

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E TUTELA PENAL

João de Campos Gomes

Rio de Janeiro
2005

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E TUTELA PENAL

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito, área de Ciências Penais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor João Mestieri

Rio de Janeiro
2005

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES

MESTRADO EM DIREITO

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E TUTELA PENAL

João de Campos Gomes

Dissertação apresentada ao Curso de
Mestrado em Direito, submetida à aprovação
da Banca Examinadora composta pelos
seguintes membros:

Orientador: Prof. Dr. João Mestieri

Prof. Dr. João Ricardo Dornelles

Prof. Dr. Pedro Tórtima

Rio de Janeiro
2005

A meus pais.

AGRADECIMENTOS

Edlaine, Teresa, João Pedro, Lícia e Ana.

Psicologia de um vencido

Eu, filho do carbono e do amoníaco,
Monstro de escuridão e rutilância,
Sofro, desde a epigênese da infância,
A influência má dos signos do zodíaco.

Profundissimamente hipocondríaco,
Este ambiente me causa repugnância...
Sobe-se à boca uma ânsia análoga à ânsia
Que se escapa da boca de um cardíaco.

Já o verme – este operário das ruínas –
Que o sangue podre das carnificinas
Come, e à vida em geral declara guerra,

Anda a espreitar meus olhos para roê-los,
E há-de deixar-me apenas os cabelos,
Na frialdade inorgânica da Terra!

Augusto dos Anjos

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo problematizar a questão do licenciamento ambiental e da tutela penal, consubstanciada na necessidade de criminalizar os fatos de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes e sua interface com alguns aspectos da criminologia, e a necessidade de que as pessoas jurídicas e seus diretores, administradores, membros de conselho e de órgão técnico, auditores, gerentes, prepostos ou mandatários, tomem ciência da possibilidade de ficarem incurso em um delito penal pouco conhecido e divulgado, bem como, que as imposições penais deste artigo não são as mais adequadas para a devida tutela do bem jurídico que se pretende proteger.

Palavras chave: Licenciamento ambiental, tutela penal.

ABSTRACT

This work aims at questioning the environmental licensing issue and the related penal custody, based on the need of penalizing, anywhere within national boundaries, the building, reform, enlargement, installation or setting-up of potentially polluting works or services without license or authorization of the competent environmental organs, or in any other aspect contradicting the pertinent legal and regulatory norms or their interface with certain aspects of criminology. We shall also discuss the need of legal entities (including here directors, managers, auditors, council and technical organ members, entitled or otherwise) to be aware of the possibility of incurring in unknown penal delict and of the fact that the penal impositions of this article are not the most adequate for the proper custody of the juridical good that must be protected.

Key words: licensing environmental, custody penal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. NATUREZA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL.....	33
2.1 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO.....	34
2.1.1. Superposição de normas administrativas e penais. Inexistência de diferença ontológica entre ambas.....	42
2.1.2. A superposição de normas administrativas e penais. Norma penal em branco e tipos abertos.....	45
2.2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: TUTELA ADMINISTRATIVA.....	49
2.3. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: LEGALIDADE E PODER DE POLÍCIA.....	53
2.4. AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL – AIA.....	57
2.5. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL – EIA.....	61
2.6. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ÓRGÃO AMBIENTAL.....	68
3. FALTA DE LICENÇA AMBIENTAL: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS.....	77
3.1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: SELEÇÃO PENALIZANTE.....	84
3.1.1 Licenciamento ambiental: meio da arrecadação de multas.....	90
3.1.2 Licenciamento ambiental: suposta insuficiência das sanções administrativas e civis.....	94
3.1.3 Licenciamento ambiental: compatibilização entre o desenvolvimento e a proteção ao meio ambiente.....	100
3.1.4 Licenciamento ambiental: crime pela posição social do autor.....	104
3.2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL: QUATRO RAZÕES PARA A NÃO CRIMINALIZAÇÃO.....	113
3.3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL: O QUE RESTA AO DIREITO PENAL.....	116
4. CONCLUSÃO.....	119
5. BIBLIOGRAFIA.....	128
6. ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	134

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo problematizar a questão do licenciamento ambiental e da tutela penal, consubstanciada na necessidade de criminalizar os fatos de construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes e sua interface com alguns aspectos da criminologia, e a necessidade de que as pessoas jurídicas e seus diretores, administradores, membros de conselho e de órgão técnico, auditores, gerentes, prepostos ou mandatários, tomem ciência da possibilidade de ficarem incurso em um delito penal pouco conhecido e divulgado, bem como, que as imposições penais deste artigo não são as mais adequadas para a devida tutela do bem jurídico que se pretende proteger.

Palavras chave: Licenciamento ambiental, tutela penal.

1. INTRODUÇÃO

A partir da década de 70 os problemas relativos ao tema meio ambiente¹ assumiram um grande relevo nos debates da sociedade em geral, inclusive com encontros internacionais como a Conferência da ONU de 1972 (Estocolmo) e a ECO 92², o que gerou uma gama enorme de discussões sobre o assunto, até mesmo provocando mudanças comportamentais das populações, incluindo campanhas nos meios de comunicação, na escola etc. que faz lembrar a descrição da Revolta da Vacina³, ocorrida no início do século passado, no seu aspecto higienista.

Desde logo, deve ser afastada a possível idéia de que a presente dissertação imagine que discussões de temas relativos ao meio ambiente tenham iniciado somente a partir dos anos 70. Soares⁴, não compartilhando da percepção da existência específica de preocupações anteriores com o meio ambiente no sentido atual, lembra que alguns autores apontam como precedentes do atual debate relativo ao meio ambiente, a preocupação com a limpeza das águas e a preservação da paisagem. Tal

¹ A doutrina vem criticando o termo meio ambiente, referindo que é um termo que retrata um vício de linguagem conhecido por pleonasmos, consistente em repetição de palavras ou de idéias com o mesmo sentido simplesmente para ênfase, porém a expressão “meio ambiente” já está consagrada na doutrina, na jurisprudência e na própria consciência da população. Assim, o conceito legal de meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei n. 6.938, de 31-8-1981). Registre-se que o conceito legal de meio ambiente não é adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente. Para José Afonso da Silva, o conceito de meio ambiente seria “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as formas”. Ver SIRVINSKAS, Luis Paulo. Tutela penal do meio ambiente: breves comentários atinentes à lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo : Saraiva, 2002. p. 12.

² Sobre estes eventos e a respeito dos primórdios das preocupações com a limpeza das águas, preservação de paisagens, florestas, caça, pesca e certos minerais ver SOARES, Guido Fernando da Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001; SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela penal do meio ambiente : breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva. 2002.

³ Ver CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados : O Rio de Janeiro e a república que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

⁴ SOARES, Guido Fernando da Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo : Atlas, 2001, p. 39.

preocupação viria desde a antiguidade, porém era ligada à noção de direito de vizinhança ou a valores econômicos relativos à propriedade, sempre de maneira isolada e pontual, sem qualquer relação com outros componentes do meio ambiente. Igualmente, as antigas normas relativas à preservação das florestas, como as vigentes na Península Ibérica, relativas ao reflorestamento, para fins da construção de embarcações.

Soares⁵ ensina que o início do século XX herdou dos séculos anteriores, especialmente do século XIX, a idéia de que o desenvolvimento material das sociedades, tal como potencializado pela Revolução Industrial, era o valor supremo a ser almejado, sem contudo atentar-se para o fato de que as atividades industriais têm um subproduto altamente nocivo para a natureza e, em conseqüência para o próprio homem. Na verdade, inexistia mesmo uma preocupação com o meio ambiente que cercava as indústrias, pois, à falta de problemas agudos, havia um entendimento generalizado de que a natureza (entendida como um “dado” exterior ao homem) seria capaz de absorver materiais tóxicos lançados ao meio ambiente, e, por um mecanismo “natural”, o equilíbrio seria mantido de maneira automática.

Contudo, como é divulgado amplamente, houve um momento em que nem a “natureza” poderia continuar reciclando os materiais tóxicos, nem o homem estaria em condições de frear suas atividades poluidoras. Por outro lado, as decorrentes necessidades de proteção ao meio ambiente, que aos poucos foram sentidas e regulamentadas aos níveis domésticos dos Estados, ultrapassaram as fronteiras nacionais, pois tanto a poluição quanto as medidas de conservação dos elementos componentes do meio ambiente não conhecem os limites de uma geografia política, instituída artificialmente pela humanidade⁶.

O Brasil acompanhou e sofre os reflexos do contexto mundial apresentado acima, como seria normal, e logo surgiram legislações referentes ao tema do meio ambiente, que buscavam regular diversos aspectos do assunto, em consonância com a

⁵ Idem, p. 35

⁶ Idem, p. 35

orientação do pensamento ocidental dominante, tais como, responsabilidade civil por danos nucleares e a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares⁷, parcelamento do solo urbano⁸, criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental⁹, a política nacional do meio ambiente, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação¹⁰ e muitas outras.

Em relação à lei que trata da política nacional do meio ambiente (Lei 6.938/81), é de se registrar que esta possui 21 (vinte e um) artigos, tendo estabelecido no seu art. 15, com redação da Lei 7.804/1989, que o poluidor que expusesse a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estivesse tornando mais grave situação de perigo existente, ficaria sujeito à pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR.

Após a edição da Lei da Política Nacional de Meio Ambiente surgiram outras leis relativas ao meio ambiente, como, por exemplo, a que criou o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente¹¹, a que estabeleceu medidas para a proteção de florestas existentes nas nascentes dos rios, a redução de emissão de poluentes por veículos automotores.

A preocupação com o meio ambiente foi de tal ordem que, como diz Sirvinskas¹² o legislador constituinte resolver reservar-lhe um capítulo inteiro na Constituição Federal. Porém, na esfera penal, a tutela do meio ambiente ficava a desejar, pois não existia um ordenamento sistemático de infrações penais ambientais.

As infrações penais existentes encontravam-se em alguns dispositivos do Código Penal e em legislações esparsas, que fizeram Dotti¹³ identificar como um

⁷ Lei 6.453, de 17 de outubro de 1977.

⁸ Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979.

⁹ Lei 6.902, de 27 de abril de 1981.

¹⁰ Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.

¹¹ Lei 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.

¹² SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela penal do meio ambiente : breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. 2ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

¹³ DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. Revista dos Tribunais, v. 655, p. 245 –257, maio 1990.

“festival babélico” que se movimenta no cenário das leis especiais que podiam ser identificados não somente pela superposição de tipos de ilicitude, mas também pela variedade de critérios adotados para a pena de multa. Tal situação era e é identificada na criminalidade econômica, financeira e tributária, e, especificamente, quanto aos crimes contra o meio ambiente, o panorama igualmente era desalentador.

Dotti¹⁴ explicava, ainda, que sob perspectiva estritamente penal, era de total conveniência que os tipos de ilícitos penais figurassem agrupados na Parte Especial do Código Penal, sob um título específico, e ao lado de tal expectativa, um grande e fecundo trabalho deveria ser efetuado pelo legislador, ou seja, a revisão e a consolidação dos textos em vigor na época, a fim de que o Direito Penal Ambiental não permanecesse como repertório de proclamações otimistas e sofrendo nefastas conseqüências da proliferação desordenada de leis de ocasião que, “a exemplo de toda e qualquer inflação, desorganiza sistemas, arruína instituições e corrói a esperança”.

Não foi atendida a idéia de que seria conveniente que os tipos de ilicitudes ambientais ficassem agrupados na Parte Especial do Código Penal sob um título específico, mas foi sancionada a denominada Lei de crimes ambientais, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a qual estabeleceu, entre seus 79 artigos, o artigo 60 é o tema e objeto da presente dissertação.

Após a publicação da Lei de crimes ambientais outras leis relativas ao meio ambiente foram publicadas, tais como, sobre educação ambiental¹⁵, prevenção, controle e fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional¹⁶, a que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza¹⁷ e a que estabelece

¹⁴ Idem, p. 255.

¹⁵ Lei 9.795, de 27 de abril de 1999.

¹⁶ Lei 9.966, de 28 de abril de 2000.

¹⁷ Lei 9.985, de 18 de julho de 2000.

normas para o plantio e comercialização da produção de soja geneticamente modificada da safra de 2004¹⁸.

Todos os temas acima são muito interessantes e envolvem uma série de assuntos onde caberiam várias dissertações.

Ocorre que, como dito acima, o tema da presente dissertação girará em torno da idéia de problematizar a aplicabilidade e a necessidade de tornar puníveis os fatos descritos no artigo 60 da Lei 9.605/1998 - Crimes Ambientais, que tem a seguinte redação:

“Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

A novidade do presente tema é que o que era obrigação de natureza administrativa passou a integrar o âmbito do Direito Penal. O que tornou necessário o estabelecimento de um diálogo entre os diversos setores da sociedade brasileira.

A introdução do art. 60 na lei de crimes ambientais materializa o ensinamento de Costa Junior¹⁹ de que os crimes ecológicos afastam-se sempre mais da lesão efetiva do bem jurídico, pois, via de regra, são os tipos de perigo abstrato que marcam os tipos fundamentais da moderna tutela penal do meio ambiente e, com efeito, a ampliação progressiva da tutela penal ecológica. Uma característica assumida pelo crime ecológico

¹⁸ Lei 10.814, de 15 de dezembro de 2003.

¹⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. Direito penal ecológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 82.

é a de ser um crime-obstáculo. Sob angulação cronológica, os crimes-obstáculo caracterizam-se por uma fase que precede o início de verdadeiras atividades poluentes.

Note-se que o tipo previsto no artigo 60 da Lei de crimes ambientais, embora esteja inserido na seção relativa à poluição, é um ilícito fortemente ligado com meras questões administrativas, tendo sido inserido na lei de crimes ambientais apenas com a finalidade, ao que parece, de garantir a obediência por parte dos administrados para obter licenças ambientais²⁰.

No entanto, houve uma parcela da sociedade brasileira que, aparentemente, poderia ser mais diretamente atingida quanto à possibilidade de ser criminalizada, como as pessoas jurídicas²¹ e seus diretores, administradores, membros de conselho e de órgão de técnico, auditores, gerentes, prepostos ou mandatários.

A hipótese geral deste trabalho é que as imposições penais deste artigo não são as mais adequadas para a devida tutela do bem jurídico (meio ambiente)²² que se pretende

²⁰ Um outro aspecto inicial interessante, é que mesmo com o “festival babélico” referido por Dotti, passados mais de 6 (seis) anos da existência do artigo 60 da Lei de crimes ambientais, até o momento não há uma lei que regule o licenciamento ambiental, como instrumento da política nacional de meio ambiente, sendo que até o momento, o licenciamento ambiental é regulado pela RESOLUÇÃO CONAMA 237/97, portanto, anterior à Constituição e à Lei de crimes ambientais. Mas a ausência de uma lei específica para o licenciamento ambiental não impede que existam sanções administrativas e penais sobre o assunto.

²¹ Quanto à possibilidade de responsabilidade criminal de pessoas jurídicas há controvérsias, contudo, na prática vêm existindo inquéritos policiais e ações penais contra pessoas jurídicas, inclusive com condenação em primeiro grau de jurisdição.

²² Como dissemos, a doutrina vem criticando o termo meio ambiente, referindo que é um termo que retrata um vício de linguagem conhecido por pleonasmos, consistente em repetição de palavras ou de idéias com o mesmo sentido simplesmente para ênfase, porém a expressão “meio ambiente” já está consagrada na doutrina, na jurisprudência e na própria consciência da população. Assim, o conceito legal de meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências, alterações e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, I, da Lei n. 6.938, de 31-8-1981). Registre-se que o conceito legal de meio ambiente não é adequado, pois não abrange de maneira ampla todos os bens jurídicos protegidos. É um conceito restrito ao meio ambiente. Para José Afonso da Silva, o conceito de meio ambiente seria “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o

proteger. Que fique claro, desde logo, que a dissertação não pretende discutir a abolição de todos os crimes ambientais, mas ela restringe-se a discussões sobre o tipo contido no artigo 60 da Lei 9.605/98.

Zaffaroni e outro informam que “Toda norma jurídica traduz uma decisão política. A decisão política dá origem à norma jurídica, mas isto não implica que a norma jurídica fique submetida absolutamente à decisão política.”²³

A norma traduz adequadamente a decisão política, ninguém pode argumentar o contrário. A norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político-penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva. ²⁴

desenvolvimento equilibrado da vida em todas as formas”. Ver SIRVINSKAS, Luis Paulo. Tutela penal do meio ambiente : breves comentários atinentes à lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. 2.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.

²³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 4. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 133.

²⁴ Idem, p. 133.

Dentro desta perspectiva de que as imposições do artigo 60 da Lei 9.605/88 não eram as mais adequadas, foram identificadas três questões relevantes no decorrer da pesquisa, que seguem, 1) a necessidade de que se entenda a natureza do licenciamento ambiental; 2) a superposição de normas penais e administrativas, que leva à questão das normas penais em branco; e 3) o problema do federalismo brasileiro. Quanto a estas três questões houve o esforço de estudá-las no segundo capítulo da presente dissertação, sendo que no aspecto relativo ao problema do federalismo brasileiro, só foi possível uma rápida informação sobre o problema da competência no âmbito federal, já que logo se verificou que além da legislação no âmbito federal, existem legislações ambientais em todos os estados da federação e em um número enorme de municípios, que ocasionam um leque enorme de questões relativas à competência para o licenciamento ambiental.

De outro lado, no capítulo terceiro, houve a procura de contribuir com a questão posta do licenciamento ambiental como fato punível, quando foi examinada a questão da criminalização da falta de licença ambiental quanto à necessidade de introdução de sanções criminais para proteger o meio ambiente pela insuficiência de sanções civis e administrativas, razões que levam a considerar que o Direito Penal não é adequado para tratar as questões de Direito ambiental, bem como a questão da diferenciação da criminalidade pela posição social do autor, fazendo pontos de contato entre o fato punível da falta de licença ambiental com os crimes do colarinho branco.

A justificativa do estudo foi em razão da nova realidade que fez necessário que determinadas pessoas passassem a ter preocupações que anteriormente não existiam, pois a partir da entrada em vigor do artigo 60 da Lei 9.605/98 a falta do licenciamento ambiental pode ser considerada um fato punível criminalmente.

Um passo inicial seria encontrar ligações lógicas entre a questão do licenciamento ambiental com alguns aspectos da criminologia²⁵, além da necessidade de esclarecer e divulgar para a sociedade geral a essência punitiva constante no artigo 60 da referida Lei, tornando as pessoas cientes da possibilidade de ficarem incursas em um delito penal pouco conhecido, compreendido e divulgado.

Quanto ao desconhecimento da lei, cabe lembrar que se aprende na doutrina que, geralmente, quando uma lei existe, é vigente e exigível torna-se obrigatória a todos, sendo imposta a sua obediência, de maneira que ninguém pode fugir às suas determinações sob o pretexto de desconhecê-la.

No aspecto da proteção penal julgamos importante lembrar do erro de proibição referido no artigo 21 do Código Penal, Delmanto²⁶ ensina a respeito dos efeitos do erro de proibição que se o desconhecimento formal da lei for inescusável (indesculpável), o erro sobre a ilicitude do fato pode isentar de pena (se o engano for inevitável) ou diminuí-la (se tal erro podia ter sido evitado). Assim, fica estabelecido o chamado erro sobre a ilicitude do fato (ou erro de proibição), que ocorre quando o sujeito, embora agindo com vontade (dolosamente), atua por erro quanto à ilicitude de seu comportamento.

Para um melhor aprofundamento dessas influências mútuas, é importante delimitarmos o campo de atuação das categorias que serão utilizadas. A primeira é a questão da definição da Criminologia e como esta estará presente na discussão. Castro²⁷ argumenta que existem tipos distintos de Criminologia, destacando a Positivista, a Clínica, a Organizacional, a Interacionista e a Criminologia Crítica. A

²⁵ CASTRO, Lola Aniyar de. Entre la dominacion y el miedo: nueva criminología y nueva política criminal. Mérida: Ediciones Nuevo Siglo, 2003. p. 62.

²⁶ DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 3^a. ed. atualizada e ampliada por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro. Renovar, 1991. p 37

²⁷ CASTRO, op. cit, p. 65.

autora, citando Elena Larrauri observa que a Criminologia Crítica “debe estar ahora orientada a la construcción de una dogmática penal mínima”.

A presente pesquisa sobre as penalidades relativas ao Licenciamento Ambiental segue essa pista, pois neste caso precisam ser mais bem delimitados os aspectos administrativos e penais, procedimento que não vem ocorrendo na aplicação do controle pelas agências criminalizadoras. Por isto, a definição da Teoria de Criminologia a ser adotada é essencial para o resultado da análise proposta. É neste sentido que adoto orientação da Criminologia Crítica, pelas funções que esta propõe, tanto ao sistema social quanto ao sistema penal, buscando, também, compreender o “Licenciamento Ambiental” em seu sentido operacional, sem exclusão dos aspectos reais, materiais e formais, que permitem várias definições dos fatos puníveis.

A criminalização, segundo Zaffaroni et al²⁸, é descrita na literatura jurídica crítica como a seleção penalizante e não é levada a cabo por acaso, mas é o resultado “da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal”.

A delimitação entre a criminalização primária e a secundária é um ponto essencial nesse debate. “Todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena”²⁹. Nessa perspectiva temos o processo de elaboração da Lei Penal, criminalização primária, onde constam as definições dos fatos puníveis genericamente. Posteriormente, há a possibilidade de aplicação da Lei, por meio das agências penalizadoras – polícia, promotores e juízes. A

²⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

²⁹ Idem, p. 43.

problematização desses aspectos foi assim descrita por Zaffaroni et al³⁰ (2003):

“enquanto a criminalização primária (elaboração da lei penal) é uma declaração que, em geral, se refere a condutas e atos, a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-se à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusado praticou aquela ação), no processo discute-se publicamente se esse acusado praticou aquela ação e, em caso afirmativo, autoriza-se a imposição de uma pena de certa magnitude que, no caso de privação de liberdade de ir e vir da pessoa, será executada por uma agência penitenciária (prisonização)”.

A questão do “Licenciamento ambiental” passou a estar no âmbito da criminalização primária em 1998 com a promulgação da Lei 9.605/98, tornando-se um fato punível. Até este momento, estava inscrita no campo do Direito Administrativo, sendo aplicada através de sanções administrativas – multa simples ou diária; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e suspensão de atividade.³¹

Consta na Lei 6.938/81 referência a possibilidade de que o poluidor³² que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais

³⁰ Idem, p. 44.

³¹ Ver artigo 14, I, II, III e IV da Lei 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente.

³² Ver artigo 15 da Lei 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente.

grave situação de perigo existente, ficar sujeito à pena de reclusão de 1(um) a 3 (três) anos e multa de 100 (cem) a 1.000 (mil) MVR, já apontando uma tendência de ampliação do direito administrativo, utilizando-se do direito penal.

A relação do direito penal com o direito administrativo é mencionada por vários autores³³, tal relação é vista como problemática. Nota-se uma tendência – no geral autoritária – que pretende ampliar o campo de atuação do direito administrativo às expensas do direito penal; outra tendência, ao contrário, penaliza verdadeiras questões administrativas, também há outro gênero de avanço, que se realiza através de um sistema de penas “policiais”. Esta tendência pode ser verificada com a transformação das questões relativas ao licenciamento ambiental em fato punível no sentido penal.

Existem diversas autuações administrativas por falta de licenciamento ambiental que se referem a normas penais, numa clara demonstração da relação problemática entre direito penal e direito administrativo.

Com o desenrolar dos estudos verificou-se a importância de destacar a discussão da idéia da superação do direito penal, o que não significa negar a exigência de formas alternativas de controle social do desvio³⁴ aqui tratado e mesmo do desvio em geral.

Como transmitem Zaffaroni e Pierangeli³⁵:

“Para avaliar o controle social em um determinado contexto, o observador não deve deter-se no sistema penal, e menos ainda na mera letra da lei penal, mas é mister analisar a estrutura familiar (autoritária ou não), a educação (a escola, os métodos pedagógicos, o controle ideológico dos textos, a universidade, a liberdade de cátedra etc.), a medicina (a orientação “anestésiante” ou puramente organicista, ou

³³ Ver FRAGOSO, BATISTA e ZAFFARONI.

³⁴ Sobre o tema do desvio ver GOFFMAN, Erving. Estigma: Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. Tradução Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes; BECKER, Howard S. Uma teoria da ação coletiva. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. Tradução Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes.

³⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro, parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 60.

mais antropológica de sua ideologia e prática) e muitos outros aspectos que tornam complicadíssimo o tecido social. Quem quiser formar uma idéia do modelo de sociedade com que depara, esquecendo esta pluridimensionalidade do fenômeno de controle, cairá em um simplismo ilusório”.

Outros aspectos que se foram desvendando, é que o tema do “Licenciamento Ambiental”³⁶ está profundamente ligado com a questão do exercício das atividades econômicas e administrativas.

Notou-se que “existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada administrativização do direito penal, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção de dolo, vale-se da responsabilidade objetiva, e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes.”³⁷

Então, temos a dúvida de que o “Sistema de Licenciamento Ambiental” teria a finalidade de assegurar que não sejam praticados atentados contra o meio ambiente ou ele se destinaria apenas a facilitar a administração e arrecadação pelo Estado?

O sistema de licenciamento ambiental pressupõe que toda uma série de elementos seja levada em consideração para a concessão da licença.

É um procedimento bastante complexo e que se desenvolve, obrigatoriamente, em várias etapas, como se pode verificar no art. 10 da Resolução CONAMA 237/97, tais como:
definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos

³⁶ Licenciamento ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso (Resolução CONAMA 237/97 – art. 1º, I).

³⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 43.

documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida; requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade; análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias; solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante dos SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente; solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico; deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade. No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes. No caso de empreendimentos e atividades sujeitos ao Estudo de Impacto ambiental – EIA, se verificada a necessidade de nova complementação em decorrência de esclarecimentos já prestados, conforme incisos IV e VI, o órgão

ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação.

Para atividades potencialmente poluidoras existe, inclusive, previsão constitucional de que se elabore um estudo prévio de impacto ambiental, conforme art. 225, IV que segue:

“Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Seria possível uma proteção eficaz do ambiente, sem a colaboração do Direito Penal? Há legislações de vários países que contemplam diversas condutas atentatórias ao meio ambiente como sendo crimes ou contravenções.

Mukai³⁸ aponta que Paulo José da Costa Jr. e G. Gregori afirmam, a propósito:

“A previsão de crimes especificamente ecológicos, esteja ela compreendida no Código Penal ou expressa em leis especiais é, de qualquer modo, a única forma para assegurar aos valores ambientais aquela proteção ‘imediata’ de que necessitam no momento atual”, surgindo, “assim, no direito penal recente, uma tipologia de seus interesses ecológicos que se apresentam sempre, em todas as experiências legislativas que se vêm a fazer na matéria”.

Num mundo, portanto, em que as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, buscam-se elementos de orientação normativa e, num contexto em que a segurança vira pretensão social quase que obsessiva, dado o alto poder simbólico, e estigmatizante, o Direito Penal, é chamado para a tentativa de dar resposta, pondo fim à angústia social.

A criminalização de atividades e condutas relacionadas ao meio ambiente ganha extrema relevância num modelo social de alta sensibilidade à exposição a riscos, riscos estes que justificariam uma perseguição criminal implacável (e daí a redução de garantias processuais, o aumento da severidade das penas, a difusão de uma multiplicidade de novos crimes, a responsabilização penal de pessoas jurídicas).

³⁸ MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 79.

No Brasil, este cenário poderia estar materializado na Lei 9.605/98³⁹ em geral, e em especial o art. 60 da referida lei, por isso, pretendemos procurar entender o problema a partir de uma perspectiva crítica. Pode-se questionar firmemente, quanto ao tema estudado, a visão do direito penal como o mais eficiente meio de controle social e de fomento da consciência social.

Além do mais, parece que o Direito Penal está recebendo uma carga que não pode suportar, fruto da pressão em responder aos novos desafios da sociedade atual. Como se pode observar, na parte final das razões dos vetos da lei de crimes ambientais, encontramos um comentário que parece revelar a pressão para as respostas penais sem as devidas cautelas que vale a pena repetir:

“Cabe ainda ressaltar, que várias outras disposições desta Lei poderiam sofrer reparos, seja quanto à técnica legislativa, como ocorre com o art. 40, que impropriamente faz remissão a texto de Decreto regulamentar, seja quanto a adoção de idéias penais controvertidas, como a da responsabilização penal de pessoas jurídicas, que necessitaria inclusive, de procedimentos próprios para sua aplicação. Essas imperfeições poderão, todavia, ser reparadas posteriormente mediante iniciativa do Poder Legislativo ou do Poder Executivo.”⁴⁰

As razões dos vetos parecem demonstrar um estado de perturbação social, onde são destruídas as pretensões de racionalidade, por exemplo, com a desproporcional valorização dos bens jurídicos penalmente tutelados, e onde são aprovadas leis sem a devida ponderação.

Com a literatura estudada verificou-se que na história moderna e contemporânea surgiu um processo de racionalização particularmente forte em dois tipos de delitos referentes à violação dos regulamentos policiais que aumentam constantemente com a crescente cumplicidade das relações sociais e na violação de leis trabalhistas por

³⁹ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

⁴⁰ Razões dos vetos da Lei n. 9605/98.

empregadores. Nos casos das violações dos regulamentos policiais, dentre os quais estaria incluído o licenciamento ambiental como fato punível, o único interesse do Estado em tais delitos é compelir o administrado à obediência, impondo multas suficientemente altas.

Conforme Rusche e Kirchheimer⁴¹ se o interesse ou prazer do delinqüente em transgredir as normas for reduzido ou não, depende inteiramente da eficiência com a qual as autoridades irão controlar a obediência das normas e reprimir as violações. E, ainda, que o fracasso da tarefa de reprimir com suficiente vigor leva automaticamente a várias transgressões, pois esses delitos meramente técnicos não são acompanhados por nenhum sentimento de culpa ou arrependimento.

