

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) : ALVARO GUILHERME DE OLIVEIRA CHAVES
ADV.(A/S) : ANANDA FRANÇA DE ALMEIDA
ADV.(A/S) : ROBERTA CRISTINA RIBEIRO DE C. QUEIROZ
EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO-VOGAL:

O Senhor Ministro ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de embargos infringentes e de nulidade apresentados por WASHINGTON REIS DE OLIVEIRA contra acórdão da **Segunda Turma** deste Tribunal que, após embargos de declaração, **por três votos a dois**, o condenou pela prática dos delitos ambientais do art. 40, “caput”, c/c art. 15, II, “a” e “o”, e do art. 53, I, todos da Lei nº 9.605/1998, e que, **por unanimidade**, o condenou pela prática do crime de loteamento irregular do art. 50, I, II e III, c/c parágrafo único, I, da Lei nº 6.766/1979.

2. A defesa alega, em suma, a ocorrência de *abolitio criminis* quanto aos delitos ambientais, em razão da superveniência da Lei nº 9.985/2000 e da Resolução CONAMA nº 428/2010, requerendo, assim, a prevalência dos votos vencidos proferidos por mim e pelo e. Ministro Nunes Marques, para o fim de se absolver o réu quanto aos crimes do art. 40, “caput”, c/c art. 15, II, “a” e “o”, e do art. 53, I, da Lei nº 9.605/1998.

3. Requer, ainda, que a mesma lógica seja aplicada à condenação pelo delito do art. art. 50, I, II e III, c/c parágrafo único, I, da Lei nº 6.766/1979, eis que, segundo aduz, o parcelamento do solo só teria sido considerado irregular porquanto realizado em área de preservação

permanente sem a autorização dos órgãos ambientais.

4. Feito esse brevíssimo introito e acolhendo, no mais, o Relatório bem lançado pelo e. Ministro Flávio Dino, passo ao voto propriamente, pelo qual, adianto, *permissa venia*, apresentarei divergência para o fim de dar provimento parcial aos presentes. Pois bem.

5. Primeiramente, desde já ressalto meu entendimento segundo o qual, a vingar a condenação pelos delitos ambientais do art. 40, “caput”, c/c art. 15, II, “a” e “o”, e do art. 53, I, da Lei nº 9.605/1998, se estará não apenas olvidando a ocorrência da *abolitio criminis* na espécie, como também adotando interpretação segundo a qual o âmbito de incidência do Direito Penal é mais amplo que o do Direito Administrativo que regula a questão específica, em desconformidade, portanto, com os princípios garantistas do Direito Penal contemporâneo da intervenção mínima (*ultima ratio*), da subsidiariedade e da fragmentariedade.

6. Não se trata, portanto, de mera aplicação do princípio da insignificância quanto aos delitos ambientais.

7. O cerne da questão é a interpretação do art. 40 da Lei nº 9.605, de 1998, que é uma “norma penal em branco” ou de “tipo remetido”.

8. Nesse ponto, o art. 40 da Lei nº 9.605, de 1998, estabelece pena de 1 a 5 anos de reclusão para quem:

“Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização”

9. Não sendo as áreas envolvidas na presente ação penal consideradas “Unidades de Conservação”, **é importante então saber se elas são, ou não, áreas “de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274/1990”.**

10. O art. 27 do referido Decreto possui redação que também dá

margem à interpretação sobre sua amplitude e extensão. Nesse sentido, estabelece o dispositivo o seguinte:

“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”.

11. Assim, as áreas referidas no art. 27 do Decreto, **a que se refere o tipo penal do art. 40 da Lei nº 9.605, de 1998, não** são singelamente as *“circundantes das Unidades de Conservação, num raio de dez quilômetros”*, mas, ao contrário, a melhor interpretação é aquela que considera também o segundo período do art. 27 e remete, ainda, às normas do Conama.

12. Ou seja, as áreas a que se refere o tipo penal são aquelas circundantes das Unidades de Conservação em um raio de até dez quilômetros **nos termos das normas do Conama**.

13. Como afirma Lenio Streck no parecer ofertado no e-doc. 235 dos autos, a norma penal em questão remete ao decreto administrativo, *“cuja interpretação e aplicação depende da edição de normas pelo órgão competente”*. E complementa o parecerista:

“No plano teórico, a questão não diz respeito à vigência, ou mesmo validade, do artigo 27 do Decreto nº 99.274/90, mas sim à sua eficácia, uma vez que essa norma carece de aplicabilidade imediata, sendo imprescindível sua complementação por meio da resolução do CONAMA.

