

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS N.º 9.605/98

Márcio Bruno Milech*

Às vésperas de completar cinco anos de vigência, a Lei 9.605/98, que define as sanções penais e administrativas derivadas das condutas lesivas ao meio ambiente, já vem produzindo seus frutos, movimentando amplas discussões acadêmicas e permitindo que a jurisprudência sinalize, em alguns pontos, como se dará a sua aplicação.

O presente trabalho, nem de longe, procurará enfrentar aspectos de doutrina penal, mas alinhar breves considerações sobre as dificuldades práticas que serão enfrentadas pelos profissionais que, como experiência cotidiana ou eventual, tenham que atuar em procedimentos que envolvam a apuração de responsabilidade na área penal de delitos contrários ao meio ambiente.

Como regra básica, em sede de direito ambiental, a maior tarefa na aplicação da lei é a verificação do justo equilíbrio entre dois bens jurídicos relevantes e assegurados em sede constitucional, que são o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da Carta Magna) e a existência de uma ordem econômica que assegure a todos uma existência digna (art. 170 da Constituição Federal).

É esta colidência entre valores de igual estatura constitucional que deságua no tênue limite de aplicação de sanções penais, parecendo que o legislador quis dar à questão do meio ambiente, logo de plano, o tratamento criminalizador em preterição ao desenvolvimento econômico, afastando-se a utilização clássica do Direito Penal, como *'ultima ratio'*, ou, naquilo em que tudo falha, deve ser aplicada a pena privativa de liberdade.

Tal opção legislativa, todavia, parece-nos precipitada, devendo ter sido esgotadas as vias de possibilidades de ajustamento de condutas de empresas poluidoras (que a lei contempla – arts. 27 e parágrafo 4.º do art. 72), além de prazos mínimos de adaptação (objeto de tentativa por meio de Medida Provisória – MP 2.163-41, que incluiu na Lei o art. 79-A), tanto da população em geral, quanto das empresas, além, é claro, da necessidade de dotação orçamentária para os órgãos fiscalizadores, sob pena de, diante da reconhecida incipiência de recursos, a Lei 9.605/98 cair no rol das leis brasileiras que, tal qual a gripe, *'pegam ou não pegam'*.

Não se pode perder de vista, inclusive, que, apesar das naturais críticas iniciais à Lei, provavelmente difundidas por seus detratores, de que serviria a lei *"a trancafiar"*

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e ex-Procurador do Banco Central do Brasil.

o passarinho ou o caçador de tatus, além de extinguir com as atividades ancestrais de extrativismo”, o elemento mais poderoso para sua aplicação e vigência é a adoção de compromissos pessoais pelas empresas de se desvincularem da pecha de ‘poluidoras’, ganhando pontos nos critérios hoje aferíveis de maior ‘responsabilidade social’.

Todavia, o maior desafio também necessário para aplicação da Lei é erradicar o elemento mais propício à difusão da poluição, que, em nosso país, infelizmente, é a miséria, que faz com que o meio ambiente tutelado ‘às cegas’, sem um limite de razoabilidade, seja mais uma forma de opressão e atraso de desenvolvimento da população que esgota os meios naturais ao seu redor diante da total ausência de qualquer outro meio de subsistência. Se a Lei tiver a sua aplicação exclusivamente voltada para tal fim, é melhor voltarmos ao que existia ...

Quanto ao tema enfocado propriamente dito, o ponto inicial de qualquer demanda em sede penal que vise apuração de delitos contra o meio ambiente refere-se à fixação de sua competência.

Considerando a existência de condutas definidas como crimes (e não contravenções), concorreriam, em tese, para julgamento dos delitos previstos na Lei 9.605/98, tanto a Justiça especializada Federal quanto as Justiças Estaduais, pouco havendo de clareza a respeito sobre a fixação de competência tanto para uma quanto para outra, gerando inevitáveis conflitos de competência (e de atribuições em sede administrativas, além de penalidades em duplicidade, com sério risco de *bis in idem*, através da aplicação de multas federais, estaduais e até municipais pelo mesmo fato).

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 300244/SC¹, sendo Relator o Ministro Moreira Alves, numa hipótese de crime previsto no art. 46 da Lei 9.605/98 (depósito de madeira proveniente da Mata Atlântica) considerou o Supremo Tribunal Federal que não bastaria o interesse genérico da União (já que a Mata Atlântica é patrimônio nacional, art. 225 – parágrafo 4.º da CF), mas um interesse específico e direito apto o bastante para deslocar a competência para o foro federal.