Foi notado que o tipo de fato punível estudado no presente trabalho merece atenção, pois o licenciamento ambiental envolve, mais que os crimes contra a propriedade, a percepção de benefícios econômicos. Percebeu-se que um campo de raciocínio para a decisão de tornar o licenciamento ambiental um fato punível, é que esta prática visaria à arrecadação de multas. Mas para permitir tal arrecadação é preciso que as multas sejam leves, e não se olhe para o lucro advindo da transgressão.⁴² Nesses casos, não é possível a aplicação do princípio geral do direito de que a punição precisa ser suficiente para negar os lucros do crime, ou seja, a recompensa é sempre maior do que o risco. As punições estabelecidas, obviamente, não se destinam a ressocializar os grupos envolvidos ou tirá-los de seus negócios. Se assim fosse, as penas de multas não seriam imputadas a pessoas reprovadas pela maneira através da qual ganham a vida, uma vez que o dinheiro com que as multas são pagas deve, obrigatoriamente, vir das próprias ocupações condenadas. Em tais situações, o Estado imputa a pena de multa, e aparentemente desaprova tais atividades, mas não está seriamente disposto a acabar com elas.

Como dizem Rusche e Kirchheimer⁴³:

⁴¹RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Tradução, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. p. 238.

⁴² Na lei 9.605/98 consta entre as circunstâncias que agravam a pena ter o agente cometido a infração para obter vantagem pecuniária (ver art. 15, II “a”), isto permite que sejam feitas contas que possibilitam o lucro.

⁴³ Idem, p. 238.

“O Estado descansa contente, pois não está interessado em punir o estrato social em questão, menos ainda na reabilitação dessas pessoas. E mais ainda porque a pena de prisão termina sempre por ser mais uma escolha antieconômica de enfrentar as dificuldades administrativas e financeiras”.

Nota-se o desenvolvimento de uma comercialização extensa do sistema penal, tal processo encontra sua expressão mais completa nos delitos puramente policiais, como é o caso da falta de licença ambiental.

O sistema de multa aplicável à lei de crimes ambientais e em especial ao seu art. 60 equipara-se ao sistema de fiança descrito por Rusche e Kirchheimer⁴⁴, onde temos que este último conjunto seria um sistema de licenças, só diferindo da prática administrativa usual, no sentido em que esta requer a licença antes de ser dada a permissão, e no campo criminal a “taxa” é paga depois do ato, e tão-somente se o ato for apreendido.

Pode-se imaginar que a nossa legislação ao permitir a possibilidade de compromisso de Ajustamento de Conduta⁴⁵ cria uma licença posterior ao ato, o que confirma a idéia de que tudo é negociável em matéria de licenciamento ambiental. O aspecto penal virtualmente desaparece no caso de delinquentes ricos que podem pagar multas sem sentir ou que podem evitá-la, especialmente onde as violações de regulamentos policiais não representam qualquer estigma social.

O principal efeito da punição de delitos graves repousa no estigma social e nas fichas policiais. Para a maioria das pessoas, entretanto, esta forma racionalizada de administração da justiça criminal não produz efeitos importantes, uma vez que necessitaria de restrições maiores e de expor o delinquente e seus parentes ao vexame.

Se o delinquente possui propriedades, mas recebe um pequeno, porém constante rendimento, a pena de multa constituiria uma perda séria, e ainda pior nos pequenos casos em que o delito é, no todo ou em parte, conseqüência de total miséria. Isto não pode ocorrer

⁴⁴ Idem, p. 239.

⁴⁵ Pelo art. 5º, § 6º da Lei 7.347/1985 – Ação civil pública – “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

no crime aqui estudado, pois apenas possuidores têm condições de realizar estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores.

No aspecto analítico tocou-se em aspectos e problemas da retroatividade, pois não é pequeno o número de instalações industriais que, instaladas anteriormente à exigências de licenciamento ambiental, e por conseqüência antes de que tal fato fosse punível criminalmente, operem sem licenças ambientais.⁴⁶

Tais estabelecimentos operam sem licenças ambientais e em grande parte dos casos, com permissão tácita das autoridades ambientais. Antunes⁴⁷ considera que os casos mais graves são os das empresas cuja atividade poluidora é mais intensa, ocorrendo muitas situações de emissão de licenças de modo pouco ortodoxo, querendo dizer, que em tais hipóteses, são expedidas Licenças de Operação (LO) com um cabedal de restrições e exigências que, sem dúvida alguma, implicam em verdadeiras licenças negativas.

Quanto ao artigo 60 podemos ver que ele possui, pelo menos, duas partes, a primeira refere-se a dois instrumentos de intervenção prévia da Administração pública: a licença e a autorização. Um desses atos administrativos poderá ser exigido para estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores. A indicação do rol de estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores deverá constar de normas legais ou regulamentares federais, estaduais ou municipais. Sem previa inclusão em lei ou em regulamento, a Administração Pública não pode exigir que as pessoas físicas ou jurídicas sejam licenciadas. A segunda parte mencionada é a que torna punível criminalmente o descumprimento do conteúdo da licença ou autorização, sob o argumento de que se não for assim a autorização ou licença se converteriam em mero formalismo, numa proteção fictícia ao meio ambiente.

⁴⁶ Licença Ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental (Resolução CONAMA 237/97 – Art. 1º, II).

⁴⁷ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 509

O fato punível sob estudo também encontra nuances de crime de desobediência, pois o que se incrimina no artigo 60 é a desobediência às normas administrativas ambientais e às normas legais ambientais, assim, não seria preciso que o descumprimento das normas legais e regulamentares cause poluição, pois em tal caso, se trataria do crime do artigo 54.

Cuidou-se de um fato punível apontado como de perigo abstrato, pois neste caso prescinde-se da averiguação do perigo, já que, aqui, a ameaça ao bem tutelado é deduzida da lei, pelo simples fato de estarem os extremos de conduta integrados no tipo.

Tratou-se de um fato punível com características de norma penal em branco, aprendeu-se com Fragoso⁴⁸ que:

“A expressão ‘lei ou norma penal em branco’ deve-se a Binding. Foi ele o primeiro a assinalar a existência de leis penais nas quais o preceito é incompleto, e que são “como corpos errantes à procura de alma”. Chamam-se normas penais em branco aquelas em que se apresenta incompleta a descrição da conduta incriminada, ou seja, aquelas em que o tipo deve ser completado por outra disposição legal, já existente ou futura. Na norma penal em branco não falta o preceito, como alguns autores supõe: ele é apenas formulado de maneira genérica, sendo completado pela disposição integradora. Como bem esclarece Petrocelli, a razão de ser de tais normas encontra-se na necessidade que a ordem jurídica reconhece, de fornecer a tutela penal a determinadas categorias de prescrições administrativas, a serem emanadas em relação a contingências futuras, gerais ou particulares.”

Fragoso⁴⁹ apresenta como exemplo de norma penal em branco o artigo 2o, n° VI, da Lei de economia popular: ‘Transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias’. O autor mencionado explica que o conteúdo de fato da ação delituosa somente se configura em face do ato administrativo que fixa o tabelamento dos preços.

O complemento que integra a norma penal em branco pode provir da mesma lei ou de outro ato legislativo, bem como de ato administrativo (decreto, portaria). O preceito, nas normas penais em branco, apresenta lacunas, que são completadas com as disposições de

⁴⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 9ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 76.

⁴⁹ Idem, p. 76.

outra lei ou decreto, que passam a integrar, para todos os efeitos, a norma penal. Essa integração deve ser feita nos precisos limites fixados pelo preceito genérico da norma em branco, não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal, sem ferir o princípio da estrita legalidade dos crimes e das penas (art. 1º, CP)⁵⁰.

Notou-se que a objetividade jurídica do artigo 60 é a preservação do meio ambiente, impedindo obras ou serviços potencialmente poluidores, assim, ditas atividades, pelo perigo que representam, exigem, para sua instalação, prévio licenciamento ou autorização.

Ocorre que estamos num terreno repleto de situações indefinidas. Por exemplo, torna-se muito problemático formular juízos sobre se a responsabilidade pelo fato se constitui por ação ou omissão, acabando por acontecer, na maior parte dos casos, que não se consegue determinar qual dessas modalidades de produção do fato é que teve realmente lugar.

Outro problema é o da compatibilização dos fins de desenvolvimento econômico e social e a preservação do meio ambiente, que parece não ter solução, especialmente nas atividades que em si são degradadoras.

Também existe a disputa entre os que consideram as garantias penais clássicas contra os que entendem que haveria outros princípios quanto à questão ambiental que teriam força para afastar as garantias clássicas.

Verifica-se que, conforme Zaffaroni et al⁵¹:

“nesta modalidade, o poder punitivo é distribuído mais por acaso do que nas áreas tradicionais dos delitos contra a propriedade, tendo em vista que a situação de vulnerabilidade ante o mesmo depende do fato de participar de empreendimentos lícitos. Há suspeitas de que recentes teorizações do direito penal sejam orientadas para explicar tal modalidade em detrimento do direito penal tradicional”.

⁵⁰ Idem, p. 77.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: primeiro volume: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 50.

Não se pode esquecer o fato, no dizer de Beck⁵², de que com a globalização o que se verifica é que não se responsabilizam aqueles que lucram com os riscos e sim aqueles que são atingidos pelas iniciativas dos que assumem os riscos, e em algumas situações quem assume o risco nem mesmo pode repará-lo, como no caso do Césio 137 em Goiânia e o da Indústria Guararapes, no Rio de Janeiro.

A história possui um humor estranho, pois, ainda no dizer de Beck⁵³: “são justamente os perdedores da globalização que deverão pagar tudo, o estado social e o funcionamento democrático, enquanto os vencedores seguem em busca de lucros astronômicos e se esquivam de suas responsabilidades para com a democracia do futuro”. Também, no aspecto da globalização, nota-se a elaboração de uma concepção de uma sociedade que discute as emergências do debate a respeito do desenvolvimento técnico e econômico antes que sejam tomadas as decisões. Mas, destacando-se que a percepção dos riscos ecológicos globais leva muitos a adotar uma posição fatalista.⁵⁴

O que mais chama a atenção nos conflitos provocados pela visão limitada inspirada num realismo ingênuo, de que riscos existem “por si”, e que ignora a principal artimanha da sociedade de risco⁵⁵.

Também chama a atenção nos conflitos provocados pelos riscos assumidos é o fato de que âmbitos de decisão, antes despolitizados, tornaram-se politicizados em função da percepção pública dos riscos; e eles permanecem – geralmente sob formas artificiais e lutando contra a resistência das poderosas instituições que monopolizam estas decisões – abertos à dúvida pública e ao debate⁵⁶.

Desta maneira, na sociedade mundial de risco são enunciados e discutidos publicamente durante a noite temas e objetos de discussão que já foram decididos a portas

⁵² BECK, Ulrich. O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Tradução André Carone. p. 21-22.

⁵³ BECK, op. cit., p. 21-22.

⁵⁴ Idem, p. 175.

⁵⁵ Idem, p. 175.

⁵⁶ Idem, p. 176.

fechadas durante o dia, como por exemplo, decisões sobre investimentos, a composição química de produtos e medicamentos, programas de pesquisa científica, o desenvolvimento de novas tecnologias, no Brasil relativamente ao licenciamento de empreendimentos temos uma Resolução⁵⁷ do CONAMA que trata especificamente de audiências públicas relativas ao assunto, que, não por acaso, ocorrem normalmente à noite.

Também se seguiu na linha de discutir a inadequação do direito penal para tentar resolver questões de meio ambiente em vista da acessoriedade administrativa, pelo reconhecimento de que os fins da pena não são aqui atingíveis e por estarmos diante de um direito penal simbólico. Notou-se que no afã de tudo querer simplificar, em nome da eficácia da persecução penal, é a própria dignidade do direito penal que acaba sacrificada.

No próximo capítulo se tentará expor aspectos administrativos do licenciamento ambiental, procurando demonstrar que ele é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, entre vários, e que isoladamente pode muito pouco, também, serão apresentados elementos que antecedem ao licenciamento, como a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) e o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA).

No capítulo terceiro, como veremos, houve a procura de contribuir com a questão posta do licenciamento ambiental como fato punível, quando serão examinadas questões como a criminalização da falta de licença ambiental, a necessidade de introdução de sanções criminais para proteger o meio ambiente, em especial do delito do art. 60, pela insuficiência de sanções civis e administrativas, razões que levam a considerar que o Direito Penal não é adequado para tratar a questão do licenciamento ambiental, bem como uma discussão da diferenciação da criminalidade pela posição social do autor, fazendo pontos de contato entre o fato punível da falta de licença ambiental com os crimes do colarinho branco, tudo no sentido de tentar demonstrar que criminalizar a falta de

⁵⁷ Resolução CONAMA 9, de 3 de dezembro de 1987.

licenciamento ambiental no caso do art. 60 da Lei 9605/1998, não é o modo mais adequado e eficiente para proteger o meio ambiente.

Cabe, ainda, mencionar que a metodologia adotada foi a de simples revisão bibliográfica relativa ao licenciamento ambiental.

2 NATUREZA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Este capítulo tem como fim trabalhar, predominantemente, com a busca de uma compreensão de aspectos da natureza administrativa do licenciamento ambiental, procurando demonstrar que o licenciamento ambiental é um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, entre vários outros, e que isoladamente pode muito pouco.

Serão apresentados elementos que antecedem ao licenciamento ambiental, como a Avaliação de Impacto Ambiental (AIA) e o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA). Registre-se que para Benjamin⁵⁸ o licenciamento ambiental é um procedimento do qual fazem parte o EIA, o RIMA, o relatório de ausência de impacto ambiental significativo (RAIAS) e a licença ambiental propriamente dita.

Também serão abordadas questões relativas à superposição de normas administrativas e penais que remetem ao problema das normas penais em branco e serão tocados alguns aspectos do problema do federalismo brasileiro com efeitos sobre a questão da competência quanto ao licenciamento ambiental.

O objetivo será o de tentar compreender o licenciamento ambiental como ato administrativo em consonância com a presente discussão, que envolve a idéia desenvolvida na presente dissertação de que a imposição penal do artigo 60 não é o modo de atuação do Poder Público mais adequado para a proteção do meio ambiente, pois o licenciamento ambiental ao ser relacionado na lei ambiental como fato punível dificulta a tutela administrativa e não possibilita a devida tutela penal. Para explicar tal idéia se abordará, singelamente, a definição operacional - também denominada definição analítica de crime - de modo que seja possível um esclarecimento dos pressupostos de punibilidade das ações descritas no artigo 60 da Lei 9.605/98, sem excluir que se toque em aspectos das definições reais, materiais e formais.

Não se pretende apresentar uma série de leis e regulamentos que desaguaram na tipificação penal contida no artigo 60 da Lei n. 9.605/98, nem escrever a história de

⁵⁸ BENJAMIM, Antonio Herman. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. Revista Forense, v. 317, n.25, 1988. p. 33.

carrascos, magistrados e legisladores. Este Norte foi obtido com maior clareza ao ler as Matrizes Ibéricas⁵⁹.

A idéia, aprendida com Batista⁶⁰ é a de não seguir a receita geral das resenhas históricas de direito penal, representada pelo esquema de três níveis preconizado por Coing (1º: apreender, pelas fontes, o direito investigado e correspondentes formulações jurídicas: ensino, doutrina, jurisprudência; 2º: examinar o que chama de “condicionamentos do ordenamento jurídico”, com ciosas recomendações de “neutralidade científica”; 3º: estudar a eficácia e execução do direito – tribunais, competências, burocracia)⁶¹.

2.1 O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE. LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO.

Cabe registrar que o licenciamento ambiental está inserido como um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente⁶². Esta tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana e que consagrou, dentre outros, os princípios da racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar, do planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais e do controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras.

Para tentar assegurar a efetividade da Política Nacional do Meio Ambiente e de seus princípios, foram arrolados vários instrumentos definidos no art. 9º da Lei 6.938/81 como

⁵⁹ BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2002.. (Pensamento criminológico, 5). p. 16.

⁶⁰ Idem, p. 16.

⁶¹ Idem, p.17. Observação: aqui Batista está referindo-se à obra COING, Helmut. Las tareas del historiador del derecho: reflexiones metodologicas. Sevilla: Univesidad de Sevilla, 1977. Tradução Antonio Merchán. p. 45.

⁶² Lei n. 6938/81

seguem: estabelecimento de padrões de qualidade ambiental; o zoneamento ambiental; a avaliação de impactos ambientais; o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras; os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental; criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; sistema nacional de informações sobre o meio ambiente; Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental; penalidades disciplinares ou compensatórias ao não-cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental; instituição do Relatório de qualidade do Meio Ambiente, a ser divulgado anualmente pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, obrigando-se o Poder Público a produzi-las, quando inexistentes; Cadastro Técnico Federal de atividades potencialmente poluidoras e/ou utilizadoras dos recursos ambientais.

Antunes⁶³ citando Caballero expõe que a finalidade do sistema de licenciamento ambiental é a de assegurar que não sejam praticados atentados contra o meio ambiente. Deve ser obedecido o aspecto formal, além de outros fatores que podem ser resumidos na total necessidade de conjugação das necessidades de conservação e preservação ambiental, entendidas como parte de um planejamento estratégico, com o desenvolvimento sustentado.

O licenciamento ambiental⁶⁴ é um procedimento administrativo, até o momento não regulado em lei⁶⁵, por meio do qual o órgão ambiental competente licencia a construção,

⁶³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 103.

⁶⁴ A Resolução CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997 adota a seguinte definição para o licenciamento ambiental: “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”.

⁶⁵ Encontramos literatura a respeito da lei e suas espécies dizendo que “Nossa legislação do tempo da monarquia superabundava numa forma legislativa irregular, por meio da qual o poder executivo,

instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores⁶⁶; bem como os capazes de causar degradação ambiental sob qualquer forma, entendida como a alteração adversa das características do meio ambiente⁶⁷.

Pelo instrumento do licenciamento ambiental, o Poder Público verifica a adequação das construções, instalações, ampliações e funcionamentos de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais aos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Bem como as conseqüências positivas e negativas, em termos ambientais, de sua implantação tendo em vista o bem comum e decide pela autorização ou não de sua implantação, formulando as exigências cabíveis para minimização de seus impactos ambientais⁶⁸ negativos ou maximização de seus impactos positivos.

Existe uma controvérsia doutrinária apontada por Araújo⁶⁹ onde alguns juristas⁷⁰ afirmam que a licença ambiental teria a natureza jurídica de autorização e não propriamente

frequentemente invadia a esfera do legislativo e a do judiciário”. (Ver BEVILAQUA, Clovis. Teoria geral do direito civil. Ed. rev. e atual. por: Caio Mario da Silva Pereira. Rio [de Janeiro]: F. Alves, 1980. p. 21). O mencionado autor referia-se aos avisos, ele acreditava que com a República, as atribuições dos poderes constitucionais se delimitaram melhor e que o poder executivo deixaria de ser o consultor dos diversos órgãos da autoridade público. O autor referido acreditava, ainda, que os avisos, ordens ou circulares apenas recomendariam certas providências aos funcionários administrativos, se não fosse o caso de expedição de regulamentos e instruções. (idem, op. cit., p.21). Ocorre que, como podemos perceber, ao menos no que diz respeito ao licenciamento ambiental, a crença de Beviláqua não se confirmou.

⁶⁶ Para os fins previstos na Lei 6.938/1981 entende-se por poluição a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos (ver art. 3º, III, Lei 6.938/1981).

⁶⁷ Ver art. 3º, II da Lei 6938/1981.

⁶⁸ Conforme a Resolução CONAMA 1, de 23 de janeiro de 1986 considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que direta ou indiretamente, afetam: a saúde, a segurança e o bem estar da população; as atividades sociais e econômicas; a biota; as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; a qualidade dos recursos ambientais.

⁶⁹ ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Licenciamento ambiental e legislação. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.

⁷⁰ Ver MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 10.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 248; MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 90.

de licença, o que traria conseqüências relevantes, como a possibilidade de recusa ou não da licença pelo órgão competente, bem como a própria duração da licença.

Di Pietro⁷¹ define a autorização administrativa, em sentido amplo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta ao particular o uso privativo de bem público, ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. A mesma autora, de outro lado, apresenta a licença como o ato administrativo unilateral e vinculado pelo qual a Administração faculta àquele que preencha os requisitos legais o exercício de uma atividade. Para Meirelles⁷², quando o assentimento da administração está vinculado a exigências legais atendidas pelo destinatário, será obrigatória a sua outorga da licença.

A distinção entre licença e autorização torna-se importante, especialmente, porque a Lei maior, ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, no parágrafo único do artigo 170, assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Da mesma forma a Constituição garante o direito de propriedade, mas condiciona o exercício desse direito à sua função social⁷³ e à defesa do meio ambiente⁷⁴.

Sendo assim, a todos seria assegurado o direito de usar plenamente a sua propriedade, desde que esse uso cumpra sua função social e não agrida o meio ambiente.

A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente determinou que previamente à construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos de atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, bem como as capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, seus responsáveis deverão obter a licença ambiental.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 189.

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 319.

⁷³ Art. 5º, inc. XXIII e Art. 170, inc. III.

⁷⁴ Art. 170, inc. VI

Essa licença representa a anuência da autoridade ambiental competente, depois de verificada que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimento ou atividade que utilize recursos ambientais atendem aos requisitos constitucionais e legais para sua localização, instalação e operação.

Pode haver o entendimento de que, uma vez que se constitui em direito garantido a todos, o exercício tanto do direito de propriedade como de desempenhar atividades industriais ou comerciais, (ou mesmo de prestação de serviços), desde que atendidas as restrições legais, no sentido técnico jurídico, se trata efetivamente de uma “licença” e não de uma “autorização”, com a consequência de gerar direitos subjetivos ao seu titular, frente à administração Pública.

As licenças ambientais, em geral, são atos administrativos de controle preventivo de atividades de particulares no exercício de seus direitos. Há situações em que o particular é titular de um direito relativamente à exploração ou uso de um bem ambiental de sua propriedade. Mas o exercício desse direito depende do cumprimento de requisitos legalmente estabelecidos tendo em vista a proteção ambiental, de tal sorte que fica ele condicionado à obtenção da competente licença da autoridade competente, pois o licenciamento de atividades potencialmente poluidoras é uma exigência da Lei 6.938/81 como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (Art. 9º, IV).⁷⁵

Benjamin⁷⁶, mencionando Lucia Valle Figueiredo, ressalta que a licença ambiental, assim como a licença para construir, não inova no mundo jurídico, apenas apresenta um reconhecimento formal que a Administração Pública faz relativamente aos requisitos ambientais para o exercício do direito de propriedade estão preenchidos. Em outras palavras, não seria a licença que fixa as limitações ao direito de propriedade. Os limites preexistiriam à licença, e são traçados por antecipação pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Em síntese: a licença ambiental é consequência e não causa. O procedimento de licenciamento culminaria com a expedição ou denegação da licença ambiental.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 820.

⁷⁶ BENJAMIN, op. cit. p. 34.

A lei 6.938/81 prevê a revisão do licenciamento⁷⁷, logo, teria indicado que a licença seria por prazo determinado. Tanto o requerente da licença como a Administração Pública têm vantagem na existência de prazo de validade da licença. Quem exerce uma atividade fica ciente de que as regras de funcionamento não poderão ser mudadas – a não ser por motivo grave – no espaço temporal da licença. O órgão público ambiental por sua vez não fica preso para sempre a condições de funcionamento de uma atividade que se revele danosa ao ambiente e que haja possibilidade de correção no momento de nova licença.

Conforme Antunes⁷⁸, a possibilidade de revisão das licenças ambientais evita a tentação de corrupção por parte do órgão público e de outro lado dá-se condição às empresas de poderem programar, sem sobressaltos, seus investimentos em matéria de controle ambiental. Enquanto uma licença for vigente, a eventual modificação de padrões ambientais não pode ser obrigatória; e uma vez encerrado o prazo de validade da licença ambiental, os novos padrões são imediatamente exigíveis.

Embora existam muitas doutrinas e atos administrativos sobre o licenciamento ambiental, este não é regulado por lei⁷⁹, mas sim pela Resolução CONAMA⁸⁰ 237, de 19 de dezembro de 1997⁸¹. Esta Resolução regulamenta aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. Nela são encontradas definições como a de licenciamento ambiental, licença ambiental, estudos ambientais, impacto ambiental regional. Informações de que dependem os empreendimentos e atividades

⁷⁷ art. 9º, IV.

⁷⁸ ANTUNES, op. cit. p. 102.

⁷⁹ Verifica-se a existência de dois projetos de lei, em curso na Câmara dos Deputados, sob os nºs 3729/2004 e 3957/2004, que buscam tratar do tema do licenciamento ambiental.

⁸⁰ O CONAMA é o órgão consultivo e deliberativo integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente, que tem a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (ver art. 6º, II, Lei 6938/19812).

⁸¹ Existem outras Resoluções do CONAMA que disciplinam licenciamentos específicos, como por exemplo, RESOLUÇÃO CONAMA 23/1994 – para o licenciamento das atividades relacionadas à exploração e lavra de jazidas de combustíveis líquidos e gás natural; e RESOLUÇÃO CONAMA 279/2001 – Estabelece procedimentos para o licenciamento ambiental simplificado de empreendimentos elétricos com pequeno potencial de impacto ambiental.

consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório sobre impacto ambiental para a licença ambiental. A divisão de competências para o licenciamento. A possibilidade de definição de licenças ambientais específicas. O procedimento do licenciamento ambiental. As modalidades de licenças. O prazo de validade dos tipos de licença e a hipótese de renovação da Licença de operação.

Segundo o art. 8º, I, II e III da Resolução CONAMA 237/97, o Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá a Licença Prévia⁸² (LP); a Licença de Instalação⁸³ (LI) e a Licença de Operação⁸⁴ (LO).

No art. 10 da Resolução 237/97 constam as etapas às quais o procedimento do licenciamento ambiental deve obedecer, como seguem: definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida; requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade; análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA⁸⁵, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias; solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação

⁸² Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implantação.

⁸³ Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, das quais constituem motivo determinante.

⁸⁴ Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

⁸⁵ Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, que são responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. (Ver art. 6º da Lei 6938/1981).

pertinente; solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente, decorrente de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios; emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico; deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

A Resolução CONAMA 237/97, no art. 18, estabelece que a licença prévia não pode ter prazo superior a cinco (5) anos; a licença de instalação não pode ter prazo superior a seis (6) anos e a licença de operação não pode ter prazo superior a 10 anos. Conforme Machado⁸⁶ caso a autorização imponha alguma condição a ser cumprida pelo requerente e a condição não for observada, ocorrerá a decadência da autorização. A possibilidade de revogação, entretanto, dá condições para que o órgão público reveja a autorização, ainda no prazo de validade da mesma. A ocorrência de fato grave para a saúde pública ou para o ambiente pode motivar o ato da Administração.

A Resolução 237/97-CONAMA, art. 19, arrolou os fundamentos da suspensão ou do cancelamento da licença expedida: violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais; omissão ou falsa descrição de informações relevantes e superveniência de graves riscos para a saúde e para o meio ambiente. E, no art. 20 fica estabelecido que os entes federados, para exercerem suas competências licenciatórias, deverão implementar os Conselhos de Meio Ambiente, com caráter deliberativo e participação social, e, ainda, possuir em seus quadros ou à sua disposição profissionais legalmente habilitados.

Assim, a Resolução CONAMA 237/97 é um instrumento que aparentemente permite a realização do licenciamento ambiental, porém, não está, na prática permitindo, a compatibilização entre a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento. No dizer de Milaré⁸⁷ compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos. Para ele a política ambiental não deve se constituir

⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo. Malheiros. 2002, p. 255.

⁸⁷ MILARÉ, Edis. A importância dos estudos de impacto ambiental. Justitia, 141, p.17-29, 1988.

em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao proporcionar a gestão racional dos recursos naturais. Assim, deve haver um esforço no sentido de tentar alcançar tal compatibilização.

2.1.1. Superposição de normas administrativas e penais. Inexistência de diferença ontológica entre ambas.

Como dito anteriormente, não se pretende apresentar uma série de regulamentos que desaguaram na tipificação penal contida no artigo 60 da Lei n. 9.605/98. A idéia é a de não seguir a receita geral das resenhas históricas de direito penal, representada pelo esquema de apreender, examinar e estudar.

Contudo, atualmente é necessário que todas as pessoas que lidam com problemas ambientais relativos a empreendimentos que venham a ser considerados potencialmente poluidores levem em conta a possibilidade de que a qualquer momento poderão, em tese, estar cometendo um delito em razão de uma atividade que deveria estar licenciada e/ou autorizada, ou mesmo simplesmente por estar contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes ao empreendimento.

Pode-se afirmar que não há diferença ontológica entre ilícito administrativo e ilícito penal, a diferença é apenas de grau ou de quantidade. Reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico. É a espécie da sanção que nos permite estabelecer se há um crime ou um ilícito administrativo. Mestieri⁸⁸, analisando o âmbito da norma criminal, deduz que a diferença entre ilícito criminal e ilícitos em geral é apenas quantitativa, e depende do critério de oportunidade do legislador.

Na mesma trilha caminhava Ihering⁸⁹ ao ensinar que a finalidade da norma penal outra não é, senão a de toda lei: garantia das condições vitais da sociedade. Apenas a

⁸⁸ MESTIERI, João. Manual de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.

⁸⁹ IHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. 2 v. Trad.: José Antonio Faria Correa. p. 259.

maneira pela qual a norma geral persegue este fim, é peculiar: serve-se da pena. Mas nem toda inobservância de lei constitui insurgimento contra a autoridade do poder público que mereça uma pena. Se fosse assim toda ação antijurídica deveria ser punida com uma pena, e menciona, como exemplos, a recusa do vendedor ao adimplemento do contrato; a recusa do devedor à restituição do dinheiro emprestado e diz que poderia indicar outras ações contrárias à lei que podem ser elencadas neste conjunto de traços específicos. Nessa hipótese, caberia tão-só, conseqüentemente, uma pena: por não observância da lei, e tão-só um crime: o de insubordinação do súdito aos comandos ou proibições do poder público.

