

ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO PENAL DO AMBIENTE E OS RISCOS PARA O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE*

José Danilo Tavares Lobato

ABSTRACT: This article analyzes the rule of Law on the Environment Criminal Law. The concretization of the rule of Law on the environment criminal protection brings diverse challenges. These challenges are originated from the dependency of the Criminal Law to the Administrative Law, which is present in the definition of the most environment crimes. This article takes this point in consideration to show all the problems around this issue and the possible solutions to preserve the rule of Law and the Democracy on the use of such Environment Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da legalidade. 3. Acessoriedade administrativa do Direito Penal. 4. Ato administrativo válido e ato administrativo inválido. 4.1. Ato administrativo autorizador inválido. 4.2. Ato administrativo proibitivo inválido. 4.3. Atuação do particular não-autorizada. 4.4. Tolerância da administração pública com a atuação do particular. 4.5. Normas construídas sem remissão expressa ao Direito Administrativo. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A realização do princípio da legalidade penal encontra dois obstáculos nos tipos penais ambientais. O primeiro obstáculo refere-se à técnica da acessoriedade administrativa e o segundo à das normas penais em branco. De antemão, há-de se reconhecer que o emprego puro e simples da técnica das normas penais em branco para preenchimento dos tipos penais, ainda que criticado doutrinariamente, é correntemente aceito como válido no sistema

* Versão anterior do presente trabalho teve publicação na *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, n.º 83, mar-abr/2010, sob o título "Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (In) compatibilidades no Direito Penal Ambiental".

jurídico penal. No entanto, o fator não observado, que ora se põe em análise, consiste no uso simultâneo, isto é, em um mesmo tipo penal, da técnica de redação típica das normas penais em branco e da acessoriedade administrativa. Não há dúvidas de que o princípio da legalidade é uma garantia que o cidadão tem contra o Estado, entretanto, esta garantia deve ser entendida em toda sua extensão para que se possa perceber como e em que grau o Direito Penal Ambiental a tem violado.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade penal, cujas fórmulas latinas são conhecidas por *nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*, não tem sua origem na Roma Antiga, mas, como expõe Welzel, no Iluminismo¹. O princípio da legalidade teve seu advento no Iluminismo e seu propósito era de servir como um meio jurídico de contenção das arbitrariedades praticadas pelos detentores do poder. A sua positivação jurídica ocorre, a partir da invocação ideológica à *Magna Charta*², primeiramente, na Constituição dos Estados Unidos da América, em 1776, posteriormente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, no século XIX, foi incorporado à maior parte dos Códigos Penais dos países de cultura ocidental³.

1 Welzel, 1969: 20. Como ressalva Welzel, os brocardos “latinos” provêm de Feurbach em seu Tratado de 1801.

2 Welzel expõe que o princípio *nulla poena, nullum crimen sine lege* foi desconhecido da época imperial romana e do Direito Justiniano com seus *crimina extraordinaria* e seus conceitos delitivos extensos e quase ilimitados e do antigo direito germânico-alemão, quando se podia castigar segundo os costumes, e que a *Magna Charta* de 1215 não foi exceção. Welzel, 1969: 20. Em sentido contrário, defendendo uma origem romana, Hungria, ao descrever a substituição do tribunal popular pelo processo das *quaestiones*, a transferência da jurisdição penal para o tribunal dos jurados e a instituição das *quaestiones perpetuae* e das *ordo judiciorum publicorum*, vedando a analogia. Acrescenta que “mesmo no regime das penas extraordinárias, não eram estas puramente arbitrarias, pois o tribunal, ao aplicá-las estava adstrito a consultar as fontes jurígenas acrescidas ao velho *ius legitimum*”. Hungria, 1958: 28 e 30. No que se refere ao art. 39.º da *Magna Charta Libertatum*, – “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exulet aut aliqui modo destruat nec supere um ibimus nec supere um mittemus nisi per legalem iudicium parium suorum vel per legem terrae” – Jescheck & Weigend defendem que ele não expressa uma garantia jurídica material, mas processual. Inclusive, complementam afirmando que a teoria do contrato social do Iluminismo foi a base histórica do princípio da legalidade, uma vez que suas raízes estão cimentadas sobre a idéia de a Lei como a razão comum a todas pessoas e a exclusão da arbitrariedade estatal frente aos direitos e liberdades naturais invioláveis reconhecidos como pertencentes a todas as pessoas. Jescheck & Weigend, 2002: 140. Em nova divergência, Hungria entende haver natureza material, já que o citado art. 39.º, ao vedar a analogia, consagrava “o princípio da reserva legal em matéria de crimes e penas”. Hungria, 1958: 34.

3 Welzel, 1969: 20.

O princípio da legalidade subdivide-se em três postulados de garantia do cidadão contra o poder punitivo do Estado⁴: reserva legal, determinação ou taxatividade e irretroatividade. Por reserva legal entenda-se que uma pena somente pode ser aplicada se houver previsão legal. Ou seja, se não houver uma lei estipulando a imposição de uma pena quando da prática de determinada conduta, não será permitida a aplicação de qualquer sanção penal. O postulado da reserva legal recusa o direito consuetudinário, de maneira que o uso dos costumes e da analogia como fonte de criação de tipos penais está vedado. Há-de se ressaltar que esta vedação não impede o reconhecimento dos costumes e da analogia em favor do cidadão na contenção do poder punitivo estatal. Assim, por exemplo, Jescheck & Weigend apontam, respectivamente, a criação de causas supralegais de justificação e a aplicação de causas de exclusão da pena⁵. No entanto, o ponto sensível do postulado da reserva legal reside no que Luiz Luisi denomina por “reserva relativa”⁶. Pela “reserva relativa”, diferentemente da “reserva absoluta”⁷, a lei apenas fixa as diretrizes gerais da norma criminal e delega ao Poder Executivo a competência para complementá-la, deixando, assim, a cargo do Chefe do Poder Executivo o poder para definir o conteúdo da lei penal. Esta é a primeira fenda no princípio da legalidade penal e será analisada nas linhas que se seguirão.

O postulado da taxatividade ou determinação, também conhecido por princípio da determinabilidade⁸, exige que a norma penal seja clara, certa e precisa. Não é deferida ao legislador a possibilidade de criar leis penais com redação dúbia, vaga ou contraditória. Segundo Wessels, a lei deve descrever concretamente os elementos típicos de maneira a ser averiguável, pela

4 No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade encontra-se positivado no art. 5.º, XXXIX, da CRFB e no art. 1.º, do Código Penal.

5 Jescheck & Weigend, 2002: 143 e 145. Apesar de divergente à questão, parte da doutrina brasileira defende ser possível a analogia *in bonam partem* no Direito Penal. A hipótese sempre ventilada refere-se à aplicação do perdão judicial previsto no art. 121.º, § 5.º, do Código Penal, ao crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, art. 302.º, da Lei 9.503/1997. Neste sentido: Gomes, 1999: 30; Greco, 2006: 207; Jesus, 2002. Em Portugal, o artigo 1.º do Código Penal veda expressamente o recurso à analogia *in malam partem*, mas omite qualquer referência à *in bonam partem*. Neste tocante, Figueiredo Dias assume a sua possibilidade de forma restrita, todavia, consigna que Costa Andrade aceita a analogia *in bonam partem* “sem restrições”. Figueiredo Dias, 2007: 193.

6 Luisi, 2003: 22.

7 Pela “reserva absoluta” somente a lei regula a matéria, não havendo qualquer delegação de competência. Por consequência, são inadmissíveis as normas infralegais, mesmo as destinadas a simplesmente regulamentar aspectos secundários da Lei.

8 Wessels, 1976: 12.

interpretação, o seu sentido contedudístico e a sua significação, o que traz, por conseqüência, a vedação ao emprego das cláusulas gerais e dos conceitos valorativamente vagos, uma vez que, por meio destas técnicas, “o alcance e o âmbito de aplicação dos tipos penais” não será suficientemente reconhecível⁹. A taxatividade fundamenta-se no axioma da segurança jurídica. A partir da concretização do princípio da determinabilidade, evita-se a arbitrariedade do aplicador da lei, que, ao interpretá-la e aplicá-la, terá que se limitar ao conteúdo e ao sentido da clara e certa redação legal. As eventuais lacunas de punibilidade jamais poderão ser superadas com base em interpretações extensivas¹⁰, não só em respeito à taxatividade, mas, também, à própria fragmentariedade do Direito Penal. No mesmo sentido, Welzel, para quem a interpretação extensiva, que desenvolve um sentido de determinação normativa para a expressão legal, não é permitida, em razão de ser uma analogia, que amplia a lei e se distancia da hipótese esclarecida pelo sentido legal¹¹. Entretanto, ressalva Welzel que o ataque mais perigoso sofrido pelo princípio da legalidade não advém da analogia, mas das leis penais indeterminadas, que violam o postulado da taxatividade ao serem insubsistentes na descrição típica, tanto do fato quanto das características do agente, de forma que o juízo de antijuridicidade elaborado pelo Poder Legislativo não se encontra imediatamente demonstrado¹². Neste tocante, encontra-se a fenda que contém o maior grau de dificuldade e representa o ponto chave da recusa da primariedade de uma tutela penal do ambiente.

Por último, o princípio da legalidade penal traz o postulado da irretroatividade – em sentido amplo –, que, em breves linhas, pode ser definido como a

9 Wessels, 1976: 12.

10 Por esta razão, não se concorda com o entendimento de que alguém que subtraia uma árvore de uma reserva ambiental federal ou de terras indígenas esteja praticando crime de furto, art. 155.º do Código Penal, contra a União, em concurso com o delito do art. 39.º da Lei 9.605/1998. Primeiramente, trata-se de um bem de uso comum do povo e não de um patrimônio da União em sentido estrito, como a cadeira e a mesa do Ministério do Meio Ambiente usadas pelo Ministro. Por fim, basta verificar que a própria lei brasileira de crimes ambientais puniu, em determinadas hipóteses, o “furto ambiental”, vide os art. 44.º e art. 50.º-A em sua nuclear “explorar economicamente”. Assim, quando a Lei nada criminaliza, significa que não há que se recorrer a interpretações extensivas para aumentar o poder punitivo estatal. Freitas & Freitas, 2006: 262.

11 Welzel, todavia, invocando a teoria objetiva da interpretação, em que o decisivo é o sentido objetivo da lei no âmbito de seu texto, consigna ser possível a aplicação da interpretação extensiva, desde que ela traga vigência ao sentido racional do tipo penal, tendo por base uma estreita interpretação literal. Por exemplo, entender o vale e o cartão postais abrangidos pelo conceito de carta. Welzel, 1969: 23.