Assim, o exame da competência da Justiça Federal para o deslinde de procedimentos penais para apuração de delitos ao meio ambiente parece cair numa análise casuística, com inegáveis incertezas para a correta aplicação da Lei.

Valer-se de meios da analogia à Resolução do CONAMA (especialmente a de n.º

1 Ementa – Competência. Crime previsto no artigo 46, parágrafo único da Lei 9.605/98. Depósito de Madeira nativa proveniente da Mata Atlântica. Artigo 225, parágrafo 4.º da Constituição Federal. Não é a Mata Atlântica, que integra o patrimônio nacional a que alude o artigo 225, parágrafo 4.º da Constituição Federal, bem da União. - Por outro lado o interesse da União para que ocorra competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Carta Magna tem de ser direto e específico e não, como ocorre no caso, interesse genérico da coletividade, embora aí também incluído genericamente o interesse da União. Conseqüentemente, a competência, no caso, é da Justiça Comum estadual. Recurso extraordinário não conhecido.

237, de 27.01.00, onde se estabelecem as atribuições da União ou dos Estados-Membros de licenciamento ambiental), para fixar os limites das diversas esferas de atribuição fiscalizatória, parece não se ajustar ao princípio constitucional da reserva legal, tão importante em sede penal.

Ao menos os bens que compõem, expressamente, o patrimônio da União (art. 20 da Constituição Federal), se objeto de ofensa, permitiriam o deslocamento da competência para a Justiça Federal, valendo a regra de que, naquilo que não colida especificamente com os bens da União, a competência seria da Justiça Estadual, como foro remanescente da Justiça especializada federal.

Quanto aos aspectos de territorialidade, o próprio Código de Processo Penal enuncia critérios suficientes ao estabelecimento da competência para apuração da infração (arts. 69 e seguintes do CPP).

Especial atenção merece em sede de delitos ambientais a análise quanto à independência de instâncias administrativa e penal, já que as ações fiscalizadoras dos órgãos executivos, em regra, redundam em representações de natureza penal ao Ministério Público (seja federal, seja estadual – arts. 68 e 70 – parágrafo 3.º da Lei 9.605/98).

Como regra básica e quase dogmática para solução deste problema, repete-se muitas vezes a fórmula da absoluta independência de instâncias.

Todavia, a associação feita pela Lei 9.605/98 entre as sanções administrativas e penais e, inclusive, as sanções previstas às pessoas jurídicas (que se assemelham, em muito, às penalidades administrativas), impõe uma reflexão sobre o dogma da independência de instâncias.

No Pretório Excelso, quando de julgamento do *Habeas Corpus* 81.324-SP², votou o Relator Ministro Nelson Jobim pelo trancamento da ação penal de processo iniciado de representação administrativa do Banco Central do Brasil que, posteriormente, reconheceu lícita a conduta do paciente.

2 Artigo – Iniciado o julgamento de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ, que negara ao paciente o trancamento da ação penal por falta de justa causa, sob o fundamento de que a decisão administrativa proferida no âmbito do Banco Central não vincula o Poder Judiciário, por serem independentes as instâncias penal e administrativa. Trata-se, na espécie, de paciente denunciado por crime contra o sistema financeiro nacional, com base exclusivamente em representação criminal encaminhada pelo Banco Central do Brasil, sendo que, posteriormente, o próprio Banco Central veio a reconhecer a normalidade da conduta do paciente, determinando o arquivamento do processo administrativo. O Min. Nelson Jobim, relator, salientando que o *habeas corpus* não questiona a independência das instâncias administrativa e penal, proferiu voto no sentido de deferir o *writ* para trancamento da ação penal por falta de justa causa, por entender que, no caso concreto, a denúncia não tem mais fundamento, já que baseada unicamente na representação do Banco Central, que veio a considerar a conduta relatada como lícita. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista do Min. Maurício Corrêa.

Tal medida era possível em sede de delitos contra o Sistema Financeiro Nacional, já que no âmbito administrativo dentro daquela autarquia, as decisões punitivas podem ser modificadas perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (o chamado 'Conselhinho'), daí havendo uma revisão ao dogma tão caro de independência de instâncias e que, em sede de delitos ambientais, também merece especial atenção.

As representações administrativas para fins penais, na maioria das vezes, limitam-se a preencher um ofício padrão previamente aprovado e que, salvo honrosas exceções, não desenvolvem argumentos que sirvam de fundamentação obrigatória à prática deste ato administrativo, impedindo que aqueles alcançados por seus efeitos tenham possibilidade de aferição – e até questionamento judicial, se for o caso – das razões e motivações do ato ou, por outro lado, sirvam de marco inicial aos Promotores ou Juizes para verificarem a presença de indícios mínimos de autoria ou materialidade autorizando a persecução penal.