Ainda, segundo Ihering⁹⁰, a autoconservação, a reprodução e o trabalho também constituem condições vitais da sociedade. Ele pergunta, por que, então, a última não as garante através da lei? E responde: porque ela não tem necessidade disto. A mesma ponderação que a leva a buscar apoio na lei: o reconhecimento da necessidade a conduz também no que diz respeito à norma penal. Onde bastam os demais meios para a concretização do direito, a aplicação da pena seria irresponsável, já que a própria sociedade viria a sofrer as conseqüências. A questão de saber para que casos a legislação necessita fixar pena, é puramente de política social. Ihering não se referia à política social que atenta tão-somente para os bens exteriores, mas à política na maior amplitude do termo, sinônima de apreciação prática e garantia de todas as condições, inclusive as de ordem moral para a prosperidade da sociedade. Assim, se o legislador fixou uma sanção administrativa, significa que a considerou suficiente, e entendeu desnecessário recorrer à pena.

Como se verifica no confronto do art. 60 da Lei n. 9.605/98 com o Decreto no. 3.179/99, neste Decreto, o art. 44⁹¹ repete integralmente o caput do art. 60 da Lei 9605/98, mudando apenas a pena pela multa administrativa, podemos pensar que se trata de situação onde baste o estabelecimento de sanção administrativa⁹², pois não há qualquer ressalva

⁹⁰ Idem, p. 260

⁹¹ Decreto 3.179/99. “Art. 44 – Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes: Multa de R\$ 500, 00 (quinhentos reais) a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)”.

⁹² Isto nos remete ao princípio da intervenção mínima e do uso, no Brasil, “da aplicação contra *legem* do princípio da subsidiariedade no crime de desobediência (art. 330 CP), em que, embora a lei não faça qualquer

expressa, no referido art. 44 do Decreto, quanto à aplicação cumulativa da regra penal, podendo-se entender que esta não mais caberia na hipótese.

Para Jesus⁹³, se, pela desobediência de uma ordem oficial, a lei impõe penalidade administrativa, não se deve considerar o crime do art. 330 do CP, salvo se, expressamente, referida lei ressaltar a aplicação cumulativa da norma incriminadora.

A situação presente é a de que a construção, a reforma, ampliação ou funcionamento, em qualquer parte do território nacional, de estabelecimento, obra ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes poderão levar pessoas a serem tomadas de surpresa, com o dissabor de inesperadamente responderem a uma ação penal, por iniciarem uma atividade que dependa de licença ou autorização. Além do que, se prevalecer a vontade punitiva, será afirmado que a ignorância ou a errada compreensão da lei não exime de pena.

Mas, tendo em vista que não há uma lei de licenciamento ambiental, como será possível ter certeza de que o início de uma atividade necessita ou não de licença ou autorização, como saber a quem pedir a licença ou autorização, o que precisa ser licenciado, qual é a regra para o licenciamento?

Outro problema relativo à superposição de normas penais e administrativas é que, como é sabido, vivemos numa Federação, o que implica na possibilidade de concorrência de competências entre a União, os Estados, do Distrito Federal e os Municípios, mas há competências que são privativas da União, entre elas, a de legislar sobre direito penal, contudo o licenciamento ambiental pode ser da competência da própria União ou de um dos Estados da Federação⁹⁴, fala-se, ainda, em licenciamento pelos Municípios⁹⁵, esta situação

ressalva, a doutrina (Hungria, Fragoso, Noronha) e os tribunais (sucessivas e reiteradas decisões) entendem que, se concorrer uma sanção administrativa ou civil para a desobediência, não cabe aplicar a pena. Essa opinião dominante, ainda que jamais fundamentada, deu ensejo a um emprego bem temperado da disposição penal autoritária". (Ver BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 87.)

⁹³ JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, P. G., v.1. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 162.

⁹⁴ "A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente

gera uma série de incertezas e pode propiciar o aparecimento de situação onde um Município estabeleça regras de licenciamento que eventualmente podem não ser obedecidas pelo empreendedor. A ausência de tal licença se ajustaria ao tipo descrito no artigo 60 da Lei 9605/98? Não estaria sendo criado um delito, ou seja, um ente que não a União não estaria legislando em matéria penal?

Aqui se abre um espaço para ressaltar dois problemas gerais constantes da Lei de crimes ambientais que afetam com grande intensidade o artigo enfocado na presente discussão – Art. 60 – o excessivo número de normas penais em branco e o excessivo número de tipos abertos, que serão objeto de um breve comentário, sem qualquer finalidade de esgotar o assunto.

2.1.2. A superposição de normas administrativas e penais. Norma penal em branco e tipos abertos.

Há uma percepção de um certo consenso a respeito de duas características da Lei n. 9.605/98, em geral, e que são também, fortemente, percebidas no seu art. 60, a primeira delas é o excessivo número de normas penais em branco⁹⁶, que depende do complemento de outras normas jurídicas, e um outro fenômeno é o excessivo número de

e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”. (Ver Lei 6938/1981, art. 10).

⁹⁵ “Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio”. (Ver Resolução CONAMA 237/1997, art. 6º).

⁹⁶ “Há certas leis penais que dependem, para sua exequibilidade, do complemento de outras normas jurídicas *in fieri* ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais). É o que se chama ‘leis penais em branco’, ‘cegas’ ou ‘abertas’. Contém a *sanctio* (cominação de pena), mas o *praeceptum* (ou, pelo menos, a precisa fixação deste) é remetido à *lex ferenda* ou futuro ato administrativo. A pena é cominada à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se in futuro. Exemplo: dec.-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938 (alterado pelo dec.-lei nº 2.254, de 23 de agosto de 1940) comina determinada pena ao fato de “transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias”, de modo que sua aplicabilidade foi subordinada à subsequente expedição (com base no “poder de polícia”) de portarias ou editais administrativos com as tabelas de preços”. (Ver HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. I, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 89).

*tipos abertos*⁹⁷, *que apresentam amplitude e indeterminação da conduta incriminada*⁹⁸.
Alguns autores parecem entender tais fenômenos como virtudes, outros, como defeitos.

Cabe aqui dizer que a doutrina criminal ensina que normas penais em branco seriam disposições cuja sanção é determinada, permanecendo indeterminado o seu conteúdo, a exequibilidade da norma penal em branco, também chamada de “cega” ou “aberta”, depende do complemento de outras normas jurídicas ou de futura expedição de certos atos administrativos (editais, regulamentos, portarias). Ocorrerá imposição de sanção à inobservância de uma norma, administrativa ou legal, a emitir-se no futuro.

Norma penal em branco é aquela que depende de uma complementação para a perfeita adequação típica. A pena está determinada, faltando apenas complementação do seu conteúdo, ou seja, do preceito descritivo.

Esta norma penal pode ser classificada em: a) normas penais em branco em sentido lato ou homogêneo – se seu complemento provém da mesma fonte formal (lei); ou b) normas penais em branco em sentido estrito ou heterogêneo – se a complementação provém de fonte diversa (ato normativo, portaria, decreto etc).

Segundo Sirvinskas a⁹⁹ norma penal em branco sem essa complementação prévia torna-a inexecutável. Trata-se de norma penal imperfeita. Binding se referia a ela como sendo “um corpo errante em busca de sua alma”, ou seja, as normas penais em branco classificam-se em sentido lato e em sentido estrito, as primeiras são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal da norma incriminadora, as últimas são aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância

⁹⁷ MILARÉ, Edis; COSTA JUNIOR, Paulo Ricardo da. Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millenium, 2002. p. 35.

⁹⁸ O tipo aberto é uma modalidade freqüente, ao lado da ocultação do núcleo do tipo e do emprego de elementos do tipo sem precisão semântica, distinguida por ZAFFARONI, de violação do princípio da legalidade. A doutrina adverte que o maior perigo atual para o princípio da legalidade, em virtude da forma com que se apresenta, é o tipo penal aberto ou amplo. (Ver BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 82).

⁹⁹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente: breves considerações atinentes à Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

legislativa. As fontes formais são heterogêneas, havendo diversificação quanto ao órgão de elaboração legislativa.

O mesmo autor indica que há doutrinadores que entendem que a norma penal em branco afronta o princípio da legalidade¹⁰⁰, pois haveria a necessidade de uma tipificação completa. Se incompleta, deve ser descriminalizada a norma penal em branco, substituindo-se-lhe por sanções administrativas. Uma posição intermediária poderia ser a de permitir a coexistência da norma penal em branco com a norma complementadora, desde que viesse da mesma fonte legislativa.¹⁰¹

Será que se admite, atualmente, a norma penal em branco para os crimes ambientais, nos casos em que não haja cominação penal incriminadora, nos mesmos termos como é exemplo a descrição de remédios considerados drogas para efeitos da Lei Antitóxicos? Conceituando, com riqueza de detalhes, elementos normativos ou culturais, nem sempre precisos, como beleza natural, patrimônio ecológico etc.

Pode-se discutir sobre a viabilidade ou não da aplicação de normas penais em branco na lei penal ambiental. Sirvinskas¹⁰², referindo-se a Rudnicki e Carvalho apresentam vantagens e desvantagens quanto à utilização de normas penais em branco nos crimes ambientais, diz o seguinte:

¹⁰⁰ “Fala-se em “reserva absoluta” e “reserva relativa” de lei para aprofundar o entendimento de dispositivos constitucionais concernentes à reserva legal. A Concepção de “reserva absoluta” postula que a lei penal resulte sempre do debate democrático parlamentar, cujos procedimentos legislativos, e só eles, teriam idoneidade para ponderar e garantir os interesses da liberdade individual e da segurança pública, cumprindo à lei proceder a uma “integral formulação do tipo”; dessa forma, só a lei em sentido formal poderia criar crimes e cominar penas, com “a obrigação de disciplinar de modo direto a matéria reservada”. A concepção de reserva relativa nega o monopólio do poder legislativo em assuntos penais e admite que a matéria de proibição possa ser parcialmente definida por outras fontes de produção normativa, cabível que o legislador estabeleça estruturas gerais e diretrizes, a serem complementadas, as primeiras com observância das segundas, pelo regulamento. A constitucionalidade das normas penais em branco de complementação heteróloga seria discutível à luz da reserva absoluta da lei. Em todo caso, como ensina Petrocelli, o complemento administrativo que passa a integrar uma norma penal está sujeito a todas as exigências que derivam do princípio da legalidade: o contrário significa violação do próprio princípio”. (Ver BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro, 2001, p. 74).

¹⁰¹ SIRVINSKAS, op. cit. p. 40.

¹⁰² Idem, p. 41.

“No primeiro caso, a justificativa utilizada pela doutrina para seu uso é a que a natureza exige o emprego desta técnica na formulação do tipo, devido à grande variabilidade na tecnologia poluente. A vantagem apontada é a de que as normas em branco propiciam uma maior estabilidade do dispositivo principal emanado através do moroso, complicado e necessário processo legislativo, possibilitando simultaneamente grande maleabilidade, visto que dependem de mero ato administrativo para se adaptarem as novas condutas. No segundo caso, entendem os autores que as normas penais em branco ofenderiam o princípio da legalidade dos delitos e das penas, o princípio da separação dos poderes e o princípio da taxatividade”.

Poderia ainda o complemento ser elaborado por autoridades municipais e estaduais, tendo em vista que compete a União legislar em matéria penal?

A lei penal em branco não é uma carta branca outorgada a outros entes da federação para que assumam funções repressivas de caráter penal. Acatar a posição doutrinária que aceita a norma penal em branco, em sentido estrito, é aceitar a indeterminação no conteúdo do tipo penal, enfraquecendo sua garantia, pois fazem depender às vezes, de órgão que não a União a própria existência da conduta punível.

Pode-se afirmar que os empreendedores têm bem fixado em seu imaginário, quanto à ordem econômica, a idéia do livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, mas a questão da defesa do meio ambiente ainda não está consolidada, embora seja um princípio geral da atividade econômica.

De todo modo, o tipo definido no art. 60 da lei 9605/1998 sofre dos males apontados por quem critica a possibilidade, no campo do direito penal, do uso de normas penais em branco e tipos abertos, pois é necessária uma verdadeira acrobacia mental para tentar entender o que seja “estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores”, não havendo ainda nenhuma clareza quanto a obtenção da licença ou autorização, quem é órgão ambiental competente, e em decorrência, nem mesmo é possível saber o que seria contrariar as normas legais e regulamentares pertinentes.

2.2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: TUTELA ADMINISTRATIVA

Por uma questão de lógica será importante fazer uma apresentação de aspectos administrativos do “Licenciamento Ambiental”, pois a ausência de licença ambiental para estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores é um dos elementos que poderia caracterizar o fato punível cuja proposta é estudar.

Ao falar a respeito do licenciamento ambiental, Benjamin¹⁰³ aponta que o procedimento para obtenção da licença tradicional é diferente do procedimento para alcançar a licença ambiental, pois, normalmente, a obtenção da primeira depende de um ato simples e isolado, exemplifica a situação dizendo que para abrir uma loja basta que o particular preencha os requisitos legais ou aqueles estabelecidos pelo órgão, sendo a licença então expedida. No caso do licenciamento ambiental ocorreria de modo diferente, em vista da importância que a sociedade confere ao meio ambiente sadio, modificou-se o arcabouço legal tradicional para a expedição de licença, em relação a uma série de obras e atividades. Benjamin¹⁰⁴ informa que o procedimento próprio do licenciamento ambiental é fragmentado e foram criados estágios sucessivos e interdependentes, originando-se verdadeiro procedimento administrativo. De outro lado, limitou-se substancialmente a liberdade da Administração quanto à emissão de licença para obras e atividades capazes de provocar alterações significativas no meio ambiente. Por fim, trouxe-se para o âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, regras relacionadas com o devido processo legal, agora pelo enfoque não do proponente do projeto, mas dos cidadãos atingidos pela decisão de licenciamento.

Ora, as diferenças apontadas por Benjamin¹⁰⁵ são importantes e servem para demonstrar que o licenciamento ambiental só deve ocorrer em casos de licença para obras e atividades capazes de provocar alterações significativas no meio ambiente, embora o conjunto da obra deste autor pareça seguir no sentido de que todas as atividades e obras devam ser submetidas ao licenciamento ambiental.

¹⁰³ BENJAMIN, op. cit. p. 317/33.

¹⁰⁴ Idem, p. 33.

¹⁰⁵ Idem, p. 33.

Cabe lembrar que a tentativa de conhecimento de uma teoria do fato punível, como ensina Santos¹⁰⁶, deve começar pela definição de seu objeto de estudo, o conceito de fato punível.

Zaffaroni et al¹⁰⁷ observa que todo saber requer uma definição, prévia à delimitação de seu horizonte, que torne manifesta sua intencionalidade para permitir o controle de sua racionalidade. Tal tarefa é iniludível, em que pese ser toda definição odiosa porque limita e, por conseguinte, separa e, ao procurar explicar o universo abarcado, condiciona ao tempo um infinito campo de ignorância.

As definições de um conceito, segundo Santos¹⁰⁸, podem ter natureza real, material, formal ou operacional, conforme mostrem a origem, os efeitos, a natureza ou os caracteres constitutivos da realidade conceituada. Definições reais explicariam a gênese do fato punível, importante para delimitar o objeto de estudo da criminologia. Definições materiais indicariam a gravidade do dano social produzido pelo fato punível, como lesão de bens jurídicos capazes de orientar a formulação de políticas criminais. Definições formais revelariam a essência do fato punível, como violação da norma legal ameaçada com pena. Definições operacionais identificariam os elementos constitutivos do fato punível necessários como método analítico para determinar a existência concreta de ações criminosas.

Este título buscará trabalhar, predominantemente, com a tentativa de encontrar uma compreensão do licenciamento ambiental como fato punível, tocando singelamente na idéia de definição operacional, - também denominada definição analítica de crime – de modo que seja possível um esclarecimento dos pressupostos de punibilidade das ações descritas no artigo 60 da Lei 9.605/98, sem excluir que se toque em aspectos das definições reais, materiais e formais.

¹⁰⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 2.

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOCKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, primeiro volume: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 39.

¹⁰⁸ SANTOS, op. cit. p. 2.

É adequado ressaltar que não se pretende apresentar uma série de regulamentos que desaguaram na tipificação penal contida no artigo 60 da Lei n. 9.605/98, nem se pretende escrever a história sob o ponto de vista de verdugos, magistrados e legisladores. Este norte foi alcançado com maior clareza ao se ver as Matrizes Ibéricas. A idéia é a de não seguir a receita geral das resenhas históricas de direito penal, representada pelo esquema, já mencionado, de apreender, examinar e estudar. Também não se pretende discutir o assunto de forma que aparente que o tema da matéria estudada é intrinsecamente má, mas sem perder a noção de que é possível que sejam apontados seus defeitos, assim, julgamos interessante reproduzir um texto encontrado em Marx¹⁰⁹, no livro primeiro da crítica da economia política, a respeito de licenças para o exercício da mendicância, decorridos no fim do século XV e XVI em toda a Europa ocidental, correspondente segundo Marx a uma “legislação sanguinária”, que segue:

“Os que foram expulsos de suas terras com a dissolução das vassalagens feudais e com a expropriação intermitente e violenta, esse proletariado sem direitos, não podiam ser absorvidos pela manufatura nascente com a mesma rapidez com que se tornavam disponíveis. Bruscamente arrancados das suas condições habituais de existência, não podiam enquadrar-se, da noite para o dia, na disciplina exigida pela nova situação. Muitos se transformam em mendigos, ladrões, vagabundos, em parte por inclinação, mas na maioria dos casos por força das circunstâncias. Daí ter surgido em toda a Europa ocidental, no fim do século XV e no decurso do XVI uma legislação sanguinária contra a vadiagem. Os ancestrais da classe trabalhadora atual foram punidos inicialmente por se transformarem em vagabundos e indigentes, transformação que lhes era imposta. A legislação os tratava como pessoas que escolhem propositalmente o caminho do crime, como se dependesse da vontade deles prosseguirem trabalhando nas velhas condições que não mais existiam... essa legislação começou na Inglaterra, no reinado de Henrique VII. Henrique VIII, lei de 1530. Mendigos, velhos e incapacitados para trabalhar têm direito a uma licença para pedir esmolas. Os vagabundos sadios serão flagelados e encarcerados. Serão amarrados atrás de um carro e açoitados até que o sangue lhes corra pelo corpo; em

¹⁰⁹ MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. Livro primeiro. O processo de produção do capital. V. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968- . Tradução Reginaldo Sant’Anna. p. 851.

seguida prestarão juramento de voltar à sua terra natal ou ao lugar onde moraram nos últimos 3 anos, “para se porem a trabalhar”.

Assim, o licenciamento ambiental sob o ponto de vista da tutela quer administrativa, quer penal, se não olhado criticamente, pode ser a base para o cometimento de graves injustiças. Relembrando que não se pretende estar fincado nas escrituras legais, em um primeiro momento, será necessário caminhar por elas, para uma devida compreensão do significado do licenciamento ambiental e a tutela administrativa e penal. A escolha deste trilho é marcada pelo risco de que as idéias não se refresquem, mas apesar do caminho por textos legais, a idéia é a de interpretá-los de modo bem desconfiado, e quem sabe tornar possível minimamente o encontro de algum ângulo revelador da ideologia do sistema penal.

Iniciaremos pela tentativa de compreender a tutela administrativa lembrando que o exercício das atividades econômicas no Brasil, formalmente, é livre, isto é, independente de prévia intervenção do Poder Público. Esse o sistema que rege a matéria consoante a CF/88, conforme seu art. 170, parágrafo único.

Segundo Baratta¹¹⁰ a sociedade capitalista é uma sociedade baseada sobre a desigualdade e sobre a subordinação. O autor ora mencionado chama a atenção sobre uma relação, de caráter fundamental, entre relações de desigualdade e exigências de repressão, e explica que quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio do tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês. Cabe lembrar que, formalmente, todos são iguais perante a lei, mas é impossível deixar de notar que a sociedade brasileira é tremendamente desigual nas oportunidades para seus habitantes.

Uma idéia que se pretende perpassar no desenvolvimento do presente texto é a da importância da discussão da superação do direito penal, o que não significa negar a exigência de formas alternativas de controle social do desvio¹¹¹, ou seja, não se pretende no âmbito da presente dissertação discutir a idéia da abolição dos crimes relativos ao meio ambiente, e muito menos a abolição total dos crimes e penas, mas apenas algumas defesas viáveis e possivelmente a revogação do crime definido no artigo 60 da Lei de crimes

¹¹⁰ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 205. Tradução Juarez Cirino dos Santos.

¹¹¹ Idem, p. 205.

ambientais. Ao lado do sentimento de que, conforme Mestieri¹¹², a existência de sanções e preceitos criminais, enunciados em sociedade, limitadores da liberdade dos indivíduos é ainda uma necessidade que não se pode afastar. Então, uma das tarefas do presente trabalho, é tentar captar os fatos pertinentes descritos no art. 60 da Lei 9.605/1998, para que se obtenha um entendimento claro e acurado, ou constatando, talvez, que seja impossível tal tarefa, em vista das críticas que podem ser efetuadas em relação ao referido art. 60.

A situação brasileira¹¹³, onde uma enorme parcela da população não tem acesso a alimentos, moradia, estudo e trabalho com remuneração suficiente, confirmam e reforçam a idéia de Baratta¹¹⁴ quando, clamando por uma sociedade que pode prescindir cada vez mais do direito penal e do cárcere, diz que o direito penal é um instrumento precípua de produção e de reprodução de relações de desigualdade, de conservação da escala social vertical e das relações de subordinação e de exploração do homem pelo homem.

2.3. O LICENCIAMENTO AMBIENTAL: LEGALIDADE E PODER DE POLÍCIA

Como vimos, temos como uma das finalidades no presente trabalho, predominantemente, a busca de uma compreensão de aspectos da natureza administrativa¹¹⁵ do licenciamento ambiental, procurando demonstrar que o licenciamento ambiental é um

¹¹² MESTIERI, João. Manual de direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.4.

¹¹³ MILARÉ, Edis. A importância dos estudos de impacto ambiental. Justitia, 141, 1988. p. 17. Lembra que está superada a noção romântica de que a natureza é um intocável santuário. O Brasil é um país que precisa gerar riquezas para enfrentar os desafios da mudança social, cujo símbolo é o contingente de 40 milhões de pessoas vivendo em condições humilhantes.

¹¹⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002. Tradução Juarez Cirino dos Santos. p. 205.

¹¹⁵ Esta parte do texto privilegia, no que diz respeito ao poder de polícia, a idéia de polícia administrativa, ou seja, “a que tem por objetivo tomar e fazer respeitar todas as medidas necessárias para a manutenção da ordem, da segurança e da salubridade públicas”. (ver CRETILLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. São Paulo: Forense, 1968. p. 18). Também verificamos grande relação quanto ao assunto sob estudo, os ramos de polícia administrativa de construções e vizinhança, que envolvem, segurança de prédios, higiene, dimensão, estética, alinhamento e recuo, vizinhança e zoneamento, e a polícia sanitária, que abrange o direito sanitário, a polícia sanitária (alimentícia ou bromatológica, moléstias contagiosas, animal e vegetal, sanitária do solo, sanitária industrial e mortuária) apontados pelo autor aqui referidos, op. cit. P. 192-214.

instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, entre vários outros, e que isoladamente pode muito pouco. Percebemos que dois elementos que merecem uma especial e rápida abordagem, sob o aspecto administrativo, são a legalidade e o poder de polícia.

Lembre-se quanto ao aspecto penal que segundo Hungria¹¹⁶ o princípio da legalidade¹¹⁷ é ‘a fonte única do direito penal é a norma legal’, mas, ressalte-se que, aqui estaremos apresentando brevemente a legalidade¹¹⁸ sob o aspecto administrativo.

A intervenção do Poder Público, em geral, não é regida pelo sistema da presunção. A exigência de autorização, licença, permissão ou de aprovação prévia só pode existir se prevista em lei. Registre-se que, como vimos, não há até o momento lei regulando o licenciamento ambiental até o momento, lembre-se que um pouco antes da nova realidade constitucional de 1998, o CONAMA editou a Resolução 237/97, alterando o regime inaugurado pela Resolução 01/86, e tratando do Licenciamento Ambiental de forma mais ampla estabeleceu que:

“Art. 3º · A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (eia/rima), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Parágrafo único – O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento *não é potencialmente causador de significativa degradação* do meio ambiente, definirá os *estudos ambientais pertinentes* ao respectivo processo de licenciamento.”

¹¹⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, V. 1, tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 11

¹¹⁷ “O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito... .. porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais”. (Ver SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 421).

¹¹⁸ “O princípio da legalidade, visto pelo prisma de garantia individual, pode ser decomposto em quatro funções: proibir a retroatividade da lei penal; proibir a criação de crimes e penas pelo costume; proibir o emprego de analogia para criar crimes e proibir incriminações vagas e indeterminadas” (Ver BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 68).

Alguns autores, como Machado¹¹⁹, afirmam que as licenças, autorizações, aprovações prévias e permissões só podem ser criadas por lei ou a lei deverá prever a sua instituição por outro meio infralegal. O decreto do Presidente da República, do Governador do Estado ou do Prefeito Municipal somente poderá criar uma licença ambiental se a lei anterior expressamente cometer-lhe tal tarefa. De igual modo, as licenças ambientais não podem ser instituídas por portaria dos entes ambientais (IBAMA-Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis, pelos órgãos públicos ambientais dos Estados e dos Municípios, pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente-CONAMA ou por outros conselhos).

Ocorre que, como bem lembra Antunes¹²⁰, citando Francis Caballero, o sistema de licenciamento ambiental tem por finalidade garantir que não sejam praticados atentados contra o ambiente. Cria-se uma regulamentação para diminuir o número de fatos materiais que atentem contra o meio ambiente.

O licenciamento ambiental pressupõe, ainda, segundo Antunes¹²¹, que uma série de questões sejam levadas em consideração para a sua concessão, em primeiro lugar devem ser totalmente atendidas as exigências da legislação ambiental. Além do aspecto formal, outros fatores são importantes, como a necessidade de que se conjuguem satisfatoriamente as necessidades de conservação e preservação ambiental, compreendidas como parte de um planejamento estratégico, com o desenvolvimento sustentado.

Como vimos, o procedimento de licenciamento ambiental é um procedimento bastante complexo que se desenvolve em diversas etapas¹²². Existe, inclusive, uma previsão constitucional para determinados procedimentos obrigatórios a serem adotados para o licenciamento de uma atividade potencialmente poluidora.

O artigo 9º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, em seu inciso IV, estabelece que o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras são

¹¹⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 250.

¹²⁰ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 41.

¹²¹ Idem, p. 103.

¹²² Ver art. 10 da Resolução CONAMA 237/1997.

instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Relembre-se a necessidade constitucional - contida no art. 225, IV da CF - de um estudo prévio de impacto ambiental para o licenciamento de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. Como vimos, em razão da estrutura federativa do Estado brasileiro, existe a idéia de que o licenciamento ambiental pode ocorrer nos três níveis de governo, conforme a natureza da atividade a ser licenciada.¹²³

A possibilidade da exigência de um triplice licenciamento implica que, em não raras oportunidades, a sobreposição e a contradição de normas gere um clima de insegurança e instabilidade jurídica, quanto ao licenciamento. A inexistência de um sistema claramente definido de competências é um dos mais graves problemas da legislação ambiental brasileira e de sua aplicação.

Um ponto importante que deve ser considerado, é que o licenciamento é uma atividade a ser exercida, basicamente, pelo Poder Público estadual. As autoridades federais somente podem atuar em casos definidos, ou supletivamente à autoridade estadual. Os municípios poderão complementar, no que couber, as exigências dos órgãos estaduais para atender necessidades locais.”¹²⁴

Para falarmos, especificamente, sobre o licenciamento ambiental deve-se tocar em dois outros instrumentos de gestão ambiental previstos na Política Nacional de Meio Ambiente, que estão fortemente ligados ao licenciamento ambiental, que são a Avaliação de Impactos Ambiental – AIA, mencionada no artigo 9º da Lei 6.938/81 e o Estudo Prévio de Impacto Ambiental- EIA ou EPIA, mencionado no art. 225, IV da CF.

¹²³ Segundo o art. 10 da Lei 6.938/81 – “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

¹²⁴ Op. cit., p. 103-104.

2.4. AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL – AIA

Em um trabalho do Ministério do Meio Ambiente encontrado na internet denominado “Energia e meio ambiente¹²⁵”, temos que “A Avaliação de Impacto Ambiental – AIA é pressuposto básico para a aprovação administrativa do empreendimento potencialmente poluidor. A Política Nacional de Meio Ambiente – Instituída pela Lei nº 6.938/81, incorporou a AIA como um dos instrumentos. A resolução CONAMA nº 01/86 tornou a AIA obrigatória no sistema de licenciamento ambiental de atividades modificadoras do meio ambiente”.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Avaliação de Impacto Ambiental – AIA tem por objetivo analisar a viabilidade ambiental de um projeto, programa ou plano. Estão em jogo, sob o alvo de dispositivos legais, empreendimentos relativos a infra-estruturas e atividades produtivas, propostos pela iniciativa privada ou pelo Poder Público.

A avaliação tem como objeto a degradação, que é alteração adversa das características do meio ambiente, definido este 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” (art. 3º, I e II, da Lei 6.938/81).

Trata-se de um meio de atuação preventiva, que visa a evitar as conseqüências danosas, sobre o meio ambiente, de um projeto de obras, ou de qualquer atividade. Seu objetivo central é evitar que um projeto (obra ou atividade), justificável sob o prisma econômico ou em relação aos interesses imediatos de seu proponente, se revele posteriormente nefasto para o meio ambiente, que é um interesse difuso da coletividade. Valoriza-se, na plenitude, a vocação essencialmente preventiva do Direito Ambiental, expressa no conhecido apótema: é melhor prevenir que remediar.

A definição de um conceito de impacto ambiental não é simples. Segundo Antunes, há uma multiplicidade de circunstâncias e eventos que podem advir da intervenção humana no mundo natural que é tão ampla que, dificilmente, poderá ser avaliada pela ciência.

