

EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 618 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. FLÁVIO DINO
EMBTE.(S)	: WASHINGTON REIS DE OLIVEIRA
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO CARLOS ALMEIDA CASTRO
ADV.(A/S)	: LILIANE DE CARVALHO GABRIEL
ADV.(A/S)	: MARCELO TURBAY FREIRIA
ADV.(A/S)	: ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE C. QUEIROZ
ADV.(A/S)	: ALVARO GUILHERME DE OLIVEIRA CHAVES
ADV.(A/S)	: ANANDA FRANÇA DE ALMEIDA
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO

O SENHOR MINISTRO FLÁVIO DINO (Relator): Inicialmente, é preciso destacar que o réu foi condenado pela prática do crime do artigo 40, caput, c/c o art. 15, II, “a” e “o”, e 53, I, todos da Lei n. 9.605/1998 e pelo crime previsto no art. 50, I, II e III, c/c o parágrafo único, I, da Lei nº 6.766/79, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Os **votos vencidos divergentes** absolveram exclusivamente do crime do art. 40, caput, c/c o art. 15, II, “a” e “o”, e 53, I, todos da Lei n. 9.605/1998.

Não é cabível, portanto, qualquer discussão sobre **a condenação unânime** em relação ao crime previsto no art. 50, I, II e III, c/c o parágrafo único, I, da Lei nº 6.766/79.

O argumento de que existiria *abolitio criminis* e, portanto, matéria de ordem pública não pode decorrer de reavaliação fática de prova.

Aliás, destaco que o embargante alega ser matéria de ordem pública a *abolitio criminis* e, na fundamentação dessa parte do recurso, rediscute valoração probatória fática (inclusive da prova testemunhal, item 119-120

da petição, de falta de indícios, item 123, de participação do réu no projeto, etc.) o que revela não se tratar de apreciação exclusivamente de *abolitio criminis*, mas sim reexame de fatos e provas, matéria que não pode ser apreciada nessa parte dos embargos infringentes. Até porque, reitero, **em relação ao tipo penal do loteamento irregular a condenação foi unânime.**

Admitir essa tese do autor é transformar os embargos infringentes em revisão criminal ou habeas corpus, até porque em relação a esse capítulo do acórdão já existiu trânsito em julgado.

No que se refere ao pedido para prevalecerem os votos vencidos em relação ao crime do artigo 40 da lei 9.605/98, entendo que também não pode prosperar a pretensão do réu.

Não há, nos embargos infringentes, nenhuma matéria nova que não tenha sido apreciada pela Corte.

Como bem destacou o **Ministro Edson Fachin** no julgamento dos segundos embargos de declaração (evento 239, pág. 21):

“6. Friso, a proteção penal da área degradada se encontra no âmbito do art. 40, da Lei 9.605/98 e do art. 27, do Decreto nº 99.274/90 (raio de dez quilômetros, como área circundante), conforme assentado no voto do Relator.

A densidade normativa do Decreto nº 99.274/90, quanto à extensão da área considerada como circundante, e, portanto, protegida pela norma penal, não permite que a regulamentação deste ato pela Resolução nº 428/2010, do Conama, restrinja o que expressamente consta daquele decreto em termos quantitativos de área ali previsto.

É preciso clarificar que o objeto da Resolução nº 13/90,

alterada pela de nº 428/2010, é estabelecer exigência para licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental, em área circundante que, antes estendida a 10 (dez) e agora a 3 (três) quilômetros da unidade de conservação, não equivale certificar existência de permissão para que danos possam ocorrer em área além deste último limite sem que haja a incidência da Lei 9.605/98, combinada com o Decreto 99.274/90.

Ainda que se restringisse à menor distância para fins de proteção, se depreende do voto do Relator que os danos verificados, segundo os laudos que atestam a materialidade das condutas, ocorreram a menos de 3 (três) quilômetros da Unidade de Conservação:

O laudo técnico nº 3/2003 do IBAMA – Reserva Biológica do Tinguá, referente ao citado auto de infração nº 047.909, demonstra que, em vistoria no imóvel situado à Rua Helena nº 4, constatou-se degradação ambiental numa área de 5.500m², localizada ‘dentro da zona de amortecimento da ReBio Tinguá, entre os marcos nºs 134 e 134-A, aproximadamente 200 (duzentos) metros do limite da Unidade de Conservação de Proteção Integral’ (fl. 22/28).

[...]