Prudente se revela, portanto, que sejam analisados e explicitados os motivos, as causas e o momento apropriado (usualmente após a defesa do indiciado ou quando da decisão de 1.ª Instância) para implementar a representação administrativa para fins penais (e atendendo aos requisitos exigíveis para validade do ato administrativo que resultará na comunicação ao MP), evitando-se medida temerária (e até punível pela denúncia caluniosa) ou a alteração no próprio âmbito administrativo da orientação originária, permitindo, aí sim, que eventual desfecho favorável ao indiciado em sede administrativa vincule a decisão judicial.

Outro grande problema que se apresenta é a análise quanto ao momento próprio para implementar a representação administrativa para fins penais, já que, não raro, tanto a Sociedade reclama medidas imediatistas e enérgicas em danos ambientais, quanto o próprio Ministério Público demanda dos órgãos fiscalizadores elementos técnicos que, sozinho, não é capaz de obter pela falta de pessoal especializado, além de poder imputar a aparente demora na solução administrativa à conduta que vise benefício pessoal, tangenciando o tipo penal de prevaricação, mormente pela obrigação imposta aos agentes administrativos prevista no parágrafo 3.º do art. 70 da Lei 9.605/98, sob as penas criminais elencadas no art. 68 da Lei de Crimes Ambientais.

No campo fiscal federal, para afastar a possibilidade de sujeitarem-se os técnicos da Receita Federal às possíveis ações penais por prevaricação, fixou-se o critério legal de que a representação fiscal para fins penais deveria aguardar o fim do julgamento das medidas e recursos administrativos, independentemente do prazo prescricional penal (art. 83 da L. 9.430/96³).

3 Art. 83 – A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos artigos 1.º e 2.º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Tal medida se revela prudente e pode ser aplicada em sede ambiental, abortando de plano procedimentos penais despidos de segurança técnica e elementos sólidos de convicção, evitando-se natural desgaste do Judiciário na aplicação de medidas coibindo danos ambientais sem elementos para tanto, em detrimento de orientar esforços aos procedimentos que detenham, sim, elementos suficientes para uma procedência da acusação (já que amplamente debatidos em sede administrativa), daí a conclusão de ser necessária a fixação de marco certo e determinado para implementação de eventual representação administrativa para fins penais, devendo ser assegurado o amplo debate prévio em sede administrativa quanto à responsabilidade ou não do indiciado.

Outro elemento que merece especial atenção refere-se ao fato de exigir a Lei para configurar os delitos ambientais perícia (art. 19 da Lei 9.065/98), que se pressupõe anterior ao procedimento penal, já que dentre suas funções, inclusive, exige-se estimativa de prejuízo; seja para fins de composição de dano, seja para possibilidade de transação penal nos moldes da Lei 9.099/95, (nas sanções de menor potencial ofensivo).

Ora, considerando-se que os procedimentos previstos na Lei 9.099/95 visando apuração de delitos de menor potencial ofensivo têm tramitação sumária nas Delegacias Policiais, a exigência de perícia é um elemento intransponível para a formação do procedimento, visando, dentre outras coisas: permitir a defesa dos Réus, autorizar formulação de proposta de transação penal pelo *Parquet* e até arquivamento nas hipóteses de ausência de elementos de convicção.

Ocorre, todavia, que a perícia ambiental é naturalmente complexa, com inúmeras variáveis técnicas, já que por exigência legal deve ela estimar – sempre que possível – os danos, daí a imperiosa necessidade de ser exigido que haja um laudo pericial conclusivo, sob pena de evidenciar a ausência de justa causa para qualquer procedimento penal, inclusive eventual proposta de transação, quiçá gerando nulidade no procedimento eventualmente já em curso.

Deve ser dada a devida atenção, ainda, ao tipo penal previsto no art. 60 da Lei 9.605/98, e que penaliza, em síntese, a atividade exercida sem a licença ou a autorização ambiental exigida.

Pela multiplicidade de órgãos licenciadores, o empreendedor deverá redobrar as suas atenções para que, inobstante a obtenção de uma licença específica, se veja na contingência de atuar em ofensa ao mandamento legal, seja por desconhecimento, seja pela exigência de licenciamento de órgão que possa estar extrapolando suas atribuições.