¹²⁵ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Energia e meio ambiente. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sqa/energia/capa/corpo.html> . Acesso em: jan. 2004.

O art. 1º da Resolução 01/86 oferece uma noção de impacto ambiental, considerando-se este como “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam”:

- I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- II – as atividades sociais e econômicas;
- III – a biota;
- IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;
- V – a qualidade dos recursos ambientais”.

Os homens necessitam intervir na natureza para sobreviver, não podem viver sem consumir recursos ambientais. Lembre-se que as ações humanas produzem repercussões na natureza. Antunes¹²⁶ afirma que homem está condenado a viver dos recursos naturais, ou sucumbir sem a utilização deles. E que, mesmo as comunidades mais primitivas¹²⁷ utilizam-se de recursos ambientais. As diferenças colocam-se no nível da compreensão do papel das relações entre o homem e a natureza e, evidentemente, a escala das populações que, em pequenas comunidades, necessitam de menos recursos naturais.

Uma grande preocupação apontada por Antunes¹²⁸ é a de saber se o homem terá a capacidade de utilizar os recursos naturais e assegurar um grau mínimo de sustentabilidade da utilização destes mesmos recursos. A constatação de que qualquer atividade humana é utilizadora de recursos ambientais é pouco explicativa e quase nada auxilia na correta compreensão do problema. Ao contrário é geradora de um grave dilema, que assim é explicado por Antunes¹²⁹: “se a humanidade depende dos recursos naturais para sobreviver e estes estão se esgotando em razão da própria necessidade da raça humana, então, estamos todos condenados a desaparecer juntamente com a natureza”.

¹²⁶ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 193.

¹²⁷ O autor parece não estar preocupado com um modo etnocêntrico de exteriorizar o seu pensamento, mas não cabe aqui tal discussão.

¹²⁸ Idem, p. 193.

¹²⁹ Idem, p. 193.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Avaliação de Impacto Ambiental – AIA tem por objetivo analisar a viabilidade ambiental de um projeto, programa ou plano. Estão em jogo, sob o alvo de dispositivos legais, empreendimentos relativos a infra-estruturas e atividades produtivas, propostas pela iniciativa privada ou pelo Poder Público.

Inspirada, segundo Milaré¹³⁰, no direito dos Estados Unidos da América do Norte (National Environmental Policy Act – NEPA – de 1969), a AIA foi introduzida, de forma tímida, em nosso direito positivo pela Lei 6.803/80, para a aprovação de limites e autorizações de implantação de zonas de uso estritamente industrial destinadas à localização de pólos petroquímicos, cloroquímicos, bem como de instalações nucleares.

A partir da mobilização social que se assistiu no Brasil durante a década de 80, principalmente com a visibilidade alcançada pelo movimento ambientalista e no apagar das luzes do regime autoritário, a AIA¹³¹ ganhou função de instrumento e amplitude através da Lei 6.938/81, que cuida da “Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação”.

Com efeito, nesse texto legal – considerado o mais importante marco do ambientalismo brasileiro – a AIA é erigida à categoria de instrumento da política nacional do meio ambiente, sem qualquer limitação ou condicionante, já que exigível tanto nos projetos públicos quanto particulares, industriais ou não-industriais, urbanos ou rurais, em áreas consideradas ou não críticas de poluição. Com base nisso, o CONAMA vem regulamentando o licenciamento de obras e atividades mediante a Avaliação de Impacto Ambiental, nas suas mais variadas modalidades.

Para cada caso que mereça regulamentação específica, devido às peculiaridades e características inerentes, tem sido eleita uma forma de avaliação ambiental, que busca ser capaz de aferir o meio mais adequado e acertado de prevenir a ocorrência de interferências negativas no ambiente.

Nesta linha, a Resolução CONAMA 237, de 19.12.1997, art. 1º, III, prevê que estudos ambientais são todos os estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento,

¹³⁰ MILARÉ, Edis. A importância dos estudos de impacto ambiental. *Justitia*, 141, 1988. p. 19.

¹³¹ Vide art. 9º, III da Lei 6.938/1981.

apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatórios ambientais, planos e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

A experiência técnica e prática acumulada proporcionaram condições para o amadurecimento dos aspectos conceituais sobre a Avaliação de Impacto Ambiental, que foram incorporados paulatinamente na legislação brasileira e difundidos em todo o território nacional.

Todavia, no início da aplicação da supracitada Resolução CONAMA 001/86, quando a Avaliação de Impacto Ambiental era incipiente no Brasil, usou-se a lista exemplificativa constante de seu art. 2º como um rol obrigatório, o que trouxe repercussão extremamente negativa para a gestão ambiental.

Com efeito, a AIA pertence à categoria de instrumento da política nacional do meio ambiente e imagina-se que é exigível tanto nos projetos públicos quanto particulares, industriais ou não-industriais, urbanos ou rurais, em áreas consideradas ou não críticas de poluição.

Com base nisso, o CONAMA vem regulamentando o licenciamento de obras e atividades mediante a Avaliação de Impacto Ambiental, nas suas mais variadas modalidades. Para cada caso que mereça regulamentação específica, devido às peculiaridades e características inerentes, tem sido eleita uma forma de avaliação ambiental, que busca ser capaz de aferir o meio mais adequado e acertado de obviar as interferências negativas no ambiente.

A experiência técnica e prática acumulada proporcionou condições para o amadurecimento dos aspectos conceituais sobre a Avaliação de Impacto Ambiental, que foram incorporados paulatinamente na legislação brasileira e difundidos em todo o território nacional. Todavia, no início da aplicação da supracitada Resolução CONAMA 001/86, usou-se a lista exemplificativa constante de seu art. 2º como um rol obrigatório, o que trouxe repercussão extremamente negativa para a gestão ambiental.

Num primeiro momento foram apresentados AIAs e EIAs indiscriminadamente para o licenciamento de qualquer tipo de obra e atividade prevista na listagem da Resolução

CONAMA, o que resultou na apresentação de um grande número de projetos caros para casos singelos, e pior, sem que houvesse um ganho ambiental correspondente, onerando os empreendedores e a administração pública.

Em razão de ter sido incorporado em nossa legislação ambiental como a solução de todos os males ou, muitas vezes, por interesses estranhos à luta pela preservação ambiental, está se propagando a idéia de que é necessária a elaboração de avaliação de impacto ambiental para qualquer atividade modificadora do meio ambiente.

Nesse aspecto voltamos a um dos pontos centrais da discussão que é a aplicação indiscriminada da utilização do licenciamento ambiental, inclusive no que diz respeito à tutela penal, tendo em vista as exigências desmedidas de elaboração de AIAs, o que é muito vinculada ao problema do licenciamento ambiental.

Ao que parece, nem todas as iniciativas humanas necessitam de avaliação de impacto ambiental, e muito menos de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, visto como uma modalidade de AIA, e que veremos a seguir, por envolver aquele a análise de inúmeras variáveis e destinar-se aos empreendimentos que possam provocar significativa degradação ambiental.

2.5. ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL – EIA

Como modalidade de Avaliação de Impacto Ambiental - AIA, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental - EIA é hoje considerado um dos mais insígnis instrumentos de compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente, já que deve ser elaborado *antes* da instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa degradação*, nos termos do art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal de 1988.

O Estudo Prévio de Impacto Ambiental, por envolver a análise de inúmeras variáveis, destina-se aos empreendimentos que possam provocar significativa

degradação, assim como modificações nas características socioeconômicas e biofísicas do meio ambiente.

Qualificar e, quanto possível, quantificar antecipadamente o impacto ambiental é o papel reservado ao EIA, como suporte para um adequado planejamento de obras ou atividades que interferem com o ambiente. Segundo Benjamin¹³², citando Jain, R. K. e outros, o EIA é um estudo das prováveis modificações nas diversas características socioeconômicas e biofísicas do meio ambiente que podem resultar de um projeto proposto.

Como vimos anteriormente, o CONAMA Expediu a Resolução 01/86, dando tratamento mais orgânico ao EIA. Para que se possa analisar corretamente a questão referente à exigibilidade e os limites de aplicação da Resolução CONAMA 01/86, cumpre assinalar que esta foi editada sob o anterior regime constitucional, o da Emenda 1/69, época em que não havia nenhuma disposição nomeada com a idéia de proteção ambiental como é vista na atualidade.

As matérias que compõem a “proteção ambiental” eram tratadas sob a forma de competência legislativa da União para dispor sobre “defesa e proteção da saúde”; “jazidas, minas e outros recursos minerais”; “metalurgia, florestas, caça e pesca” e “águas”.

Foi neste contexto – que indicava já a necessidade de uma melhor disciplina das atividades que pudessem causar algum dano ao meio ambiente –, que veio a ser editada a Resolução CONAMA 01/86, a qual atendia aos então objetivos perseguidos pela Lei 6.938/81. Nos termos, pois, da Resolução CONAMA 01/86, todas as “atividades modificadoras do meio ambiente”, nela exemplificativamente listadas, dependiam, em tese, da elaboração de “estudo de impacto e respectivo relatório de impacto ambiental”, sem o que não poderiam ser licenciadas.

Isso significa que, sob a Constituição da época, quaisquer atividades *modificadoras* do meio ambiente dependiam, para ser licenciadas, da elaboração e aprovação de EIA/RIMA. A partir do dia 05.10.1988 o país passou a viver sob novo regime constitucional. A atual

¹³² BENJAMIN, Antonio Herman. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricioniedade administrativa. *Revista Forense*, 1988, v. 317, n. 25, 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil, reconhecendo o direito à qualidade do meio ambiente como manifestação do direito à vida, produziu um texto inédito em Constituições em todo o mundo, capaz de orientar uma política ambiental no país e de induzir uma mentalidade preservacionista.

Com efeito, o meio ambiente passou a ser considerado “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, o que impôs ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, entre outros, a incumbência de “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”¹³³.

A Constituição de 1988 corrigiu o equívoco técnico cometido pela legislação infraconstitucional, consolidando o papel do EIA como modalidade de avaliação de significativo impacto, e não de atividades simplesmente modificadoras do meio ambiente, até mesmo porque é impossível conceber uma atividade relativa ou pertencente ao homem que não altere de alguma forma o ambiente.

Os Estados-membros, ao elaborar as suas Constituições nos termos preconizados pelo art. 11 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, quase à unanimidade, fizeram inserir em seus textos previsões específicas acerca dos Estudos de Impacto Ambiental, e assim mais e mais se reforçou e consolidou o mencionado instrumento¹³⁴. A título de exemplo, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro expressou-se da seguinte forma:

¹³³ Art. 225, *caput* e § 1º, IV. Grifo nosso.

¹³⁴ Consultem-se, a propósito, as Constituições dos Estados de Alagoas (art. 217, IV), Amapá (art. 312, § 2º), Amazonas (arts. 230, VI e 235), Bahia (art. 214, IV), Ceará (art. 264), Espírito Santo (art. 187), Goiás (art. 132, § 3º), Maranhão (art. 241, VIII), Mato Grosso (art. 263, parágrafo único, IV), Mato Grosso do Sul (art. 222, § 2º, IV), Minas Gerais (art. 214, § 1º, IV e § 2º), Pará (art. 255, § 1º), Paraíba (art. 228, § 2º), Paraná (art. 207, § 1º, V), Pernambuco (art. 215), Piauí (art. 237, § 1º, IV), Rio de Janeiro (art. 261, 1º, X), Rio Grande do Norte (art. 150, § 1º, IV), Rio Grande do Sul (art. 251, § 1º, V), Rondônia (art. 219, VI), Santa Catarina (art. 182, V), São Paulo (art. 192, § 2º), Sergipe (art. 232, § 1º, IV). No Distrito Federal, a matéria foi contemplada na Lei Orgânica de 08.06.1993, editada com base no art. 32 da Constituição Federal (arts. 289 e 291).

“Art. 261- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida, impondo-se a todos, e em especial ao Poder Público, o dever de defendê-lo, zelar por sua recuperação e proteção, em benefício das gerações atuais e futuras.

§1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

X - condicionar, na forma da lei, a implantação de instalações ou atividades, efetiva ou potencialmente causadoras de alterações significativas do meio ambiente à *prévia* elaboração de estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (g. n.).

Antes da nova realidade constitucional de 1988, o CONAMA editou a Resolução 237/97, alterando o regime inaugurado pela Resolução 01/86 e tratou do Licenciamento Ambiental de forma mais ampla.

Como se vê, a legislação deixou claro que o EIA é espécie da “Avaliação de Impactos Ambientais”. A legislação também definiu que ele é exigível somente quando houver risco de significativa degradação ambiental. À evidência, portanto, não se deve confundir o EIA com a Avaliação de Impacto Ambiental. O Estudo de Impacto Ambiental, por seu alto custo e complexidade, deve ser usado com economia e sensatamente, ou seja, somente naqueles casos em que se faz realmente necessário.

Esta a orientação da lei brasileira, ao fazer depender o seu desencadeamento apenas ante a significativa degradação que o empreendimento possa causar ao ambiente¹³⁵. Contudo, não constitui tarefa fácil precisar o conceito de *significativa degradação*, dado que na implantação de um projeto sempre poderá haver “alteração adversa das características do meio ambiente”¹³⁶. Como saber, então, se uma obra ou atividade será

¹³⁵ Arts. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal; art. 8º, II, da Lei 6.938/81; art. 7º, IV, do Decreto 99.274/90 e art. 3º da Resolução CONAMA 237/97.

¹³⁶ Art. 3º, II, da Lei 6.938/81.

potencialmente causadora de significativa degradação sem ter antes um Estudo de Impacto Ambiental?

Observe-se que a própria Constituição Federal, ao se referir ao impacto ambiental, utilizou conceitos vagos, tais como *potencialmente* e *significativa*, que geram a possibilidade de dois ou mais entendimentos – e, portanto, de atuação discricionária, ao cabo do processo da exegese da norma.

Quer-se salientar que o conteúdo de tais conceitos é plurissignificativo, vago, e não teórico, abrindo margem à formação de juízos de valor subjetivo, *in thesi*¹³⁷. Para fugir à incômoda situação acima referida, o critério engendrado pelo legislador brasileiro foi o de elaborar uma lista positiva enumerando as obras e atividades qualificadas a produzir efeitos ambientais indesejáveis, basicamente, através do art. 2º da Resolução CONAMA 01/86.

Nada obstante o intento do legislador, certo que o art. 2º apresentou um elenco exemplificativo das obras e atividades que, presumidas (*relativamente*) de maior potencial ofensivo, estariam a demandar a realização de prévio estudo de impacto ambiental. É o que se depreende da expressão “tais como”, que precede a enunciação do referido art. 2º.¹³⁸

A consagração da tese da presunção relativa veio com a Resolução CONAMA 237/97 que, ao disciplinar a incorporação do sistema de licenciamento aos instrumentos de gestão ambiental, assentou no parágrafo único do seu art. 3º, onde consta que:

“O órgão ambiental competente, verificando que a atividade ou empreendimento não é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente, *definirá os estudos ambientais pertinentes* ao respectivo processo de licenciamento” (art. 3º, parágrafo único, g.n.)”.

Desta maneira, com base em todos esses atos normativos e idéias que aprovam a tese da relatividade da presunção de significativo impacto ambiental das atividades

¹³⁷ CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. Do impacto ambiental. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 637, 1988. p. 23.

¹³⁸ Sílvia Cappelli, com acerto, escreve que “esse elenco não é *numerus clausus*” (O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, 1992. p. 54).

relacionadas no art. 2º da Resolução 01/86, é possível concluir que o órgão de controle mantém certa dose de liberdade para definir *estudos mais adequados* que possam indicar ou não a presença de *significativo* impacto ambiental.

Assim, enquanto o órgão ambiental pode definir os estudos ambientais pertinentes a uma determinada atividade, de acordo com suas características, por outro lado, a transformação de um instrumento como o EIA em mera exigência formal, imposta *sem critério* pode, muitas vezes, inviabilizar obras necessárias.

Sem prejuízo das considerações acima tecidas, cumpre, agora, destacar que o EIA/RIMA possui a característica intrínseca de ser um estudo prévio.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, §1º, IV, assim dispõe sobre o cabimento do EIA: incumbe ao Poder Público “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, estudo *prévio* de impacto ambiental, a que se dará publicidade”. Por igual, a já mencionada, exemplificativamente, Constituição do Estado do Rio de Janeiro, em seu artigo 261, §1º, X, estabeleceu: incumbe ao Poder Público “condicionar, na forma da lei, a implantação de instalações ou atividades, efetiva ou potencialmente causadoras de alterações significativas do meio ambiente à *prévia* elaboração de estudo de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

No mesmo sentido, a Resolução CONAMA 237/97, em seu artigo 3º, determina que “a licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de *prévio* estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA)...”.

Como se vê, dado o seu papel de instrumento *preventivo*, é claro que, para cumprir sua missão, o EIA deve ser elaborado *antes* da decisão administrativa de outorga da licença para a implementação de obras ou atividades com efeito ambiental no meio considerado.

Daí o nome que lhe dá a Constituição, reconhecendo uma de suas características intrínsecas: “estudo *prévio* de impacto ambiental”, pois, como se sabe, a lei não contém palavras inúteis.

E se, não obstante a necessária *anterioridade* do estudo, a obra ou atividade sujeita à disciplina do EIA já estiver em andamento ou em franco funcionamento?

Evidentemente, nesse caso, não mais terá cabimento o EIA, com o conjunto de formas desenhada na Resolução 01/86, do CONAMA – certo que, segundo a Constituição, ele é sempre *prévio* –, mas sim outras espécies de estudos de avaliação destinados a acompanhar ou controlar os possíveis impactos ambientais.

Realmente, o EIA/RIMA é modalidade de AIA destinada a *antever* os possíveis impactos que determinada obra ou atividade, que se pretende instalar, possa causar ao meio ambiente, não sendo cabível para empreendimentos já instalados e em operação, ainda que objeto de ampliações.

Nenhum outro instrumento encarna melhor a vocação *preventiva* do Direito Ambiental do que o EIA. Ele foi criado exatamente para *prever* (e, a partir daí, prevenir) o dano, *antes* de sua manifestação.

“Daí a necessidade de que o EIA seja elaborado no momento certo: *antes* do início da execução, ou mesmo de atos preparatórios, do projeto”.¹³⁹

Vale mencionar que, dentre as diretrizes do EIA, a Resolução CONAMA 01/86, artigo 5º, I, estabelece a apreciação das alternativas locacionais do empreendimento.

Ora, só faz sentido avaliar o local de implantação do empreendimento, confrontando-o com alternativas, *antes* da sua instalação, sob pena de inutilidade do estudo.

Portanto, o EIA deve ser *prévio* à instalação do empreendimento potencialmente danoso.

Assim, foram apresentados brevemente o Licenciamento Ambiental, a Avaliação de Impacto Ambiental e o Estudo Prévio de Impactos Ambientais, que demonstram a força da idéia preventiva nos assuntos ambientais.

¹³⁹ BENJAMIM, Antonio Herman. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. *Revista Forense*, v. 317, n. 25, p. 25-45, 1988. p. 30.

2.6. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ÓRGÃO AMBIENTAL

Um interessante aspecto a ser abordado, é a tentativa de encontrar um olhar dos órgãos competentes para o licenciamento ambiental quanto ao tema do licenciamento ambiental. Desde logo, será importante registrar que não foi o objetivo do presente trabalho pesquisar todos os órgãos ambientais, pois como já foi dito anteriormente, existem, além do órgão ambiental federal, órgãos estaduais e municipais, assim este título abordará, rapidamente, algumas observações emanadas do órgão ambiental federal – IBAMA – sobre o licenciamento ambiental.

Nota-se que há uma tensão entre setores da sociedade em relação ao licenciamento ambiental, como poderemos ver em três momentos que serão apresentados a seguir.

Em um primeiro momento, vimos o Diretor de Licenciamento Ambiental do IBAMA, - Nilvo Silva - em 21/04/04, que apresentou artigo na Folha de São Paulo intitulado “Política e licenciamento ambiental” apresentando entendimento de que são as deficiências do processo de planejamento da infra-estrutura que tornam o licenciamento ambiental excessivamente complexo e conflitivo. O processo de planejamento, no dizer do diretor do IBAMA, seria fechado e insensível social e ambientalmente, e geraria conflitos crescentes em nossa sociedade que seria cada vez mais democrática, e pautada pelo respeito às leis e pelos direitos constitucionais, contando, ainda, com Ministérios Públicos atuantes.

O segundo momento é representado por reportagem do Jornal do Brasil, de 27 de junho de 2004, onde consta que a demora na liberação da licença ambiental para o término da construção da barragem de Corumbá 4, localizada a cerca de 70 quilômetros de Brasília, poderá provocar o rompimento da represa e causar mortes e destruição à flora e à fauna, além de um ‘apagão’ na capital federal. Por tal razão o IBAMA e o Ministério Público Federal teriam sido notificados formalmente do risco pela Corumbá Concessões, empresa cujo controlador é a Central Elétrica de Brasília (CEB). Segundo o diretor de licenciamento ambiental do IBAMA, na mesma reportagem, a obra foi paralisada por imperícia do projeto. Segundo ele, de nada adiantará a direção da Corumbá Concessões criar situação de pânico, com o objetivo de apressar a licença ambiental.

O terceiro momento selecionado foi a resposta da Ministra do Meio Ambiente – Marina Silva - às críticas da Ministra das Minas e Energia¹⁴⁰ - Dilma Rousseff - , encontradas em nota constante na Tribuna da Imprensa, de 09/08/2004, no sentido de que é preciso conciliar as necessidades reais de desenvolvimento do País com o cumprimento da legislação ambiental. A Ministra do Meio Ambiente disse que a lei ambiental é um valor econômico, social, ambiental e, principalmente, ético, tendo informado, ainda, que o seu ministério está fazendo um esforço para melhorar a área de licenciamento ambiental, e que até o final do ano de 2004, o IBAMA, por meio de concurso público, contrataria 150 analistas ambientais.

Também foi observado em texto disponibilizado na página do IBAMA na internet¹⁴¹, que ao contrário dos que entendem que a questão ambiental não deva ser tratada no âmbito criminal, e que com a aprovação da Lei de Crimes Ambientais, a sua percepção é a de que os órgãos ambientais e o Ministério Público passaram a contar com um instrumento que lhes garante agilidade e eficácia na punição aos infratores do meio ambiente.

No referido texto denominado “A Lei da Natureza” cuja apresentação é assinada pelo, então, Presidente do IBAMA, Sr. Eduardo Martins, há o entendimento de que com a aprovação da Lei de Crimes Ambientais e sua sanção pelo Presidente da República, os órgãos ambientais e o Ministério Público passaram a contar com um instrumento capaz de garantir agilidade e eficácia na punição aos infratores do meio ambiente. Para o Presidente do IBAMA a Lei, entretanto não trata apenas de punições severas, ela teria incorporado métodos e possibilidades da não aplicação das penas, desde que o infrator recupere o dano, ou, de outra forma, pague sua dívida à sociedade. No referido texto há a afirmação de que a lei é boa, mas, para ficar ótima, todos devem participar da sua implementação, seja através de denúncias ao IBAMA, ao órgão ambiental do Estado ou ao Ministério Público, seja

¹⁴⁰ Segundo o jornal a Ministra das Minas e Energia, nas suas críticas, disse que o atual governo encontrou um estoque de 45 projetos de geração de energia com uma série de problemas, mas que tinham, prioritariamente, o problema da falta de licenciamento ambiental (Tribuna da Imprensa, 09 ago. 2004)

¹⁴¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. A Lei da Natureza. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/leiambiental/home.htm>>. Acesso em 10/03/2004.

através do exercício diário dos direitos do cidadão. Afinal, a Constituição garante que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é bem de uso comum do povo e que incumbe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.¹⁴²

Também, no mesmo texto, qualificando a Lei de Crimes Ambientais como “A lei da natureza”, encontramos o comentário de que esta última assegura princípios para manter o meio ambiente equilibrado ecologicamente, protege todo e qualquer cidadão, protege a todos que respiram, que bebem água e que se alimentam diariamente. Existe, assim, a proteção da qualidade de vida sadia para os cidadãos e para as futuras gerações. Consta, ainda, no texto mencionado, um quadro que apresenta uma comparação entre o que existia em matéria ambiental e a situação atual.

Assim, em vista dos momentos apresentados acima, a Lei de Crimes Ambientais em sentido geral, e especificamente o licenciamento ambiental, na percepção do IBAMA, seriam ferramentas de cidadania. E, caberia aos cidadãos exercitá-las, implementá-las, dar-lhes vida, através do seu amplo conhecimento e da vigilância constante¹⁴³.

Quanto às percepções do IBAMA contidas acima, cabe lembrar que a Lei 9.605/98 dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente em vários artigos menciona os termos “licença” e “autorização”¹⁴⁴.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem, p. 23

¹⁴⁴ Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 51. Comercializar motoserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Antes mesmo da Lei 9.605/98, existiam leis sobre a proteção a elementos do meio ambiente, que já mencionavam a necessidade obrigatória de licença anual, como, por exemplo, para o exercício da caça, de caráter específico e de âmbito regional, expedida pela autoridade competente¹⁴⁵.

Assim, a licença referida no artigo 60 da Lei 9.605/98 é uma inovação, e deverá ser estudada de forma diferente das outras licenças que constam na legislação criminal relativa ao meio ambiente, ou seja, existem vários licenciamentos ambientais.

O licenciamento ambiental relativo ao artigo 60 deveria ser específico para os casos nele definidos¹⁴⁶, especialmente no que diz respeito ao aspecto de que os estabelecimentos, obras ou serviços construídos, reformados, ampliados, instalados ou feitos funcionar devam ser potencialmente poluidores.

O crime referido no artigo 60 da Lei 9.605/98 tem a função de garantir a exigência constitucional que exige, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade¹⁴⁷.

O licenciamento ambiental é o procedimento administrativo por meio do qual o órgão ambiental competente licencia a implantação, ampliação e operação de empreendimentos potencialmente causadores de degradação ambiental.

Ele é efetivado perante um dos órgãos que compõem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), na maior parte dos casos o órgão estadual.

¹⁴⁵ Lei nº 5.197/67. Art. 13. Para o exercício da caça, é obrigatória a licença anual, de caráter específico e de âmbito regional, expedida pela autoridade competente.

¹⁴⁶ Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

¹⁴⁷ “CF. 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.

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

Nas licenças ambientais, são estabelecidas as condições para que o empreendedor, pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, implante, amplie ou opere. O licenciamento ambiental envolve potencialmente um enorme campo de iniciativas humanas, de graus de complexidade bastante diferenciados.

Ponto importante a destacar é que a licença ambiental não tem caráter definitivo. Há previsão normativa de prazo de validade para os diferentes tipos de licença, bem como de monitoramento permanente do empreendimento.

Após a expedição de qualquer das licenças, o cumprimento das condições nela estabelecidas é, em tese, acompanhado sistematicamente e pode ser cobrado por via administrativa ou judicial.

Não sendo observados os compromissos constantes da licença ambiental, ela pode ser suspensa ou mesmo cancelada. A frequência das ações de fiscalização varia em função da natureza da atividade e dos seus cronogramas de planejamento, implantação e operação.

Alguns juristas, como Paulo Affonso Leme Machado, afirmam que a licença ambiental teria a natureza jurídica de autorização e não propriamente de licença. Essa questão traz consigo conseqüências relevantes: “se o órgão competente pode ou não recusar a licença; em que circunstância poderia recusá-la; a duração dessa licença; se pode haver retirada do ato administrativo, sob que forma e em que condições; e as conseqüências jurídicas e econômicas dessa retirada”¹⁴⁸.

A maior parte da doutrina, todavia, entende que a licença ambiental consiste, de fato, numa licença, ou seja, ela não pode ser negada ao empreendedor se forem satisfeitos todos os requisitos legalmente exigidos do empreendimento proposto.

Quando a degradação ambiental potencialmente gerada por um empreendimento é significativa, impõem-se a elaboração e aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), obrigatoriamente é feito um resumo em linguagem acessível ao público em geral, o relatório de impacto ambiental (RIMA).

Tanto os licenciamentos ambientais, quanto o EIA/RIMA têm suas normas gerais estabelecidas em legislação federal. Essa legislação, hoje, com certeza está a merecer

¹⁴⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

aperfeiçoamentos. Pretende-se, aqui, analisar quais são os principais ajustes e complementações demandados em relação a essas normas.

O licenciamento ambiental surgiu na Lei nº 6.938, de 1981, que “dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

O art.9º da lei menciona expressamente “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Segundo a Lei Federal 6.938/81, artigo 2º, I, o meio ambiente é qualificado como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido para uso da coletividade. Nos termos do artigo 225 da Constituição Federal, o meio ambiente é bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida. Por ser de todos e de ninguém em particular, inexistente direito subjetivo à sua utilização que, à evidência, só pode legitimar-se mediante ato do Poder Público.

O artigo 10 da Lei 6.938/81 determinou que os empreendimentos e atividades considerados efetiva ou potencialmente poluidores, ou capazes de causar degradação ao ambiente, dependerão de prévio licenciamento ambiental.

Neste dispositivo legal, a Política Nacional de Meio Ambiente escolheu como ação preventiva afeta ao Poder Público o Licenciamento Ambiental, para a instalação e o funcionamento de empreendimentos potencialmente poluidores.

O Licenciamento Ambiental, enquanto ação preventiva de prerrogativa estatal, indelegável e típica do Poder Executivo, e fundada no poder de polícia¹⁴⁹, visa a preservar riscos potenciais ou efetivos a qualidade do meio ambiente e a saúde da população,

¹⁴⁹ Para Celso Antonio Bandeira de Mello a expressão “Poder de polícia” é manifestamente infeliz, pois traz consigo a evocação de uma época pretérita, a do “Estado de Polícia”, que precedeu ao Estado de Direito. Mello informa que a crítica dos inconvenientes desta expressão foi admiravelmente bem feita por Agustín Gordillo, a quem dá razão quanto a idéia de banimento do vocabulário jurídico da expressão referida. O autor menciona que, atualmente, na maioria dos países europeus (de que a França é marcante exceção), em geral, o tema é tratado sob a titulação “limitações administrativas à liberdade e à propriedade”, e não mais sob o rótulo “poder de polícia”. Mas, admite que entre nós, esta indesejável terminologia persiste, não se podendo simplesmente desconhecê-la. Ver MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 558.

mediante o controle de qualquer empreendimento ou intervenção que altere desfavoravelmente as características e condições do ambiente.

