normas penais dos arts 38 e 38-A, pois segundo o que se depura das normativas indicadas, as funções das áreas de preservação permanente e das florestas são distintas cumprindo papéis, também distintos.

Mas, *contrario sensu*, pode haver questionamento quanto ao fato de que em toda a legislação, desde o Código de 1934, sempre houve a diferenciação entre florestas e demais formas de vegetação e que houve uma opção do Legislador Penal em erigir com crime somente as condutas perpetradas em detrimento das florestas de preservação permanente o que pode indicar que as funções das florestas em geral sejam idênticas ou similares às das áreas de preservação permanente, quais sejam: preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas.

Assim, poder-se-ia estar diante de um *bis in idem*, eis que por força da Lei nº 11.428/06, toda e qualquer ofensa à vegetação no Bioma Mata Atlântica encontra-se sob especial proteção penal, independentemente de estar ou não às margens dos cursos d'água e, com essa extensão da proteção normativa para muito além das metragens estabelecidas pela Lei nº 12.651/12 talvez, realmente, o concurso delitivo entre os tipos penais dos arts 38 e 38-A possa parecer desarrazoado, ao menos academicamente falando.

5. Conclusão

As esperanças ambientais, quando fulcradas na tutela penal são realmente angustiantes.

Basta lembrar que, recentemente, com o advento da Lei nº 14.064/2020 houve a majoração do preceito secundário do art. 31 da Lei nº 9.605 para a reclusão de 02 a 05 anos, quando os maus tratos foram dirigidos a cães e gatos.

Nesse contexto, os anacronismos e disparidades são evidentes já que um peixe fora da medida (art. 34) tem mais valor jurídico-penal do que a morte de uma espetacular onça pintada (art. 29) e que pode eventualmente ser abatida para a proteção de rebanhos (art. 37, II).

Sem contar a ausência de tipificação penal para o desmate da reserva legal, a destruição pelo fogo do cerrado, já que o incêndio somente se dá se for em detrimento de mata ou floresta (art. 41) entre tantas outras impropriedades.

Nada contra a proteção dos animais domésticos.

Já daí, a inserir referida tutela nas causas ecológicas, sob o compromisso do art. 225 da CR/88, como um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida cujos titulares são as presentes e futuras gerações, vai uma distância abissal.

Espera-se não só mudanças no Poder Público, mas em toda a concepção ecológica da sociedade já que, atualmente, as causas ambientais são enfrentadas de acordo com aquilo que o indivíduo concebe como causas humanas simpáticas.

Quem não protegeria um cão, especialmente um *beagle*, um *spitz* alemão ou um gato? É uma bandeira mais fácil de se empunhar, e que aparenta-se mais humana.

Claro, estão mais próximos de todos (sem contar que são lindos).

Mas todos necessitam ter a concepção de que as simpatias humanas devem se dar também no plano do meio ambiente natural propriamente dito, afinal de contas, deve-se ter a mesma facilidade em proteger um cão e um sapo.

Para a sociedade em geral, as questões ambientais só parecem importantes quando das catástrofes, mudanças globais, crises de recursos, barreiras de mineradoras, aquecimento global ou falta de água.

Realmente, a peça acusatória do caso Brumadinho é fruto de um árduo e profícuo trabalho técnico-jurídico.

Entretanto, por força das excessivas cumulações delitivas e inúmeras imputações, especialmente as mais de 2 centenas de homicídios ali alojadas, com certeza, os crimes ambientais objeto da pretensão punitiva estatal, a exemplo dos rejeitos da Barragem I da VALE SA, restarão, por muito tempo, contidos, depositados, sedimentados, liquefatos e, por fim, rompidos em uma onda de rejeitos.

Uma onda de rejeitos em lama prescricional.

6. Referências

BRASIL. Decreto nº 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Approva o Código Florestal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

____. Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999. Dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3179.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

____. Decreto nº 6.514 de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

____. Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

.... Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

.... Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da natureza e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em 10 out. 2020.

.... Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm>. Acesso em 20 de Out de 2020.

.... Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001 e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 20 out. 2020.

FREITAS, Vladimir Passos e FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7 ed, 2001.

MANTOVANI, Waldir. Delimitação do bioma Mata Atlântica: implicações legais e conservacionistas. In *Ecosistemas Brasileiros: Manejo e Conservação*. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2003.

MILARÉ, Édís. e COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito Penal ambiental: comentários à Lei nº 9.605/98. Campinas: Millennium, 2002.

MINAS GERAIS. Lei n. 20.922, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre as políticas florestal e de proteção à biodiversidade no Estado. Disponível em <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=20922&ano=2013>>. Acesso em 20 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Denúncia do Ministério Público de Minas Gerais no Caso Brumadinho. Disponível em <<https://mpmgbarragens.info/wp-content/uploads/2020/01/21012020-Denuncia-VALE-TUV-SUD-homici%CC%81dio-e-crime-ambiental-Brumadinho.pdf>>. Acesso em 20 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o meio ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

Breves considerações sobre o crime de extração irregular de ouro

Paola Alcântara Lima Dumont²³⁵

1. Introdução

A história do desenvolvimento do Brasil se confunde com história do desenvolvimento da extração de ouro, a busca por veios exploráveis justificou expansão dos bandeirantes, motivou urbanização e enriquecimento, em especial em Minas Gerais. Contudo, a extração não se dá mais como antes, os garimpeiros não possuem as mesmas técnicas e os impactos, sejam ambientais, socioambientais ou financeiros, também não são mais os mesmos.

Atualmente a criminalidade que envolve extração de ouro vai além do que se passa no imaginário comum, os problemas começam com a extração irregular, envolvendo maquinário pesado como balsas, dragas, escavadeiras, bem como a utilização contumaz de mercúrio e desmatamento de floresta por busca de novos veios exploratórios, perpassa ainda pelo trabalho similar ao escravo que é totalmente insalubre e na grande maioria das vezes sem qualquer utilização de equipamento de segurança, por fim, após a introdução do ouro irregular nos Postos de Compra (PCO), que são extensões das Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários (DTVM's), o ouro esvai-se pelo mercado financeiro sem qualquer controle de sua origem e até mesmo pelas fronteiras brasileiras, fomentando, em especial, organizações criminosas que se aproveitam de tais fragilidades sociais e legislativas.

Considerando esse cenário, o presente trabalho tem por objetivo traçar pontos introdutórios sobre os principais problemas relacionados a extração irregular de ouro e seus impactos penais, ambientais e

235 Advogada Penalista. Pós-graduanda em Direito Penal Econômico pela PUC Minas (2019). Especialista em Ciências Criminais pela ESA- Escola Superior de Advocacia OAB/MG em parceria com Dom Helder Câmara (2017). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Vice-Presidente da Comissão de Advocacia Criminal da OAB/MG. Coordenadora da coluna Vozes-Mulheres no site da Editora Empório do Direito/Tirant Lo Blanch.

socioambientais, bem como sugerir potenciais meios de controle da cadeia produtiva e circulatória do ouro, de modo minimizar os impactos supramencionados.

2. Proteção normativa

A primeira normatização sobre extração de ouro foi o Decreto nº 24.193/1934²³⁶, que em seu art.1º, regulava a atividade de garimpo como sendo atividade exclusivamente de natureza rudimentar com a utilização de técnicas e instrumentos simples, que muito se relacionavam com experiência histórica.

Em seguida, o Código de Minas de 1934, que passou por modificações em 1940, ocorreu a sistematização de normas que tratavam sobre os minerais em um único *codex* e passou ser aplicável em todo o território nacional. Na referida normativa, ocorreu a elaboração de um capítulo específico sobre atividades de garimpagem, cata e faiscação, definindo seus conceitos e seus modos de atuação em cada atividade²³⁷.

236 BRASIL. *Decreto nº 24.193, de 3 de Maio de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24193.htm>. Acesso em 01 nov. 2020. “Art. 1º Todas as atividades relativas à faiscação do ouro e à garimpagem de pedras preciosas exercidas em qualquer parte do território nacional serão reguladas pelas disposições deste decreto. § 1º Entende-se por faiscação de ouro o trabalho executado por uma ou mais pessoas que lavrem o ouro aluvionar. § 2º Considera-se garimpagem o trabalho de extração de pedras preciosas dos rios ou córregos e chapadas, com instalações passageiras e aparelhos simples.”