12 Outra forte e dolorosa limitação ao princípio da legalidade reside nos tipos penais abertos. Welzel, 1969: 23.

garantia do cidadão de que o Estado não o punirá por fatos anteriores à edição da lei penal tipificadora – anterioridade – ou, então, que não agravará sua condição em razão de lei penal mais gravosa publicada posteriormente à prática do delito – irretroatividade em sentido estrito. Fez-se esta diferenciação quanto à anterioridade e à irretroatividade em sentido estrito apenas porque o Código Penal brasileiro trouxe este termo para intitular o seu artigo 1.º. No entanto, a citada exigência da anterioridade da lei penal pode, sim, ser tratada como uma das espécies de irretroatividade, pois ambas se encontram indissoluvelmente associadas, já que protegem o cidadão, dando-lhe segurança jurídica, quanto às mudanças e alterações das leis penais no curso do tempo. Roxin, por exemplo, defende que há diversas e inimagináveis formas de retroatividade da lei penal, dentre as quais estariam vedadas pelo postulado da irretroatividade: a punição de um fato não punível ao momento de sua prática e a agravação legal da punição de uma conduta punível após sua prática, seja por meio da introdução de uma pena quantitativa – aumento de pena – ou qualitativamente – substituição da pena de multa por prisão – mais gravosa¹³. Assim, pode usar-se o postulado da irretroatividade abarcando a anterioridade, mesmo porque os comentários de Roxin estão fundados em uma redação normativa que pouco difere da brasileira¹⁴. Em verdade, a irretroatividade da lei penal não pode ser destacada do princípio da legalidade, uma vez que ela é uma decorrência lógica. Esta inseparabilidade pode ser constatada nos últimos quase 200 anos de história dos códigos penais pátrios. À época do Código Criminal do Império brasileiro de 1830, a irretroatividade já se conjugava com a legalidade no bojo da redação do artigo 1.º do citado texto normativo¹⁵. Da mesma forma, o Código Penal brasileiro de 1890 que, em seu artigo 1.º, também incorporava expressamente a irretroatividade no seio da

13 Roxin, 2006: 142.

14 Constituição da República Federativa do Brasil – Art. 5.º, incisos: XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Código Penal brasileiro – Art. 1.º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Lei Fundamental alemã – Art. 103 (2) Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada em lei antes de seu cometimento. Código Penal alemão §1. Não há pena sem lei – Um fato somente pode ser punido, se a punibilidade estiver determinada em lei antes de seu cometimento. §2. Validade temporal – (1) A pena e suas conseqüências acessórias regulam-se conforme a lei vigente à época do fato. Em Portugal, extrai-se o mesmo sentido e conteúdo dos artigos 1.º e 2.º do Código Penal português.

15 Art. 1.º do Código Criminal de 1830 – Não haverá crime ou delicto sem uma lei anterior que o qualifique.

legalidade¹⁶, sem contar que o Código Penal brasileiro de 1940, mesmo após a reforma de sua parte geral, não fugiu a esta tradição¹⁷. Desta forma, para que o postulado da anterioridade seja atendido, há-de se verificar o ordenamento jurídico existente no momento em que o indivíduo praticou a conduta. Leis penais posteriores não terão influência em sua situação jurídico-penal, salvo se houver edição de lei que lhe seja mais benéfica, uma vez que, em tal hipótese, o Estado renuncia a seu direito de punir. Neste tocante, as normas ou atos administrativos que complementam o Direito Penal do Ambiente também se sujeitam ao princípio da irretroatividade quanto à produção de efeitos penais, uma vez que materialmente, isto é, no juízo de tipicidade, são substancialmente equiparadas às leis penais, já que determinam o conteúdo do injusto¹⁸. A única ressalva legítima refere-se às normas excepcionais ou temporárias, tal como previsto no artigo 3.º do Código Penal brasileiro e no artigo 2.º do Código Penal português, no que não há qualquer novidade a ser abordada.

3. ACESSORIEDADE ADMINISTRATIVA DO DIREITO PENAL

A dificuldade deste tema decorre da tensão existente entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no momento em que seus círculos formam uma interseção, já que, neste instante, há um choque entre duas concepções de sistema jurídico. Os diferentes pressupostos destes dois ramos do saber jurídico criam uma espinhosa tarefa ao se buscar a compatibilização de ambos. Há duas categorias de problemas. A primeira refere-se à justificação democrática da política criminal do ambiente adotada e a segunda diz respeito às questões de dogmática penal. Luís Greco aponta dois problemas de caráter

16 Art. 1.º do Código Penal de 1890 – Ninguém poderá ser punido por facto que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. Inclusive, é digno de nota que Costa e Silva, em seus comentários ao Código Penal, inicia suas análises justamente pela “máxima da anterioridade da lei penal”. Costa e Silva 2004: 1 ss..

17 Luiz Luise aponta como exceção o art. 67.º do Decreto-Lei N.º 4.766 de 01/10/1942, que permitiu a retroatividade, à data da ruptura das relações diplomáticas com Alemanha, Itália e Japão, em relação aos crimes contra a segurança externa. Luisi, 2003: 27.

18 Neste sentido, De Luca que afirma ser criticável e inconstitucional o entendimento, fundado em uma ideologia punitiva, de que as leis penais em branco não se sujeitam ao princípio da retroatividade da lei penal mais benigna. Inclusive, De Luca consigna que a inclusão das normas complementares à lei penal no cerne do princípio da legalidade penal tem fundamento constitucional e implica na aplicação do postulado da retroatividade da lei penal mais benéfica, que somente se excepciona quando se tratar de normas excepcionais, transitórias ou de emergência, tal como ocorre com as leis penais comuns. De Luca, 1997: 89 e 90.

político-criminal: oposição de uma legalidade penal mais cerrada com uma legalidade administrativa mais aberta e compatível com a discricionariedade (conveniência e oportunidade) e a reconhecida, em âmbito internacional, ineficiência do Direito Penal Ambiental na proteção do ambiente¹⁹.

No que toca à dogmática penal, podem ser citados os seguintes: primeiro, possível violação principiológica, isto em relação ao princípio da legalidade penal com seus três postulados materiais e ao princípio da separação de poderes frente à cessão à Administração Pública da competência para definir as condutas definitivamente proibidas; e, segundo, os efeitos produzidos no Direito Penal Ambiental por um ato administrativo ilegal, seja proibitivo ou autorizativo, e os oriundos da tolerância da Administração Pública para com o comportamento do particular não amparado por um ato autorizativo formal²⁰. Regis Prado, todavia, adota posição pouco crítica e consideravelmente favorável tanto à acessoriedade administrativa de grau relativo, tal como adotada, no Brasil, na Lei 9.605/1998, quanto ao emprego das normas penais em branco.²¹

A acessoriedade administrativa de grau relativo significa que a norma administrativa integra o tipo penal, complementando algum de seus elementos²². Ou seja, para a formação da tipicidade exige-se a violação da norma administrativa. Assim, apesar da negativa de seus defensores, que afirmam que apenas são punidas as lesões contra o Direito Administrativo que sejam lesivas ou potencialmente lesivas ao ambiente e não puras violações de normas administrativas²³, não há que se negar a inconsistência dos fundamentos de tal pensamento. A fragilidade desta construção está na inexistência, nestas hipóteses, de obrigatória perícia para se constatar a ocorrência de efetivo dano ou do potencial dano ambiental. A admissão de uma presunção absoluta de perigo ou de dano nada mais significa que, para haver a configuração do tipo, o relevante será a violação da prescrição administrativa e não a real constatação da efetiva agressão ambiental. Como exemplo, tem-se o tipo penal

19 Greco, 2006: 155 e 156.

20 Greco, 2006: 157 e 158.

21 Prado, 2005. 97 e 99.

22 Prado, 2005: 99.

23 Prado, 2005: 99.

do artigo 31.^{o24} da Lei brasileira de Crimes Ambientais, em que diversos penalistas defendem a consumação do tipo com a mera entrada do animal no território nacional, sem elaborarem quaisquer considerações sobre a necessidade de se provar o perigo concreto de ocorrência de desequilíbrio ambiental frente à introdução do espécime²⁵.

O termo acessoriedade administrativa designa a dependência do Direito Penal ao Direito Administrativo. Esta dependência se manifesta de três formas distintas. Dentre os doutrinadores alemães que especialmente se dedicaram ao estudo do Direito Penal do Ambiente, Shall verifica que a primeira forma de aparecimento da acessoriedade administrativa é a denominada acessoriedade conceitual, que, em certa medida, tende a não trazer maiores problematizações, salvo quando o conteúdo destes conceitos administrativos é entendido, no Direito Penal, de maneira diversa à constante no Direito Ambiental^{26, 27}. A Lei brasileira de Crimes contra o Meio Ambiente²⁸ é riquíssima em conceitos administrativo-ambientais, por exemplo, resíduos²⁹ previsto em seu artigo 54.^o, § 2.^o, V e as diversas espécies de unidade de conservação previstas em seu artigo 40.^o, que só podem ser compreendidas com a leitura conjunta dos artigos 7.^o a 13.^o da Lei 9.985 de 2000, instituidora do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

A segunda forma de aparição da acessoriedade administrativa surge por meio da acessoriedade ao Direito Administrativo que, em realidade, nada mais é do que a dependência do Direito Penal às normas legais e infralegais do

24 Art. 31.^o. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

25 Prado, 2005: 246; Milaré & Costa Jr, 2002: 84; Sirvinkas, 2004: 132.

26 Shall, 1990: 1265.

27 Apesar do reconhecimento atual da autonomia do Direito Ambiental enquanto disciplina jurídica, não se faz tal distinção técnica, utilizando-se indistintamente os termos Direito Administrativo e Direito Ambiental. Apenas é acentuado determinado aspecto ao leitor no momento da exposição do raciocínio, posto que se defende o Direito Ambiental como um Direito Administrativo especializado, de maneira a que as regulações penais e civis envolvidas na tutela do ambiente se mantenham reguladas e sistematizadas, respectivamente, no Direito Penal e no Direito Civil, ressalvadas eventuais peculiaridades da seara ambiental.

28 Lei 9.605 de 1998.

29 Seu similar no Código Penal alemão é o termo *Abfall* do crime de “Manejo Não-Autorizado de Lixos Perigosos” previsto no parágrafo 326 do *StGB*. Por outro lado, no Código Penal português não há similar. A redação utilizada na definição dos crimes ambientais pelo Código Penal português não se apoiou na acessoriedade conceitual como estratégia primária de tipificação.

Direito Administrativo³⁰. Para diferenciar a acessoriedade ao Direito Administrativo da acessoriedade conceitual, deve verificar-se que, na primeira, a punibilidade está condicionada a que o autor viole uma prescrição normativa – *vide*, por exemplo, a conduta de quem utiliza vegetação primária contrariamente às normas de proteção³¹ – enquanto que, na segunda, a concretização ou o preenchimento do tipo penal vincula-se ao emprego de um conceito formado pelo Direito Administrativo e assumido pelo Direito Penal³². Ou seja, a ora denominada acessoriedade ao Direito Administrativo é a velha e empoeirada técnica penal de tipificação das normas penais em branco, mas, agora, vestida com uma nova roupagem no Direito Penal do Ambiente. Recorrendo às lições de Aníbal Bruno, verifica-se que as normas penais em branco nada mais são do que tipos penais incompletos, cuja descrição de certas circunstâncias elementares necessita ser completada por outra disposição legal, seja da mesma fonte legislativa ou de outra, ou por regulamentos³³, uma vez que na enunciação do tipo foi deliberadamente inserida uma lacuna a ser preenchida por outro dispositivo normativo³⁴. Neste sentido, há-de se recusar a proposta de Luís Greco em denominar esta acessoriedade ao Direito Administrativo como “acessoriedade ao ato administrativo geral” a fim de diferenciá-la da “acessoriedade ao ato administrativo individual”³⁵, uma vez que, como já demonstrado, o presente fenômeno jurídico nada mais é do que uma norma penal em branco, ainda que de cunho exclusivamente administrativo. Assim, enquanto tal, deve, segundo os princípios de um Direito Penal Democrático, ser complementada por outra lei.