O Licenciamento Ambiental, segundo definição constante da Resolução CONAMA 237/97, artigo 1º, I, é o “procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas aplicáveis ao caso”.

O procedimento de licenciamento ambiental culmina na prática de ato administrativo denominado “Licença Ambiental”, que limita o exercício da atividade licenciada.

Esta, para ser desenvolvida, deverá observar as condicionantes técnicas e medidas de controle, bem como as medidas mitigadoras e compensatórias que venham a ser consideradas relevantes pelo órgão competente, no exame das particularidades do projeto, conforme especificações da respectiva licença.

O licenciamento ambiental visa a estimar, avaliar, ou mesmo valorar o impacto que dada obra ou atividade possa ocasionar ao meio ambiente, ponderando as suas repercussões nos ecossistemas e no acervo dos recursos naturais; a partir desse processo, estabelece os fatores limitantes e fixa as condicionantes para o seu desenvolvimento.

O licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, busca a Administração Pública exercer o necessário controle sobre as atividades e obras humanas que interferem na estrutura dos ecossistemas e nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a manutenção do equilíbrio ecológico.

Desde logo, infere-se, que o licenciamento aplica-se às atividades que interfiram nas condições ambientais ou, noutras palavras, as atividades consideradas potencialmente causadoras de degradação ambiental.

Na legislação infraconstitucional, como já dito, a Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938/81, anterior à Constituição de 1988, mas por ela recepcionada, prevê que:

“Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento do órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, e do IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis”.

Assim, nos termos da Política Nacional do Meio Ambiente, estão sujeitas ao licenciamento ambiental apenas as obras e atividades que possam dar causa a um dos impactos previstos no artigo 3º, III.

Neste sentido, a Resolução CONAMA 237/97 prevê, em seu Anexo 1, as atividades e os empreendimentos que estão, em regra, sujeitos ao licenciamento, de forma que os mesmos podem ser considerados presumidamente impactantes ou causadores de degradação ambiental.

O Licenciamento Ambiental como fato punível a partir de 1998 depende de esclarecimentos sobre vários pontos especialmente se levada em conta uma idéia de criminologia crítica, no sentido de ser utilizado o direito penal mínimo.

Falta saber o que é estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidor? Se este fato punível não se assemelha aos crimes comuns? Se não se assemelhando aos delitos comuns, ficariam afastados os princípios básicos do direito penal? Se há necessidade de sanções criminais para proteger o meio ambiente pela insuficiência de sanções administrativas e civis? Se a falta de Licença Ambiental pode ser considerada um crime do colarinho branco? Se haveria a necessidade de tornar a falta de Licença ambiental um fato punível ou se tal situação serve apenas para aumentar a arrecadação do Estado sem efetivamente proteger o Meio ambiente? Se compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente é possível?

Examinaremos, a seguir, a questão da criminalização da falta de Licença Ambiental para tentarmos estabelecer relações quanto à necessidade de introdução de sanções criminais para proteger o meio ambiente pela insuficiência de sanções civis e administrativas, razões que levam a considerar que o Direito Penal não é adequado

para tratar as questões de direito ambiental, bem como a questão da diferenciação da criminalidade pela posição social do autor, fazendo pontos de contato entre o fato punível da falta da Licença Ambiental com os crimes do colarinho branco. Pretende-se demonstrar mediante uma apreciação descritiva e sintética os referidos pontos que podem estar relacionados com as questões suscitadas pela falta de Licença Ambiental.

3 FALTA DE LICENÇA AMBIENTAL: ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

Após a apresentação de alguns ângulos administrativos do Licenciamento Ambiental, passa-se a comentar alguns aspectos criminológicos da falta de licença ambiental como fato punível.

O delito que tenta estar contido no art. 60, da lei 9.605/1998, está inserido no capítulo V que trata dos crimes contra o meio ambiente, e mais especificamente na seção III, que se refere à poluição e outros crimes ambientais. Então, a nosso ver, uma interpretação adequada do art. 60 deverá levar em conta a interpretação que geralmente é dada aos crimes de poluição.

Conforme Prado¹⁵⁰, em vista da estrutura do tipo¹⁵¹ e de suas características objetivas e subjetivas, o artigo 60 apresenta, quanto à primeira característica, o seguinte:

¹⁵⁰ No caso do crime de poluição “A conduta incriminada consiste em causar (originar, produzir, ocasionar, dar ensejo a) 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. Por poluição, em sentido amplo, compreende-se a alteração ou degradação de qualquer um dos elementos físicos ou biológicos que compõem o ambiente. Entretanto, não se pune toda emissão de poluentes, mas tão-somente aquela efetivamente danosa ou perigosa para a saúde humana, ou aquela que provoque a matança de animais ou destruição (desaparecimento, extermínio) significativa da flora. Isto é, exige-se a real lesão ou o risco provável de dano à saúde humana, extermínio de exemplares da fauna local ou destruição expressiva de parcela representativa do conjunto de vegetais de uma determinada região. Nesse sentido, afirma-se que “apenas devem ser consideradas como poluentes as substâncias presentes em concentrações bastantes para produzir um efeito mensurável sobre o homem, os animais, os vegetais ou os materiais”. O tipo legal é extremamente amplo e vago, com cláusulas normativas, de cunho valorativo, que estão muito aquém das exigências do princípio da legalidade em sua vertente de taxatividade-determinação da lei penal. A expressão de qualquer natureza, reveladora de um objeto indeterminado, abrange seja qual for a espécie e a forma de poluição, independentemente de seus elementos constitutivos (atmosféricos, hídrica, sonora, térmica, por resíduos sólidos etc.). Já o termo em níveis tais exprime um certo quantum – suficiente -, elevado o bastante para resultar ou poder resultar em lesão à saúde humana. Por destruição significativa da flora deve ser entendida aquela realizada de maneira expressiva, de gravidade considerável. Tratam-se de corretivos típicos, excluindo-se do âmbito do injusto típico as condutas escassamente lesivas ou de pouca relevância para o bem jurídico tutelado (caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal). Também o estado de perigo exigido (possam resultar) deve ser grave, intenso e hábil para resultar em lesão à saúde humana”. (Ver PRADO, Luiz Régis. Crimes contra o ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 170-172.)

¹⁵¹ Sobre a teoria do tipo ver em FRAGOSO, Heleno. op. cit. p. 156-165.

“Os núcleos do tipo, alternativamente incriminados, consubstanciam-se nos seguintes verbos: a) construir (edificar); b) reformar (corrigir, consertar, alterar, mudar); c) ampliar (aumentar); d) instalar (estabelecer, dispor para funcionar); e) fazer funcionar (inaugurar, dar início ao funcionamento, ao trabalho, à execução). Objetos materiais são os estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, construídos, reformados, ampliados, instalados ou em funcionamento em qualquer parte do território nacional. A expressão “sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes” constitui elemento normativo do tipo referente à ausência de uma causa de justificação que, se presente, torna lícita a conduta do agente. Faz-se necessário que o estabelecimento, obra ou serviço seja potencialmente poluidor, ou seja, que seja suscetível – de maneira virtualmente provável – de causar poluição – sem sentido amplo, podendo ser hídrica, atmosférica, sonora etc., vez que o tipo não faz restrição alguma”.

No que respeita ao tipo subjetivo, teremos o dolo quanto à consumação. Esta se dá com a efetiva construção, reforma, ampliação, instalação ou funcionamento de estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidor. Admite-se a tentativa. Classifica-se como crime comum¹⁵², de perigo concreto, plurissubsistente, de ação múltipla e de forma livre¹⁵³. Cabe notar que o art. 60 caracteriza-se por ser uma norma penal em branco¹⁵⁴, e, no presente caso, inconstitucional.

¹⁵² Veremos no decorrer do trabalho que é possível que o delito do art. 60 não seja comum, pois os atentados contra o equilíbrio e a sanidade do ambiente, verdadeiramente graves, provêm, sem margem para dúvidas, não de comportamentos individuais, mas de atividades industriais ou de qualquer outro gênero de ações coletivas”. Ver MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente? *Lusíada*, Porto, Número especial, nov. 1995. p. 337.

¹⁵³ Vide PRADO, op. cit. p. 181-182, SIRVINSKAS, op. cit. p. 199.

¹⁵⁴ “A lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal e, além disso, abriu as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, motivos suficientes para considerá-la inconstitucional. Se se acrescentar a isso o fato de que ela representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula da ultima ratio, parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito. O argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua inconstitucionalidade, ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador. As únicas leis penais em branco cuja constitucionalidade é tolerável são as chamadas impróprias, ou seja, as que remetem a outra norma emanada da mesma fonte (complementação homóloga). Tal reenvio pode ser interno (quando outra disposição da própria lei) ou externo (quanto a outra lei de hierarquia idêntica ou superior – lei complementar ou a própria Constituição). Fala-se, no primeiro caso, de complementação homóloga homovitelina, e, no segundo caso, de complementação homóloga heterovitelina. Essas leis serão constitucionais à medida que o complexo resultante de ambas as normas não violar algum dos demais

A questão da necessidade da criminalização¹⁵⁵ da falta de licença, autorização ou obediência a normas regulamentares pertinentes ao ambiente, para estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, era puramente sancionada administrativamente até a entrada em vigor da Lei 9.605/98, quando passou a ser também um problema criminal, por força do seu art. 60, como segue:

“Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

A hipótese geral deste trabalho é que a imposição penal do artigo 60 da Lei de crimes ambientais não é a mais adequada para a tutela do bem jurídico¹⁵⁶ (meio ambiente)

princípios limitadores a que estamos nos referindo, em especial o de estrita legalidade, de proscrição da analogia, de não-retroatividade etc”. Ver ZAFFARONI Eugênio Raúl et al. Direito penal brasileiro, v 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 206.

¹⁵⁵ A idéia de criminalização que se pretende apresentar tem em vista a noção de que as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o estado selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. (Idem, p. 43).

¹⁵⁶ “O ambiente, enquanto bem jurídico, não pode ser confundido com pedaços desgarrados da Natureza. Não faz sentido querer erigir todas as criaturas em repositórios autônomos de valores transcendentais. O recém-descoberto valor do ambiente não advem, pelo menos na perspectiva jurídica, de qualquer mudança de atitude dos seres humanos para com os demais seres vivos, no sentido de os primeiros passarem a considerar estes últimos como titulares de direitos. Mais prosaicamente, operou-se a promoção do ambiente, como um todo indistinto, à categoria de síntese valorativa por razões de pura conveniência da espécie humana. Tal promoção ficou a dever-se à tomada de consciência pela Humanidade da complexidade dos processos vitais de reorganização da ecossfera, que engendrou nela o fundado temor de poder vir a engolfar-se no vórtice de um descalabro ambiental iminente. Os seres humanos mais depressa perceberam que a tapeçaria da Natureza vai sendo lavrada com infinita paciência, quem sabe se segundo um rebuscado debuxo do demiurgo ou segundo os caprichos do acaso, do que ganharam o conhecimento de que a mais ligeira descoscadura nesse valor pode vir a desconjuntá-lo, mediante o alastramento de um processo de erosão, aparentemente solto aos imprevisíveis ziguezagues fractais do caos determinista. Depois de apagadas as figuras, nada a fazer, porquanto as mãos humanas serão sempre improficentes para restaurar o fulgor da tecedura original. À parte as metáforas, queremos dizer que a mais ínfima destruição de elementos da Natureza pode ter conseqüências desastrosas no todo (rectius: a simples alteração de componentes naturais pode acarretar efeitos devastadores; por exemplo, a produção de seres vivos transgênicos, tais como plantas que prescindem de adubos ou fitofármacos, é susceptível de afectar os equilíbrios precários entre todos os seres da cadeia trófica). É por isso que todas as peças da Natureza têm valor, enquanto partes de um todo incindível!”. (Ver MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente? Lusíada, Porto, número especial, nov. 1995, p. 358).

que se pretende proteger¹⁵⁷. Cabe registrar que existem pontos de vista no sentido contrário, como se verifica em Costa Jr¹⁵⁸ que imagina que os valores ambientais seriam assegurados com o enriquecimento da tipologia penal ecológica.

O referido autor afirma que “a previsão de crimes ecológicos, esteja ela inserida no Código Penal ou em leis especiais, é a única forma para assegurar aos valores ambientais aquela proteção ‘imediate’ de que necessitam atualmente”¹⁵⁹. Assim, parece que esta corrente de pensamento aposta que uma inflação de previsão de crimes ecológicos seria um bom caminho para a proteção ambiental. Preferimos acompanhar as lições de Dotti¹⁶⁰ no sentido de que tal situação, marcante na criminalidade econômica, financeira e tributária, e, especificamente, quanto aos crimes contra o meio ambiente, entre eles o da falta de licença ambiental, gera um panorama desalentador.

Como vimos, no Brasil, o licenciamento ambiental existe como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente desde 1981, e a sua aplicação sempre foi conturbada, pois não foram criadas regras administrativas claras para sua aplicação. Lembre-se que, no aspecto administrativo, os instrumentos do licenciamento ambiental e a avaliação de impactos ambientais, que caminham juntos, são regulados por atos administrativos¹⁶¹, como apresentados no Capítulo anterior, e caracterizados por permitirem uma enorme discricionariedade para a concessão ou não das licenças ambientais por parte dos entes responsáveis pelo licenciamento ambiental.

Recorde-se que, com a promulgação da Constituição da República, em 05/10/88, dela constou um capítulo inteiro sobre o direito ao Meio Ambiente ecologicamente

¹⁵⁷ Há entendimento de que o bem jurídico protegido, no presente caso, é a ordenação territorial, ver PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o ambiente: anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 : doutrina, jurisprudência, legislação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181. Outro entendimento é no sentido de que o bem jurídico tutelado, aqui, é a preservação do patrimônio artificial. Ver SIRVINSKAS, op. cit. p. 199.

¹⁵⁸ COSTA JR. Paulo José da. Direito penal ecológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 60.

¹⁵⁹ Idem, p. 60.

¹⁶⁰ DOTTI, René Ariel, op. cit. p.255.

¹⁶¹ Ver Resolução CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997 – Regulamenta os aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente; e Resolução CONAMA 1, de 23 de janeiro de 1986 – Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental (sic) esta resolução também trata do estudo de impacto ambiental.

equilibrado, onde consta que incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, no sentido de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Após a promulgação da Constituição Federal não foi publicada qualquer lei regulando o estudo prévio de impacto ambiental, nem o licenciamento ambiental, que continuaram a ser regulados por simples atos administrativos. Mesmo assim, o fato punível relativo à falta de licença ambiental constou entre os artigos da Lei 9.605/98.

O entendimento da mudança ocorrida a partir de 1998, ou seja, colocar como fato punível a falta de licença ambiental, pode encontrar paralelo com diversos ensinamentos, por tal razão foram selecionados os argumentos abaixo para uma tentativa de razoável entendimento da construção social que permitiu a inclusão do fato descrito no artigo 60 na Lei de crimes ambientais.

Na construção do tipo do artigo 60 pode-se de início vislumbrar algumas características dos delitos que admitem a pena de multa, como seguem: trata-se de um tipo de ilicitude onde a pena específica é voltada para as classes dominantes¹⁶², entre as dificuldades para a sua elaboração encontramos o problema do cálculo do valor da pena de multa de acordo com a condição do delinqüente e o montante do prejuízo provocado pelo crime. Mesmo assim, verificou-se que, em relação ao delito aqui estudado, parece ocorrer um processo de racionalização equivalente, em matéria de penas, aos delitos relativos à violação de regulamentos policiais e na violação de leis trabalhistas, fatos onde o Estado não parece ter qualquer preocupação com o delinqüente, dando margem à suspeita de que se trata de simples meio para facilitar e ampliar a arrecadação de multas.

¹⁶² “À primeira vista, todas as infracções criminais cuja factispécie começa pelo pronome indefinido quem são realizáveis por seja quem for. Daí que o emprego pelo legislador dessa fórmula para denotar o sujeito da acção típica norteie o intérprete para a conclusão vulgar de que o facto em causa cabe na categoria dos chamados crimes comuns. Todavia, não devemos fiar-nos somente nas aparências. A despeito de nos poder parecer, imediatamente, que uma determinada factispécie não estabelece limites à extensão da concebível autoria, devemos sempre indagar se porventura nela existem, algo escondidos, outros elementos especiais de caracterização da autoria (“besondere täterschaftliche Merkmale”), os quais acabem por transformar o facto punível em causa num crime específico (“Sondrdelikt”), próprio ou impróprio”. (Ver MENDES, op. cit. p. 381).

No problema do licenciamento ambiental podemos encontrar uma chave importante para a busca da solução do problema da compatibilização dos fins de desenvolvimento econômico-social e a preservação do meio ambiente.

Também se pensou sobre a questão da necessidade da sanção penal definida no artigo 60 para proteger o meio ambiente em vista da suposta insuficiência das sanções administrativas e civis para a proteção do meio ambiente. Outro problema foi a questão da existência de estabelecimentos, obras e serviços anteriores à existência tanto das regras administrativas de licenciamento ambiental, como da regra penal.

Notou-se a enorme atração do legislador para criar crimes de perigo¹⁶³, em especial quanto ao crime ecológico, sendo que apontamos como exemplo o crime definido no artigo 60, observe-se que os autores, que defendem a necessidade de ampliação das sanções penais, buscam explicar tal atração em razão da tendência de antecipar a proteção do ambiente natural. O legislador estaria obcecado pela idéia de prevenir as lesões ao meio ambiente, afastando-se os crimes ecológicos sempre mais da lesão efetiva do bem jurídico, para construir uma linha avançada de defesa contra a poluição.

Segundo Santos¹⁶⁴:

¹⁶³ “Aqui chegados, estamos habilitados a concluir que o tipo legal da poluição configura um crime de perigo abstrato, por duas ordens de razões. A primeira é uma razão formal, que decorre da constatação de que o legislador não menciona expressamente o perigo, razão pela qual parece ter querido dispensar o juiz da necessidade de proceder à sindicância do perigo, no caso concreto, bastando-se antes com a mera presunção de que toda a poluição, em regra, acarreta riscos para o ambiente. Claro que esta falta de qualquer menção expressa do perigo poderia querer antes significar, como é de regra, que estaríamos perante um crime de lesão. Mas essa conclusão seria anti-intuitiva, desde logo porque, como tivemos ocasião de dizer, um acto isolado contra o ambiente é, em si mesmo, insignificante. É o efeito somado de sucessivas agressões humanas contra o ambiente que se torna preocupante (cargas poluentes acumuladas), e é necessário prevenir a sua continuação, antes que seja tarde demais. Há ainda uma segunda razão, desta feita material, para se considerar que o perigo é abstracto, a saber: dada a natureza caótica dos fenómenos ambientais, qualquer exigência de prova do perigo, quer concreta quer abstracto-concreta, redundaria em estrepitoso fracasso. Com efeito, nunca se poderia provar, com o grau de probabilidade próxima da certeza que seria necessário para a condenação, que um certo resultado ou mesmo uma certa acção comportariam perigos para o ambiente... ..Outra questão é a de saber se é legítimo utilizar a técnica de tipificação própria dos crimes de perigo abstracto, mormente neste domínio, por muito que nos tenhamos habituado a assistir o uso reiterado que o legislador dela faz, sobretudo para tutela de bens jurídicos supra-individuais. São sobejamente conhecidas as reservas postas por parte significativa da doutrina quanto ao emprego desta técnica legislativa. No entanto, não quisemos defender a legitimidade da sua utilização, mas apenas demonstrar que o legislador fez uso dela”. (Ver MENDES, op. cit. p. 374).

¹⁶⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 35.

“Nos tipos de perigo abstrato, a típica ou presumida perigosidade da ação para o objeto de proteção suficiente para sua penalização, independem da produção real de perigo para o bem jurídico protegido, como o abandono de incapaz (art. 133), a difusão de doença ou praga (art. 259)”.

O mesmo Santos¹⁶⁵, citando Jakobs, Graul, Schröder e Cramer, aponta a discussão a respeito da constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato, informando que existem argumentos sobre a ilegitimidade da seleção penalizante em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico, a rejeição da presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato e a proposta de que se admita a prova da ausência de perigo. Por outro lado, faz o destaque quanto à finalidade de proteção de bens jurídicos, atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente, indissociáveis de políticas comprometidas com o equilíbrio ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do futuro da humanidade no planeta.

Vimos ainda, que pelo delito estudado, estávamos tratando de um ramo da delinqüência econômica, e por tal razão foi importante tecer alguns comentários a respeito da diferenciação da criminalidade pela posição social do autor.

Na discussão da construção do tipo penal do artigo 60 também foram encontradas quatro razões especiais para considerar que o direito penal não é adequado para tratar as questões de direito ambiental, e em especial do tipo aqui estudado que são: a acessoriedade administrativa, o problema da imputação da responsabilidade criminal, o reconhecimento de que os fins das penas não são aqui atingíveis e por estarmos diante de um tipo que representa apenas um direito penal simbólico.

¹⁶⁵ Op. cit, p. 35.

3.1. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: SELEÇÃO PENALIZANTE

A criminalização não é levada a cabo por acaso, é o resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal, sendo descrita como a seleção penalizante. Neste título buscaremos discutir a seleção penalizante do fato punível descrito no art. 60 da Lei 9605/1998.

Segundo Mukai¹⁶⁶, Costa Jr. e Gregori afirmam a propósito, que:

“A previsão de crimes especificamente ecológicos, esteja ela compreendida no Código Penal ou expressa em leis especiais é, de qualquer modo, a única forma para assegurar aos valores ambientais aquela proteção ‘imediata’ de que necessitam no momento atual”, surgindo, “assim, no direito penal recente, uma tipologia de seus interesses ecológicos que se apresentam sempre, em todas as experiências legislativas que se vêm a fazer na matéria”.

Asseveram, ainda que:

“A complexidade e a precariedade da matéria penal ecológica tornam não sempre fácil a exata individuação do bem jurídico tutelado por determinada proposição incriminadora.”¹⁶⁷

A descrição e análise da construção do tipo no âmbito do Direito Penal ecológico é uma questão fundamental nesta matéria: a construção do tipo no âmbito do Direito Penal ecológico. Em primeiro lugar, existe a tendência em acentuar, na construção da norma penal em questão, a indicação do fim perseguido, em prejuízo da descrição precisa do fato vetado. Esse tipo de norma confia grande discricionariedade ao juiz e tende a assumir um caráter exemplificativo. Em segundo lugar, verifica-se, em função da complexidade e a

¹⁶⁶ MUKAI, op. cit. p. 79.

¹⁶⁷ Idem, p. 80.

precariedade da matéria penal ecológica, que torna fácil propor incriminações¹⁶⁸. Costa Jr. e Gregori¹⁶⁹ afirmam que:

“Na atualidade, em todas as ordenações penais que se mostrem amadurecidas, existe um complexo de normas que, mesmo diferindo em seu objeto específico, referem-se todas elas ao bem jurídico que integra a categoria ‘segurança’ da ‘conservação’ do ambiente natural. Tudo isso se reveste de grande importância de um ponto de vista sistemático”.

Os autores acrescentam que a indeterminação dos tipos demonstra que a atitude legislativa não se deveu à incapacidade do legislador moderno de forjar um sistema normativo analítico (exaustivo), mas sim à ansiedade de proteger a qualquer preço bens que estão sendo destruídos, de maneira progressiva e irrecuperável.

O caráter indeterminado do tipo visa, em muitos casos, punir o maior número de condutas poluentes. Assim, concluem que, no estado atual das coisas, não é possível tutelar diversamente, de forma adequada, os bens ecológicos. Essa constatação enfatiza que, na construção da norma penal ecológica, deve-se em grande parte prescindir da conduta vetada, para concentrar a maior atenção nas características e nos tipos de lesão que ofendem o ambiente. Por uma questão de técnica legislativa em matéria penal dirigida aos delitos ecológicos, os juristas referidos nos adiantam que a construção da lesão-tipo dos bens jurídicos em questão aproxima-se muito mais da fronteira do perigo¹⁷⁰, que daquela do dano, e essa regra vem praticamente generalizada, em matéria de crimes de poluição atmosférica ou marítima.

¹⁶⁸ Há muitos casos nos quais se pode apontar como atentados contra o ambiente. Basta pensarmos em exemplos vulgares, baseados no comportamento corrente das pessoas, tais como jogar lixo na rua, trocar o óleo do automóvel, drenando o óleo usado para o esgoto, urinar na rua. Tais casos podem ser considerados chocantes, mas, considerados isoladamente, não são verdadeiramente graves.

¹⁶⁹ Apud MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 80.

¹⁷⁰ A doutrina, quanto às modalidades de tipos, apresenta classificação onde aparecem tipos de lesão e tipos de perigo, aqueles se “caracterizam pela lesão real do objeto da ação, já os tipos de perigo descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção, distinguindo-se, por sua vez, em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato”. (Ver SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 35.)

No crime de dano ecológico a tutela emprestada ao bem natural considera o momento em que se verificam os efeitos da inquinação. Neste caso, o dano constitui-se numa alteração da situação preexistente em razão da ação de determinado sujeito e o crime comportará a valoração da lesão efetiva de um bem ambiental. As hipóteses de crimes de danos, nesse campo, não são freqüentes, porque são de difícil aplicação prática.

Para se tentar entender as características de proteção penal do meio ambiente no mundo contemporâneo é importante observar que:

“nos termos modernos, a tendência é antecipar a proteção do ambiente natural, do momento do dano ao momento do exercício da atividade perigosa aos bens ecológicos, quando não do instante da simples detenção ou produção de substâncias poluentes. A atenção do legislador tem sido cada vez maior nesse sentido, obcecada que se acha pela necessidade de prevenir o fenômeno, reprimindo as condutas predatórias. Afastam-se os crimes ecológicos, conseqüentemente, sempre mais da lesão efetiva do bem jurídico, para construírem uma linha avançada de defesa contra a poluição”.

Costa Jr.¹⁷¹ observa que na doutrina mais atenta e nas experiências legislativas de vanguarda vai se afirmando um outro modo de considerar o problema. Para delimitar o âmbito e a intensidade da tutela emprestada aos bens ambientais, sugere que a proteção do ambiente seja confiada principalmente à autoridade administrativa, a quem cabe a obrigação de regulamentar os fatores poluentes, de conceder autorizações para o exercício das atividades perigosas, de impor limitações, cautelas e proibições com relação a eles. O Direito Penal viria a desenvolver função secundária de punir a violação de prescrições administrativas. O crime ecológico então consistiria em mera desobediência aos preceitos da autoridade estatal competente em disciplinar o uso dos recursos ambientais.

Machado¹⁷² ensina que a lei prevê dois instrumentos de intervenção prévia da Administração Pública: a licença e a autorização. Um desses atos administrativos poderá ser exigido para estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores.

¹⁷¹ COSTA Jr. Paulo José da . Direito penal ecológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 86.

¹⁷² MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 258.

A indicação do rol de estabelecimentos, obras ou serviços deverá constar de normas legais ou regulamentares federais, estaduais e municipais. Sem prévia inclusão em lei ou em regulamento, a Administração Pública não pode exigir que a pessoa física ou a pessoa jurídica sejam licenciadas.

A lei exige que os estabelecimentos, obras e serviços sejam construídos, reformados, instalados e que funcionem com licenças e/ou autorizações válidas, isto é, não vencidas. Machado¹⁷³ considera que age com inegável dolo eventual quem (pessoa física ou jurídica) continua operando ou funcionando após a expiração do prazo de validade da licença ou da autorização. Entretanto, deixa de haver dolo direto e/ou eventual quando foi solicitada uma nova licença e/ou autorização no tempo hábil e a pessoa petionaria está procurando cumprir as diligências suplementares determinadas pelo órgão público ambiental.

Antunes¹⁷⁴, ao falar sobre a atividade industrial e poluição, percebe que o sistema buscou, gradativamente, estabelecer mecanismos capazes de controlar e aperfeiçoar os procedimentos industriais, com vistas a minorar as suas conseqüências negativas sobre o meio ambiente e a saúde humana. Porém, admite que não é pequeno o número de instalações industriais que, instaladas anteriormente às exigências de licenciamento, operam sem licenças ambientais. E mais, tais estabelecimentos operam sem licenças ambientais, em grande parte dos casos, com permissão tácita das autoridades ambientais. Os casos mais graves, isto é, aquelas empresas cuja atividade poluidora é intensa. Em outros casos são expedidas Licenças de Operação (LO), com uma quantidade de restrições e exigências que implicam uma verdadeira licença negativa.

A operação sem licença, em outras tantas oportunidades, é decorrência da própria incapacidade do órgão de controle ambiental em expedir licenças necessárias ao funcionamento. Não raras vezes, são requeridas renovações de licenças cuja tramitação se eterniza no interior dos órgãos de controle ambiental.

¹⁷³ Idem, p. 259.

¹⁷⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 508.

Na hipótese de renovação da LO, segundo Antunes¹⁷⁵, não tem qualquer lógica ou sentido que a atividade seja paralisada enquanto aguarda a renovação da LO. A quem caberia arcar com os prejuízos suportados pelo empreendedor em razão de tal paralisação? À sociedade? Ao servidor que não expediu a licença a tempo? Não se desconhece, igualmente, que existe uma relevante quantidade de empreendimentos que vem firmando, com o Ministério Público e com os diversos órgãos de controle ambiental, termo de ajustamento de conduta. Tais termos, baseados na Lei nº 7.347/85, são um reconhecimento expresso de que o empreendedor não se encontra cumprindo a legislação ambiental, tanto é assim que atribuem prazos e metas para que a legislação seja cumprida.¹⁷⁶ Se no caso o termo tiver sido firmado com vistas à obtenção de licença ambiental em determinado prazo o MP poderá celebrar o termo?