De acordo com o laudo técnico nº 4/2003 do IBAMA – Reserva Biológica do Tinguá, a degradação ambiental nesse imóvel (rua Carlos Mateus) atingiu cerca de 30 (trinta) hectares. Segundo esse laudo, a área em questão localizava-se dentro da zona de amortecimento da ReBio Tinguá - o que em verdade, como já salientado, deve ser interpretado como área circundante, e não propriamente como zona de amortecimento, inexistente à época - , ‘entre os marcos nºs 134- A, 135 e 136, aproximadamente de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) metros do limite da Unidade de Conservação de Proteção Integral, chegando

em um ponto na divisa' (fl. 24 do apenso 1).

Diante da prova pericial constantes dos autos tornar-se até mesmo desnecessária a insistência em afirmar que a configuração da conduta como criminosa depende dos normativos mais específicos do CONAMA (Resolução nº 13/90 e posteriormente a de nº 428/2010).

7. A pretensão já foi analisada por esta Segunda Turma, em sede de embargos declaratórios, tendo fixado que se trata de pretensão defensiva improcedente, haja vista que as disposições contidas na Resolução 428/2010 do CONAMA, em nada interferem na caracterização do delito objeto da condenação. A esse respeito, confira-se trecho do voto proferido por Sua Excelência, Ministro Gilmar Mendes, na ocasião do julgamento dos primeiros aclaratórios (eDOC 217, p. 21-23):

“Apesar dos bem lançados argumentos defensivos, observo que tanto a Procuradoria-Geral da República como o eminente Relator Edson Fachin, em decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo formulado pelo embargante, demonstraram que a prolação superveniente da referida sentença não seria capaz de infirmar a ratio decidendi da condenação proferida por esta Segunda Turma.

Esse posicionamento baseia-se: **(i) na previsão do art. 27 do Decreto 99.274/90, mencionado no acórdão condenatório e ainda vigente, que mantém a necessidade de proteção ambiental e observância às normas do Conama para o exercício de qualquer atividade que se encontre em um raio de dez quilômetros das unidades de conservação; (ii) pela manutenção dos crimes narrados nos autos do ponto de vista material, mesmo à luz da Resolução 428/2010, de modo que não teria ocorrido abolitio criminis.**

Entendo que o parecer da PGR e a decisão do eminente Relator equacionaram corretamente a questão.

Em primeiro lugar, porque a eventual dispensa de licenciamento não exclui os danos ambientais inequivocamente praticados pelo embargante, que são mais que suficientes para fins de consumação do crime contido no art. 40 da Lei 9.605/88.

Com efeito, o referido crime se configura a partir de qualquer conduta que cause 'dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990', ou seja, qualquer ato de degradação ou poluição ao meio ambiente dentro desse raio de dez quilômetros, o que restou inequivocamente demonstrado nos autos, conforme se observa do voto do Min. Dias Toffoli, ao assentar que (fls. 44/45):

“Constatou-se que houve terraplanagem, aterramento, destruição de vegetação de Floresta Ombrófila/Mata Atlântica em área de preservação permanente; destruição de mata ciliar; corte mecânico de encosta e topo de morro; extração de argila, bem como aterramento de vegetação e da calha do rio, causando grande assoreamento. [...]

Note-se que a Secretaria Municipal do Meio Ambiente de Duque de Caxias, em outubro de 2003, estimou que a reparação do dano ambiental importaria no plantio de 255.000 (duzentos e cinquenta e cinco mil) mudas de árvores nativas ou no pagamento, em espécie, de R\$ 2.040.000,00 (dois milhões e quarenta mil reais), considerado o valor unitário médio de R\$8,00 (oito reais) por muda (fl.116 do apenso 3)”

Outrossim, ainda que se considerassem lícitas as intervenções realizadas sem licenciamento ambiental dentro do novo raio de três quilômetros das unidades de conservação estabelecido pela Resolução CONAMA 428/2010, não há provas de que esse novo marco regulatório se aplica à situação do embargante.

A prova técnica constante dos autos demonstra que a área degradada pelo embargante localiza-se a uma distância de menos de 300 metros da unidade de conservação afetada, conforme consta do acórdão recorrido, ao registrar que (fl. 7):

“em conformidade com informações constantes de laudo técnico e informação do órgão ambiental federal, a citada área que se diz haver sido degradada pelos réus ‘localiza-se dentro da zona de amortecimento da ReBio do Tinguá, entre os marcos nºs 134 e 134-A, aproximadamente 200 metros do limite da Unidade de Conservação de Proteção Integral (fl. 23) e ‘encontra-se aproximadamente a 250 m da divisa da ReBio do Tinguá/IBAMA-RJ’”

Destarte, observa-se que o Juízo de primeiro grau não fez uma análise adequada da questão. Por esses motivos, entendo que a alegação de abolição criminis por fato superveniente também deve ser rejeitada.”