Em outras palavras, se o tipo penal pode depender de uma lei de cunho administrativo-ambiental, resta claro que não se pode afirmar que a aces-

30 A redação dos crimes de danos contra a natureza e de poluição previstos no Código Penal português não deixa dúvidas de que esta espécie de acessoriedade administrativa foi assumida em seus tipos penais. Recorde-se da expressão “quem, não observando disposições legais, regulamentares”.

31 Art. 38.º-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

32 Shall, 1990: 1265 e 1266.

33 O termo empregado por Aníbal Bruno significa toda e qualquer norma infralegal e não os regulamentos em sentido estrito. Na técnica dos administrativistas, os regulamentos seriam emanados do Chefe do Poder Executivo, enquanto que as resoluções, instruções e portarias, que ocupam escalão inferior na hierarquia normativa, assistiriam, por consequência, às autoridades subalternas. Mello, 2000: 322.

34 Bruno, 1967: 190 e 191.

35 Greco, 2006: 161.

soriedade ocorre frente a ato administrativo geral, posto que a lei não é ato administrativo. Dessa forma, o correto está na designação “acessoriedade ao Direito Administrativo”, caso se repute conveniente utilizar a nova roupagem para antiquada e inalterada técnica das normas penais em branco. As críticas desferidas contra a acessoriedade ao Direito Administrativo são exatamente as mesmas sempre levantadas contra as normas penais em branco. No Brasil, em razão de seu sistema constitucional de divisão de competências, na seara ambiental, existe uma agravante, qual seja: a competência de todos os Entes da Federação para legislar sobre matéria ambiental. Este fato cria um emaranhado de normas que dificulta o acesso do cidadão ao conteúdo do injusto penal, sendo que, muitas vezes, este injusto é determinado por entidades federativas constitucionalmente incompetentes em matéria penal, isto é, por Estados e Municípios. Inclusive, se não bastasse a incompetência material destes Entes federados para determinar o conteúdo do injusto penal de um crime contra o ambiente, há, ainda, uma oportunidade para que se viole o princípio constitucional da isonomia, posto que uma determinada conduta poderá, no mesmo contexto fático, ser permitida no Município ou Estado “A” e proibida no “B” e vice-versa, isto é, duas pessoas, que moram em municípios vizinhos, poderão praticar a mesma conduta em condições fáticas similares, mas uma atuará lícitamente enquanto que a outra cometerá um injusto penal. Não há dúvidas de que se depara, nesta hipótese, com uma inconstitucionalidade, pois o princípio da isonomia resta desconsiderado, já que os iguais foram tratados de maneira desigual³⁶. Não se argumente que há diferença na conduta de ambos em razão de o primeiro município permitir a ação enquanto que no segundo há uma proibição normativa, posto que não há qualquer diferença material nas condutas. A lei penal em questão protege – ou pelo menos deveria proteger – o ambiente, e a eventual agressão de ambas as condutas é de igual valor, isto é, o desvalor das condutas é o mesmo. Não se pode admitir a expansão do Direito Penal, sob o mote de proteger o ambiente, para, em realidade, punir desobediências aos preceitos ditados pela Administração Pública.

A terceira modalidade de acessoriedade administrativa é a acessoriedade ao ato administrativo³⁷. Nas precisas palavras de Rogall, esta última consiste

36 Sobre o princípio da isonomia: Mendes, Coelho & Branco, 2007: 147.

37 Esta espécie de acessoriedade também foi assumida pelo legislador português. Reveja-se a expressão “obrigações impostas pela autoridade competente” prevista no tipo penal do crime de danos contra a natureza e no de poluição.

na direta referência da norma penal ao ato administrativo, ou seja, para a punibilidade faz-se necessário que o autor tenha atuado, por exemplo, sem a devida autorização³⁸. O problema desta forma de acessoriedade administrativa reside no fato da preponderante dependência do Direito Ambiental a decisões de casos concretos, algumas vezes regidas pela discricionariedade administrativa, por parte dos órgãos da Administração Pública, o que gera *ex ante* incerteza a respeito do conteúdo do injusto e termina gerando a quebra do princípio constitucional da legalidade, além da do princípio constitucional da isonomia. Estas decisões particulares vinculam o Direito Penal no momento em que o legislador condiciona expressamente a punição das lesões ambientais a uma ordenação particular, por meio de um ato administrativo, pela Administração Pública, por vezes, de forma negativa, quando ausente o ato autorizador, e, por vezes, de forma positiva, ao se violar um ato administrativo, seja ele proibitivo ou impositivo³⁹. Em outros termos, a dificuldade em se aceitar esta modalidade de acessoriedade administrativa está na transferência do Poder Legislativo a um ou mais órgãos da Administração Pública com poder de determinar – ainda que negativamente, seja pela omissão (*e.g.*, a interrupção dos serviços por greve) ou por nem ter havido provocação (*e.g.*, não haver requerimento de licença ambiental) – o conteúdo de uma proibição penal.

A partir desta transferência já não se sabe qual o fato reprovável em si mesmo, ou seja, se o que se reprova penalmente é a lesão ao bem jurídico ambiental ou simplesmente o desatendimento à burocracia do Poder Executivo. Como bom exemplo do exposto, tem-se o crime do artigo 30.^o⁴⁰ da Lei brasileira de Crimes Ambientais, que incrimina aquele que não busca a autorização da autoridade competente para exportar peles e couros de anfíbios. Inclusive, há uma questão agravante. A atuação da Administração Pública funda-se na discricionariedade, isto é, conveniência e oportunidade dentro das margens legais. Dessa forma, há-de se concluir que o princípio constitucional da legalidade resta violado no momento em que a definição final do injusto expresso no tipo penal fica condicionada à discricionariedade de um órgão ambiental, que pode conceder a licença para o particular A e não para

38 Rogall, 1988: 522.

39 Shall, 1990: 1266.

40 Art. 30.^o. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

o B em função de inúmeras razões de conveniência e oportunidade administrativas, ou seja, conforme a discricionária atuação administrativa.

Assim, torna-se necessário iniciar a análise das questões dogmáticas advindas da inclusão da acessoriedade ao ato administrativo na estrutura de formação do Direito Penal Ambiental.

4. ATO ADMINISTRATIVO VÁLIDO E ATO ADMINISTRATIVO INVÁLIDO

Antes de se avaliar as conseqüências da invalidade do ato administrativo na formação do tipo penal, deve verificar-se a essência do que se denomina ato administrativo. O conceito de ato administrativo não é uniforme na doutrina, de forma que cada autor reforça determinados elementos conforme seu julgamento de importância. Para Mello, o ato administrativo é a “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei” ou da Constituição, em hipóteses excepcionais e totalmente vinculadas, com o fim de cumprir a lei ou a Constituição, mas inquestionavelmente sujeito “a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”⁴¹. Di Pietro, em conceituação próxima, define o ato administrativo como a declaração do Estado ou de seus representantes “que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”⁴². Por outro lado, poder-se-ia realçar neste conceito a finalidade de atendimento do interesse público⁴³.

O ato administrativo apresenta atributos: presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade⁴⁴. A presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo é um importantíssimo atributo deste e significa que há uma presunção relativa de conformidade e observância do ato administrativo à lei e, também, que ele expressa a verdade dos fatos afirmados pela Administração Pública ⁴⁵, enquanto que a imperatividade qualifica o ato administrativo de forma a que ele se imponha aos terceiros

41 Mello, 2000: 351.

42 Di Pietro, 2001: 181.

43 Ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Carvalho Filho, 2005: 86.

44 Mello, 2000: 358 e 359

45 Di Pietro, 2001: 182.

de maneira independente à sua vontade; a exigibilidade e a executoriedade, respectivamente, conferem ao Estado o poder-dever de impelir o terceiro a obedecer e atender o ato administrativo, de forma a que a Administração Pública possa compelir o administrado materialmente, sem a intervenção do Poder Judiciário, a obedecer ao seu comando⁴⁶. Em Espanha há norma legal conferindo presunção de validade ao ato administrativo e sua obrigação de cumprimento imediato⁴⁷. García de Enterría & Fernández ensinam que tal presunção de validade é relativa, já que ela permite ao ato liberar todos seus possíveis efeitos, mas, na eventualidade de este ato estar viciado, caberá ao particular impugná-lo na via administrativa ou contenciosa para obter sua anulação e frear sua eficácia⁴⁸. Importante a ressalva que estes autores espanhóis fazem ao dizer que, para a presunção legal de validade e a regra geral da eficácia imediata operarem, impende que o ato administrativo reúna condições externas mínimas de legitimidade. Assim, nos atos em que haja uma nulidade de pleno direito ou absoluta – *vide*, por exemplo, os emanados de autoridades manifestamente incompetentes – não existirá qualquer presunção de validade, uma vez que estes atos não estão aptos a produzir qualquer eficácia jurídica⁴⁹. No entanto, García de Enterría & Fernández reconhecem que esta sistemática pode funcionar bem no plano jurídico, mas não no prático, posto que a Administração Pública pode utilizar sua prerrogativa da “*ejecución forzosa o acción de oficio*”⁵⁰ para tornar materialmente eficaz todo e qualquer ato administrativo, mesmo os maculados por uma nulidade absoluta

46 Mello, 2000: 359.

47 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – Artículo 57. Efectos – 1. Los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. – 2. La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior.*

48 García de Enterría & Fernández, 2006: 583.

49 García de Enterría & Fernández, 2006: 584.

50 Veja-se o atributo da executoriedade mencionada pelos administrativistas brasileiros. Mello expõe que “a exigibilidade é a regra e a executoriedade existe nas seguintes hipóteses: a) quando a lei prevê expressamente, que é o caso óbvio; b) quando a executoriedade é condição indispensável à eficaz garantia do interesse público confiado pela lei à Administração”. (...) ressaltando que “a executoriedade não deixa o administrado ao desabrigo de proteção jurídica, pois pode-se sempre recorrer ao Poder Judiciário tanto para impedir previamente sua utilização quanto para sustar a medida executória aplicada, sempre que o uso desta providência administrativa fira direitos dos ameaçados ou atingidos”. Dentre as medidas que o administrado pode vir a se socorrer, Mello cita o mandado de segurança, seja preventivo ou repressivo, o *habeas corpus* e a ação de responsabilidade civil do Estado para compensar o dano resultante da atuação estatal ilegítima ou abusiva. Mello, 2000: 362.

ou de pleno direito, excetuados os inexistentes, cabendo, nesta situação, ao particular buscar os meios legais de impugnação a fim de pôr termo a este ato administrativo viciado e a seus efeitos materiais⁵¹.