Por isso a importância de diferenciar os conceitos de vigência, validade e eficácia. Uma lei pode ser vigente, pode ainda ter validade, porém sua eficácia depende de questões exógenas. Essas questões podem ser simplesmente sociais ou podem decorrer de normas que preencham o espaço em branco da norma.”

14. Por sua vez, o art. 2º da Resolução Conama nº 13/1990, praticamente repetindo o art. 27 do Decreto, dispunha:

“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.”

15. Posteriormente, a Lei nº 9.985, de 2000, **veio a regulamentar o art. 225, § 1º, incs. I, II, III e IV, da Constituição da República**. Ela instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, constituído pelo conjunto de unidades de conservação federais, estaduais e municipais, e definiu diretrizes para a criação, implantação e gestão de tais unidades. **No entanto, o conceito de “área circundante”, constante da antiga Lei nº 9.605, de 1998, e da Resolução Conama nº 13/1990, não foi reproduzido na nova lei. A nova legislação instituiu as chamadas “zonas de amortecimento”, assim definidas no seu art. 2º, inc. XVIII:**

“(…) zona de amortecimento: o entorno de uma unidade de conservação, **onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas**, com o propósito de minimizar os impactos negativos sobre a unidade;”

16. O conceito de “zona de amortecimento”, conforme trazido pela Lei nº 9.985, de 2000, se presta, justamente, a estabelecer o raio de proteção do entorno da unidade de conservação, dentro do qual não se podem produzir danos ambientais. Ele delimita espacialmente a licitude das ações humanas nessas áreas.

17. **Na esteira da nova lei, e adotando o conceito de “zona de amortecimento” que a antiga Resolução Conama não adotava**, sobreveio, em 2010, a Resolução Conama nº 428/2010. Ela revogou a Resolução nº 13/1990 e estabeleceu que, **durante 5 anos**, os empreendimentos de significativo impacto ambiental, quando próximos a Unidades de Conservação **sem zona de amortecimento estabelecida**, deveriam se sujeitar ao licenciamento concedido pelo órgão responsável **se localizados numa faixa de até 3 mil metros da Unidade**.

18. **O prazo de 5 anos da Resolução Conama nº 428/2010 foi**

prorrogado por mais 5 anos pela Resolução Conama nº 473/2015, vindo a findar em 2020.

19. Portanto, pelas Resoluções de 2010 e 2015, **na falta de zona de amortecimento estabelecida**, a atuação administrativa do Conama ficaria limitada a 3 mil metros das bordas da Unidade de Conservação (bem menos que os 10 mil metros que a leitura do primeiro período do art. 27 do Decreto nº 99.274, de 1990, indica).

20. A partir da Lei nº 9.985, de 2000, portanto, a noção de “área circundante” à Unidade de Conservação, constante das normativas anteriores, **foi substituída** pela “zona de amortecimento”. E a melhor interpretação do art. 40 da Lei nº 9.605, de 1998, a meu ver, é aquela que considera o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 1990, em sua inteireza e leva em conta as normativas do Conama.

21. Interpretar o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 1999, simplesmente desconsiderando-se as normas do Conama, isto é, **tomando como bem jurídico remetido pelo art. 40 da Lei nº 9.605/98 singelamente as “áreas circundantes da Unidade de Conservação num raio de até 10 quilômetros”**, implicaria, **a uma**, a utilização de um conceito (“área circundante”) já completamente abandonado pela Lei nº 9.985, de 2000, o qual regulamentou o art. 225 da CRFB e instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; e, **a duas**, na linha do quanto afirmado pelo e. Ministro Nunes Marques em seu voto nos embargos de declaração, **em tornar o âmbito de incidência do Direito Penal mais amplo que o do Direito Administrativo**, pois este, até mesmo no caso de inexistência de uma zona de amortecimento exigia, enquanto vigentes as Resoluções Conama nº 428/2010 e nº 473/2015, licenciamento para empreendimentos apenas **até os 3 mil metros** das bordas da Unidade de Conservação.

22. Como afirmado pelo e. Ministro Nunes Marques em seu voto nos embargos, *“ainda que as esferas penal e administrativo-ambiental sejam independentes, tomar a primeira como mais abrangente que a segunda não se coaduna com os princípios do direito penal”*, notadamente em razão dos

princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

23. Mas além da questão envolvendo o fim da vigência das apontadas Resoluções, importa notar, no caso vertente, que o plano de manejo da unidade já foi aprovado por Portaria do Ibama de 2006 e fez referência à zona de amortecimento.

24. E mais: o laudo de 2009 do Núcleo de Criminalística da Polícia Federal indicou que as áreas do loteamento se encontram **fora da zona de amortecimento** indicada na Portaria acima referida (e-doc. 201, p. 1/4).