Cabe transcrever, ainda, precisa manifestação do **Ministro Ricardo Lewandowski** (pág. 61 e seguintes do Acórdão do julgamento dos segundos embargos de declaração):

“No mais, Senhor Presidente, valho-me do que o eminente Ministro Edson Fachin trouxe em seu voto. Lerei apenas alguns trechos que me impressionaram:

‘(...) a proteção penal da área degradada se encontra no âmbito do art. 40, da Lei 9.605/98 e do art. 27, do Decreto nº 99.274/90 (raio de dez quilômetros, como área circundante), conforme assentado no voto do Relator’.

Aí diz o Ministro Fachin, em assertiva com a qual concordo:

‘A densidade normativa do Decreto nº 99.274/90, quanto à extensão da área considerada como circundante, e, portanto, protegida pela norma penal, não permite que a regulamentação deste ato pela Resolução nº 428/2010, do Conama, restrinja o que expressamente consta daquele decreto em termos quantitativos de área ali previsto’.

E ainda continua Sua Excelência. Apenas destaco este trecho que me parece importante para o desate da questão:

‘É preciso clarificar que o objeto da Resolução nº 13/90, alterada pela de nº 428/2010, é estabelecer exigência para licenciamento de empreendimento de significativo impacto ambiental, em área circundante que, antes estendida a 10 (dez) e agora a 3 (três) quilômetros da unidade de conservação, não equivale certificar existência de permissão para que danos possam ocorrer em área além deste último limite sem que haja a incidência da Lei 9.605/98, combinada com o Decreto 99.274/90’.

Em essência, o Ministro relator diz que essas duas resoluções, tanto a primitiva quanto a alterada, não têm o condão de expungir a natureza penal ou as consequências penais do ato praticado pelo ora embargante.

Vou mais adiante. O Ministro relator, em voto bastante vertical, também aponta o seguinte:

‘A pretensão já foi analisada por esta Segunda Turma, em sede de embargos declaratórios, tendo fixado

que se trata de pretensão defensiva improcedente, haja vista que as disposições contidas na Resolução 428/2010 do CONAMA, em nada interfere na caracterização do delito objeto da condenação’.

Também aqui me valho de trecho transcrito do voto do Ministro Gilmar Mendes quando do julgamento da questão no tocante ao mérito. Transcrevo do trecho do Ministro Gilmar Mendes:

‘Apesar dos bem lançados argumentos defensivos, observo que tanto a Procuradoria-Geral da República como o eminente Relator Edson Fachin, em decisão que indeferiu o pedido de efeito suspensivo formulado pelo embargante, demonstraram que a prolação superveniente da referida sentença não seria capaz de infirmar a ratio decidendi da condenação proferida por esta Segunda Turma’.

Esse posicionamento, diz o Ministro Gilmar, baseia-se em dois aspectos: ‘Esse posicionamento baseia-se:

‘(i) na previsão do art. 27 do Decreto 99.274/90, mencionado no acórdão condenatório e ainda vigente, que mantém a necessidade de proteção ambiental e observância às normas do Conama para o exercício de qualquer atividade que se encontre em um raio de dez quilômetros das unidades de conservação; (ii) pela manutenção dos crimes narrados nos autos do ponto de vista material, mesmo à luz da Resolução 428/2010, de modo que não teria ocorrido abolitio criminis’.

É de se levar em consideração a precisa advertência do **Ministro Gilmar Mendes** (pág. 70 e seguintes do Acórdão do julgamento dos segundos embargos de declaração):

“Nesse sentido, destaquei, no voto, que proferi quando do

juízo dos primeiros embargos declaratórios, **que os danos ambientais foram devidamente demonstrados mediante laudos técnicos juntados aos autos**, os quais não foram devidamente refutados por parte do embargante, o que já constitui causa suficiente a justificar a condenação.”

O **Ministro Gilmar Mendes** ainda detalhou:

“Transcrevo o trecho do meu voto que tratou deste tema, ao assentar que:

‘[...] eventual dispensa de licenciamento não exclui os danos ambientais inequivocamente praticados pelo embargante, que são mais que suficientes para fins de consumação do crime contido no art. 40 da Lei 9.605/88.