No entendimento de Machado¹⁷⁷ não é preciso que o descumprimento das “normas legais ou regulamentares” cause poluição, pois se isto ocorrer estaremos diante do crime definido no art. 54¹⁷⁸ da Lei 9.605/1998. O que se incrimina no art. 60 é a desobediência às

¹⁷⁵ Idem, p. 508.

¹⁷⁶ Também é razoável o entendimento de que o empreendedor não reconhece que não esteja cumprindo a legislação ambiental, apenas pretende agilizar o licenciamento ambiental.

¹⁷⁷ Op. Cit. , p. 259.

¹⁷⁸ “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 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV – dificultar ou impedir o uso público das praias;

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 1 (um) a 5 (cinco) anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

normas administrativas ambientais e às normas legais ambientais. São exemplos de desobediência, segundo Machado¹⁷⁹:

“Deixar de informar ao órgão competente a qualidade e a quantidade dos efluentes emitidos; deixar de relatar os rejeitos produzidos; emitir ou lançar poluentes em medida que ultrapasse as normas de emissão e de qualidade fixadas; deixar de instalar, de manter e de fazer funcionar adequadamente os sistemas de controle ambiental dos estabelecimentos, obras e serviços licenciados e/ou autorizados”.

O art. 60 abrange, ainda segundo Machado¹⁸⁰, o lançamento em corpos de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final”, sem outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos” (art. 12, III, da Lei 9.433/97 – Lei de Política Nacional de Recursos Hídricos). O autor entende que o art. 60 da Lei 9.605/98 criminalizou o descumprimento das normas legais e regulamentares concernentes ao meio ambiente no sentido de incentivar a aplicação das normas existentes, tão esquecidas e desprezadas pelos poluidores. De tal modo, quem deixa de apresentar Estudo Prévio de Impacto Ambiental exigido pela Lei 6.803/80 e 6.938/81 e pelo Decreto 99.274/90, apoiados pelo art. 225, § 1º, IV, da CF, assume o risco de produzir significativa e potencial poluição, age com dolo eventual e/ou direto, merecendo ser incurso no art. 60.

Percebe-se que na seleção penalizante do art. 60 foi utilizada a idéia de reforçar a autoridade administrativa por meio da coação penal, aqui o direito penal parece servir, secundariamente, para punir violações de prescrições administrativas.

¹⁷⁹ Op. cit. p. 259.

¹⁸⁰ Idem, p. 259-260.

3.1.1 Licenciamento ambiental: meio da arrecadação de multas

Na construção do tipo do artigo 60 podem-se vislumbrar algumas características dos delitos que admitem a pena de multa, como seguem: trata-se de um tipo de ilicitude onde a pena específica é voltada para as classes dominantes, entre as dificuldades para entender a sua racionalização encontramos o problema do cálculo do valor da pena de multa de acordo com a condição do delinqüente e o montante do prejuízo provocado pelo crime¹⁸¹. A pena de multa sempre é alta demais para os pobres. Mesmo assim, em relação ao delito aqui estudado, parece ter ocorrido um processo de racionalização equivalente, em matéria de penas nos delitos, aos crimes relativos à violação de regulamentos policiais e à violação de leis trabalhistas, fatos onde o Estado não parece ter qualquer preocupação com o delinqüente, dando margem à suspeita de que se trata de simples meio para facilitar e ampliar a arrecadação de multas.

Como vimos, o tema do licenciamento ambiental está intimamente ligado com a questão do exercício das atividades econômicas e administrativas, o que traz à tona o problema da necessidade de arrecadação pelo Estado. Um primeiro ensinamento selecionado foi o de Rusche e Kirchheimer¹⁸² sobre o uso da fiança¹⁸³ na prática penal moderna, encontrado na obra *Punição e Estrutura Social*, onde os autores demonstram que, nos sistemas penais europeus de meados do século XIX, ocorreram alterações significativas, marcadas pelo desaparecimento da deportação como uma pena típica.

¹⁸¹ “A fixação do valor da multa é determinada através de uma operação que se inicia pela fixação do chamado dia-multa, o qual pode variar de 1/30 do salário mínimo mensal de referência ao tempo de fato, a cinco vezes esse salário (art. 40, § 1º, CP). Como segunda operação, o juiz determinará a quantidade de dias—multa, chegando, assim, ao valor final, pela multiplicação do valor do dia-multa estabelecido pelo número de dias—multa. Para essas operações o juiz deve levar em conta as regras do art. 59, CP, examinando os aspectos subjetivos e objetivos do fato delituoso, procurando individualizar o mais possível a pena, como faria se estivesse aplicando pena privativa de liberdade. A fundamentação e a individualização da pena também são aqui exigíveis”. Vide MESTIERI, op. cit. p. 275.

¹⁸² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 227.

¹⁸³ No Brasil, pela legislação em vigor, a finalidade da “fiança”, no aspecto penal, é a de substituir a prisão provisória, e, havendo condenação, o seu valor será destinado ao pagamento das custas processuais, eventual multa e satisfação do dano (Ver TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 486).

Aqui é importante lembrarmos a pena aplicada para o delito do artigo 60, ou seja, “detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”. Assim, quando os autores acima se referem à fiança, estaremos considerando que o significado no Brasil, no aspecto penal de tal palavra, equivale à pena de multa.

Os autores acima mencionados tiveram a percepção de que uma prática legislativa e administrativa, cuidadosamente projetada, poderia reduzir as injustiças inerentes à operacionalização do sistema de fianças, uma vez que isto afeta às classes subalternas, e, dependendo do valor da fiança, não se resolveria o problema fundamental de evitar a superlotação carcerária. Por exemplo, o princípio de pagamento de fianças por cotas, com o objetivo de evitar a superlotação carcerária com quem não podia pagar fiança. Isto sim poderia produzir o efeito de manter o maior número possível de pessoas fora das grades.

Rusche e Kirchheimer¹⁸⁴ observaram uma proporção inversa entre encarceramento por falta de pagamento e o número de fianças impostas. Esta última decrescia num período de proeminente desemprego, por causa das reduzidas possibilidades de recolhimento de fianças, enquanto o índice de inadimplência aumentava rapidamente. Quanto mais pobre a população de um país, menos constante era o uso de fiança para os delitos próprios das massas. Os autores mencionados apontam que em países onde um largo estrato da população vivia fora da esfera das relações capitalistas e não tinham acesso à moeda e a bens de consumo, a fiança tendia a ser uma punição para crimes específicos das classes média e alta, à semelhança do que ocorria na Idade Média.

Os autores verificaram que o sistema de fianças (especialmente depois que o pagamento por cotas tornou-se comum) ajudou a esvaziar as prisões e reduziu os custos e o trabalho da administração, que de outra maneira teria crescido imensamente com o aumento do número de delitos administrativos. Tal processo de racionalização de penas, para Rusche e Kirchheimer¹⁸⁵, foi particularmente forte em dois tipos de delito: 1. Casos nos quais o Estado não precisa ter qualquer preocupação com o delinqüente. A violação dos regulamentos policiais aumentou constantemente com a crescente complexidade das relações sociais. O único interesse do Estado nesses delitos é compelir à obediência

¹⁸⁴ Idem, p. 234.

¹⁸⁵ Idem, p. 235.

impondo fianças suficientemente altas. Se o interesse ou o prazer do delinqüente em transgredir as normas for restringido ou não, depende inteiramente da eficiência com a qual as autoridades irão controlar a observância das normas e reprimir as violações. O fracasso da tarefa de reprimir com suficiente vigor leva automaticamente a várias transgressões, pois esses delitos meramente técnicos não são acompanhados por nenhum sentimento de culpa ou arrependimento. 2) Violação de leis trabalhistas pelos empregadores. Na prática judicial européia, esses delitos eram tratados da mesma maneira que as violações dos regulamentos policiais¹⁸⁶. Essa difusa equiparação entre violações de leis trabalhistas e os ilícitos de natureza administrativa é assunto que requer atenção, pois este tipo de delito, mais que os crimes contra a propriedade, permite benefícios econômicos¹⁸⁷.

Tal punição não era destinada a ressocializar os grupos envolvidos ou tirá-los de seus negócios. Se fosse assim, as fianças não seriam imputadas a pessoas reprovadas pela maneira através da qual ganham a vida, uma vez que o dinheiro com que as fianças são pagas deve obrigatoriamente vir das próprias ocupações – no caso, ocupações condenadas. A conclusão, portanto, é que o Estado imputa fianças porque desaprova essas atividades, mas não está seriamente preparado para acabar com elas.

Diferentemente do encarceramento, a fiança não precisa ter o efeito negativo de intromissão em toda a vida do sujeito. Tem caráter distinto, a despeito de todos os esforços em contrário, porque seu efeito em camadas sociais diferentes é mais diverso. O aspecto penal virtualmente desapareceu no caso de delinqüentes ricos que podem pagar fiança sem

¹⁸⁶ “As estatísticas de qualquer país mostram que há uma unanimidade marcante em restringir a punição à fiança. Na Inglaterra, por exemplo, 97% de todos os condenados em 1928 por violação de leis trabalhistas foram afiançados; em 1934, esse percentual foi de 95%”. Ninguém foi preso por mais de três meses (20). Dos 6.461 condenados na Alemanha em 1933 por violação de regulamentos relativos à jornada de trabalho, dois foram sentenciados a prisão por menos de três meses e o resto foi afiançado. Dos 378 condenados por repetidas violações dos mesmos regulamentos, um foi sentenciado a um termo de prisão regular e outro a uma forma branda de encarceramento chamada Haft”. (Ver RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit. p. 237).

¹⁸⁷ “Uma vez que a prática visa a arrecadar multas sem olhar para o lucro advindo da transgressão, a eficácia de regras penais como a do art. 60 é prejudicada, pois, nesse caso, não se aplica o princípio geral de que a punição precisa ser suficiente para negar os lucros do crime. A recompensa é maior do que o risco, ou, como sublinhou um inspetor de fábrica inglês citado por Marx: “O lucro obtido por isto [trabalho extra violando o Act] parece ser de longe uma tentação à qual eles não conseguem resistir; eles calculam a chance de não serem descobertos; e quando verificam o baixo montante de penalidade e custos que os condenado tem de pagar, acham que, se forem detidos, ainda assim, teriam uma vantagem de ganhos considerável” (Ver RUSCHE; KIRCHHEIMER, op.cit. p. 237).

sentir ou que podem evitá-la, especialmente onde as violações de regulamentos policiais ou de leis trabalhistas não representam qualquer estigma social. O principal efeito da punição de delitos graves repousa no estigma¹⁸⁸ policial e nas fichas policiais. Para a maioria das pessoas, entretanto, esta forma racionalizada de administração da justiça criminal não produz efeitos importantes, uma vez que necessitaria de restrições maiores e de expor o delinqüente e seus parentes ao vexame.

Se o delinqüente possui propriedade, segundo Rusche e Kirchheimer¹⁸⁹, mas recebe rendimento módico, porém constante, a fiança constitui uma perda significativa, e ainda pior nos freqüentes casos em que o delito é, no todo ou em parte, conseqüência de total miséria. A imputação de fianças sobre delinqüentes pobres pressupõe que o Estado não seja forçado a se envolver com o delinqüente e sua situação social, ao contrário do que deve fazer, ainda que de maneira limitada, quando está diante de um preso e de sua família. Mas, se o Estado deve receber serviços do condenado, será obrigado a procurar uma colocação que seja suficiente para mantê-lo e à sua família e ainda permitir o pagamento da fiança. O aparato para a administração da justiça criminal não está ajustado para esta atividade positiva, nem se espera que seja ajustado sob as concepções vigentes. Podemos concluir, portanto, que a aplicação de fianças tem limites nas condições materiais das camadas subalternas da população.

No caso de construção, reforma, ampliação ou funcionamento de estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização, geralmente tal situação só pode ser atribuída a agentes das classes dominantes¹⁹⁰, de outro lado em tais

¹⁸⁸ A respeito da idéia de estigma ver GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes.

¹⁸⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004. Tradução, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. p. 227-240.

¹⁹⁰ “Os atentados contra o equilíbrio e a sanidade do ambiente verdadeiramente graves provêm, sem margem para dúvidas, não de comportamento individuais, mas de actividades industriais ou de qualquer outro género de acções colectivas. Mas aqui tudo se complica, por variadíssimas ordens de razões: por um lado, a corrupção do ambiente é originada, as mais das vezes, por fontes difusas (por exemplo, as chuvas ácidas); por outro lado, a própria corrupção do ambiente consiste numa afectação de ecossistemas complexos, que é sempre difícil de definir de forma assaz circunscrita (por exemplo, a poluição atmosférica ou contaminação do mar), Ambos estes factores concorrem, em combinações variáveis, para a maior ou menor dificuldade – quem sabe quando se chega a tocar as raias da impossibilidade? – de descobrir quer os agentes emissores, quer os sujeitos efectivamente prejudicados”. Ver MENDES, op. cit. p. 337.

eventos, parece haver uma aceitação social, já que os estabelecimentos, obras ou serviços geram, normalmente, de imediato, emprego e renda, em um país com alto índice de desemprego, assim, a falta de licença ambiental ou autorização, no presente caso, torna bem razoável a idéia de que, na verdade, o Estado não tem qualquer preocupação com o delinqüente, pois o interesse do Estado nesses crimes é o de tentar compelir à obediência, impondo, no caso brasileiro, multas que dependendo do ponto de vista e de que as sofre podem ser suficientemente elevadas ou não.

3.1.2. Licenciamento ambiental: suposta insuficiência das sanções administrativas e civis

Uma outra crítica da doutrina que entende a necessidade das sanções criminais para proteger o meio ambiente é a de que as sanções administrativas e as civis no Brasil seriam insuficientes para proteger o meio ambiente¹⁹¹.

Segundo Freitas¹⁹² no caso das sanções administrativas os órgãos ambientais contam com sérias dificuldades de estrutura, o processo administrativo não seria ágil, cabendo, ainda, recurso ao judiciário após o término do processo administrativo. Além disso, o processo administrativo não é ágil como se imagina e em regra, por exemplo, cabem recursos em três instâncias administrativas. A sanção civil seria mais eficiente, mas nem sempre atinge seus objetivos, pois muitas empresas poluidoras embutem nos preços o valor eventual ou certa reparação.

¹⁹¹ “Existe toda uma panóplia de sanções acessórias a que pode recorrer – tais como a interdição do exercício de profissões ou atividades, a privação do direito a subsídios ou subvenções; a cassação de licenças ou autorizações ligadas ao exercício da atividade respectiva; a apreensão e a perda dos objectos utilizados na ocasião da inspeção; a perda de benefícios fiscais, crédito, de financiamento etc. – que, além do mais, podem em certos casos revestir uma particular severidade. A distinção bem nítida entre o verdadeiro direito penal, com o seu sistema de penas e de medidas de segurança, e o direito de mera ordenação social com as suas próprias sanções, representa mesmo um decisivo passo em frente no estabelecimento de instrumentos sancionatórios eficazes do direito administrativo. Não é, assim, unicamente pela via do alargamento do quadro do “penal” que se alcançará uma protecção adequada do ambiente. O critério da eficácia, em parte válido para justificar a intervenção do direito penal, não parece poder basear-se na insuficiência geral das sanções administrativas”. Vide RODRIGUES, Anabela Miranda. Os crimes contra o ambiente no código penal português revisto. *Lusíada*, número especial, nov. 1995.

¹⁹² FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 203.

Para Freitas¹⁹³, que é da corrente que entende a necessidade da sanção penal, esta seria justificada por intimidar mais e, no caso de pessoas jurídicas, a sanção penal influi na imagem que possuem junto ao consumidor, resultando em queda de vendas ou mesmo na diminuição do valor das ações.

Podemos relacionar a idéia da criminalidade do colarinho branco com a doutrina que entende a necessidade das sanções criminais para proteger o meio ambiente, a qual explica que as sanções administrativas e as civis no Brasil seriam insuficientes para proteger o meio ambiente, tendo em vista que para as sanções administrativas os órgãos ambientais contam com sérias dificuldades de estrutura. E, no caso da sanção civil, esta seria mais eficiente, mas nem sempre atinge seus objetivos, pois muitas empresas poluidoras embutem nos preços o valor eventual ou certa reparação¹⁹⁴.

Com relação à questão ecológica, verifica-se que nas últimas décadas, parece haver uma expansão do Direito Penal em um processo marcado pela introdução de novos crimes, pela agravamento das sanções impostas aos já existentes e pela relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Esse seria o Direito Penal da ‘sociedade de risco’ – qualificação dada às sociedades pós-industriais na obra do sociólogo Ulrich Beck¹⁹⁵ - uma sociedade em que a complexidade dos processos de interação social faz aparecer um clamor por segurança. A percepção dos riscos ecológicos globais leva muitas pessoas a adotarem uma posição fatalista. O autor questiona se pode haver uma discussão política serena diante desta maquinaria de autodestruição do megassistema da indústria global. Ele considera que é uma visão limitada inspirada num realismo ingênuo de riscos que existiriam ‘por si’. Para este autor, o que mais chamaria a atenção nos conflitos provocados por estes riscos é o fato de que âmbitos de decisão, antes despolitizados, tornaram-se politizados em função da percepção pública dos riscos; e eles permanecem – geralmente sob formas artificiais e

¹⁹³Idem, p. 203.

¹⁹⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 203.

¹⁹⁵ BECK, Ulrich. O que é globalização?: equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 175. Tradução de André Carone.

lutando contra a resistência das poderosas instituições que monopolizam estas decisões – abertos à dúvida pública e ao debate.

Desta maneira, na sociedade mundial de risco são enunciados e discutidos publicamente durante a noite temas e objetos de discussão que já foram decididos a portas fechadas durante o dia, como por exemplo: decisões sobre investimentos, a composição química de produtos e medicamentos, programas de pesquisa científica e o desenvolvimento de novas tecnologias.

Tudo isto passa repentinamente a necessitar de uma justificação pública, e ainda será possível criar e pôr em funcionamento um quadro institucional que possa legitimar e dar vida longa a este novo acréscimo à democracia.

De modo irônico, diz Beck¹⁹⁶:

“Já se discute atualmente a respeito dessas “conseqüências” que não foram vistas – ou previstas – antes mesmo que esses produtos ou tecnologias venham a ser inventados. Mas deve-se destacar na verdade que este aprimoramento e ampliação da democracia nos domínios apolíticos da economia, da ciência (e também da esfera privada) foram até agora bloqueados por “critérios de definição” antiquados, que não responsabilizavam aqueles que lucraram com os riscos e sim aqueles atingidos por eles”.

Vão sendo simultaneamente desenhados os contornos de uma utopia da democracia ecológica, que estaria no cerne de uma modernidade responsável. Quais os significados e as implicações desta responsabilidade é algo que pode ser esclarecido por uma retomada do debate aberto pela filosofia e pela pesquisa científica anglo-saxã sob a rubrica “technological citizenship”. Elabora-se aqui a concepção de uma sociedade que discute as conseqüências do debate a respeito do desenvolvimento técnico e econômico antes que sejam tomadas as principais decisões.

¹⁹⁶ BECK, op. cit. p. 176.

A responsabilidade pelos perigos e riscos futuros é atribuída, segundo Beck,¹⁹⁷ aos causadores e não mais àqueles que são prejudicados e atingidos potencial ou atualmente: no princípio o causador paga, e a princípio o causador demonstra quais os (possíveis) prejuízo que sua empresa pode infligir ao mundo. Uma das possíveis soluções para o curso autônomo das inovações tecnológicas poderia ser encontrada, por exemplo, em uma tentativa de apoiar politicamente o desenvolvimento de técnicas em suas zonas de risco tendo em vista a criação de alternativas. A uma tal tentativa deveria corresponder uma nova concepção do desenvolvimento tecnológico por parte da ciência que se voltasse para a indicação de caminhos alternativos e não para a produção de fatos irreversíveis. Deste modo poder-se-ia inverter a tendência de um desenvolvimento indesejado que oferece no plano mais avançado uma inovação alternativa tecnológica antes rejeitada sem as suas desvantagens. Talvez também venha a ser possível fazer uma proposta política à rede global, cuja exequibilidade possa trazer algum lucro por sua atratividade (por exemplo, a energia solar). A política tecnológica aqui se torna, portanto, uma política de vanguarda que apóia alternativas que devem ser decididas de forma política e democrática.

Como se pode perceber, por meio do licenciamento ambiental, o sistema busca estabelecer mecanismos capazes de controlar e aperfeiçoar os procedimentos industriais, com vistas a minorar as suas conseqüências negativas sobre o meio ambiente e a saúde humana. Por outro lado, há que se considerar que existe uma ampla quantidade de leis federais e estaduais que têm buscado tratar dos problemas de licenciamento, mas não há a certeza de que tal tratamento seja adequado, inclusive extrapolando o âmbito de suas competências.

Antunes¹⁹⁸ se refere ao caso específico do Estado do Rio de Janeiro, onde a legislação ambiental antecede à própria legislação federal. A questão foi colocada em termos de que as atividades já instaladas quando da edição do Decreto-lei nº 134, de 16 de junho de 1975, não estavam obrigadas a se submeter ao artigo 8º, I e II da norma. Advirta-se, entretanto, que aqui não se trata de um direito adquirido de poluir. O que está

¹⁹⁷ BECK, op. cit. p. 177.

¹⁹⁸ ANTUNES, op. cit. p. 508.

evidenciado é que o estabelecimento deverá ir se adaptando aos padrões ambientais definidos pelas autoridades públicas gradativamente.

Constata-se que, por um motivo ou por outro, é considerável o número de instalações industriais que, instaladas anteriormente às exigências de licenciamento, operam sem licenças ambientais. E mais, tais estabelecimentos operam sem licenças ambientais, em grande parte dos casos, com permissão tácita das autoridades ambientais.

Os casos mais graves, isto é, aquelas empresas cuja atividade poluidora é mais intensa, em outros casos, são licenciadas de forma pouco ortodoxa. Em tais hipóteses, como vimos, são expedidas Licenças de Operação (LO) com restrições e exigências que implicam em verdadeiras licenças negativas. Em outras ocasiões, a operação sem licença é decorrência de própria incapacidade do órgão de controle ambiental em expedir licenças necessárias ao funcionamento. Não raras vezes são requeridas renovações de licenças cuja tramitação se eterniza no interior dos órgãos de controle ambiental.

Antunes¹⁹⁹ lembra da hipótese de renovação da Licença de Operação, situação onde não há qualquer lógica ou sentido que a atividade seja paralisada enquanto aguarda a renovação da Licença de Operação, e questiona quanto a quem caberia arcar com os prejuízos suportados pelo empreendedor em razão de tal paralisação. O autor²⁰⁰ lembra também que não se desconhece que existe uma relevante quantidade de empreendimentos que vem firmando, com o Ministério Público e com os diversos órgãos de controle ambiental, termo de ajustamento de conduta. Tais termos, para o autor referido, baseados na Lei nº 7.347/85²⁰¹, são um reconhecimento expresso de que o empreendedor não se encontra cumprindo a legislação ambiental, tanto é assim que atribuem prazos e metas para que a legislação seja cumprida. A solução é, mesmo sabendo que não se trata de lei, aplicar,

¹⁹⁹ ANTUNES, op. cit. p. 509.

²⁰⁰ Idem, p. 509.

²⁰¹ Lei 7.347/1985, art. 5º, § 6º: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá a eficácia de título executivo extrajudicial”. Pensamos que a presença do termo de ajustamento de conduta pode sustentar a idéia de que se considere uma causa de justificação que, se presente, torna lícita a conduta do agente.

no caso de empresas submetidas ao sistema de licenciamento, o § 4º do artigo 18 da Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997, estabelece que:

“a renovação da Licença de Operação (LO) de uma atividade ou empreendimento, deverá ser requerida com antecedência mínima de 120 dias da expiração de seu prazo de validade, fixado na respectiva licença, ficando este automaticamente prorrogado até manifestação definitiva do órgão ambiental competente”.

Mesmo que os Estados e Municípios possuam normas próprias de licenciamento que não contemplem a renovação imediata, a norma federal deve ser aplicada, pois, no caso concreto, serve como tutela da liberdade individual.

Seria possível uma proteção eficaz do ambiente sem a colaboração do Direito Penal? Há legislações de vários países que contemplam diversas condutas atentatórias ao meio ambiente como sendo crimes ou contravenções. Contudo, com relação ao crime definido no art. 60 da lei 9.605/1998 parece que pode haver o entendimento de que é possível não aplicar o direito penal.

Segundo Ihering²⁰²

“a finalidade da norma penal outra não é senão a de toda lei: garantia das condições vitais da sociedade. Apenas a maneira pela qual a norma geral persegue este fim, é peculiar: serve-se da pena (...) Se os contratos de compra e venda não são cumpridos, se os empréstimos não são pagos, a sociedade não pode existir, como tampouco poderia se uns matassem ou roubassem os outros. Por que, então, neste último existe pena, e no primeiro não?”

A resposta dada por ele²⁰³ é que existem casos onde a sociedade não vê necessidade para aplicar a pena. Assim, onde bastam os demais meios para a concretização do direito, a aplicação da pena seria irresponsável, já que a própria sociedade viria a sofrer as

²⁰² IHERING, Rudolf von. A finalidade do direito. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. p. 259. Trad. José Antonio Faria Correa.

²⁰³ Idem, p. 260.

conseqüências. A questão de saber para que casos a legislação necessita fixar pena, é puramente de política social. Não se refere à política social que atenta tão-somente para os bens exteriores, mas à política na maior amplitude do termo, sinônima de apreciação prática e garantia de todas as condições, inclusive as de ordem moral para a prosperidade da sociedade. A dimensão do crime pode ser variável, o seu conceito é o mesmo em toda parte. O critério pelo qual o legislador mede este caráter delitivo não é a periculosidade concreta de determinada ação, mas sim a abstrata de toda categoria de ações.

3.1.3. Licenciamento ambiental: compatibilização entre o desenvolvimento e a proteção ao meio ambiente

A criminalização do assunto do presente trabalho mostrou que o legislador está muito distante da realidade das atividades humanas e dos próprios órgãos de controle ambiental, afastando-se das garantias individuais mínimas. E, em muitos casos a própria doutrina, vejamos a afirmação de Antunes: “Necessário se faria que a lei tivesse determinado a responsabilização criminal dos administradores que não suprem os órgãos ambientais com as verbas necessárias para a fiel execução da Lei nº 9.605/98”.²⁰⁴

Atividades, anteriormente, lícitas da vida econômica e política passam a ser vistas como potencialmente ameaçadoras. O agir social do “outro” nos gera insegurança e este “outro” não está mais apenas na criminalidade de massa; está nos sujeitos que agem econômica e politicamente de forma relevante (criminalidade dos incluídos). Num mundo, portanto, em que as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, buscam-se elementos de orientação normativa e, num contexto em que a segurança vira pretensão social quase que obsessiva, o Direito Penal, dado seu alto poder simbólico e estigmatizante, é chamado para a tentativa de dar resposta, pondo fim à angústia social.

A criminalização de atividades e condutas relacionadas ao meio ambiente ganha extrema relevância num modelo social de alta sensibilidade à exposição a riscos, riscos

²⁰⁴ ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p. 509

estes que justificariam uma perseguição criminal implacável (e daí a redução de garantias processuais, o aumento da severidade das penas, a difusão de uma multiplicidade de novos crimes, a responsabilização penal de pessoas jurídicas).

No Brasil, este cenário poderia estar materializado na Lei 9.605/98²⁰⁵ e, por isso, deve a mesma ser analisada desde uma perspectiva crítica. Pode-se questionar firmemente a visão do direito penal como o único, ou mais eficiente, meio de controle social e de fomento da consciência social.

O Direito Penal estaria recebendo uma carga que não pode suportar, fruto da pressa em responder aos novos desafios da sociedade atual? Ou, na verdade há uma falta de penas no Direito Penal?

Na parte final das razões dos vetos da lei de crimes ambientais encontramos um comentário que parece revelar a pressa para as respostas penais sem as devidas cautelas que vale a pena repetir:

“Cabe ainda ressaltar, que várias outras disposições desta Lei poderiam sofrer reparos, seja quanto à técnica legislativa, como ocorre com o art. 40, que impropriamente faz remissão a texto de Decreto regulamentar, seja quanto a adoção de idéias penais controvertidas, como a da responsabilização penal de pessoas jurídicas, que necessitaria inclusive, de procedimentos próprios para sua aplicação. Essas imperfeições poderão, todavia, ser reparadas posteriormente mediante iniciativa do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”.²⁰⁶

Como suportar esse estado de perturbação social, onde são destruídas as pretensões de racionalidade, por exemplo, com a desproporcional valorização dos bens jurídicos penalmente tutelados?

²⁰⁵ Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

²⁰⁶ Razões dos vetos da Lei n. 9605/98.

Razoável, por ora, é apenas a afirmação de que o meio ambiente é um bem jurídico e, como tal deve ser protegido. Se tal proteção há de ser feita – e em que medida deve ser feita – por meio do Direito Penal, é um dos pontos importantes a debater²⁰⁷.

Em meio a tantas dúvidas, destaca-se a questão da necessidade da criminalização da falta de licenciamento, autorização ou obediência a normas regulamentares pertinentes ao ambiente, para estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, situação que era puramente a sanção administrativa até a entrada em vigor da Lei 9.605/98, que passaremos a designar como Lei Ambiental, quando passou a ser também um problema criminal, por força do seu artigo 60²⁰⁸.

A Lei Ambiental que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, no artigo 4º, I, dispõe que a política nacional do meio ambiente visará a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação do meio ambiente.