Nesse diapasão, para o ato administrativo ser válido, há-de se observar alguns requisitos: sujeito capaz e competente, objeto lícito e possível⁵², forma exteriorizada em conformidade⁵³ com a Lei, motivo⁵⁴ e finalidade⁵⁵. Ainda pode mencionar-se um sexto requisito, denominado por Mello de causa, que pode ser melhor entendido como o requisito da congruência entre o motivo e o objeto do ato administrativo. Por meio da causa verifica-se se os motivos “guardam nexó lógico de pertinência com a decisão tomada, em face da finalidade que, de direito, cumpre atender”. Neste sentido, este requisito obriga que se analise a validade do ato conforme a sua razoabilidade e a sua proporcionalidade⁵⁶. No que se refere aos primeiros requisitos, passar-se-á a esquematizar os principais vícios que surgem em seu bojo. Inclusive, não se pode olvidar que há previsão legal na legislação pátria sobre o que há-de ser entendido como vício de atos administrativos⁵⁷. Contudo, o rol em questão deve ser entendido como meramente enunciativo. A usurpação de função, o excesso de poder e a função de fato são vícios que atingem o requisito da competência

51 García de Enterría & Fernández, 2006: 584. No mesmo sentido, “os atos inválidos, inexistentes, nulos ou anuláveis não deveriam ser produzidos. Por isso não *deveriam* produzir efeitos. Mas o fato é que são editados atos inválidos (inexistentes, nulos e anuláveis) e que *produzem* efeitos jurídicos. (...) É errado, portanto, dizer-se que os atos nulos não produzem efeitos. De resto, os atos nulos e os anuláveis, mesmo depois de invalidados, produzem uma série de efeitos. Assim, por exemplo, *respeitam-se os efeitos que atingiram terceiros de boa-fé*”. Mello, 2000: 410.

52 Objeto é o conteúdo jurídico do ato administrativo, por exemplo, extinção ou declaração de direito.

53 A conformidade com a Lei designa adoção de forma prescrita ou não vedada pela Lei.

54 Motivo é a situação fática e/ou jurídica que fundamenta o ato administrativo, não se confundindo com a motivação do ato, que é a exposição, por escrito, dos motivos.

55 Finalidade é o atendimento do interesse público.

56 Mello, 2000: 351.

57 Lei 4.717/65 – Art. 2.º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade. Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou; b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido; e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

e junto com a incapacidade, que pode ter origem, por exemplo, em coação, dolo e fraude, formam o conjunto dos vícios relativos ao sujeito. Os vícios relativos ao objeto podem ter origem em uma proibição normativa, infração à lei, impossibilidade e incerteza em relação a tempo, lugar, destinatários e bens. Já o vício de forma tem origem no não atendimento da forma prescrita em lei ou por meio da escolha de uma forma incapaz de atingir a finalidade pretendida com o ato administrativo. Quanto aos vícios relativos ao motivo, estes advêm da inexistência do motivo ou de sua falsidade. Por fim, no que se refere ao requisito da finalidade, pode haver o surgimento de vício decorrente do desvio de poder ou desvio de finalidade, seja porque o ato administrativo não atende ao interesse público ou porque o agente público visa a resultado não amparado na lei e diverso do nela previsto.

Após o delineamento dos requisitos do ato administrativo e dos vícios que o podem afetar, é possível discorrer sobre suas conseqüências. Na doutrina brasileira há uma antiga divergência a respeito das categorias decorrentes dos vícios do ato jurídico. Para Meirelles, existe apenas o ato nulo, não havendo o anulável, em razão de sua oposição à “exigência de legalidade administrativa”, de forma que “o ato considerado anulável” não passa “de um ato originariamente nulo”⁵⁸. Por outro lado, Oswaldo Aranha Bandeira, Tito Prates da Fonseca e Seabra Fagundes defendiam a distinção entre atos nulos e anuláveis, sendo que o último destes autores acrescentava a categoria dos atos irregulares; inclusive, vale realçar que estes autores negavam relevância jurídica aos atos inexistentes, já que estes juridicamente equivaleriam aos atos nulos⁵⁹. Estes, para Mello, são “os atos que assistem no campo do impossível jurídico”, ou seja, “comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes”⁶⁰. Para caracterizar a distinção existente entre os atos nulos e os anuláveis, pode recorrer-se à utilização de dois critérios. O primeiro é a disposição legal declarando a nulidade ou anulabilidade do ato, conforme o vício ocorrido, e o segundo refere-se à possibilidade ou não de convalidação do ato, posto que os atos administrativos nulos não se convalidam, tais como os praticados com desvio de poder, com falta de motivo vinculado ou objeto ilícito ou impossível, enquanto que os anuláveis são passíveis de convalidação,

58 Meirelles, 1996: 157.

59 Mello, 2000: 399.

60 Mello, 2000: 409.

por exemplo, os atos administrativos proferidos com defeito de forma ou com vício de vontade⁶¹.

Como se assinalou anteriormente, mesmo os atos inválidos, muitas vezes, terminam por materialmente produzir efeitos. Por conseqüência, há-de se verificar a postura que o particular pode tomar frente a estes atos administrativos inválidos. Mello esclarece que o administrado não pode opor resistência *manu militari* aos atos administrativos inválidos, seja esta invalidez decorrente de nulidade ou de anulabilidade, já que tal atitude romperia com o mínimo de ordem e paz social necessários para a sociedade e, assim, elevaria o particular à categoria de árbitro da legitimidade do ato administrativo⁶². No entanto, seria lícito e aceitável, sem restrições, o direito de resistência *manu militari* frente aos atos inexistentes, uma vez que estes prescrevem a prática de crimes e expõem o particular a uma situação vitimizante⁶³.

Por outro lado, sob o prisma jurídico, a resistência pacífica, frente a um ato administrativo inválido, tem o mesmo caráter da resistência a um ato administrativo válido. Sem dúvidas que esta afirmação refere-se ao momento da realização da resistência, uma vez que o particular estará adiantando um juízo de invalidez do ato administrativo. Como não há garantias de que a Administração Pública vá futuramente reconhecer a invalidez do ato e nem de que o Poder Judiciário realizará tal juízo, o particular estará agindo por

61 Mello, 2000: 409. Em Espanha, a já citada *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* dispõe: Artículo 62 – Nulidad de pleno derecho. (Artículo redactado según Ley 4/99, de 13 de enero) 1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b) Los dictados por órgano manifestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c) Los que tengan un contenido imposible. d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. 2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Artículo 63 – Anulabilidad. 1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

62 Mello, 2000: 412.

63 Mello, 2000: 412.

sua conta e risco⁶⁴. Desse modo, se posteriormente houver o reconhecimento jurisdicional da invalidade do ato, a resistência do particular será reputada legítima e sua conduta estará justificada e enquadrada no campo da licitude. Todavia, se isto não ocorrer, a sua conduta será ilegítima e ilícita e estará o administrado sujeito à aplicação de sanções⁶⁵.

4.1. Ato administrativo autorizador inválido

Após a análise do ato administrativo e de seus vícios, torna-se necessário examinar os efeitos do ato administrativo autorizador inválido no preenchimento dos tipos penais sujeitos à acessoriedade administrativa. Na lei brasileira de crimes ambientais, ou seja, a Lei 9.605/1998, verifica-se que a maior parte dos tipos penais está sujeita à acessoriedade administrativa, indubitavelmente, em sua modalidade acessoriedade conceitual, mas também nas modalidades acessoriedade ao Direito Administrativo e acessoriedade ao ato administrativo. Para os fins deste estudo, é a acessoriedade ao ato administrativo que nos interessa. Neste sentido, citam-se, a título de exemplo, os crimes previstos nos artigos 39.º e 44.º da mencionada Lei 9.605/1998. A vinculação do primeiro tipo penal ao ato administrativo ocorre quando o legislador condiciona a licitude do corte de árvores em floresta de preservação permanente à existência de “permissão da autoridade competente”, enquanto que, no segundo, a extração lícita de pedra, areia, cal ou outros minerais de floresta de preservação permanente está condicionada à “prévia autorização”. Apesar de no artigo 44.º não haver menção expressa à competência da autoridade expedidora da “prévia autorização”, esta competência é requisito implícito da autorização. O legislador não pode criar no bojo dos tipos penais exceções ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, principalmente porque seria um completo erro se nessa vinculação ao Direito Administrativo se permitisse ao Direito Penal inovar no preenchimento do conteúdo substancial dos institutos jurídicos do Direito Administrativo, como, por exemplo, considerar válida no momento da sentença criminal uma autorização emanada de autoridade absolutamente incompetente.

Para se atender ao princípio da legalidade, é necessário que seja respeitado o conteúdo dos institutos tal como previstos no Direito Administrativo, uma vez que eles são definidos conforme as leis e normas infralegais de

64 Mello, 2000: 412.

65 Mello, 2000: 412.

cunho administrativo e não com base em criações puramente doutrinárias. Para tanto, necessário se faz que a interpretação sistemática seja adotada⁶⁶. Não seria correto o uso de uma interpretação simplesmente gramatical que retirasse toda e qualquer utilidade da tutela penal do bem jurídico. Isto a partir da concessão do poder de autorizar a extração de minerais da floresta de preservação permanente a “qualquer autoridade”, por exemplo, o delegado de polícia. Entender que, para fins penais, qualquer “autoridade” pode emitir a tal “prévia autorização” significa quebrar totalmente o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal na tutela da natureza ambiental representada do citado artigo 44.⁶⁷ Desta forma, assenta-se a premissa de que, independentemente das diferenças estilísticas nas redações típicas, o tipo penal referir-se-á sempre a um ato administrativo autorizador emanado de autoridade competente⁶⁸.

Por outro lado, como já se deixou entrever das linhas anteriores, defende-se que o ato autorizador ilícito não pode, em razão desta produção material de efeitos, produzir a exclusão da tipicidade penal da conduta praticada nela “amparada”. Esta excepcional produção do efeito excludente da tipicidade somente poderá ocorrer no ato anulável, quando já convalidado pela Administração Pública ou se decorrido o prazo de anulação do ato, que no âmbito federal brasileiro é de 5 anos⁶⁹. O ponto de controvérsia da questão consiste na confusão feita no momento em que se percebe que o ato inválido produz materialmente efeitos. Esta verificação, contudo, não autoriza a mistura dos planos do ser com o do dever ser. Apesar desta produção concreta – mundo

66 Lei 9.784/99 – Art. 11.º. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos. No que toca à autorização, entende-se que esta seja o “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 prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos: Di Pietro, 2001: 182. Não devemos nos esquecer do já citado artigo 2.º da Lei 4.717/65. Em sentido contrário quanto aos atos não manifestamente ilícitos, conferir: Greco 2006: 179.

