

A responsabilidade penal de consórcios públicos nos crimes ambientais

Daniel Ferreira de Souza

Advogado, servidor público estadual da carreira Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em Minas Gerais, especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva, graduado em Direito pela UFMG e em Administração Pública pela Escola de Governo Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro.

Paulo Sérgio Mendes César

Advogado, servidor público estadual da carreira Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em Minas Gerais, mestrando em Administração Pública Fundação João Pinheiro, especializado em Direito Público pela UCDB e graduado em Direito pela UFMG e em Administração Pública pela Escola de Governo da Fundação João Pinheiro.

RESUMO

A responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais encontra duas correntes doutrinárias antagônicas no direito penal. A fim de contribuir para esse debate, apresentamos, com o presente artigo, um estudo acerca da potencialidade de Consórcios Públicos sofrerem sanções penais advindas de crimes ambientais. Dessa forma, busca-se tanto fortalecer uma das duas correntes, quanto permitir a compreensão dessa pessoa jurídica anômala à luz do direito penal e assim direcionar a tomada de decisão do administrador público.

PALAVRAS-CHAVE: *responsabilidade penal; pessoa jurídica; consórcios públicos; natureza jurídica; crimes ambientais.*

The Criminal Liability of Public Consortia in Environmental Crimes

ABSTRACT

The criminal responsibility of legal entities for environmental crimes is two streams doctrinal antagonistic in criminal law. In order to contribute to this debate, we present, with this article, a study on the potential of Public Consortium suffer criminal sanctions arising from environmental crimes. In this way, we seek to strengthen both of the two chains as possible to understand this anomalous legal person in the light of criminal law and thus direct the decision making of the public administrator.

KEYWORDS: *criminal responsibility; legal personality; public consortium; legal; environmental crimes.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2.1. Breve Intróito. 2.2. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público. 3. Consórcios Públicos. 3.1. Natureza Jurídica dos Consórcios Públicos. 3.2. Consórcios Públicos e sua Interface Ambiental. 4. Possibilidade de Responsabilização Penal Ambiental de Consórcios Públicos. Conclusões. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade penal de pessoas jurídicas é um dos temas mais debatidos no âmbito do direito penal. Trata-se de tema jurídico bastante controverso, tanto na jurisprudência, quanto na doutrina especializada. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88 -, quando trouxe em seu bojo a possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica, principalmente no tocante a crimes ambientais, reforçou ainda mais o entendimento da viabilidade da responsabilização da pessoa jurídica. Ao analisar a pessoa jurídica, foco dessa responsabilização penal, temos a princípio duas possibilidades: as pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público. Ao pensar a pessoa jurídica e sua natureza, a divergência de entendimentos se acirra mais, pois dentre a corrente que crê na possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, parte não admite a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público. Por outro lado, uma segunda corrente crê na responsabilidade, inclusive, da pessoa jurídica de direito público.

A fim de enriquecer o debate acerca dessa temática, propõe-se com esse estudo, analisar a potencial responsabilidade penal dos Consórcios Públicos, figura institucional advinda da gestão associada de entes federados, que possui regime jurídico híbrido, podendo ser regida integralmente pelo regime jurídico de direito público, ou predominantemente pelo regime de direito privado.

Com o advento da Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, foi estabelecido prazo para os municípios procederem com a disposição final ambientalmente adequada dos seus rejeitos. Assim, os Consórcios Públicos ganharam grande destaque como solução para a gestão associada de resíduos sólidos urbanos. Dessa forma, dada a sua importância e sua responsabilidade como garantidor dessa política ambiental, busca-se analisar se estes entes poderiam ser responsabilizados penalmente por crimes ambientais sob a perspectiva da doutrina que considera possível e desejável a responsabilização penal de pessoas jurídicas.

Em um primeiro momento, vamos analisar as diversas posições doutrinárias acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, buscando elucidar as diferenças de abordagem entre os dois regimes jurídicos possíveis.

Com essa análise esmiuçada parte-se para o estudo da natureza jurídica do consórcio e seu papel como ator no tocante à política ambiental, para poder estabelecer uma possível relação entre o ente e a responsabilidade penal ambiental.

Assim, passaremos a estudar os crimes ambientais omissivos impróprios previstos na Lei 9605, de 02 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas

derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, os quais, sob o paradigma da possibilidade de responsabilidade penal ambiental de pessoas jurídicas, seriam passíveis de ser atribuídos aos Consórcios Públicos.

Dessa forma, busca-se estudar a viabilidade ou não da responsabilização por crimes ambientais das pessoas jurídicas, mais especificamente dos Consórcios Públicos, para contribuir com mais um argumento a favor ou contra a responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas.

2. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

2.1 Breve intróito

Uma análise da responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos demanda em um primeiro momento entender duas correntes doutrinárias principais que analisam a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Essas duas correntes antagônicas, que possuem em seus dois expoentes máximos Savigny e Gierke, vão trazer os primeiros elementos de análise para a doutrina especializada em matéria criminal tecer considerações acerca da possibilidade ou não da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A primeira corrente, baseada na Teoria Civilista da Ficção Jurídica, foi criada por Savigny e preconiza que as pessoas jurídicas tem existência irreal, de pura abstração, sendo portanto, incapazes de delinquir pois não possuem vontade própria. Argumenta ainda que o Direito Penal parte do pressuposto de que a ação é prerrogativa do homem natural, que é livre, sensível e inteligente. Já a pessoa jurídica, ao inverso, não possui essas características, tratando-se apenas de um ser abstrato, cuja existência se alicerça sobre decisões de certo número de representantes. Assim, essas decisões, que por uma ficção são consideradas da pessoa jurídica, podem ter efeito em matéria civil, mas nunca em relação à ordem penal. (PRADO, 2012)

Tal teoria possui correspondência com o dogma *societas delinquere non potest* da teoria canônica como elucidada Bittencourt (2014, p. 28):

Indiscutivelmente esta teoria dos canonistas também traz em seu bojo a origem do dogma *societas delinquere non potest*. Na verdade, a partir daqui a pessoa jurídica passa a ser considerada uma *pessoa ficta*, cujo entendimento chega até nossos dias. Constata-se do exposto que há grande semelhança entre a teoria elaborada pelos canonistas e a teoria da ficção do século XIX, que recebeu o conhecido polimento de Savigny.

Assim, amparada pelo brocardo romano *societas delinquere non potest* (a pessoa jurídica não pode cometer delitos), a teoria civilista de Savigny se baseia em quatro argumentos centrais. O primeiro deles remete à ausência de consciência, vontade e finalidade, pois se a vontade consciente e que busca um determinado fim é o que desencadeia a conduta, a ausência de um desses elementos inviabiliza a possibilidade da prática de ações penalmente relevantes pela pessoa jurídica. (CAPEZ, 2011)

Segundo Prado (2012, p.533) somam-se a esse argumento, outros três, como se observa:

O fundamento de tal orientação radica, essencialmente, em que se encontram ausentes na atividade da própria pessoa jurídica os elementos seguintes: a) capacidade de ação no sentido penal estrito; b) capacidade de culpabilidade (princípio da culpabilidade); c) capacidade de pena (princípio da personalidade da pena), indispensáveis à configuração de uma responsabilidade penal subjetiva.

Dessa forma, Capez (2011) explica que a ausência de culpabilidade é notável pois a pessoa jurídica não possui a capacidade de entender e querer o caráter injusto do fato. Enfatiza também que inexistente a capacidade de pena (princípio da personalidade da pena), pois a pena deve recair sobre o autor do tipo penal e não sobre todos os membros da corporação. Ainda, lança um quarto argumento, que é baseado na falta de justificativa para a imposição da pena, pois a ideia de retribuição, intimidação e reeducação, intrínsecos à pena, jamais alcançará seu fim, pois as pessoas jurídicas não sentirão o efeito de qualquer cominação psicológica.

A Teoria da Realidade, Personalidade Real ou Orgânica, que possuiu na figura de Otto Gierke, seu maior expoente, apresenta as bases doutrinárias antagônicas a primeira corrente. Para o autor, a pessoa moral é um ente real independente dos indivíduos que a compõe. De forma análoga ao indivíduo que pode delinquir e ser punido, a pessoa jurídica tem uma personalidade real, dotada de vontade própria, capaz de agir e praticar ilícitos penais. (PRADO, 2012)

Defensor dessa teoria, Shecaira (1999, apud CAPEZ, 2011), elucida três principais bases que refutam os argumentos dos adeptos da teoria ficcionista. Em primeiro lugar, a pessoa jurídica teria vontade própria caracterizada pela reunião, deliberação e pelo voto da assembleia geral dos seus membros, ou de seus conselhos de administração ou gerência. Em seguida, reforça que a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pelos seus atos, devendo o juízo de culpabilidade ser adequado às suas características próprias, uma vez que do ponto de vista pragmático, a pessoa jurídica poderia ter agido de forma diferente da forma

delituosa com a qual agiu (materializando, assim a exigibilidade de conduta diversa). Conclui ainda, que a pena não ultrapassaria a pessoa da empresa, pois o que aconteceria na prática seria uma mera consequência indireta sobre os sócios, que seriam afetados da mesma forma como a família de um delinquente é afetada quando da repercussão penal de seus atos.