Surge o problema da compatibilização de fins de desenvolvimento econômico-social e a preservação do meio ambiente. A busca de solução para tal problema, ao que parece, não pode ser encontrada em regras legais anteriores, mas na aplicação de princípios jurídicos. Porém, como podemos observar com Guerra Filho²⁰⁹, que ao procurarmos solucionar um caso concreto, e este não é resolvido de modo satisfatório, aplicando-se as regras pertinentes ao mesmo, inquirindo de princípios envolvidos no caso, logo se nota que esses princípios se acham em um estado de tensão conflitiva, ou mesmo em colisão. Para evitar o excesso de obediência a um princípio que destrói o outro, o que faz com que ambos se aniquilem, pode-se lançar mão daquele que, por isso mesmo, há de ser considerado o

²⁰⁷ “A orientação político-criminal mais acertada é a de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cuidadosa. Não se pode olvidar jamais que se trata de matéria penal, ainda que peculiaríssima, submetida de modo inarredável, portanto, aos ditames rígidos dos princípios constitucionais penais – legalidade dos delitos e das penas, intervenção mínima e fragmentariedade, entre outros -, pilares que são do Estado democrático”. Vide PRADO, op. cit. p. 33.

²⁰⁸ Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Penas – detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente

²⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 93.

princípio dos princípios, não por ser um superprincípio, mas por caracterizar um ponto de partida – e/ou de chegada – indiscutível para solucionar questões que envolvem a colisão de princípios fundamentais, que é o princípio da proporcionalidade²¹⁰.

Pode caracterizar tal dificuldade a decisão, em caso concreto, do STJ²¹¹ onde há a seguinte afirmação: “Questões relativas a interesse econômico cedem passo quando colidem com deterioração do meio ambiente, se irreversível”.

Como saber se a deterioração ao meio ambiente é irreversível?

Em outra decisão o mesmo STJ²¹² afirma que “em havendo obra potencialmente ofensiva ao meio-ambiente, reserva-se aos integrantes do SISNAMA, a competência para avaliar o alegando potencial”. O STJ poderia dizer um pouco mais. Qual seria a natureza deste poder chamado “SISNAMA” que teria a competência, segundo afirma o Superior Tribunal de Justiça, para avaliar o que é uma obra potencialmente ofensiva ao meio ambiente? Outra pergunta melhor seria o que vem a ser “obra potencialmente ofensiva ao meio ambiente?”

Segundo a Lei n. 6.938/81²¹³, os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA (Art. 6º, caput).

Na estrutura do SISNAMA encontramos os seguintes órgãos: Conselho de Governo; Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA; Órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de

²¹⁰ Sobre este tema vide GUERRA FILHO, op. cit. p. 93 e seguintes.

²¹¹ Acórdão AGP 924 / GO ; AGRAVO REGIMENTAL NA PETIÇÃO 1998/0005264-0, Fonte DJ DATA: 29/05/2000 PG: 000106; LEXSTJ VOL.: 000133 PG 00094, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Data da Decisão 20/03/2000, Órgão Julgador CE – CORTE ESPECIAL.

²¹² Acórdão RESP 114549 / PR ; RECURSO ESPECIAL 1996/0074694-0, Fonte DJ DATA: 24/11/1997 PG: 00214; rstj vol.: 00104 PG: 00154, RELATOR MIN. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DATA DA DECISÃO 02/10/1997, ÓRGÃO JULGADOR T1 – PRIMEIRA TURMA

²¹³ “Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências”.

programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental e Órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

Pela mesma lei, o Poder Executivo foi autorizado a criar uma Fundação de apoio técnico e científico às atividades do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (§ 4º, art. 6º). Ao que parece, até o momento não foi criada a referida Fundação, e o IBAMA não possui o devido apoio técnico e científico para suas atividades. A ausência do apoio técnico e científico impede que o IBAMA tenha segurança para licenciar ou autorizar a Construção, reforma, ampliação, instalação ou funcionamento, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores e possivelmente ofensivos ao meio ambiente.

Como se pode perceber, o procedimento para o licenciamento ambiental parece que vem sendo praticado de modo a impedir o licenciamento, ou seja, a prática vem demonstrando que não há busca de compatibilização de fins de desenvolvimento econômico-social e a preservação do meio ambiente.

3.1.4. Licenciamento ambiental: crime pela posição social do autor

Cabe reiterar que as imposições penais do art. 60 da Lei 9.605/1998 não são as mais adequadas para a devida tutela do meio ambiente, bem jurídico que se pretende proteger. Na esfera penal, em termos gerais, haveria um forte movimento para descriminar alguns fatos e para criminalizar outros. No sentido de ter como criminosos parece acontecer especificamente para os delitos ambientais.

Verifica-se no prefácio da *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* de Alessandro Baratta²¹⁴, elaborado por Juarez Cirino dos Santos o seguinte trecho:

²¹⁴ BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal : introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p.19.

“A linha principal de uma política criminal alternativa se basearia na diferenciação da criminalidade pela posição social do autor: ações criminosas das classes subalternas, como os crimes patrimoniais, por exemplo, expressariam contradições das relações de produção e distribuição, como respostas individuais inadequadas de sujeitos em condições sociais adversas; ações criminosas das classes superiores, como criminalidade econômica, dos detentores do poder, ou crime organizado, exprimiriam a relação funcional entre processos políticos e mecanismos legais e ilegais de acumulação do capital. Essa diferenciação fundamentaria orientações divergentes: por um lado, redução do sistema punitivo mediante despenalização da criminalidade comum e substituição de sanções penais por controles sociais não-estigmatizantes; por outro lado, ampliação do sistema punitivo para proteger interesses individuais e comunitários em áreas de saúde, ecologia e segurança do trabalho, revigorando a repressão da criminalidade econômica, do poder político e do crime organizado”.

Há na área do Direito Ambiental uma visão diferente em relação ao princípio da intervenção mínima. Para uma parte da doutrina “o crime ambiental em nada se assemelha aos delitos comuns”.²¹⁵

Para esta linha de pensamento a teoria do Direito Penal mínimo pode ser aceita para fatos que não apresentem nenhum interesse do Estado em punir, dando como exemplo os crimes de adultério e o de exibição cinematográfica de caráter obsceno.

De outro lado, para os crimes relativos ao meio ambiente, haveria uma programação criminalizante, pois estes seriam bens jurídicos que lesados seriam de difícil reparação ou até mesmo de impossível reparação. Aqui, o sujeito passivo não é um indivíduo, como no estelionato ou nas lesões corporais, mas sim toda a coletividade. O alcance da lesão seria maior. Então, tudo deveria ser feito para criminalizar as condutas nocivas ao meio ambiente, a fim de que o bem jurídico, que é de valor incalculável na maioria das vezes, seja protegido.²¹⁶

²¹⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição federal e a efetividade das normas ambientais. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 202.

²¹⁶ Idem, p.202.

Os delitos ecológicos seriam diferentes criminologicamente do que os crimes já estudados no interior das práticas de Direito Penal, e que este se acostumou a chamar de criminalidade convencional.²¹⁷

Particularmente pela origem social e econômica dos transgressores fundamentais no campo do meio ambiente: transnacionais, capital privado, indústrias, bancos internacionais, setores estatais, seriam estes precisamente os setores com maior ingerência na criação das leis e na sua eventual implantação²¹⁸.

As idéias apontadas acima parecem ferir de morte os princípios básicos do direito penal, que na opinião do professor Nilo Batista²¹⁹ são: 1. Princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2. Princípio da intervenção mínima; 3. Princípio da lesividade; 4. Princípio da humanidade; 5. Princípio da culpabilidade.

Com relação ao princípio da culpabilidade, é de se destacar a questão da personalidade no aspecto da individualização, pois esta idéia parece seguir na linha dos que entendem que uma política criminal alternativa se basearia na diferenciação da criminalidade pela posição social do autor. Nilo Batista²²⁰ entende que “por individualização se entende aqui especialmente a individualização judicial, ou seja, a exigência de que a pena aplicada considere aquela pessoa concreta à qual se destina”.

Para tentarmos entender a questão do crime da falta de licença ambiental, será importante passarmos pela idéia de diferenciação da criminalidade pela posição social do autor, este assunto nos remete ao problema dos crimes do colarinho branco.

²¹⁷ “Nada obstante, é oportuno ressaltar, para mais cabal inteligência do assunto, alguns aspectos gerais que marcam a nova lei dos crimes ambientais. Para logo, fica assentado seu caráter altamente criminalizador, visto que erige à categoria de delito uma grande quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas (vide CERESO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 2, 1993, p. 27 e ss) ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (v.g., arts. 32, 33, III, 34, 42, 49, 52, 55, 60 etc.)”. Vide PRADO, op. cit. p. 32.

²¹⁸ FREITAS, op. cit. p. 203.

²¹⁹ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 64.

²²⁰ Idem, p. 105.

É importante lembrarmos, que segundo Silva²²¹, as expressões *blue collar* e *white collar*, que serviam para a diferenciar, respectivamente, os trabalhadores que realizavam serviços manuais, daqueles que não os realizavam, já eram conhecidas desde a década de vinte do século XX, nos Estados Unidos da América do Norte. A nomenclatura *blue collar* relacionava-se com os macacões azuis usados pelos operários, enquanto que a nomenclatura *white collar* dizia respeito aos colarinhos brancos das camisas dos empresários e burocratas.

Silva²²², explica que Edwin Sutherland, lançando mão dessa metonímia, em 1939 propõe uma distinção entre os delitos cometidos pelas classes menos favorecidas da sociedade e aqueles perpetrados pelos homens de negócios, chegando, finalmente, em 1949, ao conceito de *white collar* crime, que serve a designar os crimes cometidos “por uma pessoa respeitável e de elevada condição social no curso de sua ocupação”. Com o propósito de compreender a constatação de Sutherland, mister faz-se apreciar a alteração do papel exercido pelo Estado nas relações econômicas. Na medida da constatação da imperiosidade da intervenção estatal, a fim de regular o mercado e evitar novas crises, tal qual a vivenciada no começo do século XX, pode-se perceber a marcha que o ordenamento jurídico empreende no sentido de proteger os bens jurídicos relacionados com a economia.

Nesse momento, constata-se que não só os bens jurídicos tradicionalmente tratados pelo Direito Penal, e que dizem respeito ao indivíduo, é que merecem a tutela penal, mas também aqueles que são bens jurídicos coletivos, por assim, dizer, os que falam a respeito de uma universalidade, ou seja, refere-se a um número indeterminado de pessoas e estão relacionados como, por exemplo, com o meio ambiente e as relações de trabalho.

Da tutela desses bens jurídicos macrossociais, vê-se surgir o que se tem considerado como um novo ramo do Direito Penal, em contraposição ao Direito Penal clássico que tem como objeto de sua proteção os bens jurídicos microssociais, o Direito Penal Econômico, não implicando dizer que as condutas criminosas do Direito Penal tradicional sejam

²²¹ SILVA, Ivan Firmino Santiago da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e um esboço de sistematização do direito punitivo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 16. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev16_ivanf.html >. Acesso em: abr. 2004.

²²² Idem, p.1.

exclusividade das classes carentes, enquanto que os ricos só cometem crimes do colarinho branco. O que existe é um certo tipo de delinqüente que está intimamente ligado a uns certos tipos de crimes, no caso, os que afetam a ordem econômica e financeira, não sendo esse delinqüente, contudo, impedido de cometer um delito que afete um bem individual.

Segundo Silva²²³, foi notado por Sutherland que, inobstante o imperativo do concurso de pessoas, em muitos dos casos os agentes ocultavam-se atrás da roupagem da pessoa jurídica, mais precisamente da empresa²²⁴. Relevante quanto a essa criminalidade do colarinho branco, é que os bens jurídicos por ela afetados situam-se, precisamente, nas esferas econômica, política, ambiental e das relações de trabalho, tendo sido também levantado por Sutherland o cometimento das ditas condutas delituosas por parte de grandes empresas e dos empresários aos quais competiam as suas direção e gerência.

Como dissemos, pode-se relacionar a idéia de Sutherland quanto à criminalidade do colarinho branco, à crítica da doutrina que entende a necessidade das sanções criminais para proteger o meio ambiente, a qual explica que as sanções administrativas e as civis no Brasil seriam insuficientes para proteger o meio ambiente, tendo em vista que para as sanções administrativas os órgãos ambientais contam com sérias dificuldades de estrutura, o processo administrativo não seria ágil, cabendo, ainda, recurso ao judiciário após o término do processo administrativo. E, no caso da sanção civil, esta seria mais eficiente, mas nem sempre atinge seus objetivos, pois muitas empresas poluidoras embutem nos preços o valor eventual ou certa reparação.²²⁵

Para a corrente que entende a necessidade da sanção penal, esta seria justificada por intimidar mais e, no caso de pessoas jurídicas, a sanção penal influi na imagem que

²²³ Idem, p. 2

²²⁴ SILVA, Ivan Firmino Santiago da. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e um esboço de sistematização do direito punitivo. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 16. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev16_ivanf.html >. Acesso em: abr. 2004.

²²⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. A constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 203.

possuem junto ao consumidor, resultando em queda de vendas ou mesmo na diminuição do valor das ações.²²⁶

Com relação à questão ecológica, verifica-se que nas últimas décadas, parece haver uma expansão do Direito Penal em um processo marcado pela introdução de novos crimes, pela agravamento das sanções impostas aos já existentes e pela relativização dos princípios político-criminais de garantia. Um exemplo disto é a inclusão no rol de delitos os fatos descritos no art. 60 da lei 9.605/1998.

Se realmente há uma expansão do Direito Penal, verifica-se também a co-existência de ramos do direito com função repressiva. Nos moldes como o Direito repressivo vem sendo apresentado, pode-se falar na co-existência de um Direito Penal tradicional, um Direito Penal Econômico e um Direito Administrativo sancionador, o que inclusive leva a se falar, não mais em *ultima ratio*, mas sim em *prima ratio*, ou, o que não deixa de ser menos grave. O Direito repressivo é banalizado e se transforma em um instrumento de solução de conflitos, sem diferença substancial quanto aos demais ramos do direito, apesar da violência do seu instrumental, sua função preventiva, que deveria ser elemento diferenciador, resta inócua.

Atividades, anteriormente, lícitas da vida econômica e política passam a ser vistas como potencialmente ameaçadoras. O agir social do 'outro' nos gera insegurança e este 'outro' não está mais apenas na criminalidade de massa; está nos sujeitos que agem econômica e politicamente de forma relevante (criminalidade dos incluídos).

Num mundo, portanto, em que as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, buscam-se elementos de orientação normativa e, num contexto em que a segurança vira pretensão social quase que obsessiva, o Direito Penal, dado seu alto poder simbólico e estigmatizante, é chamado para a tentativa de dar resposta, pondo fim à angústia social.

²²⁶ Idem, p. 203.

Neste contexto em que a segurança vira pretensão social quase obsessiva, caberiam algumas observações que permitiriam uma melhor reflexão sobre o ideal democrático e a realidade, levando-se em conta o chamado ‘poder invisível’. Seria importante discutir o tema objeto de contínuo debate, que poderia ser chamado de “insucessos” da democracia. Grande parte do que hoje se escreve sobre a democracia pode ser incluído na denúncia, ora amargurada ora triunfante, destes insucessos.

Segundo Bobbio²²⁷, quanto aos insucessos da democracia, cabem os temas já clássicos da teoria das elites e o do contraste entre democracia formal e democracia substancial. Cabe, ainda, o tema da ingovernabilidade, que emergiu nestes últimos anos. No entanto, para o autor há um tema que não parece ter tido a necessária atenção dos escritores políticos – como mereceria – o tema do ‘poder invisível’. Um dos lugares-comuns de todos os discursos sobre a democracia consiste em afirmar que ela é o governo do “poder visível”. Bobbio explica que, como regime do poder visível a idéia de democracia faz imediatamente vir à mente a imagem da “agora” ou da “eclesia”, isto é, da reunião de todos os cidadãos num lugar público com o objetivo de apresentar e ouvir propostas, denunciar abusos ou pronunciar acusações, e de decidir, erguendo as mãos ou mediante cacos de terracota, após terem apreciado os argumentos pró e contra apresentados pelos oradores.

Mais do que qualquer outro, segundo Bobbio²²⁸, quem contribuiu para esclarecer o nexos entre opinião pública e caráter público do poder foi Kant, que pode com justiça ser considerado como o ponto de partida de todo discurso sobre a necessidade da visibilidade do poder, uma necessidade que é não apenas política, mas moral.

Bobbio²²⁹ crê não ter necessidade de insistir sobre a validade deste princípio como critério para distinguir o bom governo do mau governo. Ele lembra que lendo os jornais, a cada manhã, fica a par dos escândalos públicos (a respeito dos quais, aliás, a Itália goza de um não invejável primado), cada um de nós pode acrescentar exemplos à vontade e

²²⁷ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. (Pensamento Crítico, 63). p. 83.

²²⁸ Idem, p. 90.

²²⁹ Idem, p. 91.

confirmar a boa qualidade do princípio. O momento em que se torna público é o momento em que nasce o escândalo.

A importância dada ao caráter público do poder é um aspecto da polêmica iluminista contra o estado absoluto, mais especificamente contra as várias imagens do soberano pai ou patrão, do monarca por direito divino, ou do hobbesiano Deus terreno. O pai que comanda filhos menores de idade, o patrão que comanda súditos escravos, o monarca que recebe de Deus o direito de comandar, o soberano que é equiparado a um Deus terreno, não têm nenhuma obrigação de revelar aos destinatários de seus comandos, que não constituem um “público”, o segredo das suas decisões²³⁰.

A criminalização de atividades e condutas relacionadas ao meio ambiente ganha extrema relevância num modelo social de alta sensibilidade à exposição a riscos, riscos estes que justificariam uma perseguição criminal implacável (e daí a redução de garantias processuais, o aumento da severidade das penas, a difusão de uma multiplicidade de novos crimes, a responsabilização penal de pessoas jurídicas).

Os sistemas penais, conforme Castro²³¹ referindo-se a Alessandro Baratta, evidenciam uma distorção estrutural: só perseguem, com certo grau de eficácia, a delinquência convencional, definindo como infratores as pessoas pertencentes às classes subalternas. Esta distorção estrutural fortalece a imagem estereotipada de um delinquente pobre e violento. Como bem assinala Baratta, partindo da definição legal, a criminalidade é um comportamento que poderia atribuir-se a setores privilegiados da sociedade e não a uma minoria estigmatizada e desviada, como se faz tradicionalmente.

O positivismo criminológico, segundo Castro²³², ao negar toda racionalidade à ação criminal e interpretando esta como patologicamente condicionada, é incapaz de explicar e identificar atos delitivos planejados racionalmente, tal como ocorre com a criminalidade econômica. A respeito desta modalidade delitiva, a teoria da associação diferencial de

²³⁰ idem, p. 92

²³¹ CASTRO, Fernando Cruz. Discriminación e ineficiencia em la persecucion del delito economico: la inevitable perversión del sistema penal. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 6, n. 9, Nov. 1994. Disponível em: < <http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>.

²³² Idem, p. 2.

Sutherland²³³ marcou uma importante transformação nas análises da criminalidade econômica. Sutherland definiu a delinquência do que chamamos no Brasil de “colarinho branco” como a violação da lei penal por parte de pessoa de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de uma atividade profissional.

Neste tipo de delinquência o infrator é uma ‘pessoa respeitável’ ou de nível sócio-econômico elevado, o que lhe permite exercer, com maior ou menor êxito, suficiente influência para impedir a intervenção da vítima ou do aparato de persecução estatal.

O poder econômico elevado é uma característica que tem sido objetada por alguns autores, sem embargo, este é um indicador que não se pode prescindir, já que tem na prática, uma importante influência.

Castro²³⁴, referindo-se a Miguel Fernández Bajo, explica que do ponto de vista criminológico, a delinquência econômica se define como as infrações lesivas da ordem econômica, cometidas por pessoas pertencentes a estratos altos no exercício de sua atividade profissional. A indulgência generalizada frente à delinquência econômica é um dos obstáculos mais importantes ao desenvolvimento de uma política repressiva em face destas infrações. O legislador, o juiz e a opinião pública, tendem a menosprezar a transcendência sócio-política destes delitos. Os esteriótipos dominantes sobre a criminalidade e o delinqüente propiciam a exclusão direta ou indireta da delinquência econômica. A teoria do etiquetamento ou do ‘*labelling approach*’ explica muita bem a inatividade do sistema penal frente à delinquência de ‘*cuello blanco*’, assim como a elevada cifra oculta que a caracteriza.

Os comentários acima servem para que não se esqueça do posicionamento no caminho de que o direito penal não seja a via mais adequada para tratar dos temas ligados à ecologia, além do que, como diz Rodrigues²³⁵:

²³³ Sutherland apresentou em 27 de dezembro de 1939, ante a sociedade americana de sociologia sua tese fundamental sobre a criminalidade econômica, com o título de: “White Collar Criminality”. Seu trabalho provocou um impacto similar ao que suscitou “O Homem delinqüente” de Lombroso (Vide CASTRO, op. cit. p. 2.)

²³⁴ Apud CASTRO, op. cit. p. 2.

²³⁵ RODRIGUES, Anabela Miranda. Os crimes contra o ambiente no código penal português revisto. Lusíada, Porto, número especial, nov. 1995. p. 301.

"Ninguém hoje poderia seriamente contestar o fato de que, nos últimos decênios, a ameaça ecológica assumiu dimensões desconhecidas, ao mesmo tempo em qualidade e quantidade: desaparecimento de florestas inteiras, enquinamento dos mares e lagos, agravamento das condições do ar e perturbações na atmosfera, contaminações no solo e perigos provocados por material nuclear”.

Deve ficar registrado que o presente texto não busca se transformar em apoio aos que agridem o meio ambiente, nem pretende proteger de forma desigual aos criminosos do colarinho branco.

3.2. LICENCIAMENTO AMBIENTAL: QUATRO RAZÕES PARA A NÃO CRIMINALIZAÇÃO

A hipótese geral deste trabalho é que as imposições penais do art. 60 da Lei 9.605/1998 não são as mais adequadas para a devida tutela do meio ambiente, bem jurídico que se pretende proteger. Lembre-se, ainda, que a dissertação não pretende discutir a abolição de todos os crimes ambientais, mas ela restringe-se a discussões sobre o tipo contido no artigo 60 da Lei 9.605/98.

Hassemer²³⁶ aponta quatro razões para a não criminalização, considerando que o Direito Penal não é adequado para tratar da questão ambiental, quais sejam: 1) a acessoriedade administrativa; 2) a imputação da responsabilidade criminal; 3) o reconhecimento de que os fins das penas não são aqui atingíveis; 4) estamos diante de um direito penal simbólico.

1) A primeira razão para não considerar o direito penal adequado para tratar da questão ambiental é a acessoriedade administrativa. Isto significa que o Direito Penal não intervém autonomamente, antes fica na dependência do direito administrativo, ou seja, a

²³⁶ HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. *Lusíada*, Porto, número especial, 1995. p. 319.

entidade que controla o respeito pelas fronteiras do direito penal deixou de ser o juiz para passar a ser a administração.

O Direito Penal transformou-se, por esta via, num instrumento auxiliar da administração, passando a depender, para a demarcação das respectivas fronteiras, da intervenção da administração.

Desta forma, Hassemer está persuadido de que a acessoriedade administrativa é absolutamente necessária para a configuração de qualquer direito ambiental que se preze. Na parte que diz respeito ao Direito Penal do Ambiente, o autor defende que o juiz penal nunca teria condições para, nos casos concretos, definir o fato lesivo do ambiente só com base na lei penal.

Mas não basta aqui invocar as múltiplas dificuldades conexas com a avaliação dos atentados contra o ambiente, designadamente do gênero agora mesmo referido, para justificar, com argumentos fatalistas, a acessoriedade administrativa.

Também há aspectos vantajosos a considerar na acessoriedade administrativa. Nomeadamente, é só assim que se consegue corresponder à legítima expectativa dos destinatários das normas ambientais em poderem contar com alguma certeza, pois se lhes informa, antecipadamente, aquilo que podem e aquilo que não podem fazer, com toda a exatidão.

Por exemplo, é necessário estabelecer limites para o lançamento diário de efluentes industriais nas águas dos rios. É evidente que o juiz penal nunca estaria em condições de decidir sozinho se faz ou não faz sentido considerar como poluição cada ocorrência de descarga de águas impuras no rio.

Temos que convir que, antes de se poder julgar cada caso concreto, é necessário que a administração, seguindo uma estratégia global de preservação do ambiente, tenha fixado os limites para a poluição admissível, designadamente de molde a que se possa dizer se determinado estabelecimento industrial ultrapassou os níveis de poluição que lhe foram consentidos, em razão da sua atividade.

Na visão de Hassemer, a acessoriedade administrativa faz com que o ilícito penal deixe de ser visível. Na prática, a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de

negociação direta entre a administração e o potencial infrator. Com isso, o direito penal perde a credibilidade para a generalidade dos cidadãos.

2) A segunda razão diz respeito à imputação da responsabilidade criminal. Parece que enquanto o direito penal continuar a incluir a privação da liberdade no respectivo rol de sanções, não se pode abrir mão de critérios estritos de imputação de responsabilidades individuais.

Medidas de coação como a prisão preventiva ou sanções, como a pena de prisão, não são admissíveis apenas com base na apuração de responsabilidades coletivas, ficando na penumbra o exato alcance das responsabilidades individuais.

De uma vez por todas, deve-se convencer de que a imputação de responsabilidades individuais é imprescindível no direito penal, e qualquer concessão a esse respeito, inaceitável. Todavia, é praticamente impossível para o julgador, no domínio do direito penal do ambiente, chegar a determinação de responsabilidades individuais efetivas.

Com efeito, estamos num domínio em que a prática de infrações aparece como produto final de uma conjugação de vontades extremamente complexa, intervindo aqui toda uma série de variáveis técnicas que têm de ser consideradas. É por isso mesmo que as responsabilidades são quase sempre coletivas. Na prática, são responsabilidades de todo o conselho de administração de uma sociedade comercial ou de toda a direção de um estabelecimento industrial.

Por outro lado, pisa-se num terreno repleto de situações indefinidas. Por exemplo, torna-se muito problemático formular juízos sobre se a responsabilidade pelo fato se constitui por ação ou por omissão, acabando por acontecer, na maior parte dos casos, que não se consegue determinar qual dessas modalidades de produção do fato é que teve realmente lugar.

O professor Hassemer diz que, tanto quanto conhece da práxis do direito penal alemão, as conseqüências decorrentes de tamanhas dificuldades são, como seria de prever, desalentadoras. Designadamente, pouquíssimos são os responsáveis dentro de um vasto grupo de pessoas com responsabilidades difusas. A tendência geral é para se acabar por selecionar apenas duas ou três delas, de forma quase aleatória, para as fazer pagar por todas. Com isso, ilude-se toda a tradição da dogmática da comparticipação criminosa,

baseada na delimitação rigorosa das contribuições individuais para a prática do ato ilícito. No afã de tudo querer simplificar, em nome da eficácia da persecução penal, é a própria dignidade do direito penal que é sacrificada.

3) A terceira razão tem a ver com o reconhecimento de que os fins das penas não são aqui atingíveis. Por um lado, a ressocialização do infrator não é necessária. Por outro lado, a prevenção geral positiva (ou prevenção geral de integração) não funciona, devido às colossais cifras ocultas. Sendo aplicadas penas de multa, quem acaba por pagar a multa nunca é o infrator, mas a empresa. A prevenção geral positiva é ilusória. O Direito Penal reage contra este estado de coisas, tornando-se cada vez mais severo. Mas os problemas também se tornam cada vez mais graves.

4) A última razão, refere-se à idéia de um direito penal simbólico²³⁷. O direito penal simbólico é identificável mediante duas características: por um lado, não serve para a proteção efetiva de bens jurídicos; por outro lado, obedece a propósitos de pura jactância da classe política.

Essa suposta forma de garantir a proteção do ambiente, além de custar pouco dinheiro ao Estado, apresenta ainda a vantagem de servir para acalmar contestações políticas. Com efeito, é assim que a classe política pode proclamar à opinião pública que está atenta aos problemas do mundo moderno e, mais ainda, que até se compromete com a tomada de medidas drásticas para os resolver. Enquanto se quer fazer com que os cidadãos acreditem num direito penal do ambiente pronto para realizar milagres, espera-se também que outras preocupações, tais como o preço da gasolina, se lhes desvançam da idéia.

Tudo isso denuncia o caráter simbólico do direito penal do ambiente, cujo verdadeiro préstimo redundaria em desobrigar os poderes públicos de perseguirem uma política de proteção do ambiente efetiva.

²³⁷ “É claro que todo o direito penal desempenha uma função simbólica, na medida em que serve para afirmar a essencialidade de certos valores, plasmados em bens jurídicos. Contudo, quando falamos de ‘direito penal simbólico’, com isso queremos significar que se trata de um direito penal fortemente impregnado de conotações programáticas e ideológicas, mas desprovido de conseqüências práticas efectivas, que só não são nulas porque, como todo o direito, carece de alguma aplicação exemplar, para não cair em desuso”. (Ver MENDES, op. cit. p. 347).

3.3 LICENCIAMENTO AMBIENTAL: O QUE RESTA AO DIREITO PENAL

O delito contido no art. 60, da lei 9.605/1998, está inserido no capítulo V que trata dos crimes contra o meio ambiente, e mais especificamente na seção III, que se refere à poluição e outros crimes ambientais. Então, a nosso ver, uma interpretação adequada do art. 60 deverá levar em conta a interpretação que geralmente é dada aos crimes de poluição.

Cabe notar que o art. 60 caracteriza-se por ser uma norma penal em branco²³⁸, e, no presente caso, pode ser considerado inconstitucional. Lembre-se que a lei penal em branco abre as portas para a analogia e para a aplicação retroativa, e sempre é lesiva ao princípio da legalidade formal.²³⁹

Como vimos, no Brasil, o licenciamento ambiental existe como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente desde 1981, e a sua aplicação é conturbada, pois não foram criadas regras administrativas claras para sua aplicação. Lembre-se que, no aspecto administrativo, os instrumentos do licenciamento ambiental e a avaliação de impactos ambientais, que caminham juntos, são regulados por atos administrativos²⁴⁰, e caracterizados por permitirem uma enorme discricionariedade para a concessão ou não das licenças ambientais por parte dos entes responsáveis pelo licenciamento ambiental.

Há uma inundação de normas relativas ao ambiente, que gera uma falta de transparência, que Segundo Rodrigues²⁴¹:

²³⁸ Vide ZAFFARONI et al, op. cit. p. 206.