67 A doutrina brasileira é tranqüila no sentido de que a “prévia autorização” deve originar de autoridade competente. Prado, 2005: 333; Milaré & Costa Jr, 2002: 123; Sirvinkas, 2004: 174. Na hipótese, as autoridades competentes são: IBAMA e Departamento Nacional de Proteção Mineral.

68 A mesma regra aplica-se aos crimes de danos contra a natureza e poluição previstos no Código Penal português. Há-de se constar, todavia, que, diferentemente do legislador brasileiro, o legislador português teve a preocupação de consignar expressamente, na redação típica, a necessidade de a autoridade ser competente.

69 Lei 9.784/99 – Art. 54.º. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé

do ser – de efeitos do ato administrativo inválido em razão do atributo da executoriedade, no plano jurídico – dever ser – ela não deveria ocorrer, tanto que no mundo real pode e deve ser cessada esta irregular produção de efeitos jurídicos. O juiz criminal pode e deve reconhecer a invalidade do ato administrativo em sua sentença criminal e, por consequência, examinar a eventual tipicidade da conduta sem vincular seu julgamento a uma “falsa-validade” do efetivamente inválido ato administrativo. Faça-se uma ressalva apenas, o reconhecimento no juízo criminal da invalidade do ato administrativo não fará coisa julgada em ulterior processo penal, civil ou administrativo, tal como ocorre no julgamento do incidente de falsidade previsto no artigo 148.º do Código de Processo Penal brasileiro. Pode objetar-se este entendimento alegando que ele violaria o princípio da unidade do ordenamento jurídico, todavia, uma objeção desta ordem não procederia. Este princípio deve ser atendido no plano jurídico e, em sua decorrência, no plano material, e não no plano material, apesar do plano jurídico. Seu atendimento no plano concreto deve ser consequência lógica e direta do correto entendimento e prática da unidade do ordenamento no plano jurídico.

É correta a crítica de Frisch, no tocante à necessidade de se preocupar com os fundamentos da importância do ato administrativo no tipo penal dos crimes ambientais e de se atribuir mais atenção às questões fundamentais da estrutura típica do que vem sendo conferida por aqueles que procuram dar relevância aos atos administrativos autorizadores inválidos⁷⁰. Frisch percebe que, na maior parte dos casos em que há um ato administrativo autorizador inválido, é impossível a aplicação de uma punição ao agente, todavia, esta impossibilidade decorre de motivos outros que não a vinculação do juiz criminal à eficácia de um ato administrativo inválido⁷¹. Para Frisch, a não punição do agente advém da função de orientação do ato administrativo, que traz ao particular a certeza de poder confiar no ato da Administração Pública⁷². Situação diversa ocorrerá se a invalidade do ato administrativo autorizador tiver origem em uma conduta reprovável do particular, como a prestação de informações falsas, a coação de servidores públicos, posto que nesta hipótese não haverá qualquer certeza no ato administrativo a ser confiada por este

70 Frisch, 1993: 19.

71 Frisch, 1993: 69.

72 Frisch, 1993: 73.

agente⁷³. Ou seja, Frisch trabalha com o princípio da confiança⁷⁴, cujo âmbito de atuação é o risco, transformando-o em permitido, de forma a tornar a conduta do agente atípica.

Vale frisar a exceção trazida por Frisch. A conduta do particular será típica e inaplicável o princípio da confiança, havendo, desse modo, a criação de um risco não permitido e, logicamente, uma conduta típica, quando o próprio particular beneficiário provocar o surgimento da invalidade do ato administrativo autorizador por meio de uma conduta criminosa ou do abuso de um direito. Para empregar apenas um único termo, denomina-se “abuso de direito” tanto as hipóteses criminosas quanto as não delituosas, uma vez que todas elas tratam de abuso de direito *lato sensu*, ainda que este abuso seja apenas do direito de liberdade. Como já foi anteriormente tratado, o abuso de direito não é um instituto relegado apenas ao Direito Civil, mas afeto a todos os ramos do Direito, inclusive, ao Direito Penal⁷⁵. Nesse sentido a lição de Köhler que, ao dissertar acerca dos limites do exercício de um direito, consigna que tais limitações podem estar tanto no Direito Privado, quanto no Direito Público⁷⁶. Cunha de Sá desvela o efeito falacioso de uma ação praticada em abuso de direito, ao expor que “os termos concretos do comportamento do sujeito só *aparentemente* constituem exercício do direito”⁷⁷, o que significa que, substancialmente, aquele comportamento não representa o exercício de qualquer direito, mas sim de um não-direito. Roxin admite a adoção do abuso de direito na seara penal em certas situações concretas, dentre elas, quando o particular obtém o ato administrativo autorizador prestando informações falsas à Administração Pública. Para ele, nesta hipótese, o princípio *nullum crimen* deve vigorar de modo teleologicamente restrito e sem vincular-se ao

73 Frisch, 1993: 74.

74 “Ainda que pensado inicialmente para viabilizar as relações de trânsito, tem hoje o princípio da confiança uma aplicação muito mais ampla, podendo reger situações as mais variadas onde concorram condutas direcionadas para um mesmo fim ou que reclamem mútua atenção ou cuidadosa vigilância”. Albuquerque, 2006: 149. Outrossim, não se pode negar que, no Brasil, é uma atividade de risco realizar individualmente qualquer empreendimento de cunho ambiental, posto que o emaranhado de normas dos mais diferentes Entes da Federação e das mais diversas espécies faz com que somente grandes grupos econômicos tenham acesso aos serviços dos caros especialistas neste setor. Inclusive, deve marcar-se que a ida, pelo particular, ao órgão público não garante, no Brasil, a obtenção das informações completas e corretas para atender todas as exigências de cunho ambiental.

75 Lobato, 2009: 99 e ss..

76 Köhler, 2005: 228.

77 Cunha de Sá, 2005: 455.

teor literal da lei⁷⁸. Dessa forma, refuta-se o posicionamento de Luís Greco que execra a adoção do instituto do abuso de direito no Direito Penal e condiciona seu emprego nos crimes ambientais a uma mudança legislativa⁷⁹. A primeira razão para se discordar de seu posicionamento é de índole lógico-sistemática, sendo que esta já foi brevemente exposta nas linhas pretéritas. O segundo fundamento consiste no fato objetivo de que o legislador brasileiro previu, como circunstância agravante da pena, o abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental, sendo que, inclusive, condutas outras inseridas no conceito lato de abuso de direito também vieram previstas detalhadamente como agravadoras de pena⁸⁰. Desta forma, o posicionamento, ora defendido, é, no Brasil, *de lege lata*, correto.

Por outro lado, o erro de tipo é outra questão penal que pode surgir no momento em que um particular de boa-fé se depara com um ato administrativo autorizador inválido (por exemplo, uma permissão expedida por um servidor público de fato e não de direito). Neste ponto, adota-se a posição de Muñoz Conde, já que o erro do particular sobre a validade do ato administrativo é uma falsa representação da realidade ocorrida na análise, por ele, da tipicidade de sua conduta. Suponha-se que o indivíduo verifique que o tipo penal exige uma permissão válida, por exemplo, para tornar a conduta de extração de madeira atípica⁸¹ e crê fidedignamente que dela dispõe. Este particular, não desconhecendo a proibição e nem a antijuridicidade da conduta de extrair madeira sem o regular ato administrativo autorizador, pode errar sobre as circunstâncias formadoras do elemento normativo do tipo permissivo. Muñoz Conde expõe que se as características especiais do dever jurídico forem elementos determinantes da tipicidade concreta do delito, “o erro sobre as mesmas” em sua totalidade “deverá ser tratado como erro de tipo, já que o dolo deve referir-se a todos os elementos integrantes do tipo” e estas carac-

78 Roxin, 2006: 815 e 816.

79 Greco, 2006: 180 e 181.

80 Lei 9.605/98 – Art. 15.º. São circunstâncias que agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (...) II – ter o agente cometido a infração: (...) *b*) coagindo outrem para a execução material da infração; (...) *n*) mediante fraude ou abuso de confiança; *o*) mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental;

81 Lei 9.605/98 – Art. 39.º. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

terísticas configuram e constituem o tipo penal por serem elementos deste⁸². Em outros termos, esta pessoa agiu em erro de tipo, de forma que não teve dolo em sua conduta, logo não haverá a formação de qualquer tipicidade dolosa. Neste diapasão, emerge mais outra hipótese jurídico-penal em que o particular possuidor de um ato administrativo autorizador inválido pratica uma conduta prevista na Lei de Crimes Ambientais e, com justiça, não será passível de punição, salvo se agir com culpa e o crime admitir a modalidade culposa. É importante, no entanto, ressaltar que não se precisa inverter a lógica do sistema jurídico para criar um regramento penal *ad hoc* para os atos administrativos inválidos, inovando de maneira temerária os conceitos e preceitos do Direito Administrativo.

4.2. Ato administrativo proibitivo inválido

Ato administrativo proibitivo é aquele que complementa o tipo penal ou agrava a reprovação da conduta. No Brasil, o artigo 34.º da Lei 9.605/98 traz a violação do período proibido de pesca como elementar típica. Sabe-se que a determinação dos períodos em que certos espécimes podem ou não ser pescados advém de ato administrativo da autoridade ambiental competente, em razão de ela ter mais aptidão para avaliar as vicissitudes de cada espécime animal do que o legislador. Dessa forma, o ato administrativo do IBAMA que proíbe a pesca no período de reprodução de certas espécies de peixe preenche e complementa o tipo penal do artigo 34.º da Lei de Crimes Ambientais, formando a norma penal proibitiva. Se, porventura, este ato administrativo proibitivo estiver eivado de algum vício e, por esta razão, for inválido, a conduta do particular praticada no decorrer de sua pseudo-vigência não será reprovável e o agente não poderá ser punido, porque normativamente a norma penal permanece incompleta, já que lhe falta um ato administrativo válido de complementação. Shall é categórico em condicionar a punibilidade à conformidade material do ato administrativo ao Direito, sendo esta conformação vista como um elemento típico implícito, isto a partir de uma interpretação constitucional teleológica restritiva⁸³.

Ou seja, nada mais se defende do que o respeito ao princípio da legalidade, visto sob seu prisma material. Moreira Neto consigna que a lei e o Direito são os únicos e os próprios fundamentos da ação do Estado, que tem o seu

82 Muñoz Conde, 2003: 72. Corroborando este entendimento: Bitencourt, 2007: 108 e 109.

83 Shall, 1990: 1268.

agir vinculado à lei e ao Direito⁸⁴. Em outros termos, trata-se do respeito ao princípio da legalidade, que é uma “dádiva” do Estado de Direito e nada mais representa do que a submissão do Estado “à sua própria ordem jurídica”⁸⁵. Inclusive, Moreira Neto acrescenta a necessidade de respeito ao princípio da legitimidade, por meio do qual se exige a harmonização do atuar administrativo com o interesse da sociedade, informando, desta forma, “a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões políticas, administrativas e judiciárias”, enquanto derivações do princípio democrático⁸⁶. Após estas linhas, vislumbra-se o óbvio, ou seja, o que já não precisa de mais palavras para ser demonstrado. Negar totalmente a punição de qualquer cidadão com base em ato administrativo proibitivo inválido por falta de tipicidade e em respeito à legalidade é uma medida inadiável em um Estado Democrático de Direito.