Nucci (2012, p. 180), entende que essa teoria é perfeitamente aplicável no Brasil:

Cremos estar a razão com aqueles que sustentam a viabilidade de a pessoa jurídica responder por crime no Brasil, após a edição da Lei 9.605/98, que cuida dos crimes contra o meio ambiente, por todos os argumentos supracitados. E vamos além: seria possível, ainda, prever outras formas típicas contemplando a pessoa jurídica como autora de crime, mormente no contexto dos delitos contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5.º, CF). Depende, no entanto da edição de lei a respeito.

A tendência de incriminar a pessoa jurídica, segundo Jesus (2011), cresceu de tal forma, que o próprio autor alterou sua concepção ficcionista, e passou a considerar a Teoria da Realidade, dadas as alterações no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, conclui o autor serem inúteis as críticas a essa responsabilização, devendo os doutrinadores voltar suas atenções à melhoria da nova sistemática produzida pelo legislador.

Dessa forma, podemos perceber que a despeito de a doutrina majoritária penalista considerar a teoria ficcionista mais conectada à lógica do direito penal, a teoria realista foi concebida como adequada pelo poder legiferante e, portanto, fora positivada, através do art. 225, § 3º da Constituição Federal de 1988, e do art. 3º da Lei 9605/98, no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público

A responsabilidade penal da pessoa jurídica torna-se tema mais controverso, quando, dentro da natureza jurídica desse ente moral, buscamos entender sua concepção.

Dada a natureza de direito privado ou direito público do ente moral, será possível extrair ainda mais problemas específicos relacionados à responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ao analisarmos mais precisamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público, enfrentaremos mais questões tormentosas e que fragmentam ainda mais a doutrina.

Ao analisar, do ponto de vista objetivo, as inovações da Lei 9605/98, Prado (2012) esclarece que o legislador, de forma simplista, estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem instituí-la de forma completa. Tal raciocínio é desenvolvido quando o autor compara o sistema Francês, que optou pela responsabilidade penal da pessoa jurídica,

mas que o fez adaptando seu sistema penal através da denominada Lei de Adaptação (Lei 92-1336/1992), com o sistema brasileiro, que não estabeleceu esse tipo de norma harmonizadora que permite a convivência harmônica entre a regra geral e a excepcional de responsabilidade.

Adentrando ainda na análise da lei brasileira, Prado (2012, p. 557) conclui que:

O termo pessoa jurídica deve ser entendido em sentido lato; isso significa, que, a exceção do Estado em si, qualquer pessoa jurídica de direito privado ou de direito público pode ser responsabilizada, mesmo porque a lei não faz distinção alguma.

Com isso, podemos perceber que o Estado, no sistema brasileiro, enquanto pessoa jurídica de direito público interno, fica excluído de responder penalmente, a exemplo do próprio sistema Francês, que ao estabelecer a responsabilidade das pessoas jurídicas, excluiu o ente estatal, conforme dispõe o art. 121-2 da Lei Penal Francesa:

As pessoas jurídicas, com a exclusão do Estado, são penalmente responsáveis, de acordo com as disposições dos artigos 121-4 e 121-7, para os crimes cometidos em seu benefício por seus órgãos ou representantes.

No entanto, as autoridades locais e os seus agrupamentos não são penalmente responsáveis pelas infrações cometidas no exercício de atividades que possam estar sujeitas a convenções de delegação de serviço público(...) (FRANÇA, 1992, tradução nossa)¹.

Segundo Shecaira (1998, apud MACHADO), excluído o Estado e as autarquias, devem ser responsáveis penalmente as pessoas coletivas materializadas pelas sociedades de economia mista, pelas empresas públicas, pelas fundações instituídas pelo Poder Público e pelos serviços sociais autônomos.

Machado (2013) ultrapassa esse rol, o qual deve ser entendido como exemplificativo (pois não exaure a potencialidade de pessoas coletivas de regime jurídico público e/ou híbrido), e avança no sentido da necessidade de responsabilizar penalmente todas as pessoas de direito público. Reitera que a irresponsabilidade penal do Poder Público não tem colaborado para melhorar a eficiência administrativa e que a tradicional irresponsabilidade penal do Estado tem contribuído para o aviltamento da sociedade como um todo.

No entanto, a tese de responsabilização penal da pessoa jurídica de direito público, não só encontra resistência pela vasta maioria da doutrina, que como já estudado não

¹ *Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.*

considera sequer possível a responsabilização da pessoa jurídica em qualquer de seus regimes, como encontra resistência dentro dos próprios adeptos da teoria realista.

Para ilustrar esse entendimento, podemos recorrer a Milaré (1999, apud CRUZ, 2007), que enquanto representante dessa corrente, leciona:

Não é possível responsabilizar as pessoas jurídicas de direito público, certo que o cometimento de um crime jamais poderia beneficiá-las e que as penas a elas impostas ou seriam inócuas ou, então, se executadas, prejudicariam diretamente a própria comunidade beneficiária do serviço público.