²³⁹ Lembrando que a hipótese geral deste trabalho é que a imposição penal do artigo 60 da Lei de crimes ambientais não é a mais adequada para a tutela do bem jurídico²³⁹ (meio ambiente) que se pretende proteger. Há entendimento de que o bem jurídico protegido, no presente caso, é a ordenação territorial, vide PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o ambiente: anotações à lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181. Outro entendimento é no sentido de que o bem jurídico tutelado, aqui, é a preservação do patrimônio artificial, vide SIRVINSKAS, op. cit. p. 199.

²⁴⁰ Ver Resolução CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997 – Regulamenta os aspectos do licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente; e Resolução CONAMA 1, de 23 de janeiro de 1986 – Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para o Relatório de Impacto Ambiental (sic) esta resolução também trata do estudo de impacto ambiental.

²⁴¹ RODRIGUES, op. cit. p. 301.

“Esta falta de transparência, em si mesma muito criticada, reconduz-se normalmente ao facto de que, com a ameaça ambiental, é o inteiro ordenamento jurídico que é posto à prova, sendo conseqüentemente, o complexo normativo assim criado objecto de diversos ramos do direito: do direito administrativo, quando se trata, por exemplo, de autorização para o exercício de actividades económicas; do direito civil, pelo que diz respeito, designadamente, a um eventual ressarcimento do dano; e finalmente, ainda do direito penal, a que se deve recorrer, como ultima ratio, para assegurar a eficaz protecção dos bens ambientais”.

Assim, parece que quanto ao art. 60 da lei 9.605/1998 nada resta para o direito penal, por ser, o referido artigo, uma norma penal em branco, de perigo e inconstitucional.

4. CONCLUSÃO

Nas últimas décadas os problemas relativos ao tema meio ambiente²⁴² assumiram um grande relevo nos debates da sociedade em geral, inclusive com encontros internacionais como a Conferência da ONU de 1972 (Estocolmo) e a ECO 92²⁴³, o que gerou uma gama enorme de discussões sobre o assunto, provocando mudanças comportamentais das populações, incluindo campanhas nos meios de comunicação, na escola etc.

Assim, conforme Rodrigues²⁴⁴:

“Ninguém hoje poderia seriamente contestar o facto de que, nos últimos decénios, a ameaça ecológica assumiu dimensões desconhecidas, ao mesmo tempo em qualidade e quantidade: desaparecimento de florestas inteiras, enquinamento de mares e lagos, agravamento das condições do ar e perturbações na atmosfera, contaminações do solo e perigos provocados por material nuclear. Estas e outras formas de agressão aos fundamentos naturais da vida forçaram, um pouco por todo lado, os vários legisladores à adopção de medidas jurídicas de protecção, com a consequência, no entanto, de se

²⁴² Como vimos na nota 1, A doutrina vem criticando o termo meio ambiente, referindo que é um termo que retrata um vício de linguagem conhecido por pleonasmos, consistente em repetição de palavras ou de idéias com o mesmo sentido simplesmente para ênfase, porém a expressão “meio ambiente” já está consagrada na doutrina, na jurisprudência e na própria consciência da população. Mas, isto não parece o mais importante, agora importa entender a idéia de proteção ao meio ambiente, pois como diz SOARES “No que se refere ao meio ambiente, na verdade, no caso de ação ou omissão serem cometidas por um indivíduo ou atribuíveis a um Estado, e virem a causar ou ameaçar criar um desequilíbrio nas relações humanas, há a necessidade de regulamentar, mediante um sistema de sanções, não a ecologia (regida pelas leis da causalidade), mas a conduta humana que a ela diga respeito. Ora, a conduta humana, em seus aspectos que envolvem escolha de valores, é um fenômeno que não se relaciona com o mundo da causalidade, mas antes, encontra-se regido pelas leis da imputação, ou seja, as normas. Assim, quando se diz proteção ao meio ambiente, a referência é à conduta livre do homem, e, portanto, ao mundo da Ética e do Direito. Proteger significa, em outras palavras: determinar as condutas que preservam o equilíbrio do meio ambiente, em detrimento de outras, consideradas ilícitas ou proibidas, e portanto, acompanhadas de uma sanção, caso sejam praticadas”. Ver SOARES, Guido Fernando da Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001, p.19. Isto não pode significar que sejam criadas sanções penais sem qualquer racionalidade.

²⁴³ Sobre estes eventos ver nota 2.

²⁴⁴ RODRIGUES, op. cit. p. 301.

verificar uma autêntica inundação de normas, cujo conjunto os próprios peritos na matéria reconhecem mal dominar”.

O Brasil acompanhou e vem sofrendo os reflexos do contexto mundial, e verificou-se o aparecimento de legislações referentes ao tema do meio ambiente, que buscavam regular diversos aspectos do assunto, em consonância com a orientação do pensamento ocidental dominante, tais como: responsabilidade civil por danos nucleares, a responsabilidade criminal por atos relacionados com atividades nucleares, parcelamento do solo urbano, criação de estações ecológicas e áreas de proteção ambiental, a política nacional do meio ambiente, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação e muitas outras.

As infrações penais existentes encontravam-se em alguns dispositivos do Código Penal e em legislações esparsas, que fizeram Dotti²⁴⁵ identificar um ‘festival babélico’ que se movimentava no cenário das leis especiais que podia ser identificado não somente pela superposição de tipos de ilicitude, mas também pela variedade de critérios adotados para a pena de multa. Tal situação era e é identificada na criminalidade econômica, financeira e tributária, e, especificamente, quanto aos crimes contra o meio ambiente, o panorama igualmente era desalentador.

Não foi atendida a idéia de que seria conveniente que os tipos de ilicitudes ambientais fossem agrupados na Parte Especial do Código Penal sob um título específico, mas foi sancionada a denominada Lei de crimes ambientais, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a qual estabeleceu, entre seus 79 artigos, o artigo 60 que é o tema da presente dissertação, cuja hipótese geral é a de que as imposições penais do art. 60 não são as mais adequadas para a devida tutela do bem jurídico que se pretende proteger.

²⁴⁵ DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. Revista dos Tribunais, v. 655, p. 245 –257, maio 1990.

Procuramos deixar claro que a dissertação não pretendia discutir a abolição de todos os crimes ambientais, mas que ela restringia-se a discussões sobre o tipo contido no artigo 60 da Lei 9.605/98.

Como vimos, o licenciamento ambiental foi tratado como ente meramente administrativo até a entrada em vigor da Lei 9.605/98. A novidade do presente tema é que o que era obrigação de natureza administrativa passou a integrar o âmbito do Direito Penal. O que tornou necessário o estabelecimento de um diálogo entre os diversos setores da sociedade brasileira.

A introdução do art. 60 na lei de crimes ambientais materializou a idéia de que os crimes ecológicos afastam-se da lesão efetiva do bem jurídico, pois, via de regra, são os tipos de perigo que marcam os tipos fundamentais da moderna tutela penal do meio ambiente e, com efeito, a ampliação progressiva da tutela penal ecológica. Uma característica assumida pelo crime ecológico é a de ser um crime-obstáculo. Sob angulação cronológica, os crimes-obstáculo caracterizam-se por uma fase que precede o início de verdadeiras atividades poluentes, mas este modo de seleção permite críticas consistentes no sentido de que devem ser consideradas as garantias devidas pela tutela penal.

Embora se classifique o delito do art. 60 como crime comum²⁴⁶, no entanto, verificou-se que, na realidade, há uma parcela da sociedade brasileira que, aparentemente, poderia ser mais diretamente atingida quanto à possibilidade de ser criminalizada, como as pessoas jurídicas²⁴⁷, com capacidade de realizar estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, e seus diretores, administradores, membros de conselho e de órgão de técnico, auditores, gerentes, prepostos ou mandatários.

Dentro desta perspectiva de que as imposições do artigo 60 da Lei 9.605/88 não eram as mais adequadas, foram identificadas três questões relevantes no decorrer da pesquisa, que seguem, 1) a necessidade de que se entenda a natureza do licenciamento

²⁴⁶ SIRVINSKAS, op. cit. p. 201.

²⁴⁷ Quanto à possibilidade de responsabilidade criminal de pessoas jurídicas há controvérsias, contudo, na prática vêm existindo inquéritos policiais e ações penais contra pessoas jurídicas, inclusive com condenação em primeiro grau de jurisdição.

ambiental; 2) a superposição de normas penais e administrativas, que leva à questão das normas penais em branco; e 3) o problema do federalismo brasileiro.

Quanto a estas três questões houve o esforço de estudá-las, sendo que no aspecto relativo ao problema do federalismo brasileiro, só foi possível uma rápida informação sobre o problema da competência no âmbito federal, já que logo se verificou que além da legislação no âmbito federal, existem legislações ambientais em todos os estados da federação e em um número enorme de municípios, que ocasionam um leque enorme de questões relativas à competência para o licenciamento ambiental.

De outro lado, houve a procura de contribuir com a questão posta do licenciamento ambiental como fato punível, quando foi examinada a questão da criminalização da falta de licença ambiental quanto à necessidade de introdução de sanções criminais para proteger o meio ambiente pela insuficiência de sanções civis e administrativas, razões que levam a considerar que o Direito Penal não é adequado para tratar as questões de Direito Ambiental, bem como a questão da diferenciação da criminalidade pela posição social do autor.

Vimos que o fato punível sob estudo também encontra nuances de crime de desobediência, pois o que se incrimina no artigo 60 é a desobediência²⁴⁸ às normas administrativas ambientais e às normas legais ambientais. Assim, não seria preciso que o descumprimento das normas legais e regulamentares cause poluição, pois em tal caso, se trataria do crime do artigo 54.

Cuidou-se de um fato punível apontado como de perigo abstrato²⁴⁹, pois neste caso prescinde-se da averiguação do perigo, já que, aqui, a ameaça ao bem tutelado é deduzida

²⁴⁸ “A desobediência aos “regulamentos” está presente nos arts. 54, § 2º, V, 56, caput e 60, caput, da Lei 9.605/98. Nos 37 artigos que compõem o Capítulo V da lei em exame, só 3 possibilitam a chamada aos regulamentos para configurar o crime. O regulamento passa a integrar o tipo penal de forma excepcional. (vide MACHADO, op. cit. p. 665.)

²⁴⁹ Também é considerado de perigo concreto, vide SIRVINSKAS, op. cit. p. 201.

da lei, pelo simples fato de estarem os extremos de conduta integrados no tipo. Tratou-se, também, de um fato punível com características de norma penal em branco. O que permite a discussão, quanto ao crime da falta de licença ambiental, quanto à (in) constitucionalidade, bem como das garantias previstas na constituição.

Outro problema é o da compatibilização dos fins de desenvolvimento econômico e social e a preservação do meio ambiente, que parece não ter solução, especialmente nas atividades que em si são degradadoras.

Também se verificou a disputa entre os que consideram as garantias penais clássicas contra os que entendem que haveria outros princípios quanto à questão ambiental que teriam força para afastar as garantias clássicas.

Vimos que a matéria estudada é nova, não possuindo consolidação histórica nem cultural. Esta situação marcou uma importante dificuldade para demarcar o ponto de vista crítico sobre a solução adotada pelo legislador.

É importante deixar registrado que não se tentou com o presente trabalho criar condições que levem ao desprezo pela proteção ao meio ambiente, sendo que não estava em causa uma idéia de opção de algum tipo de pensamento único, mas buscou-se contribuir no sentido da busca de uma possível conciliação entre o crescimento econômico-social e a proteção ambiental.²⁵⁰

Foi notado que o tipo previsto no artigo 60 da Lei de crimes ambientais, está inserido na seção relativa à poluição, sendo um ilícito, no aspecto formal, fortemente ligado com meras questões administrativas, sendo viável a hipótese de que tenha sido inserido na lei de crimes ambientais apenas com a finalidade, ao que parece, de garantir a obediência por parte dos administrados para obter licenças ambientais²⁵¹.

²⁵⁰ Vide MENDES, op. cit. p. 335.

²⁵¹ Como vimos, existe um “festival babélico” de normas administrativas, e, passados mais de 6 (seis) anos da existência do artigo 60 da Lei de crimes ambientais, até o momento não há uma lei que regule o licenciamento ambiental, como instrumento da política nacional de meio ambiente, sendo que até o momento, o

Não só o artigo 60 da lei 9.605/1998 refere-se aos atos administrativos licença ou autorização, nem ao termo contrariando normas legais e regulamentares pertinentes. Na mesma Lei constam vários artigos que mencionam a necessidade de licença ou autorização para determinadas situações da vida.²⁵²

Constatou-se que a diferença em relação ao art. 60 dos outros fatos que exigem licença, contidos na lei 9.605/1998, é que parece que este deveria ser utilizado apenas para estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores.

Mas, o que caracterizaria um estabelecimento, obra ou serviço potencialmente poluidor? A resposta para tal questão é digna de um novo estudo, mas pensamos que é importante deixar uma pista inicial. Para tentarmos entender a idéia do significado do que seja “potencialmente poluidor”, pode-se recorrer a significados de termos designados na Lei 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente, tais como, o conceito de meio ambiente, que é “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”.²⁵³, o de Degradação da qualidade ambiental, ou seja, “a alteração adversa das características do meio ambiente”²⁵⁴, e o de poluição, que seria a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e

licenciamento ambiental é regulado por resoluções do CONAMA, sendo que a mais utilizada é

RESOLUÇÃO CONAMA 237/97, anterior à Constituição e à Lei de crimes ambientais. Ocorrendo que a

ausência de uma lei específica para o licenciamento ambiental acaba, de fato, por permitir um número elevado de normas administrativas sem amparo legal.

²⁵² 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.

Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico favorável e licença expedida por autoridade competente.

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente.

Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente.

²⁵³ Lei 6.938/81 – Art. 3º, I

²⁵⁴ Idem - II

o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos²⁵⁵

Assim, poluição caracteriza-se pela alteração adversa da qualidade ambiental, resultante de atividades que prejudicam a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criam condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota; afetam as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Logo, uma idéia inicial é que, só será atividade potencialmente poluidora se, no mínimo, ela puder causar alteração adversa da qualidade ambiental. Para atividades que não são potencialmente poluidoras não seria aplicável o artigo 60 da Lei 9.605/98.

Verificou-se que não há, nem houve uma lei específica para regular o licenciamento ambiental no sentido administrativo, havendo a Resolução CONAMA 237, de 19 de dezembro de 1997, que seria a mais importante sobre o assunto, mas não a única Resolução relativa ao assunto, não podendo ser entendido o art. 10 da Lei 6.938/1981, como tal regulamento.

Como dito acima, a avaliação de impacto ambiental tem como objeto a degradação, que é alteração adversa das características do meio ambiente, definido este 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” (art. 3º, I e II, da Lei 6.938/81).

A questão da criminalização da falta de licença ambiental em sua consequência lembra o uso da fiança, a partir de meados do século XIX, nos sistemas penais europeus. Como vimos, o sistema de fianças ajudou a esvaziar as prisões e reduziu os custos do trabalho e da administração. Tal processo de racionalização foi feito em dois tipos de delito: a) Violação de regulamentos policiais e b) violação de leis trabalhistas.

²⁵⁵ Idem - III

A equiparação entre violações de leis trabalhistas e ilícitos de natureza administrativa, que podemos incluir a violação do art. 60 da Lei 9.605/98, é assunto que requer atenção, pois este tipo de delito, mais que os crimes contra a propriedade, permite benefícios econômicos. É possível o entendimento de que a prática de incluir ilícitos administrativos entre os fatos puníveis, mas determinando como pena a possibilidade de pagamento de fiança, ou, como no Brasil, multas, não olhe para os lucros advindos com a transgressão do fato proibido, por exemplo: no caso de iniciar obra sem a devida licença, deveria ser aplicado o princípio geral de que a punição precisa ser suficiente para negar os lucros do crime, caso contrário, a única conclusão, é a de que o Estado ao imputar, fianças ou multas tem a aparência de estar desaprovando tais atividades, mas não está seriamente preparado para acabar com elas.

Com relação à questão ecológica, verifica-se que nas últimas décadas, há uma expansão do Direito Penal em um processo marcado pela introdução de novos crimes, pela agravamento das sanções impostas aos já existentes e pela relativização dos princípios político-criminais de garantia.

Os delitos ecológicos seriam diferentes criminologicamente em relação aos crimes já estudados no interior das práticas de Direito Penal, e que este se acostumou a chamar de criminalidade convencional. Particularmente pela origem social e econômica dos transgressores fundamentais no campo do meio ambiente: transnacionais, capital privado, indústrias, bancos internacionais, setores estatais, seriam estes precisamente os setores com maior ingerência na criação das leis e na sua eventual implantação²⁵⁶.

As idéias apontadas acima parecem ferir de morte os princípios básicos do direito penal, que são²⁵⁷: 1. Princípio da legalidade (ou da reserva legal, ou da intervenção legalizada); 2. Princípio da intervenção mínima; 3. Princípio da lesividade; 4. Princípio da humanidade; e 5. Princípio da culpabilidade.

²⁵⁶ Idem, p. 203.

²⁵⁷ Vide BATISTA, Nilo.op. cit. p. 64.

Constata-se que não só os bens jurídicos tradicionalmente tratados pelo Direito Penal, e que dizem respeito ao indivíduo, é que merecem a tutela penal, mas também aqueles que são bens jurídicos coletivos, por assim, dizer, os que falam a respeito de uma universalidade, ou seja, refere-se a um número indeterminado de pessoas e estão relacionados como, por exemplo, com o meio ambiente e as relações de trabalho. Da tutela desses bens jurídicos macrosociais, vê-se surgir o que se tem considerado como um novo ramo do Direito Penal, o Direito Penal Econômico, em contraposição ao Direito Penal clássico que tem como objeto de sua proteção os bens jurídicos microsociais.

O que existe é um certo tipo de delinqüente que está intimamente ligado a uns certos tipos de crimes, no caso, os que afetam a ordem econômica e financeira, não sendo esse delinqüente, contudo, impedido de cometer um delito que afete um bem individual.

Foi feita uma relação da idéia da criminalidade do colarinho branco, com a crítica da doutrina que entende a necessidade das sanções criminais para proteger o meio ambiente, a qual explica que as sanções administrativas e as civis no Brasil seriam insuficientes para proteger o meio ambiente, tendo em vista que para as sanções administrativas os órgãos ambientais contam com sérias dificuldades de estrutura, o processo administrativo não seria ágil, cabendo, ainda, recurso ao judiciário após o término do processo administrativo. E, no caso da sanção civil, esta seria mais eficiente, mas nem sempre atinge seus objetivos, pois muitas empresas poluidoras embutem nos preços o valor eventual ou certa reparação²⁵⁸.

Vimos que se pode tentar preservar o ambiente por meio do Direito Penal, mas existem argumentos, que podem ser aplicados à questão geral do meio ambiente - em especial, ao delito descrito no art. 60 -, que levam a considerar que o Direito Penal não é adequado para tratar da referida ambiental, quais sejam: a acessoriedade administrativa; a imputação da responsabilidade criminal; o reconhecimento de que os fins das penas não são aqui atingíveis e por estarmos diante de um direito penal simbólico.

²⁵⁸ FREITAS, op. cit. p. 203.

Deste modo, o Direito Penal foi transformado em um amontoado caótico de regras desprovidas de harmonia doutrinária e filosófica, com o recurso prioritário a tipos penais abertos, a responsabilização penal de pessoas jurídicas e a administrativização da justiça criminal. E, assim, cria-se um sistema incoerente que poderia tender à própria desagregação. O que deveria ser mais eficaz passa a ser apenas simbólico; ao invés de estabilizar, desestabiliza relações sociais. São muitas, portanto, as questões que a ciência penal, em sentido amplo, tem ainda a responder quando se fala em tutela do meio ambiente, embora venham sendo apresentadas leis, sabidamente apressadas, com a pretensão de solucionar conflitos sociais.

5. BIBLIOGRAFIA

1. ANTUNES, Paulo Bessa. Direito ambiental. 5.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
2. ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Licenciamento ambiental e legislação. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/internet/diretoria/conleg/estudos/208195.pdf> >. Acesso em: jan. 2004.
3. BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal : introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro : Revan : Instituto Carioca de Criminologia, 2002. Tradução Juarez Cirino dos Santos.
4. BARATTA, Alessandro. Criminología e dogmática penal: Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. Revista Papers, España, n.13, p.21, 1980.
5. BATISTA, Nilo. Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan : ICC, 2002.
6. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 5. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001.
7. BECK, Ulrich. O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo : Paz e Terra, 1999. Tradução André Carone.
8. BECKER, Howard S. Uma teoria da ação coletiva. Rio de Janeiro: Zahar, 1977. Tradução Marcia Bandeira de Mello Leite Nunes.
9. BENJAMIM, Antonio Herman. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discricionariedade administrativa. Revista Forense, v. 317, n, 25, p. 25-45, 1988.
10. BENJAMIM, Antonio Herman. Palestra. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 03- 6 jan. 2002 : 10 anos da ECO – 92 : Direito e desenvolvimento sustentável = ten years after Rio 92 : Sustainable development and law. São Paulo : IMESP, 2002.
11. BEVILÁQUA, Clóvis. Teoria geral do direito civil. Ed. rev. e atual. por profº Caio Mario da Silva Pereira. 2. ed. Rio [de Janeiro], F. Alves, 1980.

12. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia : uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. (Pensamento crítico, 63).
13. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Energia e meio ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/sqa/energia/capa/corpo.html>>. Acesso em: jan. 2004.
14. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. A Lei da natureza. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/leiambiental/home.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2004.
15. CABALLERO, Francis. Essai juridique sur la notion de nuisance. Paris: LGDJ, 1981.
16. CAPELLI, Sílvia. O estudo de impacto ambiental na realidade brasileira. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 27, 1992.
17. CARVALHO, José Murilo de. Os bestializados : o Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das letras, 1987.
15. CASTRO, Fernando Cruz. Discriminacion e ineficiência em la persecucion del delito economico: la inevitable perversion del sistema penal. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 6, n. 9, Nov. 1994. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/revista9f.htm>>.
18. CASTRO, Lola Aniyar de. Entre la dominacion y el miedo: nueva criminología y nueva política criminal. Mérida: Ediciones Nuevo Siglo, 2003.
19. CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2, 1993.
20. CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. Do impacto ambiental. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.637, p. 20-40, 1988.
21. COSTA JR, Paulo José da. Direito penal ecológico. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.
22. COSTA JR, Paulo José da; GREGORI, Giorgio. Direito penal ecológico. São Paulo: CETESB, 1981.
23. CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo, v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

24. DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 3^a. ed. atual. ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
26. DOTTI, René Ariel. Meio ambiente e proteção penal. Revista dos Tribunais, v. 655, p. 245-257, maio 1990.
27. ECO, Umberto. Eco, Umberto. Como se faz uma tese. São Paulo: Perspectiva, 2002. Tradução Gilson Cesar Cardoso de Souza.
28. ELIAS, Norbert. O processo civilizador. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. Tradução Ruy Jungmann. Revisão e apresentação Renato Jaime Ribeiro.
29. FERNÁNDEZ BAJO, Miguel. Derecho penal económico. Madrid: Civitas, 1978.
30. FOUCAUT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987. Tradução de Raquel Ramalhete.
31. FRAGOSO, Fernando. Os crimes contra o meio ambiente no Brasil. Revista Forense, v.317, n.109, p. 109-113, 1988.
32. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 9.ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
33. FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. Crimes contra a natureza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
34. FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
35. FREITAS, Vladimir Passos de (Org). Direito ambiental em evolução. Curitiba: Juruá, 2003.
36. GOFFMAN, Erving. Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Rio de Janeiro: LTC, 1988. Tradução Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes.
37. GUERRA FILHO, Willis Santiago. A filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2002.
38. HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do direito penal. Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Lusíada, Porto, número especial, 1995.
39. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal, v. 1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953.

40. IHERING, Rudolf Von. A finalidade do direito. Trad. José Antonio Faria Correa. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. 2 v.
41. JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. P. G., v.1. São Paulo : Saraiva, 2000.
42. KELSEN, Hans. Teoria geral das normas. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
43. LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. (Série métodos em Direito, v. 1).
44. LUSÍADA: Revista de Ciência e Cultura: série de Direito. Número especial, nov. 1995.
45. KOJÈVE, Alexandre. Introdução à leitura de Hegel. Tradução Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto: EdUERJ, 2002.
46. MACHADO, Paulo Affonso Leme. 10.ed. Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.
47. MARX, Karl. O capital: crítica da economia política. Livro primeiro: O processo de produção do capital, V. 2. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968- . Tradução Reginaldo Sant'Anna.
48. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
49. MENDES, Paulo de Sousa. Vale a pena o direito penal do ambiente? Lusíada, Porto, Número especial, nov. 1995.
50. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999.
51. MESTIERI, João. Direito penal e pós-modernidade. Revista Forense, v. 53, n. 373, p. 121-126, maio/jun. 2004.
52. MESTIERI, João. Manual de direito penal, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
53. MILARÉ, Edis; COSTA JUNIOR, Paulo Ricardo da. Direito penal ambiental: comentários à lei 9.605/98. Campinas: Millenium, 2002.
54. MILARÉ, Édis. A importância dos estudos de impacto ambiental. Justitia, 141, p. 16-30, 1988.

55. MUKAI, Toshio. Direito ambiental sistematizado. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
56. NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Obras incompletas: seleção de textos de Gerard Lebrun. Tradução de Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os pensadores).
57. NUSDEO, Fabio. Desenvolvimento e ecologia. São Paulo, 1975 – Ecologia de empresas. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 29, 1977. p.521-522.
58. PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico penal e constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
59. PRADO, Luiz Regis. Crimes contra o ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
60. RODRIGUES, Anabela Miranda. Os crimes contra o ambiente no código penal português revisto. Lusíada, número especial, nov. 1995.
61. RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Tradução, revisão técnica e nota introdutória Gislene Neder.
62. SILVA, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.
63. SANTOS, Juarez Cirino dos. A moderna teoria do fato punível. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
64. SILVA, Ivan Firmino Santiago da. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e um esboço de sistematização do direito punitivo. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 16. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev16_ivanf.html>. Acesso em: abr. 2004.
65. SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
66. SIRVINSKAS, Luis Paulo. Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9605 de 12 de fevereiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 2002.
67. SOARES, Guido Fernando da Silva. Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2001.

68. THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
69. TRIBUNA da Imprensa, 09 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.tribuna.inf.br/noticia.asp?noticia=economia09>>. 09 ago. 2004.
70. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1989.
71. WARAT, Luís Alberto. Manifesto do surrealismo jurídico. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.
72. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOCKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, primeiro volume: teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
73. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro, parte penal. 4.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

6. ÍNDICE ONOMÁSTICO

ALAGIA, Alejandro - 18, 21, 29, 50, 79, 117

ANTUNES, Paulo Bessa - 27, 35, 39, 55, 56, 58, 87, 88, 97, 98, 100

ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de - 36

BARATTA, Alessandro - 52, 53, 104

BATISTA, Nilo - 18, 19, 21, 29, 34, 44, 46, 47, 50, 54, 79, 106, 117, 126

BECK, Ulrich - 29, 30, 95, 96, 97

BECKER, Howard S. - 20

BENJAMIM, Antonio Herman - 33, 38, 49, 62, 67

BEVILÁQUA, Clovis - 36

BOBBIO, Norberto - 110, 111

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente - 57

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA - 69, 70

CABALLERO, Francis - 35, 55

CAPELLI, Sílvia - 65

CARVALHO, José Murilo de - 9

CASTRO, Fernando Cruz - 111, 112

CASTRO, Lola Aniyar de - 16, 17

CEREZO MIR, José - 105

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz - 65

COING, Helmut - 34

COSTA JUNIOR, Paulo José da - 14, 22, 80, 84, 85, 86

COSTA JUNIOR, Paulo Ricardo da - 46

CRETELLA JÚNIOR, José - 53

DELMANTO, Celso - 17

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella - 37

DOTTI, René Ariel - 12, 80, 120

FERNÁNDEZ BAJO, Miguel - 112

FRAGOSO, Heleno Cláudio - 19, 28, 44, 77

FREITAS, Vladimir Passos de - 94, 95, 105, 106, 108, 127

GOFFMAN, Erving - 20, 93

GREGORI, Giorgio - 22, 84, 85

GUERRA FILHO, Willis Santiago - 102

HASSEMER, Winfried - 113, 114, 115

HUNGRIA, Nelson - 44, 45, 54

IBAMA ver BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA
IHERING, Rudolf Von - 42, 43, 99

JESUS, Damásio Evangelista de - 44

KIRCHHEIMER, Otto - 24, 25, 90, 91, 92, 93

LARRAURI, Elena - 17

MACHADO, Paulo Affonso Leme - 36, 41, 55, 72, 86, 87, 89, 122

MARX, Karl - 51

MEIRELLES, Hely Lopes - 37

MELLO, Celso Antonio Bandeira de - 73

MENDES, Paulo de Sousa - 78, 79, 81, 82, 93, 116, 123, 126

MESTIERI, João - 42, 53, 90

MILARÉ, Edis - 41, 46, 53, 59

MUKAI, Toshio - 22, 36, 84, 85

PIERANGELI, José Henrique - 15, 20

PRADO, Luiz Regis - 77, 78, 80, 106, 117

RODRIGUES, Anabela Miranda - 94, 112, 117, 119

RUSCHE, Georg - 24, 25, 90, 91, 92, 93

SANTOS, Juarez Cirino dos - 50, 82, 83, 85

SILVA, Ivan Firmino Santiago da - 106, 108

SILVA, José Afonso da - 38, 54, 119

SIRVINSKAS, Luís Paulo - 9, 11, 15, 46, 47, 78, 80, 117, 119, 121, 122

SLOKAR, Alejandro - 18, 21, 29, 50, 79, 117

SOARES, Guido Fernando da Silva - 9, 10, 119

SUTHERLAND, Edwin - 107, 108, 111

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa - 90

ZAFFARONI, Eugênio Raúl - 15, 18, 19, 20, 21, 29, 46, 50, 79, 117