Quanto ao desconhecimento, em sede penal há a possibilidade de arguição dos erros sobre a ilicitude do fato e de tipo, sendo que, quanto à atuação abusiva, nada há senão o socorro do remédio constitucional do mandado de segurança (se a ofensa emanar no âmbito administrativo) e do *habeas corpus* (se em sede penal).

Todavia, o que nos parece de mais relevante refere-se à dúvida quanto a considerar-se ainda presente eventual justa causa pela obtenção da licença anteriormente exigida após iniciado o procedimento penal.

A estrutura do referido tipo penal, naturalmente formal, poderia afastar a conclusão de que a licença obtida *a posteriori* poderia configurar o arrependimento posterior ou o eficaz, merecendo especial atenção do intérprete, todavia, há plena possibilidade de ser reconhecida a ausência de justa causa para a propositura de qualquer procedimento penal, já que, a rigor, o bem jurídico tutelado manteve-se íntegro, uma vez que a licença concedida leva à presunção de que o empreendedor adequou suas atividades à instalação, operação ou funcionamento da atividade potencialmente poluidora.

Crítica que merece a Lei 9.605/98 refere-se à redação do tipo penal previsto no art. 54, e que enuncia pena de reclusão de 1 a 4 anos a quem causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar danos à saúde humana. A indefinição da Lei quanto ao conceito técnico de poluição, naturalmente, poderia resultar numa eiva de inconstitucionalidade a enunciar tipo penal sem a necessária reserva prevista em Lei e que o enuncie de modo claro e específico⁴, deixando-se a punição, pela amplitude da conduta descrita na norma, sujeita a uma insegurança do jurisdicionado, dificultando sua defesa, e no aplicador da lei, ao não poder verificar o preenchimento ou não da conduta, e assim proferir decreto condenatório ou absolutório com a segurança exigida e esperada.

A imprecisão poderia ser sanada ainda pelas normas administrativas emanadas do CONAMA (Resolução 01, de 23.01.1986, anterior à Lei), que definiria, com mais precisão as atividades poluidoras, mas, ainda assim, em sede penal, a reserva legal é imperiosa, razão pela qual, ao nosso ver, o art. 54 da Lei de Crimes Ambientais traz maiores incertezas do que certezas.

Por fim, a novidade da Lei 9.605/98 refere-se à possibilidade de punição das pessoas jurídicas, tal qual previsto no art. 3.º da Lei, remetendo-se às sanções elencadas no art. 21.

Todavia, nos delitos em espécie não há a previsão expressa que enuncie, dentre as penas passíveis de serem aplicadas às pessoas jurídicas, quais delas podem incidir eventualmente naquela conduta especificamente infringida, carecendo de uma reserva absoluta da lei na fixação da pena.

4 "A respeito do tema, CERNICCHIARO: 'A descrição genérica é mais perigosa do que a analogia. Nesta há um parâmetro objetivo - a semelhança de uma conduta com outra, certa, definida, embora não haja identidade, como acontece com o furto e o furto de uso (...). A descrição genérica enseja, ao intérprete, liberdade ainda maior. Conseqüentemente, perigosa. Flagrantemente oposta ao mandamento constitucional. O crime não é ação, mas ação determinada. E determinada pela lei' (Direito Penal, cit., pp. 16-7)." (in Curso de Direito Penal - Fernando Capez - Saraiva - 2000 - p. 35).

Vejam os art. 54 já citado. Ali só há previsão de sanção privativa de liberdade, não havendo a gradação exigida para preencher a reserva legal e que autorize o sancionamento das pessoas jurídicas e, logo, consoante a regra clara de impossibilidade de punição sem prévia previsão legal (art. 5.º, XXXIX, da Constituição Federal), não haveria como ser penalizada a pessoa jurídica à míngua de pena específica, já que, do contrário, ferida estaria a regra clássica do Constitucionalismo e do Direito Penal.

A respeito, Alexandre de Moraes⁵:

"Essas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica 'in peius' das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções; bem como no exercício jurisdicional o juiz se converta em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções. Dessa forma o princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social (RTJ 40/47)."

São estas as brevíssimas considerações levadas à reflexão em prol do desenvolvimento da Lei 9.605/98, permitindo-se que sua aplicação seja cada vez mais aprimorada e constitua assim um legado às gerações futuras, tal qual a exuberante maravilha ambiental de nosso país, cujo esforço de proteção merece a união de todos.

5 Direitos Humanos Fundamentais . 3.ª ed., Atlas, 2000, p. 221.