4.3. Atuação do particular não-autorizada

A acessoriedade administrativa traz outros pontos a serem enfrentados no âmbito do Direito Penal do Ambiente. Dentre estes, outro enfrentamento a ser levantado consiste na problemática referente à atuação do administrado, que não teve a seu favor a expedição de um ato administrativo autorizativo para a realização da atividade, mas que faria jus à sua obtenção. O cerne do debate consiste em saber se a ausência do ato administrativo basta para a formação da tipicidade, conforme a redação do tipo penal, ou se será necessária a presença de um elemento que está além da ausência do consentimento expresso da Administração Pública.

Não há dúvidas de que a sustentação da tipicidade nas hipóteses em que o particular carece deste ato administrativo autorizativo representa o pensamento majoritário, seja porque não se analisou a questão, como se o problema não existisse⁸⁷, ou por convicção⁸⁸. Defendendo a formação de tipicidade após uma profunda análise da questão, Rengier, para quem a função de controle

84 Moreira Neto, 2006: 276.

85 Moreira Neto, 2006: 276.

86 Moreira Neto, 2006: 277.

87 Nesta linha, na doutrina brasileira, posicionam-se: Freitas & Freitas, 2006: 35 e ss.; Prado, 2005: 92 e ss.; Sirvinkas, 2004: 24 e 25. Feliciano, 2005: 429 e ss. Diversamente, tendo analisado a questão e firmado posição própria: Greco, 2006: 183 e ss.

88 Rudolphi reconhece a existência deste posicionamento majoritário em favor da tipicidade, mas o constesta. Rudolphi, 1984: 197. Da mesma forma, Greco, 2006: 184.

exercida pela Administração Pública pertence a essência do ato administrativo autorizador tanto para justificar a conduta do particular como para excluir sua tipicidade penal⁸⁹. Rengier eleva a função de controle da Administração Pública, tanto a formal quanto a material, à qualidade de bem jurídico. Assim, percebe nela algumas finalidades, tais como: função informativa, proteção da competência administrativa, funções de segurança e ordenação e, dentre outras, servir para legitimar materialmente a atuação do particular⁹⁰.

A partir da análise do crime de contaminação de águas⁹¹ e do Direito de Águas alemães, Rudolphi percebe o espaço de discricionariedade do agente administrativo como o elemento crucial na distinção entre a atuação punível e a não punível daquele particular que não possui a seu favor um ato administrativo autorizador expedido⁹². Rudolphi argumenta que se em determinada hipótese normativa a Administração Pública está obrigada a expedir o ato administrativo autorizador da atividade em favor dos particulares que cumprirem as exigências da Lei e das normas infralegais de cunho administrativo, a punição de alguém, que não possui a anuência formal, mas que material e juridicamente cumpriu todos os requisitos, representaria uma pura e simples punição de cunho penal para uma mera desobediência frente à Administração Pública, que age ilícitamente, posto que deveria ter expedido o ato em favor do particular e não o fez⁹³. Nessa hipótese, Rudolphi mostra que a Administração Pública alemã está obrigada a autorizar o despejo de esgoto do particular que atendeu a todas as exigências legais e administrativas, de maneira que se houver protelação ou recusa na expedição do ato administrativo autorizador, o Poder Público atuará ilegalmente, violando as prescrições do Direito de Águas e, também, tornando sem efeito a norma do § 324 do Código Penal alemão⁹⁴. Shall, inclusive, recusa que se conceda o valor de indignidade penal a meras desobediências, posto que, para tal concessão,

89 Rengier, 1989: 884.

90 Rengier, 1989: 876 e 877.

91 Código Penal Alemão – §324 Contaminação de Águas – (1) Quem desautorizadamente contaminar águas ou de forma prejudicial modifique suas características, será punido com pena de prisão até cinco anos ou de multa. (2) A tentativa é punível. (3) Atuando o autor culposamente será a pena de prisão até 3 anos ou de multa.

92 Rudolphi, 1984: 197 e 198.

93 Rudolphi, 1984: 198.

94 Rudolphi, 1984: 198.

alguns fatores devem ser levados em conta, como o bem jurídico protegido, que no caso é o ambiente, e a legitimidade material da incriminação conforme a correção jurídica da decisão administrativa⁹⁵.

De fato, é correta a distinção entre atos vinculados e discricionários. Não se duvide de que se o ato é discricionário, somente compete à Administração Pública a análise da conveniência e oportunidade de sua prática. Em outros termos, é mérito administrativo a decisão sobre se o ato administrativo deve ou não ser praticado. Assim, se o particular *manu militari* realiza este juízo, por exemplo, ao se “auto-autorizar” a extrair minerais de floresta de domínio público, restará certo que tal conduta será tanto administrativa quanto penalmente ilegal. Nestas circunstâncias, sob o ponto de vista administrativo, a ilegalidade decorre da violação das normas que estabelecem a competência do IBAMA e do Departamento Nacional de Proteção Mineral para autorizar a citada extração mineral, enquanto que, na perspectiva penal, a ilegalidade da conduta se origina da violação da norma penal brasileira descrita no artigo 44.º da Lei 9.605/98⁹⁶.

Por outro lado, se o ato é vinculado, a Administração Pública não pode se furtrar a concedê-lo ao particular. Como ensina Marcelo Caetano, a Administração Pública submete-se à Lei em um regime de legalidade, de maneira que a sua atividade tem de ser legal, ou seja, nos exatos termos da Lei⁹⁷. Sundfeld argumenta que o modelo clássico que diferenciava a licença da autorização pelo caráter vinculado da primeira e do discricionário da segunda é simplista e não mais corresponde ao direito positivo atualmente vigente no Brasil, sendo que, todavia, tal modelo permaneceria válido para os casos tradicionais (por exemplo, a vinculação da Administração Pública à expedição de licença para uma simples construção em favor do particular que atendeu todos os requisitos normativos)⁹⁸. Diversamente ocorreria, no entender de Sundfeld, se este particular almejasse instalar uma indústria ou um *shopping center* em seu terreno, uma vez que seu pleito estaria condicionado a circunstâncias outras que não dependeriam de seu atuar, por exemplo, nível de poluição exis-

95 Shall, 1990: 1267.

96 Art. 44.º – Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

97 Caetano, 2003: 79.

98 Sundfeld, 2003: 46.

tente na cidade e condições do trânsito na cidade⁹⁹. Em realidade, o problema não é a falência do modelo clássico de distinção dos atos administrativos, mas sim a dificuldade em se descobrir no caso concreto se o ato administrativo autorizador é ou não discricionário. A verdade é que a construção do *shopping center* e a instalação de uma indústria dependem do preenchimento de alguns requisitos objetivos que independem do atuar do particular. Todavia, esta vinculação a fatores externos não tem a natureza de transformar um ato vinculado em discricionário e vice-versa. Não se pode esquecer que a propriedade não mais é percebida sob o prisma privatístico individualista. Assim, os condicionamentos urbanísticos ao direito de construir devem ser avaliados na determinação da vinculação ou da discricionariedade do ato. Se o Plano Diretor e as leis urbanísticas do município condicionarem a construção de *shopping center* e a instalação de indústria ao não agravamento do trânsito e da poluição aérea e sonora em graus razoáveis e à não redução da qualidade de vida dos moradores locais em nível considerável, não há que se ter dúvidas de que tais avaliações competirão discricionariamente à Administração Pública municipal, posto que a decisão se baseará no sopesamento entre os prós e os contras de tais empreendimentos para a vida da cidade, neste sentido, nada mais e nada menos do que um juízo de conveniência e oportunidade. Diferente seria se o Plano Diretor do município e as leis urbanísticas municipais não fizessem restrições de tais ordens, mas estipulassem objetivamente os níveis de barulho e poluição permitidos de cada área e de cada empreendimento ou se até incentivassem estas espécies de empreendimentos, desde que atendidos os requisitos objetivos. Nesta situação, não há que se negar a obrigatoriedade do Poder Público em expedir o ato administrativo autorizador em favor do particular que preencheu todos os requisitos objetivos. Para se determinar a obrigatoriedade ou a discricionariedade da Administração Pública, para fins de autorizar a instalação de uma indústria ou *shopping center*, será necessário avaliar a legislação e as normas vigentes do município em que se pretende realizar o empreendimento, uma vez que dois municípios vizinhos podem perfeitamente tratar a questão sob prismas diversos. Portanto, discorda-se de Sundfeld, posto que permanece a atualidade da clássica divisão entre atos vinculados e discricionários, apenas a sua percepção, atualmente, exige um trabalho mais apurado, refinado e localizado pelo intérprete.

99 Sundfeld, 2003: 47.

Marcelo Caetano deixa expresso que, em regime de legalidade, “o valor jurídico do acto resulta da sua conformidade com a norma aplicada no exercício de poderes que a lei conferiu ao órgão de Administração que o praticou”¹⁰⁰. Neste diapasão, se a lei impõe a prática de determinado ato e a Administração Pública o omite, ela se encontra na ilegalidade, mas não o particular. Deve entender-se como atípica a conduta do particular que preencheu os requisitos objetivos, mas atuou sem o amparo do ato administrativo autorizador, seja porque a Administração Pública injustamente o negou ou porque o protelou, sob pena de se converter o Direito Penal do Ambiente em Direito Penal do “Administrador Público” e, desse modo, se passar a punir, penalmente, condutas que não são dignas de serem mais do que meras infrações administrativas, fato este que caracterizaria uma violação dos princípios democráticos do Direito Penal Liberal. Os tipos penais dos crimes ambientais não têm como fim de proteção da norma a punição de meras desobediências, mas sim a proteção do Ambiente. Por tal razão, impõe-se tomar posição no sentido de impedir o desvirtuamento do fim de proteção da norma e do risco não-permitido prescritos pelo legislador na formação da tipicidade penal¹⁰¹.

4.4. Tolerância da Administração Pública com a atuação do particular

Conforme o posicionamento defendido, os efeitos jurídicos decorrentes da tolerância da Administração Pública para com os comportamentos autorizáveis devem ser verificados segundo a vinculação ou a discricionariedade do ato administrativo em questão. A tolerância da Administração Pública para com a atuação daquele particular que não preenche os requisitos à obtenção do ato administrativo autorizador é a questão que resta a ser solucionada nesta problemática.