25. Na mesma linha foram os ofícios do Instituto Chico Mendes de Conservação e Biodiversidade (ICMBio — autarquia em regime especial vinculada ao Ministério do Meio Ambiente), datados de 2013 (e-doc. 198, p. 528 e 584/585).

26. Dessa forma, não se pode simplesmente ignorar que, no presente caso, **a Portaria Ibama nº 68/2006 estabeleceu o plano de manejo da área e indicou a zona de amortecimento da Reserva Biológica de Tinguá**.

27. É certo que a referida zona de amortecimento não foi formalizada por decreto ou lei. Mas considerar a existência da zona, **tal como estabelecida pelo Ibama**, vai ao encontro do art. 25 da Lei nº 9.985, de 2000, o qual prevê a obrigatoriedade delas e, ainda, prestigia o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que teve seu papel destacado, e de resultados “significativamente positivos” na proteção ao meio ambiente, pela própria exposição de motivos da Lei nº 9.605, de 1998.

28. Note-se, como já dito, que o próprio conceito de “zona de amortecimento” se presta à delimitação espacial da licitude das atividades humanas em termos ambientais. Nesse sentido, o art. 2º, inc. XVIII, da Lei nº 9.985, de 2000, define que a zona de amortecimento corresponde ao “*entorno de uma unidade de conservação, onde as atividades humanas estão sujeitas a normas e restrições específicas, com o propósito*

de minimizar os impactos negativos sobre a unidade”.

29. Daí se concluir ser desproporcional aplicar justamente a “ultima ratio” do Direito — **o seu instrumento mais invasivo e que potencialmente cerceia o direito fundamental à liberdade dos cidadãos** — para a proteção de bem jurídico localizado fora de tal zona, ou seja, em local onde as atividades humanas **não** estão, pela Lei específica que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, sujeitas a normas e restrições específicas.

30. Assim, seja porque, após mais de dez anos, não há ainda zona de amortecimento estabelecida formalmente e as Resoluções Conama nº 428/2010 e nº 473/2015 não estão mais em vigência; ou seja porque os danos se deram fora da zona de amortecimento estabelecida em Portaria do Ibama, cabe a absolvição do réu quanto à imputação específica de crime ambiental.

31. Registro aqui ainda, por oportuno, crítica em relação à questionável qualidade de redação do tipo penal em questão, o qual macula o princípio da taxatividade e tem potencial de gerar insegurança jurídica e perplexidade justamente nos cidadãos destinatários da norma quanto ao que, exatamente, ela proíbe. Nesse sentido:

“Em razão dessa multiplicidade de Resoluções e da baixa qualidade normativa do art. 40, caput, da Lei em comento, porque ela instituiu um crime com base num ato precário como um decreto, há mais de uma interpretação sobre o tamanho da área em relação ao qual o crime sob estudo pode ser praticado.” (KURKOWSKI, Rafael Schawez. *Leis Penais Especiais Comentadas*. Salvador: JusPODIVM, 2020, p. 1235).

32. Assim, por todo o exposto, **no que toca à condenação por três votos a dois** quanto aos delitos do art. 40, “caput”, c/c art. 15, II, “a” e “o”, e do art. 53, I, todos da Lei nº 9.605/1998, os embargos infringentes devem ser conhecidos e providos para o fim de absolver o réu, nos termos do art.

AP 618 ED-ED-EI / RJ

386, III, do Código de Processo Penal.

33. Por fim, quanto ao pedido de absolvição pelo delito do art. 50, I, II e III, c/c parágrafo único, I, da Lei nº 6.766/79, concluo que o recurso não deve ser conhecido, eis que a condenação, no caso de tal delito, foi unânime.

34. Destaco novamente manifestação do e. Ministro Nunes Marques a respeito:

“Os crimes de loteamento irregular e de dano ambiental ostentam autonomia e atingem bens jurídicos diversos. A par disso, no caso, a leitura da peça acusatória revela, além da problemática atinente aos danos ambientais, **a ausência do registro do imóvel**, em virtude do descumprimento de condicionantes impostas e da execução em desacordo com o projeto original.” (grifos nossos).

35. Ante o exposto, pelo meu voto, dirijo do e. Relator para conhecer e dar provimento aos embargos **no que concerne à condenação não unânime do réu pelos delitos do art. 40, “caput”, c/c art. 15, II, “a” e “o”, e do art. 53, I, todos da Lei nº 9.605/1998**, para o fim de absolvê-lo de tais acusações, nos termos da fundamentação acima, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

É como voto.