Com efeito, o referido crime se configura a partir de qualquer conduta que cause ‘dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990’, ou seja, qualquer ato de degradação ou poluição ao meio ambiente dentro desse raio de dez quilômetros, o que restou inequivocamente demonstrado nos autos, conforme se observa do voto do Min. Dias Toffoli, ao assentar que (fls. 44/45):

‘Constatou-se que houve terraplanagem, aterramento, destruição de vegetação de Floresta Ombrófila/Mata Atlântica em área de preservação permanente; destruição de mata ciliar; corte mecânico de encosta e topo de morro; extração de argila, bem como aterramento de vegetação e da calha do rio, causando grande assoreamento. [...] Note-se que a Secretaria Municipal do Meio Ambiente de Duque de Caxias, em outubro de 2003,

estimou que a reparação do dano ambiental importaria no plantio de 255.000 (duzentos e cinquenta e cinco mil) mudas de árvores nativas ou no pagamento, em espécie, de R\$2.040.000,00 (dois milhões e quarenta mil reais), considerado o valor unitário médio de R\$8,00 (oito reais) por muda (fl.116 do apenso 3)''

Reitere-se que o eventual esgotamento do prazo de vigência da Resolução 428/2010 não exclui a necessidade de licenciamento ou observância às regras ambientais em relação a atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente nem a ocorrência de crimes em hipóteses de inequívoca ocorrência de danos nas áreas circundantes a unidades de conservação em virtude de construções irregularmente realizadas, tal como demonstrado nos autos.

Anote-se ainda que não é cabível qualquer alegação de erro de tipo ou de proibição em virtude das alegadas lacunas legais ou administrativas apontadas pelo recorrente, **uma vez que o réu ignorou inclusive os autos de infração e os embargos à obra que foram expedidos pelas autoridades ambientais em virtude da atividade ilícita e lesiva que resultou neste processo.**

Por todos esses motivos, entendo que o recurso interposto não deve ser acolhido."

E seguindo:

"Parece-me que, raramente, vamos encontrar um caso penal, discussão originária, julgado com tanto esmero e com tanto cuidado, inclusive com a abertura de diligências para que tudo fosse esclarecido, como tive oportunidade de relatar."

No que se refere à atuação do embargante no evento criminoso, cabe transcrever manifestação do **Ministro Dias Toffoli** (julgamento dos primeiros embargos de declaração, fls 19).

“Na condição de chefe do Poder Executivo Municipal, o réu tinha o dever de zelar pela preservação do meio ambiente. Ao invés de cumprir esse dever, o acusado valeu-se do poder e das facilidades que os mandatos que exerceu lhe proporcionavam para prosseguir na degradação ambiental e na implantação do loteamento clandestino.”

Segue o citado Ministro (fls. 22):

“Além disso, Washington Reis de Oliveira, valendo-se da posição de Prefeito do Município de Duque de Caxias, a qual assumiu em 2005, retomou as obras na área que se encontrava embargada desde 2003, e determinou que ficasse paralisada a Ação Civil Pública proposta pelo Município na gestão anterior para a sua recuperação, sendo as obras novamente embargadas, pelo IBAMA, em 25 de agosto de 2006 (fls. 17, do IPL nº 019/2007- Apenso).”

A refutação da tese da *abolitio criminis* foi bem demonstrada nos itens 8 e 9 do Acórdão originário:

“8. Ainda que não existisse a zona de amortecimento, o certo é que, nos termos do art. 27 do Decreto nº 99.274/90, ao qual se refere o tipo penal do art. 40 da Lei nº 9.605/98, “nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota

ficará subordinada às normas editadas pelo Conama”.

9. Ademais, nos termos do art. 2º da Resolução CONAMA Nº 13/90, então vigente, que dispunha sobre normas referentes ao entorno das Unidades de Conservação, visando à proteção dos ecossistemas ali existentes, “nas áreas circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros, qualquer atividade que possa afetar a biota deverá ser obrigatoriamente licenciada pelo órgão ambiental competente.”

Destaco, ainda, que supostas alterações normativas em abstrato não restauram no mundo dos fatos os danos ambientais. A vedação de retrocesso também confirma a impossibilidade de admissão de qualquer forma de *abolitio criminis* no caso concreto, sem amparo no ordenamento jurídico, que pretenda apagar o efeito da ação do réu. Como já analisado exaustivamente nos autos, mais uma vez se afirma: não ocorreu *abolitio criminis*; os fatos estão provados, assim como a autoria; as condutas eram e são típicas e antijurídicas.

Ante o exposto, conheço em parte dos embargos infringentes; não conheço na parte interposta contra o capítulo unânime; e no mérito julgo improcedentes os pedidos formulados, mantendo a condenação de modo integral.

É como voto.