Como noticia Rudolphi, parte considerável da doutrina e da jurisprudência simplifica a questão ao negar a produção de qualquer efeito justificante ao atuar do particular amparado na tolerância administrativa, de maneira a não compreender a diversidade de conteúdos enunciativos advindos da tolerân-

100 Caetano, 2003: 139.

101 No que concerne à questão trabalhada neste sub-item, o legislador penal português merece elogios. A sua opção por empregar na redação típica dos crimes de danos contra a natureza e de poluição o conceito de não-observância de obrigações impostas pela autoridade competente, de certa forma, restringe o problema. A questão central passa a ser a descoberta da legalidade e da legitimidade das obrigações impostas pela autoridade e não a existência de uma autorização administrativa válida pelo particular. Em certa medida, esta opção pode ser comparada a uma inversão do ônus probatório, no caso, em prol do cidadão.

cia da Administração Pública¹⁰². Para Rudolphi, a omissão do Poder Público em obstar ou cessar a atuação do particular pode, sim, ser equiparada a uma permissão implícita (por exemplo, o despejo temporário e não-autorizado de esgoto no sistema de águas durante a construção, pelo poluidor, de uma estação de tratamento de águas e esgoto)¹⁰³. O exemplo trazido por Rudolphi não se aplica bem à realidade brasileira, mas o acerto de sua posição consiste em conceder relevância jurídico-penal aos atos administrativos tácitos de autorização. Miranda Rodrigues, contudo, defende a total irrelevância, para a caracterização da ilicitude penal, da demonstração de tolerância pelas autoridades administrativas frente ao particular que atua sem o amparo de um ato administrativo autorizador, pois sua atuação já violaria, em tese, prescrições e limitações impostas pela Administração Pública, uma vez que estaria em desacordo com os parâmetros legais¹⁰⁴.

No entanto, não se esqueça que este posicionamento está baseado em seu entendimento de que, em Portugal, o crime de poluição é um crime de desobediência¹⁰⁵. À época da redação original do artigo 279.º do Código Penal português, isto é, antes da reforma da Lei n.º 59/2007, de 4 de Setembro, Miranda Rodrigues defendia que tal entendimento fundava-se na condição mutável do Direito Ambiental e em uma necessidade da “evolução técnica dos nossos dias”, o que, por conseqüência, faria com que não houvesse uma razão de se contestar sua constitucionalidade, posto não existir uma dependência absoluta do Direito Penal ao Direito Administrativo, isto em virtude de o tipo penal consistir em uma desobediência qualificada por um dano ambiental, já que o legislador proibia somente as condutas que se enquadrassem “em medida inadmissível”¹⁰⁶. Entretanto, apesar da expressão “em medida inadmissível” ter sido excluída da nova redação do crime de poluição português, a sua essência permaneceu na nova redação do crime de poluição, isto porque ela se identificava como acessoriedade administrativa. A acessoriedade administrativa consubstanciada na expressão “em medida inadmissível” permaneceu viva e com nova roupagem, agora, como “não observando

102 Rudolphi, 1984: 198.

103 Rudolphi, 1984: 198.

104 Miranda Rodrigues, 1999: 968.

105 Miranda Rodrigues, 1999: 961.

106 Miranda Rodrigues, 1999: 962 e 965.

disposições legais, regulamentares ou obrigações impostas pela autoridade competente em conformidade com aquelas disposições”¹⁰⁷. Deste modo, o pensamento de Miranda Rodrigues permanece atual e sujeito a crítica.

Há-de se verificar que Miranda Rodrigues não analisa a questão a partir das premissas corretas. Se, por um lado, é verdade que o tipo penal português do crime de poluição é uma desobediência qualificada por uma referência ambiental, por outro, há-de se reconhecer que este tipo penal não protege o ambiente dos danos ambientais autorizados pela Administração Pública e nem dos danos causados em níveis inferiores às prescrições administrativas. Como bem demonstra Sousa Mendes, “se poluir, não exagere!”¹⁰⁸. O efeito legalizador da atuação poluente do particular é trazido pelo ato permissivo, de forma tal que o legislador criminalizou apenas a desobediência, tendo, assim, abstraído o desvalor da conduta sob o ponto de vista da lesão ao ambiente¹⁰⁹.

Ou seja, depara-se com um verdadeiro Direito Penal Simbólico, cuja capacidade para proteger o bem jurídico declarado não corresponde aos interesses efetivamente protegidos, servindo apenas para a injustificada expansão do Direito Penal. É de bom tom que, para os fins deste estudo, se furte de proceder a considerações acerca do bem jurídico protegido e do resultado punido, sob pena de se desviar do foco de análise, mas urge frisar que o delito em questão é efetivamente um crime de mera desobediência, ao contrário do que fora defendido por Miranda Rodrigues. Também, há-de se consignar a total relevância, para a caracterização da ilicitude penal, da demonstração de tolerância pelas autoridades administrativas, uma vez que existem atos administrativos implícitos¹¹⁰ produtores de efeitos, que não podem ser negados por um Direito Penal vinculado às premissas jurídicas do Direito Administrativo.

107 Recorde-se da redação anterior do Artigo 279.º – Poluição – 1 – Quem, em medida inadmissível: (...) 3 – A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão de poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo.

108 Sousa Mendes, 2000: 124.

109 Sousa Mendes, 2000: 143.

110 Mello contesta este posicionamento: “Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum. Tal omissão é um fato jurídico e, *in casu*, um fato jurídico administrativo. Nada importa que a lei haja atribuído determinado efeito ao silêncio: o de conceder ou negar. Este efeito resultará do fato da omissão, como *imputação legal*, e não de algum presumido ato, razão por que é de rejeitar a posição dos que considerem ter aí existido um ato tácito.” Mello, 2000: 354.

García de Enterría & Fernández, após discorrerem sobre a evolução, cujo início se deu por lei francesa de 17 de julho de 1900, da técnica do silêncio administrativo em Espanha, defendem o silêncio positivo como autêntico ato administrativo presumido frente à vigente LPC^{111/112}. Ressalve-se, porém, que não se adota a terminologia usada no âmbito penal de que a tolerância ativa é uma omissão consciente e intencionada, enquanto que a tolerância passiva seria um puro não fazer pelo Poder Público¹¹³. Esta não adoção justifica-se pelo fato de se evitar uma confusão conceitual, já que em Espanha há conotação diversa para o silêncio positivo e o negativo da Administração Pública. García de Enterría & Fernández definem o silêncio administrativo negativo como uma simples ficção legal de efeitos exclusivamente processuais com o fim de permitir o acesso do administrado à instância judicial e, por outro lado, o silêncio positivo como um autêntico ato administrativo, que, apesar de

111 *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Artículo 43. Silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud de interesado. 1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada o desestimada por silencio administrativo, según proceda, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 4 de este artículo. 2. Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo. 3. La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento. La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. 4. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio. 5. Los actos administrativos producidos por silencio administrativo se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada. Los mismos producen efectos desde el vencimiento del plazo máximo en el que debe dictarse y notificarse la resolución expresa sin que la misma se haya producido, y su existencia puede ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá emitirse en el plazo máximo de quince días.*

112 García de Enterría & Fernández, 2006: 599 e 604.

113 Greco, 2006: 188.

presumido, é capaz de produzir todos os efeitos de uma resolução expressa¹¹⁴. Dessa forma, haverá exclusão de tipicidade, isto é, atipicidade da conduta, quando esta estiver amparada em um ato administrativo presumido, posto que a autorização da autoridade competente exigida pela lei penal existirá na seara administrativa. Em acréscimo, não se olvide ainda que se o citado ato administrativo presumido tiver conteúdo vinculado, a tipicidade também não poderia restar formada pelos dois fundamentos dissertados anteriormente.

No entanto, o ponto nevrálgico surge quando a tolerância administrativa se der frente à conduta antijurídica do particular. Verifique-se que, como tolerância, deve entender-se a omissão da Administração Pública em fazer cessar uma atuação pública e notória do particular em dissonância com as prescrições administrativas, uma vez que com o desconhecimento pelo Poder Público da conduta ilícita não há que se empregar o verbo tolerar ou qualquer similar, já que só se tolera aquilo que se conhece.

A construção de um imóvel em solo não edificável em razão de seu valor ecológico, sem as autorizações competentes, configura, no Brasil, o crime previsto no artigo 64.º da Lei 9.605/98¹¹⁵. Supondo que, apesar de esta conduta ser ilícita penal e administrativamente, a Administração Pública se quede omissa, ou melhor, tolerante e não chegue sequer a notificar o proprietário a desfazer a construção. Os anos se passam e este proprietário, com intuito de ganhar financeiramente e alavancar seu projeto político-partidário, ceda onerosamente, mas a baixo custo, seu terreno para diversos cessionários por meio de inúmeros contratos de gaveta, a fim de iniciar processo de favelização da área. Os cessionários das frações do terreno, verificando a existência de imóvel previamente construído na área e a possibilidade de terem seu teto, iniciam a construção de suas casas após a anuência verbal do presidente da associação de moradores local, que obteve promessa do secretário de obras do município de que seriam instalados postes de luz na localidade. Poucos meses depois da implantação da favela, os moradores são surpreendidos ao serem citados em processo criminal por violação do artigo 64.º da Lei de Crimes Ambientais. Não há dúvidas de que dentro da lógica tradicional de tipicidade formal, a conduta destes indivíduos é típica e punível, salvo se fosse

114 García de Enterría & Fernández, 2006: 604 e 605.

115 Art. 64.º. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

verificada a ocorrência de erro de proibição invencível. Certo que o erro de proibição poderia até trazer a não punição criminal destes moradores, mas não se vislumbra como correta a sua invocação para o caso em tela, posto que mesmo que houvesse erro de proibição, este seria evitável, fato que geraria tão somente uma redução de pena.

Em realidade, o erro dos moradores deveu-se à confiança prévia gerada pelo Poder Público Municipal, isto porque tolerou, em solo não edificável em razão de seu valor ecológico, a antiga construção do imóvel do proprietário do terreno e a instalação pública e notória da favela, sem contar que nestes moradores foi criada expectativa legítima de que o município forneceria serviço público básico para aquela comunidade. No exemplo considerado, inexistente tipicidade em função da incidência do princípio da confiança, que é hipótese de risco permitido. Como afirma Jakobs, o princípio da confiança é uma autorização para que se confie nas outras pessoas, ainda que se saiba, com base na experiência, que toda e qualquer pessoa erra¹¹⁶. Como bem explica Fluck, do Estado de Direito derivam os axiomas da segurança jurídica e da proteção da confiança, que se ligam aos direitos fundamentais¹¹⁷. Fluck bem delinea e defende a aplicação do princípio da confiança nas hipóteses de tolerância administrativa, como forma de salvaguarda do cidadão. Entretanto, não se pode concordar com a ponderação que Fluck faz entre a confiança e os interesses públicos¹¹⁸, uma vez que tal ponderação flexibiliza a segurança jurídica vista como direito fundamental do cidadão de não ser surpreendido pelo Estado com punições.