Nesse sentido, Figueiredo e Silva (1998) complementam o raciocínio, elucidando que o Estado não só se vê vinculado à persecução do interesse público, como é o próprio titular do monopólio do exercício de repressão, sendo o guardião da paz pública. Além disso, reforçam que existem mais obstáculos de ordem pragmática para possibilitar que a pessoa jurídica de direito público seja responsabilizada criminalmente.

Entre as penas possíveis, os autores relembram que uma multa, seria materializada em mero remanejamento de créditos orçamentários. No tocante às penas restritivas de direitos, não seria possível o Estado suspender parcial ou integralmente suas atividades, dado o princípio da continuidade do serviço público. Por fim, trazem à lume uma importante contradição, constante do próprio texto da Lei 9605/98:

Outro grande paradoxo estaria no inciso III do artigo 22 da Lei nº 9.605/98, que trata da proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Essa é a maior evidência no texto legal no sentido de que nunca se pensou na responsabilização criminal das pessoas jurídicas de Direito Público. Mais uma vez é flagrante a impossibilidade de aplicação de uma sanção às pessoas jurídicas de Direito Público, visto que o Poder Público não contrata com ele mesmo. Diante da hipótese de celebração de um contrato entre Município e Estado, Estado e União ou Município e União, a ideia de uma eventual proibição de contratar seria insensata, pois afrontaria o princípio federativo e o interesse geral da população. (FIGUEIREDO e SILVA, 1998, 181)

Assim, percebemos que a responsabilização penal de pessoas jurídicas de direito público, tanto do ponto de vista doutrinário, quanto do ponto de vista legal, encontram grandes óbices. Quando analisamos mais a fundo a pessoa jurídica de direito público, que pode assumir qualquer dos dois regimes, encontramos alguns novos questionamentos que podem colaborar com o debate da responsabilização penal de entes morais. Portanto, propomos analisar os Consórcios Públicos, que por força da Lei 11.107, de 06 de abril de 2005, que dispõe sobre normas gerais de contratação dos consórcios públicos, passam a ser pessoas jurídicas cuja natureza jurídica pode ser exclusivamente pública ou híbrida.

3. CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A figura do consórcio público era concebida pela doutrina tradicional, como um acordo de vontades entre públicos. De forma análoga ao consórcio que ocorria no âmbito privado, era uma estrutura gerencial que permitia entes administrativos cooperarem entre si com vistas à consecução de objetivos comuns. (DI PIETRO, 2014).

Conforme a lição de Di Pietro (2014), esse consórcio administrativo, não possuía, da mesma forma que o consórcio privado, natureza jurídica específica, e traduzia-se necessariamente em um negócio jurídico, que se não apresentava natureza jurídica contratual, pois não existira interesses contrapostos, haja vista seu objetivo comum.

No entanto, com a edição da Lei 11.107/2005, o caráter de “convênio” que os consórcios possuíam, foi alterado para conceber uma nova modalidade de negócio jurídico de direito público, com um escopo mais amplo e que teria como principal desdobramento o nascimento de uma nova pessoa jurídica. (CARVALHO FILHO, 2014).

Essa pessoa jurídica foi idealizada com o objetivo de realizar atividades e metas de interesse comum das pessoas federativas. Assim, temos que:

Cuida-se, em última instância de profícuo instrumento do federalismo cooperativo, através do qual os entes estatais, sem embargo de não abrirem mão de sua ampla autonomia, preservada na Constituição, se associam a outras pessoas também estatais para alcançar metas que são importantes para todos, sempre observados os parâmetros constitucionais. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 230).

Ao analisar os consórcios sob a ótica constitucional, Di Pietro (2014) esclarece que a Constituição vigente, com as alterações advindas da Emenda à Constituição n.º 19 de 1998 – EC n.º 19/98 -, em seu artigo 241, dispõe que será disciplinada por meio de lei os consórcios públicos. Assim, a lei de consórcios fora promulgada para estabelecer as normas gerais sobre a constituição de pessoa jurídica por entes federativos em conjunto.

Sob esta ótica, Medauar e Oliveira (2006) apontam que, apesar de a Lei de Consórcios Públicos não mencionar expressamente nenhum preceito constitucional, ela se baseia no parágrafo único do art. 23 e no art. 241 da Constituição da República de 1988 (CR/88), introduzidos pela EC n.º 19/98, abaixo transcritos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em

vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Medauar e Oliveira (2006) esclarecem que os consórcios públicos são resultado de livre associação de entes federados, para atender objetivos comuns dos entes consorciados. Justen Filho (2008) lembra que os consórcios públicos integram a Administração indireta de todos os entes associados e podem firmar convênios, inclusive com as pessoas públicas de seus associados, e serem investidos no desempenho de competências próprias deles.

3.1 Natureza Jurídica dos Consórcios Públicos

A personalidade jurídica do Consórcio Público pode ser de direito público ou de direito privado, conforme disciplina o art. 6º da Lei 11.107/2005:

Art. 6º O consórcio público adquirirá personalidade jurídica:

I – de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções;

II – de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil.

§ 1º O consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a administração indireta de todos os entes da Federação consorciados.

§ 2º No caso de se revestir de personalidade jurídica de direito privado, o consórcio público observará as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Quando o consórcio público se reveste de personalidade jurídica de direito privado, podemos perceber, a partir da leitura do §2º supra mencionado, adquire uma natureza jurídica híbrida, pois destarte ser parcialmente regida pelas normas de direito privado, rege-se ainda no tocante à licitação, contratos, prestação de contas e pessoal, às normas de direito público.

O consórcio público de direito público, a teor do §1º, integrará a administração indireta de todos os entes da federação que optaram pelo seu consorciamento. Já o consórcio público de direito privado também será considerado integrante da administração indireta,

conforme leciona Carvalho Filho (2014), uma vez que é incumbido de prestar serviço público de forma descentralizada e por isso, não pode deixar de integrar a administração descentralizada.

No mesmo sentido é a opinião de Di Pietro (2014) porque ainda que o art. 6º só faça menção aos consórcios públicos de direito público, a conclusão necessária é de que os consórcios públicos de direito privado também integrem a administração pública. Tal raciocínio se justifica pois uma vez que o ente federado crie uma pessoa jurídica administrativa para desempenhar atividades próprias do ente político, não há como retirá-lo do âmbito de atuação do Estado, como se tivesse sido criado pela iniciativa privada.

Todavia vale frisar que, como bem elucida Bacellar Filho (2007), quando o consórcio adquire personalidade jurídica de direito privado terá sua atuação guiada por regras de direito privado, como ocorre com as empresas públicas e sociedades de economia mista que exercem atividades econômicas. Isso a despeito dos objetivos sociais que persegue e a submissão ao regime jurídico administrativo.

Por esta razão Meirelles (2003) destaca que quando o consórcio público for constituído sob a natureza jurídica de direito privado, tal fato deve ser considerado na fixação das competências a serem transferidas ao consórcio. O que implica inferir uma menor capacidade de atuação pública pelos consórcios públicos de direito privado.

Podemos perceber que a escolha da natureza jurídica do consórcio público ficará então a cargo do ente federado, que deverá, nos termos da lei, optar pelo regime jurídico que melhor atenda o interesse público e os objetivos do consórcio.

3.2 Consórcios Públicos e sua Interface Ambiental

Os consórcios públicos se tornaram uma importante ferramenta para a gestão associadas de serviços comuns na medida em que trouxeram a possibilidade da administração pública obter economias de escala e redução de custos operacionais, além de criar um espaço suprapartidário que permite uma atuação conjunta em regiões específicas, como por exemplo bacias hidrográficas ou zonas de desenvolvimento regional. (VARGAS, 2012)

Com o advento da Lei 12.305/2010, os consórcios públicos intermunicipais, no tocante à gestão ambiental, receberam forte incentivo financeiro, como se observa a partir da leitura do §1º, inciso I, do artigo 18 e do artigo 41 da referida lei:

Art. 18. (...)

§ 1º Serão priorizados no acesso aos recursos da União referidos no caput os Municípios que:

I - optarem por soluções consorciadas intermunicipais para a gestão dos resíduos sólidos, incluída a elaboração e implementação de plano intermunicipal, ou que se inserirem de forma voluntária nos planos microrregionais de resíduos sólidos referidos no § 1o do art. 16;

(...)

Art. 45. Os consórcios públicos constituídos, nos termos da Lei no 11.107, de 2005, com o objetivo de viabilizar a descentralização e a prestação de serviços públicos que envolvam resíduos sólidos, têm prioridade na obtenção dos incentivos instituídos pelo Governo Federal.

Apesar de a referida lei trazer os incentivos financeiros elencados, também estabeleceu termo para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, o qual consiste em 2 de agosto de 2014, 4 (quatro) anos após a data de publicação da Lei 12.305/2010.

Após essa data, os municípios que não adequarem a disposição final dos rejeitos, serão responsabilizados penalmente, conforme elucida o art. 51 da Lei 12.305/2010:

Art. 51. Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação ou omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta Lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento.

Portanto, sob uma ótica preliminar, os consórcios públicos poderão, em tese, ser responsabilizados penalmente por omissões referentes à destinação adequada dos rejeitos, se for constatado que foram constituídos para atender esse fim, e que independentemente de culpa, não obtiveram. Além disso, esse rol de responsabilização pode ser ampliado, se o consórcio público for instituído para a gestão associada de outra obrigação de relevante interesse ambiental e se omitir na forma da Lei 9605/1998.

4 POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL AMBIENTAL DE CONSÓRCIOS PÚBLICOS

A possibilidade, mesmo que em teoria, da responsabilização penal por crimes contra a administração ambiental, traz uma inquietação aos administradores públicos, pois, a princípio, uma saída racional para a resolução de problemas gerenciais de interesse ambiental, como o consorciamento público, pode materializar a ampliação do rol de potenciais responsáveis penais, uma vez que não só o titular do poder executivo municipal poderia ser

responsabilizado, mas como o próprio município, o consórcio, ou o presidente do consórcio intermunicipal, em uma possível omissão da atividade administrativa.

Dessa forma, o ente federado municipal, que buscou consorciar-se, por exemplo, para angariar mais recursos financeiros da União, e não conseguiu implementar efetivamente a política pública ambiental através do consórcio público, poderá ser acusado de omissão penalmente relevante, pois deveria ter diligenciado o órgão para atender os fins colimados pela legislação ambiental.

Em um contexto hipotético, podemos trazer à lume, ainda, a possibilidade de o consórcio público ter sido instituído sob o regime de direito privado ou público. A responsabilidade penal seria aplicada então, ao consórcio que se omitiu, e que possui natureza de direito privado? E no caso do consórcio de direito público, esse poderia ser responsabilizado, ou se aproveitariam todos os argumentos contra a responsabilização da pessoa jurídica de direito público?

Esses questionamentos revelam, dentro de um parâmetro metodológico, a fragilidade da argumentação que defende a responsabilização da pessoa jurídica. O consórcio público poderia ou não de acordo com as correntes doutrinárias e suas subdivisões, ser responsabilizado ou não, dependendo exclusivamente da sua natureza. Ou seja, tem-se aqui vislumbrada a possibilidade real de se aplicar a responsabilidade penal objetiva.

Do ponto de vista pragmático, isso se dá, porque tanto a Constituição Federal, quanto a legislação penal ambiental específica, à margem da melhor interpretação, trouxeram em seu bojo a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, pois como elucida Bitencourt (2014, p. 41): “A doutrina, quase à unanimidade, repudia a hipótese de a conduta ser atribuída à pessoa jurídica”.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ –, em 2005, com o julgamento do Recurso Especial n.º 564.960 (2005), ao analisar as normas infraconstitucionais em seus julgados, reforçou o entendimento da possibilidade da responsabilidade penal da pessoa jurídica (uma vez, que o legislador optou por permitir essa responsabilização), e estabeleceu, sob a relatoria de Gilson Dipp, os critérios para a responsabilização:

Os critérios para a responsabilização da pessoa jurídica são classificados na doutrina como explícitos: 1) que a violação decorra de deliberação do ente coletivo; 2) que autor material da infração seja vinculado à pessoa jurídica; e 3) que a infração praticada se dê no interesse ou benefício da pessoa jurídica; e implícitos no dispositivo: 1) que seja pessoa jurídica de direito privado; 2) que o autor tenha agido no amparo da pessoa jurídica; e 3) que a atuação ocorra na esfera de atividades da pessoa jurídica. Disso decorre que a pessoa jurídica, repita-se, só pode ser responsabilizada quando houver intervenção

de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral, conforme o art. 3º da Lei 9.605/98. (BRASIL, 2005, p.331)

Em 2007, em nova oportunidade, a quinta turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Felix Fischer, novamente enfrentou o tema, reiterando o entendimento supracitado:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio", conforme bem ressaltou o Exmº Sr. Ministro Gilson Dipp (Resp nº 564960/SC, 5ª Turma, DJ de 13/06/2005). (BRASIL, 2007, p. 303)

Dessa forma, o STJ sinalizava que a interpretação mais correta da normatização infraconstitucional deveria se pautar, pelo sistema de responsabilização por ricochete ou por empréstimo, o qual, advindo do direito francês preconiza que é condição essencial à responsabilidade penal da pessoa coletiva, a existência de uma pessoa (ou grupo de pessoas) física. (PRADO, 2012).

Ilustra tal entendimento a jurisprudência do STJ, no julgamento do Habeas Corpus nº 217.229/RS (2013), que defende que a responsabilização penal da pessoa jurídica por crime ambiental quando acompanhada da imputação de uma ou mais pessoas físicas que, conduziram a pessoa jurídica ao cometimento do delito ou, conhecendo e podendo impedi-lo, não tenta impedir, conforme a Lei Federal nº 9.605/1998. Extrai-se do julgado as palavras do Ministro Jorge Muzzi de que “pessoa jurídica, a qual, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais.”

No entanto, o Supremo Tribunal Federal – STF –, ao analisar a responsabilização da pessoa jurídica, em caráter incidental, sinalizou a não adoção da teoria da responsabilidade por ricochete, conforme o julgado do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 628.582/RS (2011), de relatoria do Ministro Dias Toffoli:

Ainda que assim não fosse, no que concerne a norma do §3º do art. 225 da Carta da República, não vislumbro, na espécie, qualquer violação ao dispositivo em comento, pois a responsabilização penal da pessoa jurídica independe da responsabilização da pessoa natural. (BRASIL, 2011, p. 301)

Ao analisar novamente a responsabilidade penal da pessoa jurídica, em 2013, a primeira turma do STF não encontrou lastro para a teoria da responsabilidade por ricochete na Carta Magna, revendo julgado do STJ. Conforme explica Moreira (2014), para a relatora,

Ministra Rosa Weber, a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional.

Dessa forma, podemos perceber que se a jurisprudência está admitindo, com base na legislação constitucional e infraconstitucional, a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica, a atuação dos consórcios públicos poderá ser levada a juízo, pois a legislação ambiental assim o permite. Nesse caso, a natureza jurídica do consórcio poderá influenciar o desdobramento dessa responsabilidade, pois conforme entendimento jurisprudencial, a natureza jurídica de direito privado seria necessária para a configuração do delito. Ainda, a noção de atuação voltada ao benefício ou interesse, advinda da omissão, pode em tese ser alegada desde que, do ponto de vista acusatório, fique demonstrado que o não emprego de verbas públicas na gestão ambiental, por exemplo, se deu para permitir a consecução de outra política pública, no âmbito do consórcio, de acordo com o interesse da instituição.

Esse cenário parece-nos paradoxal, e nos proporciona entender melhor a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. É possível perceber que a doutrina majoritária, ao criticar a legislação, o faz de forma pertinente, pois o legislador, constituinte e infraconstitucional, ao permitirem a aplicação da responsabilidade penal às pessoas jurídicas, causaram mais problemas ao operador do direito.

Se por um lado a responsabilidade penal do ente moral é polêmica, dado o sistema brasileiro, que vê na culpabilidade o núcleo da reprovabilidade de uma conduta, por outro a responsabilidade penal desse ente fora efetivamente positivada no ordenamento jurídico.

Assim, percebemos a necessidade de mudança na legislação constitucional e infraconstitucional, que poderá ser caminho para a necessária abominação da responsabilidade jurídica. O legislador ao positivar a responsabilidade penal da pessoa jurídica busca na verdade, corrigir uma falha da Administração Pública, conforme demonstra Machado (2014, p. 832):

A sanção do crime ambiental e a sanção da infração administrativa no tocante à pessoa jurídica guardam quase uma igualdade. A necessidade de se trazer para o processo penal a matéria ambiental reside principalmente nas garantias funcionais do aplicador da sanção. O Poder Judiciário, a quem caberá aplicar a sanção penal contra a pessoa jurídica, ainda tem garantias que o funcionário público ou o empregado da Administração indireta não possuem ou deixaram de ter.

A experiência brasileira mostra uma omissão enorme da Administração Pública na imposição de sanções administrativas diante das agressões ambientais.

Portanto, visou-se com a legislação penal ambiental corrigir problemas na administração pública brasileira, especialmente no tocante à imposição de sanções administrativas. É perceptível, então, que a doutrina defensora da responsabilidade penal da pessoa jurídica encontrou no direito penal o aparato técnico-jurídico apto a sancionar aqueles que de alguma forma violam o meio ambiente.

Algo que potencialmente promoveria o fortalecimento das instituições públicas ambientais seria, de maneira análoga como o fisco procede no âmbito do direito tributário, o exercício do poder de polícia, e o devido processo administrativo, sendo mais consistentes e com isso mais eficazes. Dessa forma, o caráter de *ultima ratio* do direito penal seria garantido pelo ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÕES

O presente trabalho estudou a possibilidade da atribuição de responsabilidade penal à pessoa jurídica e sua interface com o direito penal ambiental. A partir da análise das duas principais teorias sobre essa responsabilidade, pudemos identificar os argumentos contrários e favoráveis à responsabilização do ente moral.

A doutrina especializada, em sua maioria, não adota a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica em relação às condutas criminalmente relevantes, a despeito de a legislação penal ambiental vigente ter adotado a teoria da realidade.

Para contribuir com a argumentação contra a responsabilização da pessoa jurídica no tocante aos delitos, foi realizada uma investigação sobre a possível responsabilidade da pessoa jurídica de direito público, para preparar um ambiente propício à desconstrução da teoria positivada pelo legislador.

Ao estudar a natureza das pessoas jurídicas, entes morais que a legislação permitiu serem sujeitos ativos de crimes, percebemos que quando se trata da pessoa jurídica de direito público, os argumentos favoráveis ficam cada vez mais inconsistentes.

Assim, a partir de um instituto jurídico-administrativo específico, o consórcio público, foi elucidada a possibilidade da natureza jurídica da pessoa jurídica em tela ser de direito público ou privado. Dado o papel extremamente relevante que os consórcios públicos assumiram após a edição da Política Nacional de Resíduos Sólidos, positivado através da Lei 12.305/2010, foi estudada a possibilidade dessa pessoa jurídica ter seu papel invertido no âmbito das políticas públicas de gestão ambiental. O consórcio público, de figura protagonista das melhorias ambientais, pode, se não cumprir com o seu papel institucional, se tornar o

principal antagonista das políticas públicas ambientais, configurando omissão a uma obrigação penalmente relevante.

Dessa forma, estudou-se a possibilidade do consórcio público ser sujeito ativo de crime ambiental por omissão, e de forma indireta, o papel que a sua natureza jurídica pode vir a tomar, uma vez que a responsabilização penal da pessoa jurídica, *in casu*, seria objetiva pois levaria em consideração exclusivamente a natureza jurídica do ente público.

Com isso, ficou demonstrada a fragilidade da teoria que defende a responsabilização penal da pessoa jurídica, tendo em vista que, pelas definições da lei 12.305/2010, os municípios que não procederem com a disposição adequada de seus rejeitos até agosto de 2014, deverão, em tese, ser responsabilizados civil, administrativa e penalmente.

Nesse cenário, pudemos observar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, na legislação, nasceu da falta de eficiência da administração pública, tanto para reprimir as infrações ao meio ambiente, quanto a promover políticas públicas que mitiguem de forma eficaz a depredação do meio ambiente.

Assim, o direito penal, sob a ótica da intervenção mínima, erroneamente foi eleito pelo poder constituinte e pelo legislador infraconstitucional como o paradigma jurídico apto a tutelar o bem jurídico ambiental.

Do ponto de vista pragmático, o exercício do poder de polícia e as sanções ambientais administrativas, utilizados com mais consistência pelo administrador público, a exemplo da atuação em outros ramos do direito público, como o direito tributário, seriam por si só suficientes para proteger o meio ambiente. Portanto, seria fortalecida a responsabilidade ambiental-administrativa, delegando ao direito penal apenas a tutela dos bens jurídicos os quais as esferas civil e administrativa não têm a aptidão e fôlego para proteger.

Por fim, cabe destacar que os atos praticados pelos agentes públicos incumbidos da prestação do serviço público devem responder subsidiariamente pelos atos praticados em nome do consórcio. Contudo, em se tratando de atos em desacordo com seus estatutos ou com a lei, os agentes devem certamente responder pessoalmente, inclusive criminalmente.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A natureza contratual das concessões e permissões de serviço público no Brasil. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; BLANCHET, Luiz Alberto (coord.). **Serviços públicos: estudos dirigidos**. Organizadores: Daiana Trybus, Paulo Henrique Ribas e Rodrigo Pironti Aguirre de Castro. Belo Horizonte: Forum, 2007. p. 11-46.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 12 ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 217.229 RS 2011/ 0205969-1**. Rel. Jorge Mussi, *Diário de Justiça*, Brasília, 23 agost. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 564960 SC 2003/0107368-4**. Rel. Gilson Dipp, *Diário de Justiça*, Brasília, 13 jun. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 889528 SC 2006/0200330-2**. Rel. Felix Fischer, *Diário de Justiça*, Brasília, 18 jun. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AG.REG. no Recurso Extraordinário 628582 RS**. Rel. Dias Toffoli, *Diário de Justiça Eletrônico*, p. 293, 10 out 2011

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**. 15. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

CRUZ, Gysele Maria Segala da. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público nos crimes contra o meio ambiente: uma visão pragmática**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n.18, jun. 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos / Edicao018/Gysele_Cruz.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/Edicao018/Gysele_Cruz.htm)> Acesso em: 30 de março de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. **Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/98**. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, p. 173-187, jul./set. de 1998.

FRANÇA. **Code Pénal**. Disponível em: “<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20060701>”. Acesso em: 23 de março de 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, volume 1: parte geral**. 32. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo, Dialética, 2008

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed. São Paulo: Editora Malheiros; 2013.

MEDAUAR, Odete; e OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Consórcios Públicos: Comentários à Lei 11.107/2005**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 13º ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O STF e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Perdemos a batalha, mas não a guerra. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3845, 10 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26358>>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 7 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume1: parte geral, arts. 1º a 120**. 11 ed. rev. atual e ampl - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VARGAS, Guilherme Pereira de. **Os consórcios públicos no planejamento e gestão regionalizada do território brasileiro: as experiências mineiras do COM10 e CODAP – 2012**. 176 f. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Geografia, Belo horizonte.