237 BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de Janeiro de 1940*. Acesso em 01 nov. 2020. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-1985-29-janeiro-1940-412009-publicacaooriginal-1-pe.html>>. “Art. 63. Caracterizam-se a faiscação e a garimpagem: a) pela forma de lavra rudimentar; b) pela natureza dos depósitos de que são objeto; c) pelo sistema social e econômico da produção e do seu comércio. § 1º Considera-se trabalho de faiscação a extração de metais nobres nativos, em depósitos de eluvião ou aluvião, fluviais ou marinhos, com aparelhos ou máquinas simples e portáteis. § 2º Considera-se trabalho de garimpagem a extração de pedras preciosas e de minérios metálicos e não metálicos de alto valor, em depósitos de eluvião ou aluvião, com aparelhos ou máquinas simples e portáteis. § 3º Equiparam-se aos trabalhos de faiscação e garimpagem as catas exploráveis sem emprego de explosivos, na parte decomposta dos filões, para extração das substâncias cujo tratamento se efetue por processos rudimentares.”

É importante dizer que novamente, o legislador deixou claro que naquela época as atividades de garimpagem ainda preservavam a característica rudimentar, com utilização de maquinários simples e portáteis, bem como preservava as técnicas artesanais.

Em seguida vieram as alterações do Código de Mineração de 1967, que se deram em um contexto de evolução tecnológica e com a inserção do Brasil em mercados internacionais, a definição de garimpo como atividade rudimentar foi mantida, mas acrescentou-se a disposição de “trabalho individual”, com utilização de maquinário rudimentar conforme os artigos 70, 71 e 72²³⁸.

Até então as três normativas apresentadas tratavam o garimpeiro, ainda que cooperado, como pessoas que exerciam trabalho individual, com maquinário simples e portátil, mas sempre guiados pela tradição e rudimentariedade, o que o diferenciava claramente das atividades minerárias economicamente organizadas, que era definida como conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, submetidos a necessidade prévia pesquisa de lavra, conforme artigos 14, 36 e 37 do diploma supramencionado.

Posteriormente, com a vigência da Constituição Federal de 1988 a Lei nº 7.805/1989²³⁹, definiu-se um novo conceito para garimpagem, deixando de lado critérios referente a natureza e atividade econômica exercida pelo garimpeiro, adotando como critérios: o tipo de mineral a ser lavrado, o local de sua execução e modalidade de título autorizativo.

Art. 10. Considera-se garimpagem a atividade de aproveitamento de substâncias minerais garimpáveis, executadas no interior de áreas estabelecidas para este fim, exercida por brasileiro, cooperativa de garimpeiros, autorizada a funcionar como em-

238 BRASIL. *Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227compilado.htm#:~:text=Art.,o%20consumo%20de%20produtos%20minerais.&text=III%20%2D%20a%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20Gov%C3%A3o,outros%20aspectos%20da%20industria%20mineral>. Acesso em 01 nov. 2020.

239 BRASIL. *Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7805.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

presa de mineração, sob o regime de permissão de lavra garimpeira.

§ 1º São considerados minerais garimpáveis o ouro, o diamante, a cassiterita, a columbita, a tantalita e wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvial; a sheelita, as demais gemas, o rutilo, o quartzo, o berilo, a muscovita, o espodumênio, a lepidolita, o feldspato, a mica e outros, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados, a critério do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM.

§ 2º O local em que ocorre a extração de minerais garimpáveis, na forma deste artigo, será genericamente denominado garimpo.

Do mesmo modo, a Lei nº 11.685/2008²⁴⁰ que instituiu o Estatuto do Garimpeiro, deixou de lado os critérios tradicionais que permearam por muito tempo a atividade garimpeira.

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei entende-se por:

I – garimpeiro: toda pessoa física de nacionalidade brasileira que, individualmente ou em forma associativa, atue diretamente no processo da extração de substâncias minerais garimpáveis;

II – garimpo: a localidade onde é desenvolvida a atividade de extração de substâncias minerais garimpáveis, com aproveitamento imediato do jazimento mineral, que, por sua natureza, dimensão, localização e utilização econômica, possam ser lavradas, independentemente de prévios trabalhos de pesquisa, segundo critérios técnicos do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM; e

III – minerais garimpáveis: ouro, diamante, cassiterita, columbita, tantalita, wolframita, nas formas aluvionar, eluvional e coluvial, scheelita, demais gemas, rutilo, quartzo, berilo, muscovita, espodumênio, lepidolita, feldspato, mica e outros, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados, a critério do DNPM.

240 BRASIL. *Lei nº 11.685/2008, de 2 de junho de 2008*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11685.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

Logo, para o Estatuto do Garimpeiro, o garimpo passa ser o local onde são explorados os minerais previamente definidos em norma legal ou infralegal mediante ato autorizativo consistente em permissão de lavra garimpeira (PLG). Assim, percebe-se que o caráter de rudimentaridade, tradicionalidade e historicidade são deixados de lado, para definição de critérios objetivos dispostos em Lei, complementados por atos regulamentares e fiscalizados por agências reguladoras.

Diante dessa breve digressão, observa-se que os conceitos foram sendo alterados e se afastaram cada vez mais das características iniciais do garimpo, as mudanças legislativas deixaram grandes lacunas que permitem que atividades econômicas de pequeno e médio porte se aproveitem das benesses, utilizando de facilidades destinadas atividades individuais e sem impactos ambientais e socioambientais significativos.

De várias dessas lacunas, a que mais possibilita a extração irregular de ouro é justamente o fato de que a legislação não define o que seja “*aproveitamento imediato de jazida*”, nem especifica os critérios para exigência de pesquisa prévia, dispondo, de modo genérico à “*dimensão, localização e utilização econômica*” da jazida.

A normativa da Agência Nacional de Mineração (antiga DNPM) apenas define, em termos de dimensão, que a permissão de lavra garimpeira limita-se espacialmente à determinada área em hectares, a depender da localidade da extração de 10 até 100 hectares, por exemplo.

Diante disso, chega-se à conclusão de que, para os minerais arrolados na legislação, em especial o ouro, com respeito às áreas máximas definidas e em não se tratando o local de lavra de terra indígena, a emissão de título autorizativo, sob a forma de PLG torna-se viável independentemente de porte, natureza e técnicas, a exploração mineral.

3. Problemática envolvendo extração e venda irregular de ouro

Conforme mencionado, as alterações legislativas modificaram a definição de garimpeiro e garimpo, adotando critérios como natureza, substância, localidade e quantidade mediante concessão de título autorizativo que é hoje conhecido como PLG, desconsiderando todos os avanços tecnológicos do desenvolvimento da atividade, resultando a autorização de uma série de atividades que, por sua natureza, tamanho, método, sequer poderiam ser consideradas como garimpo.

Em razão de tais fragilidades, diversos problemas ambientais, sociais e financeiros surgiram e tomaram grandes proporções com o passar do tempo.

3.1 Problemas ambientais e socioambientais

De forma pouco aprofundada, vislumbra-se problemas ambientais e socioambientais.

Isso porque na busca por localidades mais propensas a terem veios de extração, ocorre desmatamento em grandes proporções. Em seguida, após a localização de jazida considerada adequada, dá-se início segundo momento de desmatamento para instalação de maquinários, pessoas e pequenas construções para pontos de apoio na extração²⁴¹.

Observa-se ainda a grande retirada de vegetação natural no leito de rios, bem como extração de minerais mais simples do solo para colocação de maquinário de dragas, balsas, escavadeiras, esteiras e demais utilizados na referida prática.

Ainda no aspecto ambiental, é de extrema importância sobre a utilização de substância denominada mercúrio para realizar separação do ouro de outras substâncias. Isso porque, os garimpeiros por vezes misturam tal substância em uma determinada porção de água

241 SOUZA, Marco de Moura e. *Na rota do ouro, regra frouxa abre porta para o crime*. Valor Econômico, 2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/empresas/coluna/na-rota-do-ouro-regra-frouxa-abre-porta-para-o-crime.ghtml>>. Acesso em 01 nov. 2020.

e após a reação química, a água contaminada é jogada nos cursos de rios, que por vezes, abastecem diversas comunidades ou ainda, podem realizar a queima do mercúrio, que tem grande potencial de causar infecções respiratórias e causar poluição.

Em decorrência da precariedade da instalação e do desenvolvimento da atividade, nota-se também grande impacto socioambiental na corrida da extração²⁴².

É possível perceber que pessoas de baixa estrutura financeira se deslocam para os locais de garimpo em busca de melhores condições de vida e se alocam de maneira muito simples, organizam-se em comunidades precárias, com pouco ou quase nada de infraestrutura, saneamento básico e alimentação estritamente precária.

Ademais, em diversas reportagens, documentários e relatos é possível extrair que pessoas são submetidas a trabalho análogo ao de escravo, exercendo atividade por grandes jornadas de horas ininterruptas, com valor de hora trabalhada extremamente reduzida em comparação com o que dispõe as normas trabalhistas, além de serem submetidas a exposição perigosa sem os devidos equipamentos de segurança, como ajustes de maquinários em rios e exposição de material tóxico²⁴³.

Por consequência, diante de toda precariedade apontada, é impossível não pensar que também nos impactos criminais.

3.2 Problemas relacionados a esfera penal

Além da quantidade de crimes periféricos que permeiam o ciclo de extração de ouro, tais como tráfico de drogas, exploração sexual, corrupção e até mesmo homicídios, o crime mais significativo, consi-

242 ANGELO, Maurício. *Em plena pandemia, extração de ouro aumenta na Amazônia. Mongabay*. Disponível em <<https://brasil.mongabay.com/2020/07/em-plena-pandemia-extracao-de-ouro-aumenta-na-amazonia/>>. Acesso em 01 nov. 2020.

243 VILLELA, Fabiano. ALBERTI, James. BRIDI, Sonia. *Toneladas de mercúrio entram clandestinamente no país para abastecer garimpo de ouro*. Fantástico/Rede Globo. Disponível em <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/08/30/toneladas-de-mercúrio-entram-clandestinamente-no-pais-para-abastecer-garimpo-de-ouro.ghtml>>. Acesso em 01 set. 2020.

derando uma perspectiva de causa, é o de extração de recursos minerais, previstos no art. 55²⁴⁴, da Lei nº 9.605/98.

Em relação ao tipo penal mencionado, vale dizer que foi necessário a proteção do bem jurídico supraindividual, com objetivo de evitar a exploração predatória do meio ambiente que não passou pelo crivo autorizativo do Estado. A conduta, consiste em executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerários, sem permissão, concessão ou licença, ou até mesmo em desconformidade com que foi autorizado pelo poder público.

Temos por consequência, problemas penais relacionados também referente à circulação e a inserção de ouro extraído ilicitamente no mercado financeiro, que pode ser considerado como lavagem de ativos. Para tanto, precisaremos entender brevemente como se dá sua extração e o caminho que ele percorre.

Nota-se que, apesar de um grande número de mineradoras exercerem atividade licitamente, o mercado de ouro também se ampara na extração irregular, em especial de atividades empresariais com roupage de garimpo, de acordo com afrouxamento legal já mencionado.

No que diz respeito a extração, duas situações em relação ao garimpo ilegal podem ocorrer: (I) aqueles que são criados puramente em desconformidade com normas legais e regulamentares, ou seja, as pessoas apenas se reúnem em determinado espaço e realizam atividade de exploração e posteriormente, inserem o ouro no mercado por meio dos postos de venda dissimulando a origem do mineral ou (II) por empresas de pequeno e médio porte, que claramente se encaixam na atividade de mineração, que se utilizam de lacunas e se passam por garimpeiros, realizando extração muito maior do que seria possível e, posteriormente, também inserem tais minerais no mercado por meio dos postos de compras dissimulando a origem.

244 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 01 nov. 2020. “Art. 55. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente.”

Ou seja, nesses casos a origem do ouro é sempre dissimulada.

Logo após a extração do ouro, o mineral precisa percorrer um caminho físico dentro da região aurífera até a um PCO's ou DTVM's, que deverá exigir cópia do respectivo título autorizativo de lavra e realizar a prova da regularidade da primeira aquisição.

Como forma de comprovar a primeira aquisição, deve-se seguir o determinado no art. 39, da Lei 12.844/2013²⁴⁵:

Art. 39. A prova da regularidade da primeira aquisição de ouro produzido sob qualquer regime de aproveitamento será feita com base em:

I – nota fiscal emitida por cooperativa ou, no caso de pessoa física, recibo de venda e declaração de origem do ouro emitido pelo vendedor identificando a área de lavra, o Estado ou Distrito Federal e o Município de origem do ouro, o número do processo administrativo no órgão gestor de recursos minerais e o número do título autorizativo de extração; e

II – nota fiscal de aquisição emitida pela instituição autorizada pelo Banco Central do Brasil a realizar a compra do ouro.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, a instituição legalmente autorizada a realizar a compra de ouro deverá cadastrar os dados de identificação do vendedor, tais como nome, número de inscrição no Cadastro de Pessoa Física do Ministério da Fazenda – CPF ou Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do Ministério da Fazenda – CNPJ, e o número de registro no órgão de registro do comércio da sede do vendedor.

§ 2º O cadastro, a declaração de origem do ouro e a cópia da Carteira de Identidade – RG do vendedor deverão ser arquivados na sede da instituição legalmente autorizada a realizar a compra do ouro, para fiscalização do órgão gestor de recursos minerais e da Secretaria da Receita Federal do

245 BRASIL. *Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12844.htm#:~:text=A%20PRESIDENTA%20DA%20REP%C3%9ABLICA%20Fa%C3%A7o,Garantia%2DSafr%20institui%C3%ADo%20pelo%20art.>. Acesso em 01 nov. 2020.

Brasil, pelo período de 10 (dez) anos, contados da compra e venda do ouro.

§ 3º É de responsabilidade do vendedor a veracidade das informações por ele prestadas no ato da compra e venda do ouro.

§ 4º Presumem-se a legalidade do ouro adquirido e a boa-fé da pessoa jurídica adquirente quando as informações mencionadas neste artigo, prestadas pelo vendedor, estiverem devidamente arquivadas na sede da instituição legalmente autorizada a realizar a compra de ouro.

Percebe-se que a legislação determinou algumas obrigações ao vendedor de ouro, cominando a ele responsabilidade pela veracidade das informações prestadas no ato da venda, incluindo-se aí a responsabilidade pela indicação da origem do metal, e ainda estabeleceu presunção legal de boa-fé do adquirente desde que as informações prestadas pelo vendedor tenham sido arquivadas na sede da instituição legalmente autorizada a realizar a compra.

Desta forma, por meio de contrato mercantil, as DTVM's com os PCO's após efetivarem a operação, tem o dever cadastrar os dados de identificação do vendedor. É obrigação acessória das DVTM's, portanto, controlar a origem de compra do mineral, evitando a compra de ouro extraído irregularmente e comunicar ao Banco Central e ao COAF/UIF eventuais fraudes na documentação.

É nesse momento que vislumbramos o chamado esquentamento de ouro, isto porque, o ouro extraído irregularmente passa por procedimento que lhe dá aparência de licito e em seguida, é inserido no mercado financeiro perdendo toda sua rastreabilidade.

Isto é, após esse momento não se sabe mais de qual jazida o ouro foi retirado, quem foi o fornecedor e se ele seguiu todas determinações legais e regulamentares.

Esse problema se dá em razão da lei determinar a responsabilidade pela indicação da origem ao vendedor e não à DTVM's e PCO's compradora, a lei permite que jazidas inseridas de maneira irregular nas áreas de unidades de conservação, em terras indígenas e outros

locais onde inicialmente não seriam permitidas, o que configuraria inicialmente os crimes de lavagem e extração irregular, e possibilita que o ouro extraído acabe ingressando com aspecto de limpo no mercado financeiro em virtude de o vendedor declarar falsamente ao adquirente sua origem.

Vislumbra-se ainda como agravante, a falta de fiscalização no que diz respeito a avaliação do relatório anual de lavra, conforme dispõe o do art. 9º, inciso IX, da Lei nº 7.805/1989²⁴⁶. Isto porque, existe determinação que o dono da jazida forneça anualmente dados quantitativos da produção e comercialização relativas ao ano anterior.

Na prática, tem havido hipóteses de remessa à ANM de relatórios anuais de lavra zerados, sem indicação da produção efetiva da lavra garimpeira ou ainda de relatórios em que a produção indicada é incompatível com a quantidade de minério apontada em notas fiscais de aquisição de ouro como efetivamente derivada daquela lavra.

Ademais as notas fiscais de aquisição de ouro, são emitidas pelas primeiras empresas compradoras do ouro extraído com base em PLG's. Essas notas fiscais devem trazer o número da PLG de origem de compra. A soma das quantidades consignadas em todas as notas

246 BRASIL. *Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989*. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17805.htm>. Acesso em 01 nov. 2020. “Art. 9º São deveres do permissionário de lavra garimpeira: I - iniciar os trabalhos de extração no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação do título no Diário Oficial da União, salvo motivo justificado; II - extrair somente as substâncias minerais indicadas no título; III - comunicar imediatamente ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM a ocorrência de qualquer outra substância mineral não incluída no título, sobre a qual, nos casos de substâncias e jazimentos garimpáveis, o titular terá direito a aditamento ao título permissionado; IV - executar os trabalhos de mineração com observância das normas técnicas e regulamentares, baixadas pelo Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM e pelo órgão ambiental competente; V - evitar o extravio das águas servidas, drenar e tratar as que possam ocasionar danos a terceiros; VI - diligenciar no sentido de compatibilizar os trabalhos de lavra com a proteção do meio ambiente; VII - adotar as providências exigidas pelo Poder Público; VIII - não suspender os trabalhos de extração por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo motivo justificado; IX - apresentar ao Departamento Nacional de Produção Mineral - DNPM, até o dia 15 de março de cada ano, informações quantitativas da produção e comercialização, relativas ao ano anterior; e X - responder pelos danos causados a terceiros, resultantes, direta ou indiretamente, dos trabalhos de lavra.

fiscais de aquisição de ouro referentes a uma dada PLG no espaço de um ano, adicionadas a eventual estoque, portanto, devem corresponder à produção da jazida declarada no relatório anual de lavra²⁴⁷, o que efetivamente não é avaliado.

Como exemplo, no estado do Amapá, durante as investigações que deflagraram a chamada Operação Minamata, a partir do avaliação entre os documentos obtidos na Cooperativa de Garimpeiros do Lourenço (Coogal) e as duas DTVM's que concentravam a compra da produção, verificou-se que o ouro supostamente adquirido da cooperativa era superior ao que a própria Coogal declarou ter extraído em seus relatórios anuais de lavra, denotando que parte do ouro adquirido era, na verdade, proveniente de lavra clandestina, consoante apurado no Inquérito Policial nº 259/2016 - SR|PF|AP²⁴⁸.

Observa-se, portanto, que as omissões na fiscalização e cruzamento de dados fortalecem ainda mais a extração irregular dos minérios, mediante declaração de que uma determinada quantidade de ouro provem de exploração amparada por uma dada PLG sem que isso corresponda à realidade ou até mesmo a legalidade.

Concluindo, a lavagem de ativos envolvendo a extração irregular pode se dar mediante várias ações, a indicação falsa da origem do ouro proveniente de área onde a garimpagem é ilegal, tais como terras indígenas, unidades de conservação e projetos de assentamento, indicando-se PLG's legítimas para dar origem de legal, a colocação no mercado de dinheiro proveniente de outras atividades ilícitas mediante a indicação de extração e comércio fictícios de ouro ou dissimulação em notas fiscais.

247 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa 49, de 2 de maio de 2001*. Institui documentos fiscais para controle de operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=13854>>. Acesso em 8 set. 2020.

248 BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. *Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-a4accr/ManualMineraoIllegaldoOuronaAmazniaVF.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2020, p. 50.

4. Sugestões para implementação de garantia de origem do ouro

A cadeia de produção e comércio de ouro prevê uma série de instrumentos que, em tese, deveriam ser capazes de assegurar a idoneidade de origem do metal. O processo de permissão da PLG, o registro de venda e compra e a declaração de origem pelas DTVM's/PCO's e o cruzamento dessas informações com o relatório anual de lavra, são apenas exemplos de eventuais controles.

Percebe-se que o principal instrumento de controle de origem do ouro, portanto, é puramente fiscal (NF/ Declaração/Relatório), pelos documentos fiscais previstos na Instrução Normativa nº 49/2001 da Receita Federal do Brasil²⁴⁹, e que não há mecanismo próprio de certificação de cadeia de produção.

Com tais fragilidades, percebe-se que a utilização de notas fiscais que em sua grande maioria ainda é física, somada a falta de cruzamento de dados entre a BACEN, Receita Federal e a ANM, é possível a lavagem dos minerais e que demonstram a necessidade da construção de mecanismos próprio de garantia de origem do ouro, em especial, em conformidade com a Lei de Prevenção e Repressão à Lavagem de Ativos.

A Lei nº 9.613/1998, como já mencionado prevê os crimes de lavagem de ativos, bem como estabelece métodos de prevenção da utilização de valores e bens de origem ilícita no mercado financeiro, em especial, a indicação de pessoas sujeitas aos mecanismos:

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;
DA IDENTIFICAÇÃO DOS CLIENTES E MANUTEN-

249 BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa nº 49/2001*. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=13854>>. Acesso em 02 nov. 2020.

ÇÃO DE REGISTROS

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I – identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II – manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III – deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

IV – deverão cadastrar-se e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas;

V – deverão atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações prestadas.

§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela

autoridade competente.

Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.

Percebe-se, portanto, que DTVM's e PCO's, por serem consideradas instituições financeiras, tem o dever legal de atentar a potenciais transações que tenham relação com origem ilícita, além do dever de *compliance* previstos na Lei nº 9.613/1998.

A fraude na indicação da origem do metal comercializado por meio, por exemplo, da indicação da mesma PLG por pessoas diferentes é circunstância que deve ser comunicada ao Banco Central e ao Coaf, sob pena de responsabilização civil ou administrativa, conforme os deveres imposto.

Logo, no gerenciamento de riscos das atividades empresariais, é necessário criar tópico sobre adoção de boas práticas na aferição da procedência do minério adquirido. E necessário conhecer os fornecedores e suas atividades, bem como o meios de extração e a utilização de mão de obra para atividade.

Da mesma forma, as empresas finais, como o setor de joias por exemplo, para estimular o consumo consciente e de ressignificação do valor da sustentabilidade na cadeia produtiva, também poderão adotar tal cuidado. O que fortalece a marca e proporciona maior segurança no mercado.

Além dos deveres de *compliance*, outras medidas de certificação podem ser adotadas.

Existe também a sugestão da adoção de sistema de certificação similar ao do Sistema de Certificação do Processo de Kimberley (SCPK)²⁵⁰, que é utilizado para o controle da cadeia produtiva do diamante. De acordo com a ANM o SCPK foi implantado no Brasil em 2003 (pela Lei nº 10.743/2003), com a instituição de monitoramento e

250 O Ministério de Minas e Energia possui página específica sobre tal método. Disponível em <<https://www.gov.br/anm/pt-br/assuntos/acesso-a-sistemas/certificado-do-processo-de-kimberley>>. Acesso em 02 nov. 2020.

controle do comércio e da produção de diamantes brutos em território nacional por meio Cadastro Nacional do Comércio de Diamantes (CNCD) e do Relatório de Transações Comerciais (RTC).

Por fim, vislumbra-se como solução mais simples e imediata a possibilidade da ANM em colaboração aos demais órgãos de fiscalização ambiental e financeira, adotarem meios de controle e cruzamento de dados fornecido diante das obrigações, por meio eletrônico de informações, bem como o arquivamento, similar ao que acontece com Documento de Origem Florestal (DOF)²⁵¹, licença que é obrigatória para o transporte e armazenamento de produtos florestais de origem nativa, que contém as informações sobre a procedência da madeira.

Acredita-se que tais medidas podem contribuir para a certificação do cadeia produtiva do ouro, trazendo maior confiabilidade e segurança para extração do mineral.

5. Conclusão

O presente trabalho teve como objetivo fazer breve análise, puramente introdutória sobre os principais problemas que envolvem a extração irregular de ouro e trazer sugestões para minimizar os impactos de tal prática, no que diz respeito a certificação de origem do mineral.

Inicialmente apresentou a evolução da legislação referente ao conceito de garimpo e as principais normativas que tangenciam o tema, tendo em vista diversas normas administrativas que também se aplicam que não foram abordadas no presente trabalho.

Posteriormente, apontou os problemas ambientais e socioambientais, para que em seguida, fazer uma breve explicação a respeito dos impactos penais da extração irregular, chegando à conclusão que a prática do crime previsto no art. 55, da Lei nº 9.605/98, se dá, em especial pela falta de controle e fiscalização de PLG's.

251 Mais informações sobre o tema, visitar página do IBAMA. Disponível em:< <http://ibama.gov.br/flora-e-madeira/dof>>. Acesso 02 nov. 2020.

Por fim, foi possível indicar alguns meios de controle e certificação da cadeia produtiva do ouro, seja pela eleição de programa de *compliance* de instituição financeira aos compradores iniciais e sua cadeia de fornecimento, pela utilização de método de certificação próximo ao que é usado para o do diamante, e/ou a certificação de controle de madeira, sem desconsiderar que a medida imediata seria a de reforçar os controles de órgãos fiscalizadores, com sistema puramente eletrônico, para que se realize o cruzamento de dados fornecidos, de modo que o controle se dê de maneira acessível e rápida.

6. Referências

ANGELO, Maurício. *Em plena pandemia, extração de ouro aumenta na Amazônia*. Mongabay. Disponível em <<https://brasil.mongabay.com/2020/07/em-plena-pandemia-extracao-de-ouro-aumenta-na-amazonia/>>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto nº 24.193, de 3 de Maio de 1934*. Regula a indústria da fiação de ouro aluvionar em todo o território da República e estende às cinzas de ourivesarias, revigorando a proibição de exportação contida do art. 56 da lei n. 4.440, de 31 de dezembro de 1921, e o comércio de pedras preciosas. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24193.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.985, de 29 de Janeiro de 1940*. Código de Minas. Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decLei/1940-1949/decreto-Lei-1985-29-janeiro-1940-412009-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del0227compilado.htm#:~:text=Art.,o%20consumo%20de%20produtos%20minerai.&text=III%20%2D%20a%20fiscaliza%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20Gov%C3%AArno,outros%20aspectos%20da%20industria%20mineral>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 7.805, de 18 de julho de 1989*. Altera o Decreto-Lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, cria o regime de permissão de lavra garimpeira, extingue o regime de matrícula, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17805.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19605.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.685/2008, de 2 de junho de 2008*. Institui o Estatuto do Garimpeiro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Lei/111685.htm>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. *Lei nº 12.844, de 19 de julho de 2013*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/112844.htm#:~:text=A%20PRESIDENTA%20DA%20REP%C3%9ABLICA%20Fa%C3%A7o,Garantia%2DSafra%20institui%C3%ADdo%20pelo%20art>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. *Mineração ilegal de ouro na Amazônia: marcos jurídicos e questões controversas*. Brasília: MPF, 2020. Disponível em <www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao/publicacoes/roteiros-a4accr/ManualMineraoIlegaldoOuroNaAmazniaVF.pdf>. Acesso em 01 nov. 2020.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Instrução Normativa 49, de 2 de maio de 2001*. Institui documentos fiscais para controle de operações com ouro, ativo financeiro ou instrumento cambial. Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?-visao=anotado&idAto=13854>>. Acesso em 1 nov. 2020.

SOUZA, Marco de Moura e. *Na rota do ouro, regra frouxa abre porta para o crime*. Valor Econômico, 2019. Disponível em <<https://valor.globo.com/empresas/coluna/na-rota-do-ouro-regra-frouxa-abre-porta-para-o-crime.ghtml>>. Acesso em 01 nov. 2020.

VILLELA, Fabiano. ALBERTI, James. BRIDI, Sonia. *Toneladas de mercúrio entram clandestinamente no país para abastecer garimpo de ouro*. Disponível em <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/08/30/toneladas-de-mercúrio-entram-clandestinamente-no-pais-para-abastecer-garimpo-de-ouro.ghtml>>. Acesso em 01 set. 2020.

Tráfico de animais silvestres à luz do direito penal

Jessica Vieira de Carvalho²⁵²

1. Introdução

Diante das mudanças climáticas, das tragédias ambientais e dos demais reflexos cada vez mais evidentes da intervenção humana no meio ambiente, este vem se tornando uma das grandes e principais preocupações das nações. O Brasil, reconhecido pelo mundo por sua beleza natural, é signatário de diversos tratados internacionais que versam sobre a preservação do meio ambiente, além de possuir uma legislação ambiental ampla, dispondo, inclusive, de normas penais. Todavia, a efetividade de tais mecanismos jurídicos de proteção, considerando os não raros desastres ambientais que abalam o país, e a necessidade da tutela penal do ambiente, visto que tal atuação estatal pode representar uma indesejada expansão do direito penal, ainda são alvo de questionamentos pela doutrina.

É preciso destacar que o direito penal tem a função de proteger, em *ultima ratio*, os bens jurídicos essenciais por meio da imposição de penas, o que implica a possibilidade de prisão, ou seja, a restrição da liberdade individual do infrator. Surge, então, a importância de definir se o meio ambiente faz jus a tal proteção. Notadamente, a Constituição Federal, em seu art. 225, estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, podendo, portanto, ser considerado um direito fundamental de terceira geração e merecedor da tutela penal.

O meio ambiente é definido como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” pela Política Nacional do Meio Ambiente. Os animais, como integrantes do meio e das interações que ali ocorrem, são fundamentais para a garantia do equilíbrio ecológico e, por isso, devem também ser efetivamente

252 Bacharelanda em Direito na Faculdade de Direito da UFMG.

protegidos pelo Estado. Entretanto, o Brasil possui uma lista crescente de espécies ameaçadas de extinção e um dos fatores que contribuem para o agravamento desse problema é o tráfico de animais silvestres.

Essa prática, que representa uma séria ameaça à biodiversidade brasileira, além de trazer as demais consequências inerentes ao comércio ilegal, raramente leva à condenação do criminoso, conforme será adiante abordado. Isso contribui com uma sensação de impunidade e de ineficiência da legislação, o que pode representar, inclusive, um incentivo para a continuação dessa atividade por aqueles já inseridos nela. Nesse sentido, o objetivo deste estudo é analisar alguns aspectos relevantes relacionados ao tráfico de animais silvestres, a fim de justificar a aplicação do direito penal para coibir essa prática.

2. Breve contextualização do tráfico de animais silvestres no Brasil

O Brasil, devido à sua grande extensão territorial, contempla várias zonas climáticas e, como resultado, abarca diversos biomas em seu território. Isso se reflete na variedade de fauna e flora existente no país, que, sendo o lar da maior parte da Floresta Amazônica e da Mata Atlântica, dentre outros ricos e importantes ecossistemas, possui a maior biodiversidade do mundo, abrigando, aproximadamente, 20% das espécies conhecidas do planeta²⁵³.

A biodiversidade é fundamental para o funcionamento e o equilíbrio dos ecossistemas, além de ser fonte de alimento e matéria-prima para os seres humanos, sendo a sua conservação, por isso, tão importante. Felizmente, essa importância vem sendo reconhecida pelos Estados, o que permitiu a ratificação, nas últimas décadas, de diversos tratados internacionais que visam a proteção do meio ambiente e dos elementos que o compõem, bem como a implementação de um modelo de desenvolvimento sustentável.

253 BIODIVERSIDADE Brasileira. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <<https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-brasileira.html#:~:text=Al%C3%A9m%20disso%2C%20o%20Brasil%20possui,a%20maior%20biodiversidade%20do%20planeta>>. Acesso em 25 out. 2020.

No Brasil, entretanto, tal desenvolvimento ainda não é realidade, e sua rica biodiversidade vem sofrendo, ao longo dos anos, com as consequências das tragédias ambientais, da poluição causada pelos humanos, do crescente desmatamento e do comércio ilegal. Esse último representa uma das principais ameaças às espécies nativas de animais, visto que o país é um dos maiores fornecedores do mercado internacional. Estima-se que aproximadamente 38 milhões de animais são retirados da natureza por ano no Brasil²⁵⁴.

Nesse contexto, cabe destacar que a apanha e o comércio da fauna silvestre, bem como dos produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem licença conferida pela autoridade competente, são expressamente proibidos pelo art. 29, caput, e art. 29, § 1º, inciso III, respectivamente, da Lei nº 9.605/98, conhecida como Lei de Crimes Ambientais. Para fins de aplicação da lei, a definição de espécimes da fauna silvestre é dada pelo § 3º do referido artigo e consiste em

todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras²⁵⁵.

Contudo, apesar dos esforços do legislador para coibir tal prática, o comércio de animais silvestres é considerado a terceira maior atividade ilícita do país, ficando atrás apenas do tráfico de drogas e de armas. Isso evidencia, de certa forma, o desconhecimento, por parte da população brasileira, dos impactos causados ao meio ambiente pela retirada desses animais da natureza e pela perpetuação dessa prática por meio da compra, ou mesmo a indiferença em relação à

254 RENCTAS. *1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre*, p. 32. Disponível em <https://www.renctas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em 28 out. 2020.

255 BRASIL. *Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

preservação da fauna nacional ou a ausência do reconhecimento de sua importância.

A interação dos animais com os demais seres vivos que compartilham de um mesmo ambiente é imprescindível para a manutenção e para o equilíbrio dos ecossistemas. A título de exemplo, pode-se citar a polinização das flores que é realizada, em grande parte, pelas abelhas, borboletas, beija-flores e aves. Além disso, a fauna também realiza a importante função de ciclagem de nutrientes, por meio do qual a matéria orgânica é decomposta em outras substâncias que serão utilizadas novamente para o desenvolvimento de novos organismos²⁵⁶.

Nesse sentido, percebe-se que o tráfico de animais silvestres compromete as relações ecológicas existentes no ambiente de onde eles são retirados, além de contribuir para a extinção das espécies, não somente das visadas pelo mercado, mas também das que fazem parte das suas respectivas cadeias alimentares. Dentre os animais ameaçados de extinção, tendo como uma das principais causas o tráfico, estão a onça-pintada, que foi oficialmente extinta nos Estados Unidos, sendo encontrada, atualmente, apenas na América Latina²⁵⁷, o mico-leão-dourado, que vive exclusivamente na Mata Atlântica, e a ararajuba, que existe somente na Floresta Amazônica²⁵⁸.

O tráfico de fauna silvestre é, ademais, um negócio extremamente cruel, o que faz com que nove a cada dez animais traficados morram antes de chegar ao destino final²⁵⁹. Os espécimes são transportados em péssimas condições, confinados em caixas superlotadas e passando

256 VECCHIA, Ana Carolina Dalla. *A importância da fauna para a existência das florestas. Infraestrutura e Meio Ambiente*. 2019. Disponível em <<https://www.infrastrukturameioambiente.sp.gov.br/educacaoambiental/2019/11/11/a-importancia-da-fauna-para-a-existencia-das-florestas/>>. Acesso em 25 out. 2020.

257 ONÇA-PINTADA, WWF. Disponível em <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/nossas_solucoes_no_pantanal/protecao_de_especies_no_pantanal/onca_pintada/>. Acesso em 25 de out. de 2020.

258 COSTA, Jaqueline. 10 animais em extinção no Brasil. In *Diário do Estado*, 2020. Disponível em <<https://diariodoestado.com.br/10-animais-em-extincao-no-brasil-70149/>>. Acesso em 25 out. 2020.

259 RENTAS. *1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre*, p. 32. Disponível em <https://www.rentas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENCTAS_pt_final.pdf>. Acesso em 25 out. 2020.

dias sem água e alimento, fazendo com que fiquem estressados. Como consequência, muitos sofrem fraturas, se mutilam - as aves, por exemplo, arrancam suas próprias penas -, se atacam ou morrem por diversas razões.

Os que sobrevivem são ainda submetidos à tratamentos torturantes para parecerem mais mansos para os consumidores ou para chamarem menos atenção da fiscalização. Por isso, muitos são dopados com calmantes, mutilados ou forçados a ingerir bebidas alcólicas²⁶⁰. Todavia, apesar dessa enorme perda e desgaste dos animais, o comércio ilegal continua sendo extremamente lucrativo, movimentando cerca de 10 a 20 bilhões de dólares por ano²⁶¹ no mundo - no Brasil, o número gira em torno de 3 bilhões de reais por ano²⁶² -, além de ser menos arriscado que o tráfico de drogas, visto que o Estado brasileiro ainda não investe tanto para combater essa prática.

Para ocultar o tráfico e driblar a fiscalização, os traficantes utilizam diversos mecanismos fraudulentos, tais como o uso de documentos falsificados e de documentos legais para encobrir a mercadoria ilegal, nos quais são alterados, por exemplo, a quantidade, a espécie e a origem dos animais. Ademais, não raras vezes os animais capturados irregularmente são mantidos em criadouros e cativeiros licenciados, ao lado de animais devidamente legalizados e, nesse contexto, são comercializados como se assim fossem²⁶³.

Os animais são, ainda, vendidos em feiras livres em diversas cidades do Brasil, destacando-se as localizadas nos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Com o avanço da tecnologia, esse mercado também ganhou seu espaço nas redes sociais, como Facebook e WhatsApp,

260 ABDALLA, Annelise Varanda Danta. *A proteção da fauna e o tráfico de animais silvestres*, p. 177.

261 RENTAS. *1º Relatório Nacional sobre o Tráfico de Fauna Silvestre*, p. 6.

262 RODRIGUES, Paula. *A máfia dos bichos*. Ecoa. São Paulo, 11 de maio de 2020. Disponível em <<https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/trafico-no-brasil-tira-por-ano-35-milhoes-de-animais-da-floresta-e-gira-r-3-bilhoes/#page15>>. Acesso em 08 jan. 2021.

263 THOMAS, Jennifer Ann. *A caça ao caçador: o tráfico de animais no Brasil*. In *Veja*, 2018. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/blog/impacto/a-caca-ao-cacador-o-trafico-de-animais-no-brasil/>>. Acesso em 25 out. 2020.

onde o anonimato, proporcionado pelo uso de perfis falsos na internet, garante certa segurança ao traficante, além de ser possível alcançar uma quantidade muito maior de interessados nessas plataformas²⁶⁴.

O tráfico da fauna silvestre possui várias finalidades, sendo as principais delas o atendimento às demandas dos colecionadores particulares e zoológicos, que valorizam especialmente as espécies ameaçadas de extinção por serem as mais raras, a biopirataria, que destina as substâncias químicas fornecidas pelos animais para o uso em pesquisas científicas, a obtenção de produtos dos animais, como penas e peles, para serem transformados em mercadorias e a venda para lojas e criadouros, sendo essa a modalidade que mais incentiva o tráfico²⁶⁵.

Por todo o exposto, há de se reconhecer que o tráfico de animais, que contribui direta e intensamente com a extinção das espécies, deve ser tutelado pelo direito penal. Contudo, a Lei nº 9.605/88, que assume a função de reprimir, dentre outras condutas danosas ao meio ambiente, o referido comércio ilegal, tem sua eficácia, por vezes, prejudicada pelas baixas penas cominadas. Isso porque a maior pena prevista para os delitos relacionados a esse tráfico é de três anos, possibilitando, assim, a aplicação da transação penal ou da suspensão condicional do processo na maioria dos casos. Desse modo, ainda que o crime seja praticado contra espécie ameaçada de extinção, há a possibilidade de o agente usufruir dos benefícios concedidos pela Lei nº 9.099/1995.

3. A proteção jurídica da fauna

A legislação ambiental brasileira é bastante abrangente, dispondo de diversos instrumentos de proteção ao meio ambiente e, especificamente, à fauna, tanto no âmbito constitucional, quanto no âmbito infraconstitucional. As condutas lesivas ao meio ambiente e aos ele-

264 LELLIS, Leonardo. *Anonimato na internet contribui para aumento do tráfico de animais, diz ONG*. CNN, 2020. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/07/31/anonimato-na-internet-comtribui-para-aumento-do-traffic-de-animais-diz-ong>>. Acesso em 29 out. 2020.

265 ABDALLA, Annelise Varanda Danta. *A proteção da fauna e o tráfico de animais silvestres*, p. 178-181.

mentos que o compõem estão sujeitas às sanções penais e administrativas, podendo, ainda, haver a responsabilização na esfera cível.

Inicialmente, cumpre frisar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, cabendo ao Estado e à coletividade preservá-lo, conforme prevê o artigo 225 da Constituição Federal. Além disso, dispõe o inciso VII do § 1º do mesmo artigo que incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”²⁶⁶.

Ressalta-se que a fauna, como um dos elementos que integram o ecossistema, é essencial ao equilíbrio ecológico do meio ambiente, sendo, portanto, resguardada desde o caput do artigo 225 da CRF/88. Todavia, a obrigação imposta à coletividade de preservar o meio ambiente, nos termos da Constituição, não vai além de restrições, de modo que todos os indivíduos tem apenas o dever de não o ofender, sem a prévia necessidade de contribuir com a sua restauração.

Merece destaque também o fato de a proteção da fauna ser pautada, principalmente, na relação que os seres humanos possuem com os animais. Essa perspectiva pode ser percebida pela carência, no texto constitucional, de disposição acerca da dignidade do animal, limitando-se, o legislador, em abordar os direitos fundamentais da pessoa humana, o que favorece o entendimento de que a proteção da fauna, bem como a do meio ambiente, tem como principal objetivo garantir aos seres humanos uma vida de qualidade, não o de evitar, primordialmente, o sofrimento dos animais.

O princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, assinada pelo Brasil em 1992, coaduna com essa posição, enunciando que:

Os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza²⁶⁷.

266 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 de nov. 2020.

267 *DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. 1992. Disponível em <<https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao>>

Desse modo, condutas que atentem contra a vida ou comprometam a função ecológica dos animais são apenas proibidas quando ultrapassam a esfera de necessidade do ser humano, como pode ser percebido no artigo 37 da Lei nº 9.605/98:

Art. 37. Não é crime o abate de animal, quando realizado:

I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família;

II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente;

III - (VETADO)

IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.

Todavia, pode-se dizer que o legislador, ao proibir a crueldade contra os animais na CRF/88, reconheceu a esses seres o direito de ter sua integridade e seu valor intrínseco respeitados²⁶⁸. Na esfera penal, essa conduta foi tratada pelo §1º do artigo 32 da Lei nº 9.605/98, que tornou crime realizar experiência cruel em animal vivo, silvestre, doméstico ou domesticado, ainda que para fins didáticos ou científicos.

Outro importante instrumento de tutela dos animais é a Política Nacional de Meio Ambiente, instituída pela Lei nº 6.938/81, que possui como um de seus objetivos preservar e restaurar os recursos ambientais, neles compreendida a fauna. Na mesma linha, a Lei nº 9.985/00, que regulamenta o artigo 225, §1º, incisos I a VII da CRF/88, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza a fim de contribuir com a manutenção da diversidade biológica e com a preservação e restauração dos ecossistemas, bem como proteger as espécies ameaçadas de extinção, dentre outros objetivos elencados em seu artigo 4.

[rio_ma.pdf](#)>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

268 LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*, p. 397.

A proteção da fauna é também objeto da Lei nº 5.197/67²⁶⁹, que proibiu diversos atos contra os animais, tais como a perseguição e a caça, apesar de flexibilizar tais proibições com uma série de exceções²⁷⁰. Por ser anterior à Constituição, a referida lei tratava os animais ainda como propriedades do Estado, e não como um bem de interesse difuso integrante do patrimônio ambiental. Além disso, vários de seus artigos foram tacitamente revogados por normas posteriores, como, por exemplo, a caça profissional, que era punida com pena de reclusão de dois a cinco anos, tendo sido substituída pelo §5º do artigo 29 da Lei nº 9.605/88, que estabeleceu, para essa conduta, pena máxima de três anos de detenção e multa.

Na esfera administrativa, o Decreto nº 6.514/08 tipifica, nos artigos 24 a 41, algumas das infrações contra a fauna, sendo tais condutas punidas, preponderantemente, com multas simples, calculadas de acordo com a quantidade ou peso dos espécimes ou produtos capturados. A Lei nº 9.605/98, em seu artigo 70, prevê, ademais, outros tipos de sanções administrativas, dentre elas a apreensão dos animais e dos produtos e subprodutos da fauna que forem objetos da infração.

Conforme já exposto, essa lei confere aos animais proteção penal ao elencar, na seção I do capítulo V, os crimes contra a fauna, proibindo, dentre outras condutas, o maus-tratos aos animais, que teve sua pena recentemente aumentada em se tratando de cães ou gatos, passando de três meses a um ano para dois a cinco anos. Destaca-se, ainda, a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, previamente consagrada pela Constituição Federal, desde que satisfeitos os requisitos impostos pelo artigo 3 da referida Lei. Assim, é necessário que a infração seja praticada no interesse ou benefício da sua entidade, por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado e que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica²⁷¹.

269 BRASIL. *Lei nº 5.197 de 03 de janeiro de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm>. Acesso em: 02 de nov. 2020.

270 LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*, p. 394.

271 BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado*. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT.

No tocante ao tráfico de animais, sua proibição encontra respaldo jurídico tanto no âmbito administrativo quanto no âmbito penal. Apesar de não existir um tipo específico para essa conduta, é possível compreendê-la de maneira análoga às tipificações feitas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06, que constituem o tráfico de drogas. Desse modo, sua configuração dar-se-á pela venda, exportação, importação, exposição à venda, guarda, conservação em depósitos ou cativeiros, transporte ou aquisição de ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, bem como de produtos e objetos dela oriundos, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. Cumpre destacar que para sua configuração basta a realização de uma dessas condutas.

O tráfico de animais silvestres é, portanto, abrangido pelo artigo 29, §1º, inciso III, e pelos artigos 30, 31 e 34, parágrafo único, inciso III, todos da Lei nº 9.605/98, e, no âmbito administrativo, pelos artigos 25, 26 e 24, §3º, inciso III e pelos incisos III, IV e V do parágrafo único do artigo 35, todos do Decreto nº 6.514/08. Ressalta-se que as condutas proibidas são, em muitas hipóteses, descritas da mesma forma em ambos dispositivos legais. A título de exemplo, tem-se o inciso III do §1º do artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais, correspondente ao inciso III do §3º do artigo 24 do referido decreto administrativo, o qual dispõe que incorre nas penas de detenção, de seis meses a um ano, e multa

quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente.

vol. 961, nov. 2015, p. 12, apud ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Imputação objetiva nos crimes contra a fauna. Academia.edu. Disponível em <https://www.academia.edu/4784392/Imputa%C3%A7%C3%A3o_objetiva_nos_crimes_contra_a_fauna>. Acesso em 28 out. 2020.

A norma administrativa, por sua vez, prevê, para tais condutas, a aplicação de multa de quinhentos reais por indivíduo de espécie não constante de listas oficiais de risco ou ameaça de extinção e de cinco mil reais se for algum espécime considerado ameaçado de extinção, sendo, nessa hipótese, a pena de detenção aumentada pela metade.

Os artigos 30 e 31 da Lei nº 9.605/98, que correspondem aos artigos 26 e 25 do Decreto nº 6.514/08, respectivamente, referem-se à exportação de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental e à introdução de espécime animal no país, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida pelo órgão competente. No primeiro caso, a pena cominada é de um a três anos de reclusão, enquanto no segundo é de três meses a um ano de detenção, havendo, ainda, em ambas as hipóteses, a aplicação cumulativa de multa. Já o art. 34, parágrafo único, inciso III da Lei nº 9.605/98 criminaliza o transporte, comércio, beneficiamento e industrialização de espécimes provenientes da pesca proibida.

Por fim, convém destacar que o comércio internacional da fauna silvestre ameaçados de extinção é regulamentado pela Convenção sobre Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção - CITES, tendo sido implementada, no Brasil, pelo Decreto nº 3.607/00. A referida convenção tem como principal objetivo a fiscalização do comércio das espécies por ela protegidas, para que essa prática não implique em ameaça à sobrevivência desses animais.

4. Responsabilidade penal nos crimes contra a fauna

O direito penal assume a função de proteger os bens jurídicos mais relevantes, sendo norteado pelos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade, da fragmentariedade, dentre outros, de modo que a delimitação do bem jurídico adquire enorme importância. Nesse sentido, Regis Prado entende que “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado ob-

jeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”²⁷², sendo esses bens indicados pela própria Constituição.

Certo é que a CRF/88 considerou o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito essencial à sadia qualidade de vida do ser humano e, dessa forma, elevou-o à categoria de bem jurídico. A proteção da fauna, por sua vez, se justifica na medida em que ela integra o meio ambiente, de modo que esse continua sendo o bem jurídico tutelado, enquanto a fauna constitui um aspecto protegido pela norma e, assim, o objeto material dos crimes. Ademais, destaca-se que o sujeito passivo nos crimes ambientais sempre será a coletividade²⁷³.

A responsabilidade penal ambiental é prevista pela Constituição Federal em seu artigo 225, § 3º, tendo sido sistematizada pela Lei nº 9.605/88, a qual tipificou a maioria dos crimes ambientais. Tal responsabilidade possui caráter sobretudo punitivo, visando à prevenção especial, ou seja, evitar a reincidência, e à prevenção geral, para que a sanção penal sirva de exemplo para a sociedade²⁷⁴. Percebe-se aqui um traço simbólico da aplicação da pena, tendo em vista que, em grande parte dos crimes ambientais, o direito administrativo se mostra mais eficaz para reprimir a conduta lesiva ao bem jurídico tutelado.

A responsabilização penal, que, nesse caso, pode ser atribuída à pessoa natural ou jurídica, exige a comprovação do elemento subjetivo do tipo, ou seja, é necessário que a infração seja causada por uma conduta dolosa ou culposa do agente. Ressalta-se que, conforme disposto no artigo 18 do Código Penal, os fatos derivados da culpa somente podem ser punidos penalmente quando houver previsão expressa em lei, o que não ocorre nos crimes contra a fauna, sendo esses, portanto, necessariamente dolosos.

Além disso, cumpre registrar que a configuração do crime depende da ocorrência do resultado, o qual só poderá ser imputado a quem lhe der causa, de acordo com o artigo 13 do CP. Essa relação de

272 SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf>. Acesso em 03 de nov. de 2020

273 ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Imputação objetiva nos crimes contra a fauna*, p. 12.

274 LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*, p. 666.

causalidade se verifica na ligação entre a conduta humana, entendida como ação ou omissão, e o resultado ilícito, a fim de justificar a imputação desse resultado ao agente e, assim, viabilizar a responsabilização penal²⁷⁵. É importante frisar que mesmo nos crimes que não possuem resultado naturalístico, o qual consiste na alteração da realidade material, haverá a produção do resultado jurídico, que corresponde à violação da lei.

Nesse sentido, observa-se que nem todos os crimes contra a fauna têm a previsão de um resultado naturalístico. No crime previsto no artigo 31 da Lei nº 9.605/88, por exemplo, que estabelece uma das condutas relativas ao tráfico internacional de animais, proibindo a introdução de “espécime animal no país sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida pela autoridade competente”, a consumação dar-se-á pela entrada do animal no país, configurando-se, portanto, como um crime de mera conduta²⁷⁶. Da mesma forma, a consumação do crime de exportação ilegal de peles e couros de anfíbios e répteis, descrita no artigo 30 da referida Lei, ocorre com a saída do produto animal do país²⁷⁷.

Outro aspecto relevante em relação aos crimes contra a fauna é a aplicação do princípio da insignificância em matéria ambiental. O referido princípio estabelece que lesões insignificantes ao bem jurídico não justificam a imposição de uma pena, limitando, assim, o alcance dos tipos penais²⁷⁸. Faz-se necessária, então, a definição de lesão insignificante, o que nos casos dos crimes contra a fauna não é um trabalho simples, visto que a irrelevância não pode ser verificada analisando unicamente a quantidade de animais afetados ou mesmo a produção do resultado naturalístico²⁷⁹, devendo ser examinada no caso concreto.

275 ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Imputação objetiva nos crimes contra a fauna*, p. 8.

276 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente: crimes ambientais* (Lei nº 9.605/1998). 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 155.

277 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente*, p. 153.

278 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do ambiente*, p. 74.

279 ROCHA, Fernando A. N. Galvão. *Imputação objetiva nos crimes contra a fauna*, p. 16.

5. Considerações finais

Não restam dúvidas de que o tráfico de animais silvestres representa uma grave ameaça à biodiversidade brasileira, devido à sua grande influência no processo de extinção das espécies, além de colaborar com a disseminação de zoonoses, e, portanto, deveria ser punido à altura pelo direito penal. Todavia, as penas cominadas para os crimes relacionados à essa prática são, em grande parte, inferiores ou iguais a dois anos, categorizando-os como crimes de menor potencial ofensivo, de modo que os infratores ficam sujeitos às disposições da Lei nº 9.099/95.

O crime previsto no artigo 29, § 1º, inciso III, da Lei nº 9.605/88, por exemplo, que se refere, dentre outras condutas, ao comércio e exportação de espécimes da fauna silvestre sem licença ou autorização da autoridade competente, prevê, para esses casos, a aplicação de pena de detenção de três meses a um ano. Ainda que o crime seja praticado contra espécie ameaçada de extinção, caso em que a pena é aumentada de metade, continua sendo autorizado ao Ministério Público, pelo artigo 27 da referida Lei, propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Nota-se que a Lei estabelece como condição para a transação penal a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade. Entretanto, conforme já elucidado, durante o processo do tráfico, muitos animais morrem ou sofrem graves fraturas, ficando, assim, impossibilitados de retornar à natureza. Por conseguinte, os criminosos, mesmo causando sérios prejuízos à fauna brasileira, poderão ser beneficiados pelo mencionado instituto.

Os artigos 30 e 34, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.605/88, que se referem à exportação ilegal de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto e ao transporte, comércio, beneficiamento ou industrialização de espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas, respectivamente, cominam as maiores penas dentre os crimes relacionados ao tráfico de animais, sendo elas, em ambos os casos, de um a três anos de detenção. Todavia, o artigo 16 da mesma Lei dis-

põe que “nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos”. Dessa forma, mesmo nos casos considerados mais graves pelo legislador, ainda é garantido ao infrator a possibilidade de não ter que cumprir a pena privativa de liberdade.

Percebe-se, assim, que a eficácia das normas que protegem o meio ambiente é muitas vezes comprometida pelas brandas penas cominadas, de modo que, em relação ao tráfico de animais, se faz necessária a adequação dessas ao real potencial danoso das mencionadas condutas. Ademais, essa impunidade pode ainda representar um incentivo para a reincidência desse crime, considerando que, para quem se dispõe a praticar tais atos, sua alta possibilidade de lucro pode compensar os riscos da atividade. Convém destacar que, no direito penal ambiental, a pena assume também a função simbólica de educar a sociedade acerca da gravidade dos impactos causados por essas condutas ao meio ambiente.

Uma alternativa que pode ser adotada pelo Ministério Público frente a essa problemática, a fim de punir o tráfico de animais silvestres de maneira proporcional ao seu potencial ofensivo, é a aplicação artigo 180, caput e § 2º ou 180-A do Código Penal, em concurso formal com o artigo 29 da Lei nº 9.605/98, tendo em vista que, para efeito de tutela penal, os animais são reconhecidos como bens com valor patrimonial pelo Código Civil. Ademais, sempre que possível, considerar a incidência do artigo 296 do CP, que dispõe sobre a falsidade documental, visto que, em face das exigências de documentação emitida pela autoridade competente relacionadas ao comércio ou transporte desses animais, são utilizados, por vezes, documentos falsificados²⁸⁰.

Ressalta-se, todavia, que é necessário promover a educação ambiental para conscientizar a sociedade acerca da necessidade da preservação do meio ambiente, a fim de garantir seu equilíbrio ecológico, e, ainda, sobre os reflexos da sua degradação à vida e à saúde humana.

280 MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. *Sugestões da Oficina de Trabalho “Legislação e tráfico de espécies silvestres”*. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Noticia/Sugestoes_Oficina_Trafico-Animais-Silvestres.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

Além disso, é imprescindível que se busque mostrar a importância da fauna para a manutenção do ecossistema, de modo a atribuir a todas as espécies o seu devido valor e, nesse diapasão, reconhecer a gravidade do tráfico de animais silvestres e da sua perpetuação pela compra. Dessa forma, junto com uma legislação ambiental mais rígida, traça-se um projeto político de tutela mais efetiva ao meio ambiente.

6. Referências

ABDALLA, Annelise Varanda Danta. A proteção da fauna e o tráfico de animais silvestres. Domínio Público, 2007. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp055586.pdf>>. Acesso em 25 out. 2020.

BIODIVERSIDADE Brasileira. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em <<https://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidadebrasileira.html#:~:text=A1%C3%A9m%20disso%2C%20o%20Brasil%20possui,a%20maior%20biodiversidade%20do%20planeta>>. Acesso em 25 out. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.197 de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5197.htm>. Acesso em 02 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 01 de nov. 2020.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEZES, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. In Revista dos Tribunais. São Paulo: RT. vol. 961, nov. 2015.

COSTA, Jaqueline. 10 animais em extinção no Brasil. In Diário do Estado, 2020. Disponível em <<https://diariodoestado.com.br/>>

10-animais-em-extincao-no-brasil-70149/>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

DECLARAÇÃO do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992. Disponível em <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em 01 de nov. de 2020.

LEITE, José Rubens Morato. Manual de Direito Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015.

LELLIS, Leonardo. Anonimato na internet contribui para aumento do tráfico de animais, diz ONG. CNN, 2020. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/07/31/anonimato-na-internet-contribui-paraaumento-do-trafico-de-animais-diz-ong>>. Acesso em 29 out. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO. Sugestões da Oficina de Trabalho “Legislação e tráfico de espécies silvestres”. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Noticia/Sugestoes_Oficina_Trafico-Animais-Silvestres.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do ambiente: crimes ambientais (Lei nº 9.605/1998). 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RENTAS. 1º Relatório nacional sobre o tráfico de fauna silvestre. Disponível em <https://www.rentas.org.br/wp-content/uploads/2014/02/REL_RENTAS_pt_final.pdf>. Acesso em 28 out. 2020.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão. Imputação objetiva nos crimes contra a fauna. Academia.edu. Disponível em <https://www.academia.edu/4784392/Imputa%C3%A7%C3%A3o_objetiva_nos_crimes_contra_a_fauna>. Acesso em 28 out. 2020.

RODRIGUES, Paula. A máfia dos bichos. Ecoa. São Paulo, 11 de maio de 2020. Disponível em <<https://www.uol.com.br/ecoa/reportagens-especiais/trafico-no-brasil-tira-por-ano-35-milhoes-de-animais-da-floresta-e-gira-r-3-bilhoes/#page15>>. Acesso em 08 jan. 2021.

SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf>. Acesso em 03 nov. 2020.

ONÇA-PINTADA. Disponível em <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/pantanal/nossas_solucoes_no_pantanal/protecao_de_especies_no_pantanal/onca_pintada/>. Acesso em 25 out. 2020.

VECCHIA, Ana Carolina Dalla. A importância da fauna para a existência das florestas. Disponível em <<https://www.infraestrutura-meioambiente.sp.gov.br/educacaoambiental/2019/11/11/a-importancia-da-fauna-para-a-existencia-das-florestas/>>. Acesso em 25 out. 2020.

THOMAS, Jennifer Ann. A caça ao caçador: o tráfico de animais no Brasil. In *Veja*, 2018. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/blog/impacto/a-caca-ao-cacador-o-trafico-de-animais-no-brasil/>>. Acesso em 25 out. 2020.