Há-de se defender que o princípio da confiança seja o critério do intérprete para avaliar as hipóteses em que a Administração Pública tolera a conduta do cidadão que atua antijuridicamente. Tal assertiva não significa, de modo algum, que em toda e qualquer tolerância administrativa se aplicará o princípio da confiança, pois esta aplicação somente terá vez quando a tolerância do Poder Público para com a conduta ilícita do particular gerar neste uma confiança legítima de que sua atuação está autorizada¹¹⁹. No entanto, a questão central é a confiança legítima do particular na Administração Pública. Esta confiança, criada pela atuação comissiva ou omissiva da própria Admi-

116 Jakobs, 1997: 253.

117 Fluck, 1990: 203.

118 Fluck, 1990: 201.

119 No mesmo sentido: Greco, 2006: 190 e 191.

nistração Pública, dá origem ao risco autorizado que o particular assume ao realizar sua conduta. Assim, com a presença do risco permitido, a conduta do particular torna-se atípica e, por consequência, lícita.

4.5. Normas construídas sem remissão expressa ao Direito Administrativo

No que toca aos tipos penais construídos sem remissão legislativa expressa, urge perceber que esta remissão é implícita e serve como parâmetro material de lesão ou ameaça ao bem jurídico. Não é correto negar a persistência da acessoriedade administrativa na formação da tipicidade material dos crimes contra o ambiente. O tipo penal do artigo 54.^o¹²⁰ da Lei de Crimes Ambientais é o exemplo brasileiro paradigmático do problema em questão. Em Portugal, o crime de perigo relativo a animais ou vegetais previsto no artigo 281.^o do Código Penal exemplifica a questão. É certo que não cabe ao penalista definir o conteúdo dos termos florestas, plantações e culturas.

Acertadamente, Greco critica os ambientalistas que ignoram as garantias e a dogmática penal e desconsideram os padrões ambientais fixados pela Administração Pública na análise da tipicidade¹²¹. Leme Machado, por exemplo, ao discorrer sobre o crime de poluição, afirma que as normas administrativas servem para caracterizar a conduta, todavia, se tais normas forem inidôneas nesta caracterização, a incriminação poderá se dar independentemente delas, pois o tipo penal do artigo 54.^o não foi condicionado ao descumprimento de qualquer norma administrativa¹²². Em verdade, o posicionamento de Leme Machado viola a unidade do ordenamento jurídico¹²³, já que, em tese, segundo seu pensamento, uma conduta correta sob o prisma administrativo poderia ser considerada um injusto penal, criando, dessa forma, uma contradição sistêmica. Seu posicionamento afronta, ainda, o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, além de rasgar o já mencionado princípio da confiança, posto que o cidadão não só pode como deve confiar nas diretrizes contidas nas normas administrativas, dentre elas os valores-limite de poluição permitidos,

120 Art. 54.^o. 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 um a quatro anos, e multa.

121 Greco, 2006: 191 e 192.

122 Machado, 2005: 702.

123 “El principio de la unidad del ordenamiento jurídico obliga a que el Derecho Penal no pueda conminar con una pena un comportamiento expresamente permitido por el ordenamiento jurídico”. Calderón, 2005: 259 e 260.

quando previstos, para atuar licitamente na seara penal do ambiente. Não se olvide que, entre os princípios do Direito Ambiental, encontra-se o axioma do poluidor-pagador¹²⁴, o que torna disparatado o movimento em prol da expansão do Direito Penal simbólico. Em outros termos, refutar o posicionamento de Leme Machado não é mais do que garantir o respeito ao direito fundamental de liberdade, basilar de todo e qualquer Estado Democrático de Direito. Se o ato ou a norma administrativa é iníqua para a proteção do ambiente que se responsabilize o administrador público, se agiu de má-fé, ou o Ente Federado e se refaça a norma, mas jamais punir penalmente o cidadão que atuou amparado e confiando nas diretrizes de Direito Administrativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste panorama da legalidade no Direito Penal Ambiental, é possível perceber a necessidade de se assumir uma concepção crítica da tutela do Ambiente por meio do Direito Penal. Esta tomada de posição tende a robustecer o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Direito de Liberdade e as garantias que lhe são correlatas não podem ceder em prol do fortalecimento do poder punitivo estatal. Se, por um lado, é certo que o Ambiente deve ser tutelado, por outro, é correto e necessário impor que esta tutela ocorra dentro dos limites democráticos e em obediência aos direitos fundamentais, sob pena de o Ambiente servir, apenas, de mote legitimador para o recrudescimento de um Estado punitivo e liberto das amarras basilares do Estado de Direito. Dentro destas amarras fundamentais do Estado de Direito, encontra-se o princípio da legalidade, que não se limita a uma concepção formal, mas que deve ser visto e trabalhado a partir de uma concepção material, a fim de se evitar o seu esvaziamento, o que historicamente ocorreu em diversos Estados totalitários. Por esta razão, deve ser-se muito cauteloso com a tutela penal do ambiente, já que a causa é de extrema importância e urgência e, por conseqüência, tende a tornar o jurista menos cioso com os perigos do expansionismo penal.

124 "O Princípio do Poluidor Pagador é o princípio que, com maior rapidez e eficácia ecológica, com maior economia e maior equidade social, consegue realizar os objectivos da política de protecção do ambiente. Os fins que o PPP visa realizar são a precaução, prevenção e a equidade na redistribuição dos custos das medidas públicas." Aragão, 2007: 48.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel

2006 *Princípio da Confiança no Direito Penal – Uma Introdução ao Estudo do Sujeito em Face da Teoria da Imputação Objetiva Funcional*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ARAGÃO, Alexandra

2007 “Direito Constitucional do Ambiente da União Européia”, in Canotilho, José Joaquim Gomes & Leite, José Rubens Morato (orgs.), *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, pp. 11-55.

BITENCOURT, Cezar Roberto

2007 *Erro de Tipo e Erro de Proibição – Uma Análise Comparativa*, 4.^a ed., São Paulo: Saraiva.

BRUNO, Aníbal.

1967 *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo 1.º, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Forense.

CALDERÓN, Silvia Mendonza

2005 “La Protección del Medio Ambiente en Alemania, Italia, Francia y España: Estudio de Derecho Penal Comparado”, in Martos Nuñez, Juan Antonio (org.), *Derecho Penal Ambiental*, Madrid: Exlibris.

CAETANO, Marcelo

2003 *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina.

CARVALHO FILHO, José dos Santos

2005 *Manual de Direito Administrativo*, 14.^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto

2005 *Abuso do Direito*, 2.^a reimp., Coimbra: Almedina.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella

2001 *Direito Administrativo*, 13.^a ed., São Paulo: Atlas.

FELICIANO, Guilherme Guimarães

2005 *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental Brasileiro*, São Paulo: LTr.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2007 *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I*, 1.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

FLUCK, Jürgen

1990 “Die Duldung des unerlaubten Betriebes genehmigungsbedürftiger Anlagen – Ein Beitrag zu den verwaltungsrechtlichen und strafrechtlichen Wirkungen informellen Verwaltungshandelns”, in *Natur+Recht*, Caderno 5, Hamburg/Berlin: Paul Parey, pp. 197-203

- FREITAS, Vladimir Passos de & FREITAS, Gilberto Passos de
2006 *Crimes Contra a Natureza*, 8.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- FRISCH, Wolfgang
1993 *Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandsverständnis im Umweltstrafrecht: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen*, Heidelberg: Juristischer Verlag.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo & FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón
2006 *Curso de Derecho Administrativo I*, 13.^a ed., Cizur Menor-Navarra: Aranzadi e Thomson Civitas.
- GOMES, Luiz Flávio
1999 *Estudos de Direito Penal e Processual*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRECO, Luís
2006 “A Relação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo no Direito Penal Ambiental: Uma Introdução aos Problemas da Acessoriedade Administrativa”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Vol. 14, N.º 58, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GRECO, Rogério
2006 *Curso de Direito Penal – Parte Especial*, Vol. II, Niterói: Impetus.
- HUNGRIA, Néson
1958 *Comentários ao Código Penal*, Tomo I, Vol. I, 4.^a ed., Rio de Janeiro: Forense.
- JAKOBS, Günther
1997 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación* (trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo), 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas
2002 *Tratado de Derecho Penal – Parte General* (trad. por Miguel Olmedo Cardenete), 5.^a ed., Granada: Comares.
- JESUS, Damásio Evangelista
2002 *Crimes de Trânsito*, 5.^a ed., São Paulo: Saraiva.
- KÖHLER, Helmut
2005 *BGB – Allgemeiner Teil*, 29.^a ed., München: C.H. Beck.
- LOBATO, José Danilo Tavares
2009 *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras: Uma Questão Única de Imputação Objetiva*, Curitiba: Juruá.

- LUCA, Javier Augusto de
1997 *Leyes Penales más Benignas, en Blanco y Constitución Nacional*, 1.^a ed., Buenos Aires: AD-HOC.
- LUISI, Luiz
2003 *Os Princípios Constitucionais Penais*, 2.^a ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme
2005 *Direito Ambiental Brasileiro*, 13.^a ed., São Paulo: Malheiros.
- MEIRELLES, Hely Lopes
1996 *Direito Administrativo Brasileiro*, 19.^a ed., São Paulo: Malheiros.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de
2000 *Curso de Direito Administrativo*, 12.^a ed., São Paulo: Malheiros.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet
2007 *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva.
- MILARÉ, Edis & COSTA JR., Paulo José da
2002 *Direito Penal Ambiental – Comentários à Lei 9.605/98*, Campinas: Millennium.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo
2006 *Mutações do Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar.
- MUÑOZ CONDE, Francisco
2003 *El Error em Derecho Penal*, Buenos Aires: Rubinzal/Culzoni.
- PRADO, Luiz Regis
2005 *Direito Penal do Ambiente*, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- RENGIER, Rudolf
1989 “Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, N.º 101, Caderno 4, pp. 874-907.
- RODRIGUES, Anabela Miranda
1999 “Artigo 279”, in Dias, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial – Tomo II – Artigos 202.º a 307.º*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 944-978.
- ROGALL, Klaus
1988 “Gegenwartsprobleme des Umweltstrafrechts”, in (?), *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zum 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, pp. 505-529.
- ROXIN, Claus
2006 *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München: C. H. Beck.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

1984 “Primat des Strafrechts im Umweltschutz”, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Caderno 5, Ano 4, München: C. H. Beck, pp. 193-199.

SHALL, Hero

1990 “Umweltschutz durch Strafrecht: Anspruch und Wirklichkeit”, in *Neue Juristische Wochenschrift*, N.º 20, München: C. H. Beck, pp. 1263-1273.

SILVA, Antonio José da Costa e

2004 *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*, Vol. I, in Coleção História do Direito Brasileiro, Vol. VII, Brasília: Senado Federal e Conselho Editorial do STJ.

SIRVINSKAS, Luís Paulo

2004 *Tutela do Meio Ambiente – Breves Considerações atinentes à Lei n.º 9.605/1998*, 3.ª ed., São Paulo: Saraiva.

SOUSA MENDES, Paulo de

2000 *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa: AAFDL.

SUNDFELD, Carlos Ari

2003 *Direito Administrativo Ordenador*, 1.ª ed., São Paulo: Malheiros.

WELZEL, Hans

1969 *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlin: Walter de Gruyter.

WESSELS, Johannes

1976 *Direito Penal – Parte Geral – Aspectos Fundamentais* (trad. por Juarez Tavares), Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris.