

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Raquel Iung Santos

**Assessoriedade administrativa no direito penal ambiental e os riscos ao princípio da
legalidade penal**

Florianópolis/SC

2022

Raquel Iung Santos

Assessoriedade administrativa no direito penal ambiental e os riscos ao princípio da legalidade penal

Trabalho Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito
Orientador: Prof. Dr. Pedro de Menezes Niebuhr

Florianópolis/SC

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Santos, Raquel Iung

Assessoriedade administrativa no direito penal
ambiental e os riscos ao princípio da legalidade penal /
Raquel Iung Santos ; orientador, Pedro de Menezes Niebuhr,
2022.

68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Ambiental. 3. Penal. 4. Assessoriedade
administrativa. 5. Complementação da lei. I. Niebuhr, Pedro
de Menezes. II. Universidade Federal de Santa Catarina.
Graduação em Direito. III. Título.

Raquel Iung Santos

Assessoriedade administrativa no direito penal ambiental e os riscos ao princípio da legalidade penal

Este Trabalho Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel” e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis/SC, 22 de julho de 2022.

Prof. Luiz Henrique Cademartori, Dr.
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Francisco Bissoli Filho, Dr.
Avaliador
Universidade Federal de Santa Catarina

Mateus Stallivieri da Costa
Avaliador
Fundação Getúlio Vargas

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha família e amigos pelo apoio constante ao longo dos cinco anos de curso, e ao meu professor orientador pelos ensinamentos e conselhos que foram fundamentais à confecção deste trabalho.

RESUMO

Este trabalho analisa as técnicas de complementação administrativa da Lei de Crimes Ambientais, sob a luz do princípio constitucional da legalidade penal. A natureza multidisciplinar da matéria ambiental exige a adaptação dos tipos penais tradicionais, que não podem abarcar as informações técnicas e detalhadas necessárias para a aplicação prática da lei. O legislador brasileiro encontrou a solução para esse problema na inclusão de tipos penais “em branco” na Lei de Crimes Ambientais, sujeitos a complementação administrativa, por meio de normas infralegais e extrapenais. Essa escolha, no entanto, vai de encontro ao princípio constitucional da legalidade, em especial no que tange à reserva legal e à taxatividade da lei penal, premissas fundamentais ao exercício do poder punitivo do Estado. Os objetivos do presente trabalho são: a) analisar o sistema jurídico de responsabilização pelo dano ambiental atualmente vigente no Brasil, comparando a tutela penal com o direito administrativo sancionador e a responsabilidade civil; b) introduzir o conceito de assessoriedade administrativa e identificar as diferentes espécies de complementação adotadas na Lei de Crimes Ambientais e c) apontar as consequências causadas pelo uso dessa técnica normativa. A hipótese inicial é a de que o uso desmedido de técnicas de complementação da lei vulnera o princípio da legalidade penal. O trabalho faz uso de revisão bibliográfica e legislativa, assim como análise de precedentes paradigmáticos. O resultado do presente estudo confirma a hipótese inicialmente apresentada, culminando na conclusão de que o uso exacerbado da assessoriedade administrativa afasta a lei da legalidade exigida pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Ambiental. Penal. Assessoriedade administrativa. Complementação. Administração pública. Legalidade penal.

ABSTRACT

This work analyses the administrative complement techniques in the Environmental Crimes Act, under the scope of the constitutional rule of law. The multidisciplinary nature of the environmental matter requires the adaptation of traditional criminal rules, which cannot encompass the technical and detailed information necessary for practical application of the law. The Brazilian legislator found the solution to this problem in the inclusion of “blank” criminal rules in the Environmental Crimes Act, which are subject to administrative complementation, through infralegal and non-criminal rules. This choice, however, goes against the constitutional principle of the rule of law, especially with regard to the legal reserve and the exhaustiveness of the criminal law, which are fundamental premises for the exercise of the State’s punitive power. The objectives of this paper are: a) to analyze the legal system of liability for environmental damage currently in force in Brasil, comparing criminal protection with sanctioning administrative law and civil liability; b) to introduce the concept of administrative assistance and to identify the different types of complementation adopted in the Environmental Crimes Act and c) to point out the consequences caused by the use of this normative technique. The initial hypothesis is that the excessive use of legislative complementation techniques violates the principle of the criminal rule of law. The paper is based on bibliographic and legislative review, as well as analysis of paradigmatic precedents. The result of this study confirms the hypothesis initially presented, culminating in the conclusion that the exacerbated use of administrative assistance furthers the law from the legality required by the Federal Constitution.

Keywords: Environmental. Criminal. Administrative assistance. Complementation. Public administration. Rule of law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	9
2	PROTEÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	11
2.1	O SURGIMENTO DAS TRÊS ESFERAS DE PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE, AS SUAS DISTINÇÕES BÁSICAS E A SUA RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO.....	11
2.2	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	16
2.3	RESPONSABILIDADE CIVIL.....	21
2.4	DIREITO PENAL AMBIENTAL.....	24
2.5	NON BIS IN IDEM.....	26
3	TUTELA PENAL.....	30
3.1	OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A CRIAÇÃO E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL.....	30
3.2	ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA.....	33
3.3	DIFERENTES TÉCNICAS DE COMPLEMENTAÇÃO ADOTADAS NA LEI Nº 9.605/98.....	40
4	COMPLEMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA FRENTE A TIPICIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	45
4.1	AS FUNÇÕES DA TIPIFICAÇÃO PENAL DAS CONDUTAS.....	45
4.2	O TIPO PENAL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS.....	46
4.2	(IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAS EM BRANCO.....	50
4.3	REPERCUSSÕES DA ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO PENAL AMBIENTAL.....	54
5	CONCLUSÃO.....	61
6	REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

A inclusão do meio ambiente ecologicamente equilibrado no rol de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal representou uma mudança de postura do legislador brasileiro com relação à proteção ambiental. Não mais tutelado apenas por dispositivos essencialmente destinados à preservação da saúde humana, mas agora considerado bem jurídico em si digno de tutela, a proteção do meio ambiente exigiu diferentes graus de adaptação dos sistemas tradicionais de responsabilização empregados pelas esferas jurídicas que tratam da matéria: civil, administrativa e penal.

No direito penal, a natureza multidisciplinar do bem jurídico tutelado trouxe desafios que nunca antes ocuparam um papel de tamanho destaque na lei penal. A rigidez das regras que orientam o exercício do poder punitivo do Estado, incompatível com o constante desenvolvimento do entendimento científico sobre a matéria ambiental, foi parcialmente flexibilizada por meio de recursos legislativos que lhe conferem a maleabilidade necessária para a tutela do novo bem jurídico.

Embora as normas penais incompletas não fossem estranhas ao direito penal àquela altura (posto que na redação original do Código Penal de 1940, já se fazia referência a previsões de outros dispositivos), o surgimento dos novos bens jurídicos, associados ao desenvolvimento da sociedade do risco, provocou uma onda criminalizadora caracterizada pelo uso excessivo de tipos penais em branco que vieram a ocupar cada vez mais espaço no direito penal.

Nesse contexto, a opção do legislador pela assessoriedade administrativa se deu com a finalidade de proporcionar à lei penal ambiental maior estabilidade e possibilitar sua aplicação prática, que depende de detalhes que não podem ser inclusos na legislação; tanto pela falta de expertise técnica do legislador, quanto pela evolução constante do entendimento científico sobre a matéria.

No entanto, a atividade legiferante da Administração Pública, especialmente em âmbito criminal, levanta muitas discussões e críticas doutrinárias acerca da conformidade da complementação infralegal dos tipos penais (e, conseqüentemente, das normas penais em branco) com os princípios penais constitucionais, que orientam o funcionamento de todo o sistema de justiça criminal. Essas questões são especialmente relevantes no atual cenário de expansão do direito penal, dominado pelos valores da sociedade do risco e, por isso, tendente a uma criminalização desmedida como panaceia a todos os males sociais.

A pergunta que se busca responder com o presente trabalho é: se, e até que ponto, a assessoriedade administrativa ao direito penal ambiental vulnera a legalidade exigida pela

Constituição Federal, tendo em vista os pressupostos rígidos necessários para o exercício do *jus puniendi* do Estado. Para tanto, o presente trabalho tem como base a revisão bibliográfica e legislativa, assim como a análise de precedentes judiciais paradigmáticos, indicativos do entendimento predominante na jurisprudência. Os trabalhos desenvolvidos por Gunter Heine, Norberto Mata Barranco e Helena Regina Lobo da Costa são os marcos teóricos que dão base a este estudo.

A hipótese inicial é a de que o uso desmedido e indiscriminado das técnicas de reenvio do conteúdo da norma penal afastam os tipos da legalidade penal necessária para a aplicação da lei. A fim de verificar essa hipótese, inicialmente analisar-se-á o sistema jurídico brasileiro de proteção ambiental em todas as suas esferas de responsabilização pelo dano. Em seguida, a tutela penal ambiental é tratada em maior detalhe, com especial foco nas técnicas de assessoriedade administrativa utilizadas na redação dos tipos da Lei de Crimes Ambientais.

Ao final, são apontadas as críticas doutrinárias à complementação das normas penais por instrumentos infralegais, assim como as possíveis soluções para alguns desses problemas, propostas pelos autores que tratam da matéria. Busca-se, com isso, verificar a compatibilidade da assessoriedade administrativa com o direito penal ambiental, e determinar se o uso dessa técnica legislativa é adequado ao princípio constitucional da legalidade.

2 PROTEÇÃO AMBIENTAL NO DIREITO BRASILEIRO

A análise dos pontos de coincidência e interação entre a atividade administrativa e a norma penal ambiental requer, de início, a compreensão das três diferentes esferas de responsabilização pelo dano ambiental previstas na legislação brasileira. O presente capítulo trata dos três campos jurídicos alcançados pela proteção ao meio ambiente¹; direcionados por princípios distintos, baseados em diferentes modelos de responsabilização e, ainda assim, aplicados cumulativamente, a despeito de eventual conflito entre decisões finais.

2.1 O SURGIMENTO DAS TRÊS ESFERAS DE PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE, AS SUAS DISTINÇÕES BÁSICAS E A SUA RECEPÇÃO PELO DIREITO BRASILEIRO

A legislação ambiental brasileira acompanhou a crescente preocupação mundial com a proteção do ambiente, tomando maiores proporções a partir da assinatura da Declaração de Estocolmo, em 1972. Antes disso, o regime jurídico nacional já regulava, pontualmente, a exploração de alguns recursos naturais; especialmente aqueles de relevante interesse econômico. A maior mudança de perspectiva em âmbito nacional, no entanto, ocorreu com a promulgação da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), e da Constituição Federal Brasileira de 1988², que, fortemente influenciada pelas Constituições “verdes”³ da época, implementou uma série de dispositivos que dão base à atual tutela ambiental no Brasil.

Herman Benjamin⁴ identifica três diferentes períodos históricos na evolução legislativo-ambiental do Brasil, com base nas mudanças da valoração ético-jurídica do ambiente: (i) a fase da exploração desregrada; (ii) a fase fragmentária; e (iii) a fase holística.

A exploração desregrada, que cobre o período mais longo da história nacional, é caracterizada pela omissão legislativa, pontuada por iniciativas singulares de proteção à fauna

¹ Importante esclarecer sobre a sugestão de Alessandro Baratta, acerca de uma quarta esfera de responsabilização, de natureza política, voltada às decisões dos agentes políticos em âmbito legislativo. Essa temática, no entanto, foge ao escopo do presente trabalho. Sobre o assunto: BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal). *Doutrina Penal*, n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, p. 623-650, 1987.

² BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 5-52, jan./mar. 1998.

³ A exemplo da Constituição Portuguesa, de 1976, e da Constituição Espanhola, de 1978.

⁴ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 48-82, abr./jun. 1999.

e à flora, usualmente com a finalidade de perpetuar a existência de certos recursos naturais de alto valor econômico, intensamente explorados.

Na fase fragmentária, a preocupação do legislador com a pauta ambiental é mais significativa, mas ainda restrita ao controle da atividade exploratória. Desse período, destacam-se o Código Florestal⁵, os Códigos de Caça⁶, de Pesca⁷ e de Mineração⁸. Também nessa fase foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), predecessora da estrutura administrativa especializada que estaria por vir.

A fase holística teve início com a promulgação da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938), em 1981, agora com a proteção integral do meio ambiente como sistema ecológico integrado, classificado como bem jurídico em si. Diferente dos diplomas legais vigentes até então, a Política Nacional do Meio Ambiente elencou princípios, objetivos e instrumentos para tutela ambiental, e instituiu um regime de responsabilidade objetiva pelos danos provocados ao ambiente, conferindo legitimidade ao Ministério Público para atuar na defesa do novo bem jurídico.

É nesse contexto que foi redigida e promulgada a Constituição Federal de 1988 que, além de classificar o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, em seu artigo 225⁹, também prevê a tríplice responsabilidade pelo dano ambiental¹⁰: passível de sanção administrativa e penal, sem prejuízo de eventual responsabilização civil à reparação dos danos provocados¹¹.

Algumas características do novo bem jurídico tutelado pela constituição provocaram uma resposta legislativa mais enfática no estabelecimento de medidas repressivas, resultando, nas palavras de Édis Milaré, na transição de um direito de danos, para um direito de riscos¹². Como resultado, a responsabilização pelo dano ambiental vai além do ressarcimento pela degradação do meio ambiente, para incluir também custos de repressão, reparação e prevenção

⁵ Lei nº 4.771/65.

⁶ Lei nº 5.197/67.

⁷ Decreto-lei nº 221/67.

⁸ Decreto-lei nº 227/67.

⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹⁰ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14a. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

¹¹ Art. 225. [...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹² *Ibidem*, p. 421.

do dano ao ambiente¹³, de acordo com os princípios estruturantes do direito ambiental, decorrentes de previsões constitucionais.

Os princípios da precaução e da prevenção¹⁴ se antecipam à ocorrência do dano ambiental. Enquanto o dever de prevenção¹⁵ diz respeito à eliminação dos riscos concretos à integridade ecológica (aqueles cientificamente comprovados), a precaução¹⁶ prescreve uma postura acautelatória no caso de incerteza científica acerca do possível risco ao ambiente; não quanto a sua ocorrência, mas no que se refere às consequências que a concretização desse risco pode provocar.

A premissa de reparação integral do dano¹⁷ veda qualquer medida (seja ela legislativa, judicial ou administrativa) que limite a plena reparabilidade do dano ambiental¹⁸. O princípio do poluidor-pagador, por sua vez, visa a internalização dos custos associados à degradação ambiental¹⁹, e estende as hipóteses de responsabilização para abarcar qualquer sujeito envolvido na deterioração ambiental, direta ou indiretamente.

Nesse cenário, ocorreu o que Hermann Benjamin²⁰ convencionou chamar de “renascimento” do regime de responsabilização civil. Nas décadas de 1970 e 1980, ainda das

¹³ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – Teoria e prática. 7. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 212-213.

¹⁴ Embora não elencados expressamente no texto constitucional, a precaução e a prevenção são princípios implícitos, construídos pela doutrina e jurisprudência nacionais a partir da leitura sistemática de uma série de outros dispositivos que estabelecem deveres de natureza preventiva e precaucional ao Poder Público, em especial aqueles previstos nos incisos II, III e IV, do §1º do artigo 225 da Constituição Federal.

¹⁵ LEITE, José Rubens Morato (Coord.). Manual de direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 99.

¹⁶ “(...) la prévention renforcée ou prévention-précaution pour éviter la survenance de dommages dont on ne connaît pas les conséquences en raison de l’incertitude Scientifique ou de la controverse Scientifique concernant leurs conséquences réelles (par exemple les effets à long terme de rejets chimiques dans les océans, les effets des faibles doses de radioactivité, les effets de organismes génétiquement modifiés, les effets des pesticides). L’incertude dont il s’agit n’est pas liée à la survenance du risque mais aux conséquences que cette survenance peut déclencher”. (PRIEUR, Michel. Le principe de précaution. Disponível em: <https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf>).

¹⁷ Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

¹⁸ “(...) qualquer disposição legislativa (p. ex., que limite o valor da indenização pela reparação de dano nuclear), acordo (p. ex., um TAC em que o tomador do compromisso aceita a instalação de apenas dois dispositivos antipoluentes, quando a palavra técnica indica a necessidade de três), ou decisão judicial (p. ex., que afasta a coexistência de pedido indenizatório cumulado com obrigação de recomposição in natura) preordenados a limitar a plena reparabilidade do dano serão ilegítimos, não só por acolitarem a impunidade, mas, e principalmente, por representarem inequívoca autorização indébita para a apropriação de bem que a todos pertence”. (MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021).

¹⁹ “Podemos, então, considerar o princípio do poluidor-pagador através da ótica do poluidor primeiro pagador, importando em considerar que o poluidor é, antes de poluir, pagador. Pagador dos custos relativos às medidas preventivas e precaucionais, destinadas a evitar a produção do resultado proibido ou não pretendido, ou seja, é primeiro pagador, porque paga, não porque poluiu, mas paga justamente para que não polua.” (LEITE, José Rubens Morato (Coord.). Manual de direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 103).

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. Revista de Direito Ambiental: RDA, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 5-52, jan./mar. 1998, p. 2.

fases iniciais do desenvolvimento do sistema jurídico de proteção ambiental que se tem hoje, alguns autores apontavam a incompatibilidade do modelo tradicional de responsabilização civil (voltado à reparação pelo dano, mas não à prevenção), quando deparado com danos ambientais. As considerações de Robert Rabin²¹ e Eduardo Pigretti²², embora não voltadas diretamente ao sistema jurídico brasileiro, expõem algumas peculiaridades dos danos ambientais que dificultam a aplicação da tutela civil tradicional a esses casos.

A difícil (e altamente técnica) aferição da extensão dos danos ao ambiente, tornada ainda mais complexa em virtude da defasagem temporal entre os atos danosos e os efeitos de longo prazo provocados por eles, assim como os obstáculos à identificação dos responsáveis pelos prejuízos, são alguns dos fatores que exigem medidas e parâmetros diferentes daqueles tipicamente aplicados pelo direito civil, a fim de proporcionar uma proteção ambiental minimamente efetiva. No Brasil, a reparação civil pelos danos ambientais está sujeita a um regime adequado às especificidades do meio ambiente, investido de diferentes instrumentos e norteado por princípios específicos voltados à tutela do ambiente.

Completando as esferas jurídicas da proteção ambiental, a Lei nº 9.605 (Lei de Crimes Ambientais) foi aprovada em 1998. Embora existissem crimes e contravenções penais relacionados a danos ambientais antes da promulgação da lei especial, os tipos penais eram fundados na proteção à saúde humana²³, assim como boa parte da legislação que regulava a exploração dos recursos naturais na época. Os tipos penais criados com a Lei nº 9.605/98, por outro lado, têm como fundamento a proteção ao bem jurídico meio ambiente, integrando, assim, a tríplice responsabilização pelo dano ambiental, prevista pela Constituição Federal.

Apesar do destaque conferido à tutela preventiva do ambiente, fato é que, no direito ambiental, a responsabilização pelo dano é matéria de maior vulto, e certamente a que provoca mais discussões doutrinárias. Isso decorre, em parte, do nível de tolerância da Administração Pública (e da própria legislação), na regulação de certas atividades nocivas ao ambiente²⁴, seja pela flexibilização dos parâmetros do que é aceitável em termos de degradação, seja pela inevitabilidade do dano associado a determinadas condutas.

²¹ RABIN, Robert L. Environmental Liability and the Tort System. *Houston Law Review*, v. 24, 1987, p. 27-52.

²² PIGRETTI, Eduardo A. Prologo. *In: PIGRETTI, Eduardo A. et al. La Responsabilidad por Daño Ambiental*. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1986, p. 13.

²³ Os crimes de dano a recursos naturais previstos no Código Penal, a exemplo dos artigos 270 e 271 (envenenamento de água potável e corrupção ou poluição de água potável, respectivamente), estão elencados no Capítulo III, “Dos crimes contra a saúde pública”.

²⁴ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. *Revista de Direito Ambiental: RDA*, São Paulo, v. 89, p. 221-254, jan./mar. 2018.

Como resultado, o direito ambiental brasileiro não apenas conta com amparo constitucional, como também pode se valer de três diferentes esferas jurídicas para tutela dos bens abarcados pelo direito fundamental ao “meio ambiente ecologicamente equilibrado”. Condutas danosas ao ambiente podem ser objeto de fiscalização e sanção pelos órgãos especializados que integram a Administração Pública. Na esfera cível, a responsabilização objetiva, integral e solidária pelos danos ambientais pode resultar na condenação do réu à reparação da degradação ambiental que lhe possa ser atribuída. No âmbito criminal, os danos ao ambiente tipificados em lei podem ainda resultar na condenação do acusado às penas cominadas pelo dispositivo legal. Tudo como resultado de um único ato, pela provocação de um mesmo dano.

A responsabilização cumulativa em três diferentes esferas jurídicas por um mesmo fato – especialmente a incidência concomitante de sanções de natureza penal e administrativa – é objeto de discussão fervorosa de boa parte da doutrina, apesar da redação expressa do texto constitucional, que, teoricamente, afasta qualquer violação ao *non bis in idem*²⁵.

De todo modo, a responsabilização pelo dano ambiental é amparada, em todas as três esferas jurídicas que preveem sua aplicação, na antijuridicidade. Os atos objeto de tutela, em si, não são distintos ao ponto de permitir uma classificação rígida das condutas que podem apenas ser classificadas como ilícitos administrativos, ou civis, ou penais. Não há característica intrínseca, além da previsão em lei, que diferencie as condutas danosas ao ambiente em classes separadas. O que interessa ao aplicador do direito, na prática, é o regime jurídico aplicável sobre a conduta, as possíveis consequências decorrentes da responsabilização pelo dano, e o meio utilizado pelo Estado para aplicação da lei²⁶.

As esferas sancionatórias têm seu poder mitigado pelas garantias fundamentais preservadas diante do *jus puniendi* estatal. Então, tanto no direito penal quanto no direito administrativo, a responsabilidade é subjetiva, não induz solidariedade, admite excludentes de causalidade, e está sujeita a prescrição. Essas características refletem as consequências “mais graves” associadas às sanções aplicadas por ambas esferas sancionatórias, que justificam um nível maior de proteção aos direitos fundamentais do eventual acusado.

No direito civil, o regime de responsabilização é consideravelmente mais rígido, e a legislação confere instrumentos de maior alcance ao judiciário: a responsabilização objetiva e solidária, imprescritível, aplicada nos termos da teoria do risco integral – e, portanto,

²⁵ Essa controvérsia será analisada, detidamente, em tópico próprio.

²⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14a. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

insuscetível às excludentes de causalidade no que tange ao dano. As previsões mais rigorosas são aplicadas sob a prerrogativa de garantia da reparação da degradação ambiental, em detrimento dos envolvidos no litígio. Outro fundamento que proporciona mais firmeza ao argumento é o fato de que, no direito civil, o que se busca é a reparação pelo dano provocado, e não a sanção dos degradadores; que é apurada em esfera diversa, sujeita a regras menos “agressivas”.

Na prática, a aplicação cumulativa das três esferas de responsabilização pode ocorrer concomitantemente; mas, o mais comum é que o primeiro contato do Estado com o (efetivo ou potencial) dano ambiental seja por meio da fiscalização pelo órgão público competente. Seja a pedido do Ministério Público em sede de diligências para instruir eventual procedimento extrajudicial de investigação, seja por iniciativa própria, para apurar denúncia feita junto aos órgãos de controle, os entes administrativos são geralmente aqueles que primeiro verificam a ocorrência de ofensa ao meio ambiente.

Via de regra, já nesse primeiro contato é lavrado o auto de infração ambiental e expedido embargo à atividade danosa, se for o caso. A partir daí, a prática do ilícito imputado ao agente é apurada por meio de processo administrativo, significativamente mais simples que o judicial. Nesse ínterim, é comum que o Ministério Público dê continuidade à instrução da investigação em andamento, podendo requerer a instauração de eventual Inquérito Policial, caso identificada a prática de crime ambiental.

O ajuizamento dos processos judiciais também não está sujeito a uma ordem específica, prevista em lei. É mais comum que ações penais sejam concluídas com mais celeridade, e em alguns casos a decisão na esfera cível é feita com base nas provas produzidas no Juízo penal, mas não há qualquer imposição de concordância entre as decisões finais de cada uma dessas esferas. Pelo contrário: a independência entre as instâncias, positivada no artigo 935 do Código Civil, é matéria pacífica na jurisprudência nacional²⁷, com a admissão de comunicabilidade das decisões apenas nos casos em que a inexistência do fato foi reconhecida na esfera criminal. Por isso, é comum que na esfera cível, em que as hipóteses de condenação pelo fato danoso são mais amplas, haja responsabilização do agente causador do dano mesmo nos casos em que o mesmo já foi absolvido na esfera penal, por qualquer justificativa que não a inexistência do fato.

²⁷ A título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.829.682. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 02/06/2020. Diário da Justiça Eletrônico, 09/06/2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.642.331. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 24/04/2018. Diário da Justiça Eletrônico, 18/05/2018.

Os diferentes fundamentos e meios de atuação das três esferas de responsabilização pelo dano ambiental significam que a apuração e a análise dos mesmos fatos, em cada um desses campos, pode resultar em conclusões diferentes, e resultados incongruentes entre si. Por isso, vale analisar, detidamente, os princípios que dão base e orientam os três regimes de responsabilização ambiental previstos pela Constituição Federal.

2.2 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O poder punitivo estatal certamente encontra sua máxima expressão no direito penal; mas essa não é a única via de exercício do *jus puniendi* de que se pode valer o Estado. Há toda uma parcela da Administração Pública dedicada à apuração de condutas desconformes (tipificadas previamente como ilícitos administrativos) e à aplicação das sanções correspondentes, na tutela de um determinado bem jurídico, por meio do que se denomina “direito administrativo sancionador”.

O exercício do poder de polícia conferido à Administração Pública já esteve fortemente associado ao Estado absolutista. Atualmente, a competência para fiscalização e sanção de determinados atos é reconhecida como mera expressão do princípio da legalidade²⁸, pois o exercício desse dever é amparado em previsão legal. Nos termos do Código Tributário Nacional, o poder de polícia diz respeito à atividade administrativa que limita ou disciplina direito, visando a preservação do interesse público; considerada regular quando desempenhada por órgão competente²⁹.

O poder de polícia ambiental, incumbido ao Estado pelo artigo 225 da Constituição Federal, é dever e prerrogativa do Poder Público na tutela administrativa do meio ambiente; e, nessas condições, é caracterizado pela discricionariedade, autoexecutoriedade e coercibilidade, elementos intrínsecos aos atos administrativos em geral³⁰. No direito administrativo também é facultado ao Poder Público o controle das atividades potencialmente degradadoras, por meio da

²⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 171.

²⁹ Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

³⁰ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

emissão de licenças, autorizações e permissões, além da autuação dos administrados por infrações ambientais efetivamente cometidas.

De maneira semelhante ao que ocorre em todos os âmbitos jurídicos, a proteção ambiental exige, do direito administrativo, instrumentos e procedimentos adequados às peculiaridades decorrentes da natureza difusa e coletiva do bem tutelado, em contraponto à lógica individualista que tradicionalmente orienta esse ramo, voltada à restrição dos poderes da Administração Pública em relação ao particular³¹. Alguns traços do processo administrativo ambiental evidenciam uma tentativa, ainda tímida e insuficiente, de adaptação do sistema a fim de melhor adequá-lo a essas características³².

Devido à competência conferida concomitantemente a municípios, estados, e União Federal na proteção ao meio ambiente, todas essas esferas da Administração Pública podem apurar e sancionar infrações administrativas ambientais. No entanto, nos termos da Lei Complementar nº 140/2011³³, não podem os entes federativos atuar de maneira autônoma e indistinta sobre as matérias elencadas no artigo 23 da Constituição Federal, sobrepondo-se uns aos outros, resultando em dupla sanção por um mesmo fato³⁴.

Nos termos do artigo 17 da referida lei³⁵, cabe ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização do empreendimento ou atividade danosa a lavratura do auto de infração e instauração do respectivo processo administrativo para apuração dos fatos. Portanto, não obstante a competência comum dos entes públicos para proteção do ambiente, o exercício do poder de polícia tipicamente observa a competência preponderante do órgão responsável pelo licenciamento e fiscalização de determinada matéria.

³¹ “O ‘surgimento’ do Direito Administrativo se deu no contexto de Estado liberal, cuja ordem jurídica tem como traço marcante uma feição predominantemente individualista, de proteção do indivíduo em face dos atos estatais. (...) As questões ambientais, surgidas recentemente, organizam-se sob lógica diferenciada. Suas demandas são plurais (não representam uma relação bipolar), ambivalentes e complexas (no sentido multi e interdisciplinares). Seu objeto envolve um bem de titularidade coletiva, de fruição comum.” (NIEBUHR, Pedro. Processo administrativo ambiental. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 51).

³² “[As questões suscitadas pelo Direito Ambiental] ainda são resolvidas sob a ótica do Direito Administrativo tradicional, pautado pela tensão entre o ato administrativo de feição essencialmente autoritária e a nota marcadamente individualista dos mecanismos de defesa, preocupados com a proteção da liberdade e propriedade dos indivíduos”. (NIEBUHR, Pedro. Processo administrativo ambiental. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 52).

³³ Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981.

³⁴ MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

³⁵ Art. 17. Compete ao órgão responsável pelo licenciamento ou autorização, conforme o caso, de um empreendimento ou atividade, lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada.

A apuração da infração e a consequente aplicação da sanção prevista no instrumento normativo se dá por meio de processo administrativo, com finalidade dissuasiva e sancionatória, instaurado junto ao órgão especializado competente para fiscalização do ato danoso. Dentre os possíveis desdobramentos, o autuado pode sofrer sanções de advertência, multa, apreensão, destruição ou suspensão da venda e fabricação de bens e produtos; assim como embargo, demolição da obra e suspensão das atividades, além da restrição de direitos.

As infrações administrativas ambientais estão elencadas no Decreto nº 6.514/08, que regulamenta a previsão do artigo 70 da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), o qual conceitua “infração administrativa”, como “*toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente*”³⁶, proporcionando, assim, uma ampla moldura legal para a atuação normativa do Poder Público.

A natureza jurídica da responsabilidade administrativa é objeto de controvérsia entre doutrinadores e juristas há anos. Por um lado, a teoria objetiva, fundada nas teses de Hely Lopes Meirelles³⁷, ampara-se no argumento de que a previsão do *caput* do artigo 70 da Lei nº 9.605/98 condicionou o conceito de “infração administrativa” apenas à voluntariedade do agente infrator, dispensando discussões acerca da culpa ou dolo do sujeito³⁸. Em contraponto, os doutrinadores que se filiam à teoria da responsabilidade administrativa subjetiva entendem que, sob a luz da garantia ao contraditório e à ampla defesa, prevista no inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal³⁹, a responsabilidade objetiva é a exceção à regra e, por isso, só pode ser admitida quando prevista expressamente em lei – o que não é o caso do artigo 70 da Lei nº 9.605/98⁴⁰.

³⁶ Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

³⁷ “A multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator”. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 222).

³⁸ A esse entendimento, filiam-se Flávio Dino e Nicolao Dino Neto (DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio. Crimes e infrações administrativas ambientais. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 410-414), Joel Ilan Paciornik (PACIORNIK, Joel Ilan. Tutela administrativa das águas. In: FREITAS, Vladimir Passos de. (coord.). Águas: aspectos jurídicos e ambientais. 3a. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 114), Marcelo Abelha Rodrigues (RODRIGUES, Marcelo Abelha. O STJ e a responsabilidade administrativa ambiental subjetiva: notas para uma reflexão. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302576,101048-O+STJ+e+a+responsabilidade+administrativa+ambiental+subjetiva+notas>), Paulo Affonso Leme Machado (MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 24a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 378) e Vladimir Passos de Freitas (FREITAS, Vladimir Passos de., *op. cit.*, p. 129).

³⁹ Art. 5º [...] LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴⁰ Aliados a essa corrente, dentre outros, estão: Curt Trennepohl (TRENNEPOHL, Curt. Responsabilidade administrativa no direito ambiental. In: FARIAS, Talden; Trennepohl, Terence (Coords.). Direito ambiental brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 480-482.), Daniel Ferreira (FERREIRA, Daniel. Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009), Edilson Pereira Nobre Júnior (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. Revista de direito administrativo. vol. 219. p. 127-151. Rio de Janeiro, 2000), Fábio Medina Osório (OSÓRIO,

Há, ainda, uma terceira corrente, que adota posição intermediária⁴¹. Os doutrinadores aliados a essa teoria entendem que a natureza da responsabilidade administrativa, em regra, é objetiva. Como exceção, nos casos em que a culpa ou dolo do infrator seja elemento essencial do tipo infracional, lida-se com responsabilização subjetiva⁴².

A controvérsia foi transposta à aplicação da lei pelas cortes superiores do país e, desde a promulgação da Constituição Federal e da Lei nº 9.605/98, observou-se uma mudança de paradigma no entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da questão. Nas primeiras ocasiões em que o Tribunal foi instado para se manifestar sobre o assunto, no início da década de 2000, a natureza objetiva da responsabilidade civil pelo dano ambiental já havia sido consolidada pela corte. Não é de se estranhar, então, que as primeiras decisões que tratavam da responsabilidade administrativa nessa mesma matéria tendessem a conclusões semelhantes, como ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 578.797, em 2004⁴³.

Desde então, essa tese foi superada em favor da responsabilidade subjetiva, que vem sendo aplicada em diversos julgados a partir de 2012, quando foi proferido o acórdão emblemático no Recurso Especial nº 1.251.697/PR⁴⁴. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça

Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 4. ed. São Paulo: RT, 2011, p. 353), e Heraldo Garcia Vitta (VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35-59).

⁴¹ Teoria defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 32a. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015).

⁴² “É muito discutido em doutrina se basta a mera voluntariedade para configurar a existência de um ilícito administrativo sancionável, ou se haveria necessidade ao menos de culpa. Quando menos até o presente, temos entendido que basta a voluntariedade, sem prejuízo, como é claro, de a lei estabelecer exigência maior perante figura tal ou qual”. (*Ibidem*, p. 880)

⁴³ Nesse caso, o entendimento dos julgadores foi pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva civil, prevista no §1º do artigo 14 da lei 6.938/81, à situação então analisada, que tratava da imposição de multa administrativa pelo corte de árvores nativas em área de proteção permanente. Essa previsão, combinada com o disposto no inciso VII do artigo 4º do mesmo diploma legal, que prevê expressamente o dever do poluidor de recuperar e/ou indenizar o dano causado, implicaria na responsabilização objetiva pela infração ambiental, segundo entendimento dos julgadores.

⁴⁴ AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MULTA APLICADA ADMINISTRATIVAMENTE EM RAZÃO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA EM FACE DO ADQUIRENTE DA PROPRIEDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MULTA COMO PENALIDADE ADMINISTRATIVA, DIFERENTE DA OBRIGAÇÃO CIVIL DE REPARAR O DANO. [...] 5. Esta Corte Superior possui entendimento pacífico no sentido de que a responsabilidade civil pela reparação dos danos ambientais adere à propriedade, como obrigação propter rem, sendo possível cobrar também do atual proprietário condutas derivadas de danos provocados pelos proprietários antigos. Foi essa a jurisprudência invocada pela origem para manter a decisão agravada. 6. O ponto controverso nesses autos, contudo, é outro. Discute-se, aqui, a possibilidade de que terceiro responda por sanção aplicada por infração ambiental. 7. A questão, portanto, não se cinge ao plano da responsabilidade civil, mas da responsabilidade administrativa por dano ambiental. 8. Pelo princípio da intranscendência das penas (art. 5º, inc. XLV, CR88), aplicável não só no âmbito penal, mas também a todo o Direito Sancionador, não é possível ajuizar execução fiscal em face do recorrente para cobrar multa aplicada em face de condutas imputáveis a seu pai. 9. Isso porque a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera cível (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu próprio elemento subjetivo, e com demonstração de nexo causal entre a conduta e o dano. 10. A diferença entre os dois âmbitos de punição e suas consequências fica bem estampada da leitura do art. 14, 1º, da Lei n. 6.938/81, segundo o qual “[s]em obstar a aplicação das penalidades

suscitou a teoria da culpabilidade, do direito penal, para afastar a responsabilização da proprietária do imóvel pela multa administrativa decorrente de dano ambiental atribuído ao antigo dono do terreno, apesar de se tratar de obrigação *propter rem*, nos termos da legislação civil. De acordo com a decisão proferida, os diferentes sistemas de responsabilização, civil e administrativo, podem ser deduzidos da adoção de diferentes termos pelos dispositivos legais, que se referem, separadamente, a “transgressor” e “poluidor”, para tratar das diferentes hipóteses.

Hoje, o entendimento predominante da jurisprudência é pela responsabilização subjetiva em âmbito administrativo. Por se tratar de uma instância sancionadora, são admitidos vários princípios típicos do direito penal no processo de apuração do ilícito pelo ente público; muito diferente do que ocorre na responsabilização civil, que supostamente contempla consequências mais brandas.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil ambiental, no direito brasileiro, está sujeita a regime próprio, diferente daquele incidente no direito civil comum ou no direito administrativo, em virtude do interesse público associado à conservação do ambiente⁴⁵. Esse “microsistema” traz uma série de peculiaridades decorrentes das previsões constitucionais e infraconstitucionais que tratam da proteção ambiental, que culminam em uma responsabilização objetiva, solidária e integral.

A Ação Civil Pública, de finalidade reparatória/preventiva⁴⁶, pode resultar na condenação do agente ao cumprimento de obrigações de não fazer, com o término da atividade poluidora/degradadora; obrigações de fazer, com a recuperação do bem degradado, e a

previstas neste artigo [entre elas, frise-se, a multa] é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”. 11. O art. 14, caput, também é claro: “[s]em prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...]”. [...] 14. Mas fato é que o uso do vocábulo “transgressores” no caput do art. 14, comparado à utilização da palavra “poluidor” no 1º do mesmo dispositivo, deixa a entender aquilo que já se podia inferir da vigência do princípio da intranscendência das penas: a responsabilidade civil por dano ambiental é subjetivamente mais abrangente do que as responsabilidades administrativa e penal, não admitindo essas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem. 15. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.251.967. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 12/04/2012. Diário da Justiça Eletrônico, 17/04/2012).

⁴⁵ “A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente é submetida a um regime de direito público, em que se destaca sua tarefa primordial de realizar o interesse público na conservação e recuperação dos bens ambientais” (MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Direito ambiental. 5a. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 146).

⁴⁶ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

reparação integral do dano; e ainda, se irreversível (em alguma medida) o dano provocado, ao pagamento de indenização em pecúnia.

Algumas premissas fundamentais dão base a esse regime e orientam sua aplicação prática: (1) o reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico em si mesmo; (2) a responsabilidade objetiva do degradador, como resultado do simples risco, ou do simples fato da atividade degradadora, independentemente da ilicitude da conduta ou da culpa do agente; (3) o amplo alcance da concepção de “poluidor”, nos termos estabelecidos pela Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); (4) a consagração do princípio da reparação integral do dano; (5) a ampliação dos efeitos da responsabilização, para incluir também a supressão do fato danoso; e (6) a imprescritibilidade do dano ambiental⁴⁷.

O parágrafo único do artigo 927 do Código Civil⁴⁸ dispõe sobre a responsabilidade decorrente de dano - incluído, nessa acepção ampla, o dano ambiental -, que prescinde de eventual comprovação de culpa do responsável. Muito antes da promulgação do Código Civil em 2002, o §1º do artigo 14 da Lei nº 6.938/81⁴⁹ (Política Nacional do Meio Ambiente) já trazia uma previsão própria, e específica, estabelecendo a natureza objetiva da responsabilidade pelo dano ambiental, ao impor ao poluidor a reparação dos danos provocados, independentemente da existência de culpa.

Por isso, na esfera cível, a responsabilização pelo dano ao ambiente depende apenas da verificação (1) do ato ilícito praticado por aquele identificado como responsável, (2) do dano consequente, e (3) do nexo de causalidade entre a ação e o resultado. Leite e Melo⁵⁰ esclarecem que, uma previsão legal em sentido diverso, com a responsabilização subjetiva pelo dano ambiental, sujeita a comprovação de culpa, limitaria excessivamente o alcance do regime de responsabilidade civil. Além da dificuldade associada à produção probatória necessária nesses casos, a grande maioria das condutas lesivas ao ambiente são permitidas em lei, circunstância que afastaria a culpa do agente. Nas palavras de Claudio Luiz Bueno de Godoy, “passa a lei a

⁴⁷ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

⁴⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁴⁹ Art. 14. [...]

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

⁵⁰ LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. Revista Sequência, n. 55, p. 195-218, dez. 2017.

procurar identificar um responsável pela indenização, e não necessariamente um culpado, individualmente tomado”⁵¹.

Apesar da ampliação dos termos que ensejam a responsabilização pelo dano ambiental para incluir os agentes envolvidos indiretamente no ato nocivo, e até mesmo aqueles que não contribuíram de qualquer forma para o resultado⁵², essa flexibilização está sujeita a limites. A identificação do nexo causal entre os atos praticados e o dano consequente é condição necessária à responsabilização do agente pela degradação ambiental. Apenas nas hipóteses em que não é possível identificar com precisão o causador do dano, admite-se a flexibilização da relação de causalidade *in dubio pro natura*, com a demonstração de indícios de probabilidade e verossimilhança do que se está imputando⁵³.

Também como resultado da previsão do §1º do artigo 14 da Lei nº 6.938/81, a teoria do risco integral foi adotada pela vasta maioria da jurisprudência brasileira. De acordo com esse entendimento, o poluidor contribui (voluntariamente ou não) para o resultado danoso ao ambiente, mesmo nos casos em que se verifica a incidência de alguma das causas excludentes de responsabilidade (tipicamente admitidas nos casos sujeitos à teoria do risco criado), sendo-lhe imposto todo o risco associado a sua atividade⁵⁴.

A consolidação dessa teoria implica em três desdobramentos que facilitam a responsabilização ambiental. Primeiro, a prescindibilidade da investigação de culpa do agente, posto que sua responsabilidade é fundada no fato danoso, e não necessariamente culposo. Segundo, a irrelevância da licitude da atividade degradadora, com a responsabilização do agente mesmo nos casos em que o mesmo agiu munido de licença e autorização públicas, desde que configurada a lesividade da conduta. Terceiro, e por fim, a inaplicabilidade das excludentes de causalidade, conforme já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça⁵⁵: caso fortuito ou

⁵¹ GODOY, Carlos Luiz Bueno de.; PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil comentado. 2a. ed. Barueri: Manole, 2008, p. 857.

⁵² Como no caso da obrigação reparatória de natureza *propter rem*, imposta objetivamente ao atual proprietário do imóvel, independentemente de sua participação nos atos nocivos.

⁵³ MILARÉ, Édís. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ “A responsabilidade por dano ambiental é objetiva e pautada no risco integral, não se admitindo excludentes de responsabilidade. Conforme a previsão do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981 (LGL\1981\21), recepcionado pelo art. 225, §§ 2º e 3º, da CF (LGL\1988\3), a responsabilidade por dano ambiental, fundamentada na teoria do risco integral, pressupõe a existência de uma atividade que implique riscos para a saúde e para o meio ambiente, impondo-se ao empreendedor a obrigação de prevenir tais riscos (princípio da prevenção) e de internalizá-los em seu processo produtivo (princípio do poluidor-pagador). Pressupõe, ainda, o dano ou risco de dano e o nexo de causalidade entre a atividade e o resultado, efetivo ou potencial, não cabendo invocar a aplicação de excludentes de responsabilidade”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.114.398. Segunda Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti, 08/02/2012. Diário da Justiça Eletrônico, 16/02/2012).

força maior, culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e os riscos do desenvolvimento; excetuado o fortuito externo (também chamado natural)⁵⁶.

Na prática, todos os aspectos mais rígidos do regime de responsabilização civil pelo dano ambiental (em comparação aos princípios que orientam a aplicação das sanções administrativas e penais), foram agravados pela aplicação da lei pelas cortes superiores. No Superior Tribunal de Justiça, além do reconhecimento da incidência da teoria do risco integral, também é cediça a inversão do ônus da prova em favor do autor da demanda ambiental⁵⁷, em consonância com os princípios da precaução e *in dubio pro natura*. Aplica-se, ainda, a teoria da equivalência das condições em matéria de aferição do nexo causal, na qual estende-se a responsabilidade civil a todos aqueles que, de alguma maneira, deram causa ao dano ambiental⁵⁸.

A interpretação extensiva das previsões legais em âmbito cível só é possível porque, nessa esfera jurídica, a responsabilização pelo dano ambiental é de natureza predominantemente reparatória; o mesmo não seria admitido na aplicação do direito penal, voltado à sanção e repressão dos ilícitos.

2.4 DIREITO PENAL AMBIENTAL

A instituição de sanções penais que visam a tutela do bem jurídico meio ambiente não decorre da pura e simples iniciativa do Poder Legislativo, mas da previsão constitucional estabelecida no §3º do artigo 225 da Constituição Federal, que faz referência expressa à criminalização. E não poderia ser diferente: se o constituinte se preocupou em incluir o meio ambiente ecologicamente equilibrado entre os direitos fundamentais do cidadão, por consequência lógica é necessário que o direito penal, aplicado em *ultima ratio* para tutela dos

⁵⁶ Segundo Édis Milaré (MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021), a principal distinção entre fortuito interno (ou humano) e fortuito externo (ou natural), reside na contribuição da atividade humana para o resultado danoso. No primeiro caso, o fato imprevisível está associado à exploração humana de uma certa atividade, como o rompimento de um dique com substâncias poluentes. No fortuito externo, também imprevisível e inevitável, não há participação humana no resultado, como se observa no caso de enchentes, raios, etc.

⁵⁷ A título de exemplo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.049.822. Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão, 23/04/2009. Diário da Justiça Eletrônico, 23/04/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.656. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, 09/03/2010. Diário da Justiça Eletrônico, 09/03/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.192.569. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins, 19/10/2010. Diário da Justiça Eletrônico, 27/10/2010.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 771.619. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, 16/12/2008. Diário da Justiça Eletrônico, 16/12/2008.

bens de maior relevância e valor social, trate dessa matéria da mesma forma que atua na proteção de outras garantias fundamentais.

Antes da promulgação da Lei nº 9.605/98, a tutela penal ambiental funcionava de forma mediata - em outras palavras, a proteção ao ambiente pelo direito penal decorria da tutela de outros bens jurídicos considerados em si mesmos (em especial a saúde humana). Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a Lei de Crimes Ambientais, o meio ambiente passou a ser tratado como bem jurídico em si, digno de proteção própria. Embora ainda persistam algumas discussões doutrinárias⁵⁹ acerca da natureza do bem tutelado pelos tipos penais ambientais, fato é que, se os delitos de maus-tratos aos animais e comercialização de madeira sem licença (para citar alguns exemplos) protegem a saúde humana, o fazem de maneira indireta.

Se o meio ambiente configura bem jurídico digno de tutela penal, é uma questão que não será abordada no presente trabalho. Os princípios que dão base e guiam a aplicação das leis criminais serão tratados em maior detalhe no próximo tópico – por ora, interessa notar os pontos de coincidência e desencontro entre a sanção penal e as demais esferas de responsabilização ambiental.

Toda a base principiológica que ampara o direito penal resulta em um processo sancionador muito diferente do administrativo, com rigor probatório mais rígido, e um número maior de garantias ao acusado. Nesse sentido, também há significativa divergência quanto ao processo de responsabilização civil, inteiramente concebido para garantir a restauração do dano a despeito do efetivo envolvimento dos condenados na degradação.

Diferente da discussão que permeia a responsabilização administrativa, no direito penal ambiental não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da responsabilidade pela conduta tipificada em lei. Além disso, à luz dos princípios do estado de inocência (positivado no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal), e da carga da prova (artigo 156, caput, do Código de Processo Penal), cabe à acusação provar os fatos imputados (por ela) ao réu. É nesse cenário que, por meio de Ação Penal Pública, o Ministério Público pode obter a condenação do acusado, culpado pela prática de crime contra o meio ambiente, às penas restritivas de direitos, privativa de liberdade, ou pecuniária – a depender da gravidade da conduta tipificada.

Apesar das diferentes diretrizes que orientam cada uma dessas esferas, as condutas tipificadas como crime pela lei penal, e aquelas definidas como sanções administrativas por ato do poder público, em pouco se diferenciam. Essa questão já foi objeto de exame minucioso pela

⁵⁹ A respeito do assunto: SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do direito penal na defesa do meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, v. 61, p. 77-106, jan./mar. 2011.

doutrina⁶⁰; enquanto alguns autores identificam possíveis características determinantes na separação entre ilícitos administrativos e penais, outros concluem que, além da decisão legislativa pela inclusão de certas condutas na lei penal, não há elementos intrínsecos aos atos escolhidos que permita antever a decisão do legislador.

Segundo Nelson Hungria⁶¹, a gravidade das condutas é o que diferencia o ilícito administrativo do criminal; enquanto a violação ao ordenamento jurídico, no caso da infração administrativa, é suficientemente repreendida por sanções atenuadas, que compreendem desde a imposição de indenização, execução forçada, restituição *in specie*, breve prisão coercitiva, e anulação do ato, as condutas tipificadas na lei penal são de natureza mais grave, e ensejam a aplicação de pena propriamente dita.

Fato é que, muitas das condutas elencadas como infrações administrativas pelo Decreto nº 6.514/08 apresentam redação idêntica aos tipos penais da Lei nº 9.605/98. Na matéria ambiental, especificamente, é difícil identificar elementos que diferenciam ilícitos administrativos dos criminais, para além das razões de política criminal eventualmente adotadas pelo legislador.

Como resultado, os mesmos atos nocivos ao ambiente que ensejam a aplicação de sanção administrativa podem também acarretar em condenação penal – sem prejuízo de eventual obrigação civil de reparação do dano. Apesar da previsão expressa da Constituição Federal que permite a incidência cumulativa de responsabilização nas três esferas jurídicas, a violação ao princípio *non bis in idem* é questionada por boa parte dos acadêmicos e juristas que se dedicam ao tema.

2.5 NON BIS IN IDEM

A vedação à dúplice sanção estatal penal por um mesmo ilícito é um princípio basilar em praticamente todos os sistemas jurídicos ocidentais. Apesar das diferentes interpretações dos doutrinadores de cada país, todos eles preservam a essência da ideia: a proibição de que um mesmo ato resulte em mais de uma sanção à mesma pessoa⁶². Essa limitação busca evitar um estado de completa incerteza jurídica para o cidadão que eventualmente tenha praticado ilícito

⁶⁰ Dentre os autores que abordam o assunto, destaca-se: “BISSOLI FILHO, Francisco. As sanções penais e suas espécies. Curitiba: Juruá, 2010”, obra em que o autor diferencia as quatro espécies distintas de sanções jurídicas: penal, civil, administrativa e política.

⁶¹ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. Revista de Direito Administrativo, v. 1, n. 1, p. 24–31, 1945.

⁶² TORRADO, María Lourdes Ramírez. El non bis in idem en ámbito administrativo sancionador. Revista de Derecho, Colombia, n. 40, p. 1-29, 2013, p. 3.

passível de sanção. Nesse sentido, o princípio do *non bis in idem* (literalmente, “não duas vezes no mesmo”) não está restrito à aplicação do direito penal, mas engloba todas as manifestações do *jus puniendi* estatal, incluindo o direito administrativo sancionador⁶³.

Por se tratar de uma criação essencialmente doutrinária e jurisprudencial, decorrente dos princípios da legalidade e da tipicidade⁶⁴, desprovida de qualquer norma positivada que estabeleça e regule sua aplicação, o *non bis in idem* provoca muitas discussões entre operadores do direito, especialmente no que tange ao alcance e à flexibilização do princípio⁶⁵, assim como o destinatário do comando⁶⁶: se é o legislador quem deve evitar a promulgação de dispositivos legais que sancionem atos idênticos; ou se é o operador do direito, aplicador da sanção, que não pode punir a mesma conduta mais de uma vez. Essa questão, no entanto, foge ao escopo deste trabalho.

O que se busca analisar por ora, ainda que muito brevemente, é a conformidade da tríplice responsabilização ambiental, prevista de maneira expressa pela Constituição Federal, com o *non bis in idem*. O cerne da controvérsia reside no fato de que as sanções administrativas, aplicadas por uma esfera jurídica diferente da criminal, e portanto não sujeitas às mesmas diretrizes e condições para condenação do acusado, frequentemente são, na prática, tão graves quanto (ou até piores que) as penas criminais. Além disso, as redações idênticas dos tipos penais e das infrações administrativas que punem as mesmas condutas reforçam o argumento da violação à dupla sanção.

No Brasil, essa questão ainda não foi levada à análise do Supremo Tribunal Federal, e as cortes de primeira, segunda e terceira instâncias não divergem de maneira significativa da previsão constitucional, apesar da prolífera discussão doutrinária.

Na União Europeia, por outro lado, a decisão paradigmática proferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no julgamento do caso Grande Stevens, da Itália, representa uma possível mudança de postura das cortes superiores acerca do assunto.

A lide levada à apreciação da corte supranacional tratava, na origem, da condenação penal de Gianluigi Gabetti e Franzo Grande Stevens pela prática de crimes contra a ordem

⁶³ TORRADO, María Lourdes Ramírez. El non bis in idem en ámbito administrativo sancionador. Revista de Derecho, Colombia, n. 40, p. 1-29, 2013, p. 3.

⁶⁴ VITTA, Heraldo Garcia. Non bis in idem nas penas administrativas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/332449/non-bis-in-idem-nas-penas-administrativas>.

⁶⁵ NIETO, Alejandro. El principio non bis in idem. Revista Vasca de Administración Pública, n. 28, p. 157-172, 1990.

⁶⁶ VITTA, *op. cit.*

econômica⁶⁷. Na época, os réus já haviam sido sancionados pela via administrativa, juntamente com duas pessoas jurídicas envolvidas nos atos a eles imputados, com a aplicação de multas severas e a proibição temporária de administração de sociedades de capital em aberto. Isso porque, a legislação italiana, de maneira semelhante à brasileira, prevê uma série de condutas que, além de tipificadas como crimes, também configuram infração administrativa – como é o caso da manipulação de mercado, imputada aos réus do caso que veio a ser analisado pelo Tribunal Europeu.

Os condenados levaram a sentença à análise da corte supranacional, alegando a violação de uma série de garantias individuais consagradas pela Convenção Europeia de Direitos Humanos; dentre elas, o direito de não ser julgado ou punido duas vezes. Foi a análise desse ponto, em especial, que conferiu à decisão final proferida pelo Tribunal Europeu a repercussão mundial que se seguiu.

A previsão legal suscitada pelos réus dispõe que “*ninguém pode ser penalmente julgado ou punido pelas jurisdições do mesmo Estado por motivo de uma infração pela qual já foi absolvido ou condenado por sentença definitiva*”⁶⁸. O Governo Italiano argumentou, no mérito, que a dupla sanção das diferentes esferas jurídicas é prática secular no país, assim como em outros Estados europeus. Além disso, as diferentes naturezas dos ilícitos, com a exigência de dolo do agente e potencial alteração significativa do mercado financeiro para configuração do tipo penal de disseminação de informações falsas, supostamente afastariam qualquer alegação de *bis in idem*.

A despeito dos argumentos levantados, os julgadores entenderam pela violação ao princípio do *non bis in idem*, dada a gravidade das sanções administrativas impostas, e as semelhanças entre as condutas punidas pela norma penal e pela infração administrativa. O Tribunal determinou a anulação do processo penal italiano e vedou a abertura de novas investigações criminais sobre os mesmos fatos, condenando o Governo italiano, ao final, ao pagamento de indenização aos réus.

Alguns juristas identificam, na decisão paradigmática do Tribunal Europeu, uma tendência ao reconhecimento de que o direito administrativo pode, de fato, ter uma feição penal, a depender da gravidade das sanções aplicadas. Diante dos diversos pontos de coincidência entre os sistemas jurídicos brasileiro e italiano, elaborados sobre a mesma matriz de *civil law*,

⁶⁷ A respeito do assunto: SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. Revista de Direito Civil: RDC, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov. 2014.

⁶⁸ Artigo 4º do Protocolo nº 7 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1984.

e dotados de modelos de direito administrativo sancionador semelhantes, não se pode descartar a possibilidade de repercussão do caso na jurisprudência nacional.

Por todo o exposto no presente capítulo, vê-se que o direito ambiental brasileiro é composto por um verdadeiro emaranhado de normas: os dispositivos constitucionais que dão base ao sistema, as leis municipais, estaduais e federais que tratam concomitantemente da matéria, e os instrumentos normativos confeccionados por órgãos especializados. A complexidade da aplicação das leis ambientais é agravada pela incidência cumulativa das três esferas de tutela ambiental: civil, administrativa e criminal que, apesar de fundamentalmente diferentes, devem guardar certo grau de congruência entre suas decisões finais.

A natureza multidisciplinar da matéria ambiental e a abrangência do sistema jurídico de tutela ao ambiente exigem a aplicação, ainda que não absolutamente uniforme, minimamente harmônica, das disposições legais das diferentes instâncias; convergência que se torna ainda mais relevante no âmbito sancionatório, dada a estreita relação entre os sistemas penal e administrativo.

3 TUTELA PENAL

A criação e a aplicação dos tipos penais são orientadas por uma série de princípios fundamentais, previstos na Constituição Federal Brasileira. Em sua maioria, tratam-se de diretrizes inafastáveis, que funcionam como condição de exercício do *jus puniendi* estatal, a fim de proporcionar ao réu garantias mínimas de defesa. No presente capítulo, aborda-se alguns desses princípios, com especial foco na legalidade e na taxatividade da lei penal, ambos centrais à análise da assessoriedade administrativa no direito ambiental, que será tratada a seguir. A atuação do Poder Público na complementação dos tipos penais é, então, analisada sob uma perspectiva ampla, para que se possa abordar, em seguida, as diferentes formas de assessoriedade empregadas na Lei nº 9.605/98.

3.1 OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A CRIAÇÃO E A APLICAÇÃO DA LEI PENAL

A fim de garantir condições mínimas de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos perante o monopólio da violência estatal – o direito de punir –, a Constituição Federal estabelece uma série de princípios que devem orientar a aplicação do direito penal, condicionando restritivamente a intervenção do *jus puniendi* do Estado⁶⁹. Algumas dessas diretrizes decorrem de princípios gerais do direito, aplicados não apenas no campo penal, deduzidas implicitamente das normas constitucionais; outras são elencadas de maneira expressa no texto constitucional, e destinadas inequivocamente ao direito penal. São esses os princípios que conferem às leis criminais uma fisionomia específica, e as diferenciam de outros tipos de normas⁷⁰.

O princípio da culpabilidade expressa a ideia de responsabilidade subjetiva como condição para a punição do réu; de que a pena só pode ser aplicada àqueles cujos atos possam ser objeto de reprovação⁷¹. A intervenção mínima do direito penal está diretamente associada à

⁶⁹ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2a. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 12.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 13. Dos princípios constitucionais penais, é conferida especial atenção pela doutrina a legalidade, irretroatividade da lei penal, intervenção mínima, humanidade, pessoalidade e individualização da pena. Para além destes, existem outros princípios estruturantes do sistema de justiça criminal, não necessariamente previstos, expressa ou implicitamente, na Constituição Federal: os princípios da adequação social, da insignificância, da ofensividade, da proporcionalidade, do estado de inocência e da proibição do retrocesso (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 1: Parte Geral. 24a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51).

⁷¹ “O postulado basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*) e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade – é uma lídima expressão de justiça material peculiar ao Estado democrático de Direito delimitadora de toda a responsabilidade penal.” (PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019, p. 111).

fragmentariedade e à subsidiariedade da legislação criminal, com a restrição do alcance do poder punitivo do Estado apenas às condutas que ferem de maneira profunda a ordem social⁷². O princípio da humanidade visa a preservação dos direitos mais fundamentais do condenado no cumprimento da pena, vedada a imposição de castigos cruéis e incomuns⁷³. A pessoalidade e a individualização da pena são correlatas, e se referem, respectivamente, à incidência da sanção apenas sobre o réu efetivamente condenado, e à adequação dos termos da sentença às peculiaridades de cada caso concreto⁷⁴.

O princípio constitucional mais relevante à análise da construção das normas penais, e da atuação da Administração Pública na complementação dos tipos, é, sem dúvidas, o princípio da legalidade. A previsão em lei dos atos que constituem infrações penais, assim como as sanções correspondentes e o modo de aplicação das penas, é o que ampara toda a estrutura do sistema de justiça criminal. O princípio da legalidade desdobra-se em três premissas que também orientam o direito penal: a irretroatividade da norma, a taxatividade, e a reserva legal⁷⁵; os dois últimos princípios são centrais à discussão que se pretende abordar no presente trabalho.

A reserva legal, prevista expressamente no inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal, determina que “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”. Essa premissa remonta às ideias garantistas desenvolvidas pelos teóricos criminais do iluminismo; nas palavras de Cesare Beccaria⁷⁶, apenas as leis podem decretar penas para os delitos, e essa autoridade não pode ser conferida a outro que não o legislador, representante legítimo da sociedade organizada pelo contrato social.

A taxatividade, em complemento, exige que as leis penais sejam certas e claras, e descrevam expressamente os termos de incidência de cada dispositivo legal. Evidentemente, este é um princípio que orienta a produção legislativa mais do que a aplicação da lei penal, fundado na ideia de que o cumprimento da norma só pode ser garantido com a compreensão,

⁷² “(...) se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 1: Parte Geral. 24a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 55).

⁷³ Conforme explica Luiz Régis Prado, “O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de ação dos indivíduos que delimita o poder estatal. (...) Como viga mestra, fundamental e peculiar ao Estado democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana há de plasmar todo o ordenamento jurídico positivo – como dado imanente e limite mínimo vital à intervenção jurídica.” (PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019, p. 110).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 117.

⁷⁵ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2a. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 18.

⁷⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

pelo destinatário, de seu conteúdo. A pretensa função dissuasora dos tipos penais, de igual modo, só pode atingir seu objetivo se os termos de um determinado crime, e as sanções consequentes, são compreendidos pelo possível infrator.

A jurisprudência nacional não contesta a incidência desses princípios na aplicação da lei penal⁷⁷. O que se discute, na verdade, é o alcance, e a possibilidade de flexibilização, dos efeitos dos princípios constitucionais penais em situações específicas, que fogem às condições de normalidade em que essas premissas tipicamente são aplicadas.

3.1.1 Aspectos específicos da lei penal ambiental

A tutela penal do meio ambiente, bem jurídico de natureza multidisciplinar, ainda novo e pouco conhecido, é um dos principais alvos dessas discussões doutrinárias, especialmente no que tange à reserva legal e à determinação taxativa da lei.

O direito penal ambiental atende às mesmas premissas que orientam a aplicação de toda a lei penal e, de modo geral, não se diferencia, de maneira significativa, de outros tipos penais; exceto no que se refere às peculiaridades pontuais decorrentes de características específicas da matéria. Esses elementos, inerentes ao bem ambiental, exigiram a adaptação da tutela penal clássica para criar uma que melhor se adequasse aos traços do bem jurídico meio ambiente, na tentativa de lhe proporcionar uma proteção mais efetiva.

Por se tratar de um direito difuso, em boa parte dos tipos penais ambientais, lida-se com um crime de risco, no qual é difícil (em alguns casos impossível) identificar as vítimas afetadas pelo ato danoso. Por outro lado, o fato de que toda atividade humana envolve alguma medida de degradação ambiental significa que a definição do que é proibido, ou não, pela legislação penal, deve se atentar a uma série de variáveis quantitativas, temporais ou locais⁷⁸. Afinal, seria impossível vedar por completo toda e qualquer atividade que provocasse alguma forma de dano ao ambiente. Por isso, devem ser estabelecidos parâmetros de aplicação dos tipos penais adaptados às especificidades da fauna e flora de cada local; mas isso não é feito pela legislação criminal.

A previsão em lei – e, mais que isso, em lei penal –, das condições detalhadas de incidência dos tipos penais seria completamente inadequada à matéria ambiental. Trata-se de

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 1: Parte Geral. 24a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 51.

⁷⁸ COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. *In*: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). Direito penal econômico: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

um bem jurídico de natureza essencialmente técnica e multidisciplinar; e a compreensão do que compõe o “meio ambiente ecologicamente equilibrado” evolui a todo momento. A lei penal, extremamente rígida e pouco suscetível a mudanças (como não poderia deixar de ser) não seria capaz de acompanhar as frequentes descobertas científicas que moldam o entendimento acerca das medidas mais eficazes de proteção ambiental.

Além disso, é necessária a participação de técnicos e profissionais especializados de diversas áreas de conhecimento para auxiliar no estabelecimento desses parâmetros de aplicação. Não se pode esperar que o legislador tenha conhecimento das matérias científicas necessárias para determinar o tamanho mínimo dos peixes que podem ser objeto de pesca, sem prejuízo à reprodução e continuidade da espécie, por exemplo – o que impossibilita sua atuação na determinação dos parâmetros de incidência do inciso I, do parágrafo único, do artigo 34 da Lei nº 9.605/98⁷⁹. Essa informação deve ser colhida com acadêmicos e técnicos que lidam com a matéria cotidianamente, e têm conhecimento das condições e necessidades mais relevantes para a fixação desses critérios, a fim de garantir a melhor proteção aos bens tutelados.

A solução encontrada pelo legislador foi a criação de tipos penais “inacabados”, que podem ser complementados por normas infralegais, criadas por órgãos especializados, dotados da capacidade técnica necessária para atender as especificidades de cada matéria: adequadas ao bioma de cada local, e mais facilmente adaptadas diante de mudanças de entendimento científico sobre o assunto. Aqui, entra em cena a assessoriedade administrativa no direito penal ambiental; a atuação normativa do poder público na integração dos tipos penais.

3.2 ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA

Algumas das matérias tratadas pelo direito penal, altamente influenciadas por fatores históricos e sociais, exigem uma atividade normativa constante, capaz de acompanhar as mudanças externas à lei que alteram o cenário de incidência da legislação. A lei penal, por natureza, não pode (e nem deve) ser atualizada em compasso com as mudanças científicas e tecnológicas que permeiam os “novos bens jurídicos”, que passaram a ser tutelados pela legislação criminal nas últimas décadas⁸⁰. A economia, os tributos e, em especial, o meio

⁷⁹ Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: [...] Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

⁸⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. *In*: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). Direito penal econômico: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

ambiente, são exemplos patentes de áreas jurídicas de caráter interdisciplinar, de alta carga técnica, em constante processo de mutação. Nesses casos, o legislador deve recorrer a mecanismos que emprestam à lei penal um grau maior de maleabilidade, permitindo assim a adaptação das previsões legais à dinâmica mais fluida desses bens⁸¹.

A assessoriedade administrativa compreende o uso de normas infralegais, editadas por órgãos do Poder Executivo, como instrumento de complementação de parte do conteúdo da norma penal. Há outras formas de assessoriedade ao direito penal para além da atuação do Poder Público, como ocorre com a complementação conceitual ou interpretativa feita pelo direito civil e trabalhista, por exemplo; mas esses casos não têm as mesmas implicações controversas como a atuação administrativa, que não segue o rito legislativo clássico na complementação do conteúdo da legislação criminal.

A norma penal em branco a que se faz referência difere significativamente dos tipos penais abertos; dispositivos que, embora completos, requerem um exercício interpretativo mais profundo por parte do magistrado no momento de aplicação da norma, a fim de determinar com maior precisão os termos do mandamento proibitivo descrito no tipo penal⁸². Nos casos de assessoriedade administrativa, a atuação da Administração Pública fica restrita a uma parte da norma, ou à descrição de um conceito específico incluído na redação do tipo. Os tipos penais abertos, por outro lado, exigem a interpretação do sentido amplo da norma, compreendido de maneira global.

No caso da tutela penal ambiental, especificamente, a complementação da norma pela Administração Pública surge em um contexto de estreitas relações e pontos de sobreposição entre direito administrativo e criminal. Vale lembrar que, como já mencionado, o direito penal do ambiente foi desenvolvido de maneira relativamente tardia. Quando foram criados os tipos penais ambientais, muitos dos casos tratados pela lei penal já eram regulamentados por instrumentos administrativos⁸³, seguindo as diretrizes de órgãos especializados, dotados de alto grau de conhecimento técnico pertinente às matérias abordadas.

O legislador encarregado de criar os tipos penais ambientais se viu em um campo normativo já predominantemente ocupado pelo direito administrativo⁸⁴, o que pode levar a crer,

⁸¹ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019, p. 77.

⁸² FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *Notas sobre assessoriedade administrativa no direito penal econômico*. Revista da CGU, v. 13, n. 23, p. 21-28, jan/jun. 2021, p. 24.

⁸³ GRECO, Luís. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 154.

⁸⁴ HEINE, Gunter. *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-316, 1993, p. 292.

em um primeiro momento, que o direito penal ambiental se ocupou apenas com a criminalização das condutas contrárias às normas da Administração Pública⁸⁵. Trata-se, no entanto, de uma consequência lógica das peculiaridades da tutela jurídica ambiental: a pré-existência de um extenso arcabouço normativo da Administração Pública, aplicado por órgãos especializados e com competência técnica para tratar da matéria, significa que eventuais determinações da lei penal não poderiam ignorar o sistema que já vinha sendo aplicado amplamente por outra esfera jurídica, a despeito da relativa independência entre as instâncias.

Por isso, as considerações do ordenamento administrativo sobre os danos do ambiente são, em grande medida, imprescindíveis⁸⁶, e a assessoriedade administrativa, no direito penal ambiental, quase inevitável⁸⁷. Partindo desta premissa, Gunter Heine identificou três diferentes modelos de relacionamento entre o direito administrativo e o direito penal, baseados nos graus de interdependência entre um e outro: modelos de absoluta dependência, relativa dependência e completa independência entre o direito penal e a Administração Pública⁸⁸.

No primeiro caso, os tipos penais têm a finalidade de garantir a execução de decisões administrativas, e ficam inteiramente subordinados às determinações do Poder Público; a simples desobediência administrativa basta para configuração do ilícito penal⁸⁹. Nesses termos, o dano ao bem jurídico tutelado não interfere na verificação do tipo praticado⁹⁰, e as sanções penais ficam restritas à evasão da atividade de controle das autoridades, garantindo liberdade de atuação à Administração Pública para fixar os termos de incidência da lei penal. Conforme aponta o autor, esse é o caso dos sistemas jurídicos de países como a Bélgica, o Canadá, os Estados Unidos, a França e a Inglaterra⁹¹.

Nos modelos de dependência relativa, a participação da Administração Pública no direito penal se dá por meio de previsão expressa do dispositivo legal, que inclui, como condição para configuração do ilícito, o descumprimento de ato administrativo ou a realização de determinadas condutas “sem autorização” da autoridade competente. Diferente do que ocorre

⁸⁵ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 155.

⁸⁶ HEINE, Gunter. *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-316, 1993, p. 293.

⁸⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001, p. 300.

⁸⁸ HEINE, *op. cit.*, p. 294.

⁸⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 70.

⁹¹ HEINE, *op. cit.*, p. 293-294.

nas hipóteses de dependência absoluta, é necessário mais do que a simples desobediência da determinação administrativa para perfectibilização do crime, que deixa de ser a única condicionante para a configuração do ilícito. A verificação da tipicidade objetiva exige a comprovação de que, no caso concreto, há lesão (potencial ou efetiva) do bem jurídico meio ambiente⁹². Esse modelo é adotado na Alemanha, na Áustria, na Espanha, na Suécia e na Suíça⁹³.

Por fim, o sistema penal é absolutamente independente da Administração Pública nos casos em que o dano ambiental é grave ao ponto de intolerância, e não pode ser admitido em qualquer medida. Por isso, cabe à legislação penal discriminar precisamente os parâmetros do ilícito⁹⁴. Ainda assim, o limite de tolerância social acerca das atividades que podem, ou não, ser toleradas em nome do desenvolvimento humano, pode variar de acordo com os interesses em jogo, a compreensão e o desenvolvimento científico sobre a matéria, e a avaliação dos riscos envolvidos⁹⁵. O modelo de absoluta independência entre a aplicação da lei penal e o direito administrativo é utilizado em Portugal, na Polônia, na Dinamarca e na Holanda⁹⁶.

Como já foi apontado por muitos autores que tratam do tema, a instituição de um sistema penal ambiental inteiramente desassociado das normas administrativas seria, no caso brasileiro, praticamente impossível. O obstáculo mais evidente a essa pretensão é a dupla incidência do direito administrativo e penal sobre a mesma matéria. Apesar de supostamente independentes um do outro, o direito penal não poderia ignorar as normas administrativas de modo a criminalizar condutas permitidas pelo poder público⁹⁷.

Além disso, seria necessário incluir, na norma penal, todos os pormenores da incidência do tipo: não apenas a descrição de conceitos, como também os parâmetros adotados para aferir a prática de certas condutas, imprescindíveis para a verificação dos crimes de poluição⁹⁸ e de pesca “*em quantidades superiores às permitidas*”⁹⁹, a título de exemplo. Se por um lado a lei penal não é capaz de abarcar esse nível de detalhe de informações, por outro, ainda que assim

⁹² COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71

⁹³ HEINE, Gunter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-316, 1993, p. 294.

⁹⁴ COSTA, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁵ HEINE, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 294.

⁹⁷ COSTA, *op. cit.*, p. 69.

⁹⁸ Artigo 54 da Lei nº 9.605/98 (lei de crimes ambientais).

⁹⁹ Inciso II, do parágrafo único do artigo 34 da Lei nº 9.605/98 (lei de crimes ambientais).

fosse, não poderia garantir uma proteção igualmente efetiva aos diferentes biomas nacionais, em virtude da variação das exigências associadas às características naturais de cada um deles¹⁰⁰.

A assessoriedade administrativa do direito penal diz respeito justamente à dependência entre previsões legais penais e complementações administrativas. A opção pela grafia do termo “assessoriedade”, nesse caso, remete ao assessoramento prestado pelo direito administrativo na construção do tipo penal. Embora a complementação da lei ambiental pela Administração Pública configure, em alguns casos, hipótese de efetiva dependência entre o dispositivo penal e o ato administrativo, também é possível que a atuação do poder público fique restrita ao mero auxílio à compreensão do tipo.

Essa perspectiva foi desenvolvida por Helena Regina Lobo da Costa¹⁰¹, e é adotada por autores como Renato Mello Jorge da Silveira¹⁰², Érika Mendes de Carvalho¹⁰³ e Chiavelli Fazenda Falavigno¹⁰⁴, que se alinham à ideia de que o direito administrativo assessora o penal, mas não necessariamente integra parte acessória deste. A parte majoritária da doutrina brasileira, no entanto, adota o termo “acessoriedade” para se referir ao mesmo fenômeno, transmitindo a ideia de que, nesses casos, os atos e normas administrativos são verdadeiros acessórios do tipo penal, que depende de maneira significativa da atuação do poder público.

A lacuna aberta na lei penal para atuação da Administração Pública é justificada por alguns fatores inerentes ao direito ambiental. Primeiro, o fato de que muitas atividades danosas ao ambiente são permitidas, desde que atendidos certos requisitos, e observados limites pré-estabelecidos em norma. Afinal, a vedação de todas as condutas que resultam em danos ambientais implicaria em uma completa paralisação social¹⁰⁵.

Segundo, o nível de expertise e detalhe exigido para tratar, em termos práticos, da aplicação de alguns dos tipos penais ambientais, que devem se atentar às especificidades naturais do local de incidência das normas¹⁰⁶. As leis penais, naturalmente, não podem ser instituídas por estados e municípios; e tampouco deve a União, no exercício de sua competência

¹⁰⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. *In*: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰¹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

¹⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). *Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva: criminalista do século*. São Paulo: Método, 2001.

¹⁰³ CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 299-336, set./out.. 2011.

¹⁰⁴ FALAVIGNO, Chiavelli Fazenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: EMais, 2020.

¹⁰⁵ COSTA, 2010, p. 70.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 65.

exclusiva, descrever minuciosamente os termos de incidência da legislação em cada um dos biomas por ela tutelados. Nesse contexto, a intervenção da Administração Pública na complementação do tipo penal ambiental proporciona a maleabilidade necessária à aplicação da norma.

De acordo com a teoria desenvolvida por Mata Barranco¹⁰⁷, fortemente influenciada pelos teóricos alemães¹⁰⁸, e predominante entre os doutrinadores brasileiros, a assessoriedade administrativa pode ser conceitual, de direito ou de ato. A assessoriedade é conceitual nos casos em que a norma penal recorre ao direito administrativo para descrever, em termos práticos, o significado de um termo integrante do tipo. Em outras palavras: quem atribui sentido ao elemento normativo do dispositivo penal, nesses casos, é a Administração Pública¹⁰⁹. A assessoriedade de direito (“normativa”), ocorre na complementação das normas penais “em branco”, assim denominadas em virtude da descrição incompleta do tipo, com a remissão, a outros instrumentos normativos, de parte do conteúdo do dispositivo¹¹⁰.

Finalmente, a assessoriedade do ato ocorre nos casos em que as normas penais fazem referência a atos administrativos específicos: licenças, autorizações e permissões¹¹¹. Essa é, sem dúvidas, a forma de assessoriedade adotada com mais frequência na redação dos tipos penais ambientais da Lei nº 9.605/98, possivelmente em virtude da ampla tutela administrativa dos bens ambientais que já existia no momento de criação da lei, assim como a tolerância de algumas condutas nocivas ao ambiente, até certa medida.

Nesses casos, assim como ocorre nas hipóteses de assessoriedade normativa, o direito penal faz referência expressa a atos da Administração Pública - cuja violação é pressuposto para configuração do ilícito penal -, mas agora com objeto e alcance específicos, voltados a um caso concreto, diferente dos atos de alcance geral (como portarias e resoluções), que compreendem a assessoriedade de direito. Luís Greco¹¹² identifica, na nomenclatura desses termos, certo grau de incompatibilidade com o direito administrativo brasileiro, no qual o conceito de ato administrativo abrange não apenas as decisões com um destinatário isolado, como também

¹⁰⁷ MATA BARRANCO, Norberto J. de: *Protección penal del ambiente y accessoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996.

¹⁰⁸ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 159.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019, p. 77.

¹¹¹ Apesar das distinções entre essas três modalidades, apontadas pela doutrina, o que interessa à aplicação da norma penal é a anuência do poder público com relação à conduta almejada.

¹¹² GRECO, *op. cit.*

instrumentos normativos de eficácia geral, cujo destinatário é abstrato. Por isso, o autor sugere a utilização da nomenclatura da assessoriedade “ao ato administrativo geral” em contraponto àquela “ao ato administrativo individual”.

Nos casos em que a norma penal recorre ao ato administrativo para configuração do tipo (seja ele geral ou individual), há uma valoração de certas circunstâncias que indicam a utilidade da conduta tipificada, quando a mesma é realizada de acordo com as normas administrativas ou nos termos do ato permissivo conferido ao particular. Isso significa que essas atividades, potencialmente lesivas ao ambiente, são toleradas (nos termos fixados pelo poder público), pois atendem a interesses sociais¹¹³. Nessas hipóteses, mesmo nos casos em que a lesão ao bem jurídico ambiente deixa de ser potencial e se torna efetiva, a utilidade da conduta para o desenvolvimento humano e, portanto, sua adequação social, leva a concluir que, inexistindo desvalor da ação, a lesão ao bem jurídico é apenas aparente¹¹⁴.

Conforme aponta Érika Mendes de Carvalho¹¹⁵, a valoração positiva da conduta, resultando em sua atipicidade, cabe à instância administrativa. A opção do legislador pela complementação da previsão penal por atos do poder público fundamenta-se no fato de que, nesses casos, apenas os órgãos especializados de proteção ambiental podem medir os potenciais danos e vantagens associados à atividade pretendida pelo particular, e determinar se esta atende, ou não, ao melhor interesse social.

Embora tratada com um alto grau de controvérsia por boa parte dos doutrinadores, o recurso à assessoriedade administrativa serve a finalidade de proporcionar maior estabilidade ao dispositivo principal, criado pelo Poder Legislativo. A derrogação dos pormenores do tipo penal aos atos administrativos, cuja criação e modificação depende apenas da atividade do poder público, permite à lei acompanhar, mais efetivamente, as mutações impostas em razão do tempo, e do lugar de aplicação da norma¹¹⁶.

Nesses casos, por força dos princípios constitucionais penais, presume-se que os limites fixados pela lei para complementação administrativa sejam firmes e bem delineados, com a derrogação às normas infralegais apenas da porção do conteúdo que exige tratamento

¹¹³ CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da assessoriedade administrativa nos delitos ambientais. *Revista Liberdades*, São Paulo, ed. especial, n. 8, p. 23-46, set/dez. 2011, p. 28.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 29.

¹¹⁵ “[...] a permissão outorgada pelo órgão ambiental competente – e responsável pela valoração concreta dos bens jurídicos em conflito – afasta a tipicidade da conduta e indica que esta, quando amparada pelo referido ato administrativo, não enseja qualquer lesão ao bem jurídico. A afetação ao ambiente não será penalmente desvalorada, porque é estimada como socialmente adequada pela instância administrativa.” (*Ibidem*, p. 30).

¹¹⁶ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019, p. 77.

diferenciado. Uma breve análise da Lei de Crimes Ambientais, no entanto, é suficiente para revelar que esse nem sempre é o caso.

3.3 DIFERENTES TÉCNICAS DE COMPLEMENTAÇÃO ADOTADAS NA LEI Nº 9.605/98

O texto da Lei de Crimes Ambientais já estava na mira de críticas e discussões jurídicas quando ainda tramitava no Congresso Federal como projeto de lei, e assim permaneceu muito após sua aprovação em 1998. Para além da utilidade do pretendido direito penal ambiental, um dos aspectos mais questionados pelos juristas foi a adoção de certas técnicas de reenvio do conteúdo dos dispositivos penais a outras normas, extra-penais e infralegais; em especial, a atuação administrativa na complementação dos tipos. Antes de entrar no mérito das críticas levantadas por boa parte da doutrina brasileira, cabe analisar, ainda que detidamente, alguns dos dispositivos da referida lei, a fim de compreender a extensão do problema apontado e o nível de autonomia conferido pelo legislador à Administração Pública, no auxílio à construção do tipo penal.

Como já mencionado, a assessoriedade administrativa ao direito penal compreende diferentes tipos de complementação da norma: conceitual, de ato e de direito. Essas categorias não são mutuamente exclusivas, e podem incidir, concomitantemente, sobre um mesmo tipo penal – como de fato se observa com frequência no caso dos crimes da Lei nº 9.605/98. A complementação dos tipos penais ambientais é comumente feita por meio de decretos municipais, estaduais e federais, ou portarias, avisos e resolução publicados pelos órgãos ambientais especializados, tais como o CONSEMA, o IBAMA, e o CONAMA, assim como os entes estaduais e municipais voltado à proteção do ambiental.

O texto legal faz uso de inúmeros termos para conferir especial proteção a alguns bens vulneráveis, de valor ecológico mais significativo que o usual: florestas de preservação permanente¹¹⁷, Reservas Biológicas, Reservas Ecológicas, Estações Ecológicas, Parques e Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, Áreas de Proteção Ambiental, Áreas de Relevante Interesse Ecológico e Reservas Extrativistas¹¹⁸. No entanto, a lei não inclui qualquer

¹¹⁷ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção [...]

¹¹⁸ Art. 40. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: [...]§ 1o Entende-se por Unidades de Conservação de Proteção Integral as Estações Ecológicas, as Reservas Biológicas, os Parques Nacionais, os Monumentos Naturais e os Refúgios de Vida Silvestre.

conceituação desses termos, deixando ao cargo da Administração Pública a descrição detalhada, em termos práticos, do que constitui cada uma dessas categorias.

O mesmo ocorre no caso da “madeira de lei”¹¹⁹ e da vegetação “fixadora de dunas” e “protetora de mangues”¹²⁰. De maneira semelhante, não há qualquer discriminação, ou mesmo a indicação de critérios a fim de orientar eventual classificação por parte dos órgãos da Administração Pública, das espécies aquáticas que devem ser preservadas¹²¹, dos instrumentos capazes de provocar destruição em massa¹²², ou das espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção¹²³. Isso ocorre com um número surpreendente de termos usados no texto legal¹²⁴.

A remissão a normativas infralegais para conceituação e detalhamento desses termos não implica, necessariamente, em consequências negativas para a aplicação da lei penal. Muitas dessas expressões possuem inequívoco caráter técnico e científico, e se beneficiam da atuação de profissionais especializados para complementação da previsão legal. No caso das espécies protegidas, a flexibilização proporcionada pelo dispositivo permite uma adaptação da proteção legal em compasso com as mudanças naturais que ocorrem a todo momento.

No entanto, a lacuna deixada pela lei penal, mesmo no caso menos controverso da complementação conceitual pela assessoriedade administrativa, não deixa de trazer alguns empecilhos à aplicação da legislação. O fato de que muitos desses conceitos não são minimamente descritos pela lei significa que a incidência do dispositivo legal se dá de acordo com as portarias e resoluções dos órgãos especializados, que podem tratar, concomitantemente, das mesmas matérias. Além disso, em alguns desses casos, nem mesmo os atos administrativos são capazes de dirimir todas as dúvidas, e fica a cargo do magistrado verificar, em cada situação concreta, a adequação das expressões à realidade apresentada.

¹¹⁹ Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais: [...].

¹²⁰ Art. 50. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação: [...].

¹²¹ Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: [...] Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I - pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos;

¹²² Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: [...] § 4º A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: [...] VI - com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

¹²³ Art. 29 [...] §4º [...] I - contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração.

¹²⁴ A lei de crimes ambientais também não define o que constitui substância ou instrumento próprio para a caça, ou para a exploração de produtos florestais (artigo 52), produto ou substância tóxica nocivo à saúde humana (artigo 56), ou edificação de valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental que deve ser protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial (artigo 63).

Outros dispositivos incluídos na lei referenciam, expressamente, a prática de determinada conduta “*sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida*”. Isso ocorre nos delitos de caça de animais da fauna silvestre¹²⁵, exportação de peles brutas de anfíbios ou répteis¹²⁶, introdução de espécie animal no país¹²⁷, corte de árvore em floresta de preservação permanente¹²⁸, extração de minerais de florestas de domínio público ou de preservação permanente¹²⁹ e venda de produtos de origem vegetal¹³⁰; para citar apenas alguns dos exemplos¹³¹.

A escolha do legislador pelo condicionamento da tipicidade à ausência de licenciamento administrativo evidencia, em um primeiro momento, o grau relativamente baixo da lesividade provocada pela conduta tipificada, assim como a tolerância estatal perante atividades potencialmente lesivas, mas de relevante interesse econômico. Pode-se identificar, na tipificação das atividades praticadas “sem autorização” do poder público, a tentativa do legislador de combater o comércio, a caça, e o extrativismo (práticas econômicas) ilegais, mais do que a degradação ambiental¹³².

Por outro lado, a concessão de autorização para a prática desses atos submete as atividades pretendidas a uma análise mais minuciosa, conferindo ao agente competente o poder de aferir os potenciais danos e decidir, de acordo com seu poder de discricionariedade, pela concessão, ou não, de permissão ao particular. Nesses termos, a prática do crime fica sujeita à manifestação do poder público¹³³. E mais: a referência abstrata dos tipos penais à “autoridade competente” significa que, além da verificação, no caso concreto, da possível obtenção de licença, também deve-se averiguar a competência do órgão emissor da autorização – outro aspecto regulamentado pela atividade administrativa.

¹²⁵ Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: [...].

¹²⁶ Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: [...].

¹²⁷ Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: [...].

¹²⁸ Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: [...].

¹²⁹ Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: [...].

¹³⁰ Art. 46 [...] Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem vende, expõe à venda, tem em depósito, transporta ou guarda madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem licença válida para todo o tempo da viagem ou do armazenamento, outorgada pela autoridade competente. [...].

¹³¹ Além disso, os artigos 50-A, 51, 52, 55, 60, 63 e 64 da lei 9.605/98 fazem uso da mesma técnica legislativa de complementação administrativa do ato.

¹³² PRADO, Luiz Regis. Direito Penal do Ambiente. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019, p. 229.

¹³³ CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. Revista Liberdades, São Paulo, ed. especial, n. 8, p. 23-46, set/dez. 2011.

A complementação normativa é exigida pelos dispositivos que tipificam a prática de determinada conduta “*em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos*”. É o que se verifica, por exemplo, nos delitos de destruição ou dano de floresta considerada de preservação permanente¹³⁴, de corte (ou transformação em carvão) de madeira de lei¹³⁵, e de produção, utilização ou posse de substância tóxica¹³⁶. O principal problema associado à complementação desses dispositivos decorre da hierarquia das normas infralegais que completam a lacuna deixada pelo legislador. Isso porque, a atribuição legislativa em matéria penal é de competência única e exclusiva do Poder Legislativo federal; nesses termos, a interferência de qualquer outra esfera legislativa - e, mais que isso, de outro poder estatal - na esfera do direito penal, contraria a legalidade exigida pela Constituição Federal¹³⁷.

Alguns tipos penais são considerados especialmente problemáticos pela doutrina, pelo uso concomitante de todas as três formas de assessoriedade administrativa na redação legal¹³⁸. O artigo 60 da Lei nº 9.605/98, por exemplo, tipifica a construção, reforma, ampliação, instalação ou funcionamento, em qualquer parte do território nacional, de estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes¹³⁹.

Isso significa que, além do detalhamento das atividades “potencialmente poluidoras”, tratado na Resolução CONAMA nº 237/1997, a configuração do tipo fica sujeita à verificação das “normas regulamentares pertinentes” ou da ausência de possível “licença ou autorização dos órgãos competentes”. Ou seja: praticamente todos os elementos do dispositivo penal dependem, de alguma forma, da assessoriedade administrativa. Vale notar que, nesse caso, mesmo na hipótese de obtenção de licença junto ao poder público, o particular pode ser responsabilizado penalmente caso sua conduta contrarie alguma norma administrativa sobre a

¹³⁴ Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: [...]

¹³⁵ Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais: [...]

¹³⁶ Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: [...]

¹³⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

¹³⁸ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro. Florianópolis: EMais, 2020, p. 70.

¹³⁹ Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: [...]

atividade praticada, o que apenas reforça a insegurança jurídica que permeia o referido tipo penal¹⁴⁰.

Para além da assessoriedade administrativa exigida de maneira explícita pela lei, há ainda uma série de dispositivos que dependem de parâmetros estabelecidos pelo Poder Público, no exercício de seu poder de polícia, para que se possa determinar a incidência do tipo penal¹⁴¹. Esse é o caso, por exemplo, do delito de poluição¹⁴², que requer índices mínimos de (possível ou efetivo) dano para a condenação do responsável, hipótese esta em que a seara penal faz uso dos parâmetros adotados pelo direito administrativo sancionador.

Assim, a breve análise dos delitos elencados na Lei nº 9.605/1998 é suficiente para evidenciar o uso amplo e frequente da assessoriedade administrativa no campo do direito penal ambiental. Quase a totalidade dos crimes tipificados na referida lei contém alguma forma de lacuna que deve ser preenchida pelo Poder Público. Parte considerável da doutrina identifica, nos espaços deixados pelo legislador, problemas graves de violação aos princípios fundamentais do direito penal, particularmente no que diz respeito à taxatividade e à legalidade¹⁴³.

Alguns dos aspectos controversos da adoção da assessoriedade administrativa na tutela penal, assim como as causas e as consequências da decisão legislativa pela redação incompleta dos tipos, serão tratadas no capítulo seguinte.

¹⁴⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. O direito penal ambiental e normas administrativas. Boletim IBCCrim. São Paulo, v. 13, n. 155, p. 18-19, out. 2005.

¹⁴¹ GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 161.

¹⁴² Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: [...]

¹⁴³ A violação ao princípio da separação dos poderes também é objeto de discussões doutrinárias acerca da assessoriedade administrativa no direito penal; mas tal questão foge ao escopo do presente trabalho.

4 COMPLEMENTAÇÃO ADMINISTRATIVA FRENTE A TIPICIDADE PENAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

4.1 AS FUNÇÕES DA TIPIFICAÇÃO PENAL DAS CONDUTAS

A tipificação das condutas que constituem crimes está diretamente vinculada à garantia de efetividade do princípio da legalidade penal¹⁴⁴. A função mais essencial dos tipos penais é a proteção do cidadão frente ao arbítrio estatal, por meio da descrição taxativa dos atos que podem resultar na aplicação de sanção penal, afastando a possibilidade de resultado semelhante como consequência de quaisquer outros atos, não tipificados em lei.

A garantia da legalidade desdobra-se em três outras funções estreitamente associadas a essa mesma premissa constitucional: de natureza sistemática, dogmática e informativa. A função informativa é atendida pela descrição taxativa dos crimes, voltada à comunicação, aos destinatários da norma, das condições de incidência da lei penal. A função dogmática se refere à repercussão da tipicidade na teoria do delito (como pressuposto inicial da estrutura do crime) posto que, se não está tipificada em lei, a conduta sequer pode ser assim classificada. A função sistemática, por fim, possibilita o agrupamento de certos crimes, que protegem o mesmo bem jurídico, em categorias maiores, conferindo um certo grau de racionalidade à lei penal.

O tipo penal pode, então, ser descrito como “uma ferramenta dogmática a serviço da legalidade penal”¹⁴⁵; a razão por trás da tipificação de uma conduta, e todas as funções associadas ao tipo, estão diretamente ligadas à garantia da legalidade penal. Por todo o exposto, não é surpresa alguma que a doutrina questione a utilização de “elementos normativos”, assim como a complementação de parte da norma penal por instrumentos infralegais e extrapenais.

Se, por um lado, a clareza da redação e a precisão dos elementos do tipo devem ser estritamente observadas pelo legislador (em cumprimento ao princípio da legalidade e demais premissas constitucionais dele decorrentes), por outro, a complexificação social observada nas últimas décadas exige a utilização de termos capazes de descrever, adequadamente, novas estruturas e fenômenos que fogem ao senso comum do cidadão médio. Este mesmo aspecto requer, ainda, suporte técnico e científico para tratar de assuntos de natureza multidisciplinar, o que também ultrapassa o âmbito do direito penal. A complementação das normas penais pela Administração Pública, naturalmente, integra parte significativa desta discussão.

¹⁴⁴ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010, p. 219.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

A fim de melhor compreender as críticas levantadas pela doutrina, em um cenário de aparente inevitabilidade da assessoriedade administrativa, é necessária uma ponderação mais profunda acerca dos aspectos do princípio da legalidade que informam a criação dos tipos e, por consequência, denotam a incompatibilidade da lei penal com os instrumentos de complementação legislativa. O presente capítulo tratará de conceituar os diferentes elementos que constituem os tipos penais, e a influência da legalidade sobre cada um desses aspectos, para então abordar o mérito das discussões doutrinárias acerca da inconstitucionalidade das leis penais em branco, e do suposto fenômeno de deslegalização do direito penal.

4.2 O TIPO PENAL E SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

Os tipos penais consistem, essencialmente, na descrição de uma conduta, para a qual é cominada sanção. A redação de um tipo penal pode ser formada por elementos descritivos (termos de pronta compreensão, que esclarecem o que constitui o crime) e elementos normativos, que só podem ser compreendidos sob a lógica de uma outra norma (ou valor), jurídica ou cultural¹⁴⁶. Esse é o caso de expressões como “funcionário público” (artigos 312 e seguintes do Código Penal), “instituição financeira” (artigo 16 da lei nº 7.492/1986) e “autoridade competente” (artigo 40 da lei nº 9.605/98). Portanto, os elementos normativos se diferenciam dos demais componentes do tipo (os descritivos)¹⁴⁷, por ter seu significado definido por outra norma.

As leis penais em branco, por sua vez, invocam a complementação de parte do tipo penal por outras normas, de modo que “a outra fonte normativa é que passa a funcionar como elementar, e não o que ela dota de significado”¹⁴⁸. A criação proposital de uma lacuna a ser preenchida por outro dispositivo é justamente o que diferencia a lei penal em branco de outras hipóteses de remissão do conteúdo da norma. Nesse sentido, pode-se identificar, no emprego

¹⁴⁶ HORTA, Frederico. Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons. 2016, p. 27-28.

¹⁴⁷ Conforme explica Salvador Netto, “(...) a separação entre elementos descritivo e normativos não está na dualidade reconhecimento ou interpretação. Trata-se, na verdade, de uma questão de grau. Ambos necessitam a interpretação e, por isso mesmo, da tarefa complementar de sentido aperfeiçoada pelo intérprete. Pode-se apenas ser dito que esse grau de dependência interpretativa é menor no caso dos elementos objetivo-descritivos, porém jamais se pode afirmar que ele inexistente. Por isso, a diferença entre ambos não é propriamente qualitativa, mas sim quantitativa.” (NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010, p. 223-224).

¹⁴⁸ “Edmund Mezger se refere aos elementos normativos como todos os ‘pressupostos do injusto típico que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato.’” (HORTA, *op. cit.*, p. 29).

da assessoriedade administrativa normativa, uma forma específica de norma penal em branco: caracterizada pela complementação exclusiva do direito administrativo¹⁴⁹.

Os elementos normativos do tipo podem ser classificados de acordo com a fonte que lhes confere significado: normativos jurídicos, extraídos de outras normas jurídicas, e normativos extrajurídicos, de origem cultural. Neste último caso, a incompatibilidade entre o elemento normativo e a legalidade penal é evidente; a ausência de qualquer previsão legal conferindo sentido à expressão empregada na redação do tipo significa que discursos doutrinários e jurisprudenciais assumem um papel essencial à construção do sentido da norma¹⁵⁰. Como consequência, o legislador efetivamente transfere ao intérprete da lei parte de sua competência, na medida em que a compreensão do comando proibitivo depende não apenas da letra da lei, mas também dos discursos que tratam da norma¹⁵¹.

O conflito entre a legalidade penal e os elementos normativos jurídicos (extrapenais) é um tanto quanto mais delicado. Primeiro, porque implica dependência entre o direito penal e outros campos jurídicos, orientados por princípios e premissas próprios, que não necessariamente atendem às exigências típicas da lei penal, notoriamente mais rígida em comparação a outras normas. Segundo, em virtude da delegação (transversa) do poder de criminalização à Administração Pública. Terceiro, e por fim, o esvaziamento do conteúdo da norma penal, cujo comando proibitivo não pode mais ser prontamente compreendido pelo destinatário (cidadão) sem o recurso a inúmeras outras normativas, indicadas de maneira genérica pela lei e espalhadas de maneira assistemática pelo campo da competência comum de municípios, estados e União Federal.

A incompatibilidade entre a legalidade penal, mais fechada, e a legalidade administrativa, que apresenta uma feição mais aberta, em consonância com a discricionariedade conferida à Administração Pública, é um dos problemas de caráter político-criminal que, de acordo com Luís Greco, decorrem da assessoriedade administrativa¹⁵². Segundo afirma o autor, a flexibilidade das normas que regulam os atos administrativos (em comparação às previsões

¹⁴⁹ LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010, p. 123.

¹⁵⁰ NETTO, P. 3.

¹⁵¹ “O intérprete não se resume a ser um mero reconhecedor do conteúdo legislado, sua função, ao contrário, é integradora e, mais ainda, imprescindível. Esses elementos não possuem aplicabilidade isoladamente, dependem de outro discurso que a eles se sobrepõe e complementa.” (NETTO, P. 3).

¹⁵² O outro problema de natureza político-criminal identificado pelo autor é a reconhecida ineficiência do direito penal ambiental na proteção do bem jurídico meio ambiente (GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 156-167), o que foge ao escopo do presente trabalho.

rígidas e objetivas da lei penal), e o maior grau de autonomia conferido à autoridade pública para tomada de certas decisões (em especial a concessão de licenças, autorizações e permissões), trazem ao campo de aplicação da norma penal premissas estranhas aos princípios constitucionais penais¹⁵³.

Para além das questões político-criminais, Greco identifica, ainda, problemas de natureza jurídico-dogmática: aqueles decorrentes da violação de princípios penais (especialmente a legalidade e a separação de poderes); e da repercussão do comportamento da Administração Pública na esfera penal, tanto nos casos de atos administrativos inválidos (sejam eles permissivos ou proibitivos), como na hipótese de tolerância de atividades desprovidas da autorização prescrita em lei¹⁵⁴.

A remissão de parte do conteúdo da norma penal à Administração Pública é um dos pontos centrais da discussão acerca da violação ao princípio da legalidade. O entendimento majoritário da doutrina é de que, tanto a assessoriedade conceitual quanto a assessoriedade de direito (ou do ato administrativo geral) não vulneram a legalidade penal – diferente do que ocorre nos casos de assessoriedade ao ato administrativo (individual), em que o poder de decisão conferido ao funcionário público pode influenciar a tipicidade da conduta do particular. Ainda assim, alguns autores¹⁵⁵ apontam problemas provocados pela incompatibilidade hierárquica entre a norma (infralegal)¹⁵⁶, e o dispositivo penal que esta complementa, instituído por lei federal, de competência exclusiva da União; nesses casos, também as complementações conceituais e de direito vulneram a legalidade penal.

Cada uma dessas instâncias de complementação da norma penal afasta, cada vez mais, o conteúdo do tipo da taxatividade preconizada pelo princípio constitucional de legalidade. O que se discute, então, é o limite da utilização dos elementos normativos, e a partir de que ponto a desvirtuação da taxatividade da norma resulta na conversão do tipo penal em um “não tipo”, que deixa de atender aos requisitos mínimos de legalidade penal¹⁵⁷.

A legalidade que fundamenta todo o direito penal brasileiro exige, como condição para o exercício do poder punitivo estatal, a tipificação em lei das condutas que constituem crime e,

¹⁵³ “As considerações que interferem na decisão administrativa de conceder ou negar uma permissão têm natureza muito mais flexível e ampla do que as que interferem no juízo penal a respeito da ilicitude de um fato. A partir do momento em que o rígido juízo de ilicitude penal depende da flexível decisão sobre a ilicitude administrativa, surgem conflitos de nem sempre fácil resolução”. (*Ibidem*, p. 156).

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 158.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 164.

¹⁵⁶ Evidentemente, nos casos em que a lei penal é complementada pelo direito administrativo legislado (federal), não há que se falar em violação ao princípio da legalidade (*Ibidem*, p. 164).

¹⁵⁷ NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010, p. 223.

consequentemente, podem ensejar a aplicação de sanção penal. Sob a luz do garantismo penal, Luigi Ferrajoli distingue o princípio da legalidade estrita da mera (ou lata) legalidade: enquanto esta última estabelece a previsão legal como condição para incidência do direito penal, aquela exige a garantia de todos os direitos fundamentais do cidadão (e seus desdobramentos) para o pleno cumprimento da legalidade penal¹⁵⁸.

Nesses termos, para além da legalidade formal (a simples previsão em lei), o legislador e demais aplicadores do direito penal devem se atentar ao aspecto material da legalidade preconizada na Constituição Federal, que contempla a irretroatividade, a taxatividade, e a reserva legal. Aqui, cabe destacar alguns aspectos dessas premissas que são fundamentais às discussões sobre a suposta inconstitucionalidade das normas penais em branco, assim como às teorias acerca da deslegalização do direito penal.

Alguns doutrinadores identificam duas diferentes modalidades no âmbito do princípio da reserva legal: absoluta e relativa¹⁵⁹. A reserva legal absoluta diz respeito à concepção “clássica” do princípio, segundo a qual apenas a lei pode dispor sobre matéria penal, em todos os seus aspectos; excluídas até mesmo considerações secundárias, de caráter interpretativo, por qualquer outra fonte normativa. Na reserva relativa, o legislador fixa os termos fundamentais da norma, e relega o detalhamento de sua aplicação a instrumentos normativos infralegais – como aqueles criados pela Administração Pública.

A taxatividade, por sua vez, exige do legislador a redação mais clara e específica possível do tipo penal, a fim de garantir a compreensão precisa dos termos fixados para configuração do crime; tanto pelo destinatário da norma, quanto pelo eventual aplicador do direito¹⁶⁰. Embora o direito admita, por natureza, certo grau de indeterminação (em virtude da interpretação até mesmo dos termos mais precisos empregados na redação legal), a taxatividade prescrita pela Constituição Federal exige a maior precisão possível da redação do tipo penal¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ferrajoli elencou os dez axiomas do garantismo penal em sua obra “Direito e Razão”. São eles: *nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessita sine injuria; nulla iniuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione*. (FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002).

¹⁵⁹ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. 2a. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 22.

¹⁶⁰ Conforme explica Claus Roxin, “uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo” (ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general: tomo I. Madrid: Civitas, 1997).

¹⁶¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 1: Parte Geral. 24a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

Toda a problemática associada aos tipos penais em branco, assim como a complementação da norma penal por instrumentos infralegais, gira em torno da plasticidade dessas previsões legais: a incompatibilidade dos tipos penais sujeitos à complementação, com as exigências mínimas preconizadas pelo princípio da legalidade¹⁶². O problema apontado pela doutrina é justamente a flexibilização de premissas que fundamentam a aplicação de todo o direito penal – o que, aos olhos de alguns dos críticos mais radicais às técnicas legislativas de complementação da lei penal, implica na inconstitucionalidade desses dispositivos.

4.3 (IN)CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS EM BRANCO

Nas palavras de Klaus Tiedemann¹⁶³, todos os tipos penais abertos, que não descrevem por inteiro a ação tipificada, e requerem a complementação do preceito penal por outra norma, podem ser classificados como leis penais em branco (em sentido amplo). Desde a concepção dessa classificação a parte majoritária da doutrina entende que a verdadeira lei penal em branco é aquela que exige a complementação da norma por outra fonte normativa, extrapenal¹⁶⁴.

A complementação homóloga (aquela proveniente de outra norma emanada da mesma fonte legislativa)¹⁶⁵ dos tipos penais incompletos, não é objeto de discussão doutrinária, dado que, nessas hipóteses, são atendidos todos os critérios constitucionais de validade da norma¹⁶⁶. As leis penais em branco próprias (ou heterogêneas), integradas por normas hierarquicamente inferiores (instruções normativas, portaria, e demais espécies normativas que não seguem o rito legislativo tradicional exigido pelo direito penal) são tratadas com maior controvérsia.

De maneira geral, mesmo aqueles que se filiam a favor do uso de normas penais em branco defendem seu uso apenas para tratar de questões práticas, a fim de melhor adequar a lei ao dinamismo que caracteriza matérias de natureza técnica, como o meio ambiente e a

¹⁶² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010, p. 222).

¹⁶³ “Se califican de leyes penales em blanco em sentido amplo todos los tipos penales ‘abiertos’, los cuales no describen enteramente la acción y/o la materia de prohibición y se encuentran, por consiguiente, necesitados de complementación.” (TIEDEMANN, Klaus. *La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, jan./mar.. 2002, p. 73).

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 74.

¹⁶⁵ As chamadas leis penais em branco homogêneas (*Ibidem*).

¹⁶⁶ “En relación com la jerarquia, como ya hemos dicho, sólo la ley penal en blanco em sentido próprio (remisión a norma de menor rango), infringiría el principio de legalidad, al producirse uma delegación em instancias no competentes em materia penal, con lo que ello significa para la legitimidad democrática de la norma.” (GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 108-163, mai./jun.. 2004, p. 153-154).

tecnologia¹⁶⁷. Os filiados a esta posição entendem que a decisão legislativa pela descrição, ainda que genérica, da conduta criminalizada, atende as exigências da legalidade penal; relegando à Administração Pública apenas a concretização do tipo.

Uma posição tolerante, mas um tanto mais conservadora, é a de que a criação de normas penais em branco exige razões técnicas precisas, assim como a inclusão, no texto da lei, das condicionantes de perigo ou lesão ao bem jurídico para configuração do crime; evitando, assim, a tutela penal da mera desobediência à ordem administrativa, e garantindo ao máximo a legalidade penal e a segurança jurídica¹⁶⁸.

Alguns doutrinadores, filiados a um entendimento mais rígido, alegam inconstitucionalidade das normas penais em branco, com base na violação ao princípio da legalidade em todos os seus aspectos; posição adotada por autores como David Rudnicki, Salo de Carvalho¹⁶⁹, Rogério Greco¹⁷⁰ e Paulo Queiroz¹⁷¹. Essa vertente teórica sustenta-se na violação à previsão do inciso XXXIX, do artigo 5º da Constituição Federal, posto que a complementação da norma penal pela Administração Pública eliminaria o mínimo de previsibilidade exigível para a atuação do poder punitivo estatal¹⁷². Nesse mesmo sentido, Zaffaroni *et al.*¹⁷³ afirmam que a complementação da lei penal por órgão sem competência legislativa para tratar de matéria criminal infringe o princípio da reserva legal, e constitui delegação legislativa vedada constitucionalmente.

Embora a questão não tenha sido levada à análise das cortes superiores nacionais em termos específicos, algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça já trataram, ainda que periféricamente, de normas penais incompletas. No campo do direito penal ambiental, especificamente, o Tribunal já firmou o entendimento no sentido de que, a despeito das expressões genéricas adotadas no artigo 70 da Lei nº 9.605/98 (“toda ação ou omissão que viole

¹⁶⁷ MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga. Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad. *Revista de Derecho*, n. 8, p. 161-182, 2004, p. 166.

¹⁶⁸ MATA BARRANCO, Norberto J. de: *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados em una autorización administrativa ilícita*. 1. ed. Barcelona: Cedecs Ed., 1996.

¹⁶⁹ CARVALHO, Salo de; RUDNICKI, Dani. *Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente*. Rio de Janeiro, 1996, p. 320-329.

¹⁷⁰ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal - v. 1: parte geral: artigos 1. a 120 do Código Penal*. 18a. ed. Niterói: Impetus, 2016.

¹⁷¹ QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal, Parte Geral*. 14a. ed. rev., ampl. e atual.. Salvador: JusPODIVM, 2020.

¹⁷² “A qualquer momento, um burocrata de algum recôndito órgão estatal pode redigir uma norma interna, que à título ‘de estar complementando norma penal em branco’ estaria, de fato, criminalizando condutas, que até então, seriam desconsideradas pelo direito.” (MONTEIRO JÚNIOR, Francisco de Assis Rêgo. *(A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e consequências*. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/720/676>, p. 113).

¹⁷³ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003, p. 44.

regras jurídicas”), o dispositivo em questão atende aos requisitos da legalidade – e que estes não podem ser interpretados de maneira mais rigorosa no direito administrativo do que no penal¹⁷⁴.

Nesse mesmo sentido, colhe-se da decisão proferida em julgamento ao Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 323433/ES, de 2017, o reconhecimento de que a complementação penal do tipo previsto no artigo 56 da Lei nº 9.605/98 é feita por norma infralegal (nesse caso específico, pelo Regulamento para o Transporte Rodoviário de Produtos Perigosos, Decreto nº 96.044/88, e pela Resolução nº 420/2004 da Agência Nacional de Transportes Terrestres), que descreve o elemento normativo “produto ou substância tóxica perigosa ou nociva à saúde pública ou ao meio ambiente”¹⁷⁵. Também é entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça a imprescindibilidade da indicação da norma integrativa em denúncias que imputam ao réu a prática de crime tipificado por norma penal em branco¹⁷⁶, sob pena de violação à ampla defesa e ao contraditório do acusado.

Embora a constitucionalidade das normas penais em branco não tenha sido propriamente tratada pelas cortes superiores nacionais, os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que abordam a matéria (ainda que indiretamente), evidenciam a aplicação cotidiana

¹⁷⁴ “De forma legalmente adequada, embora genérica, o art. 70 da lei 9.605/1998 prevê, como infração administrativa ambiental ‘toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção e recuperação do meio ambiente’. É o que basta para, com a complementação do Decreto regulamentador, cumprir o princípio da legalidade e, que, no Direito Administrativo, não poder ser interpretado mais rigorosamente que no Direito Penal, campo em que se admitem tipos abertos e até em branco”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1137314. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17/11/2009. Diário da Justiça Eletrônico 04/05/2011).

¹⁷⁵ “(...) a conduta ilícita prevista no art. 56, caput, da Lei n. 9.605/1998 é norma penal em branco, cuja complementação depende da edição de outras normas, que definam o que venha a ser o elemento normativo do tipo ‘produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde pública ou ao meio ambiente’ (...). Ao que se vê, não há qualquer vício na peça processual fustigada, pois a adequação típica limita-se, na espécie, à expressão ‘transportar produto perigoso sem autorização legal’. Nessa linha, a exordial acusatória apontou suficientemente haver prova de materialidade do delito, consistente na indicação do tipo e produto transportado, a sua classificação segundo o órgão estatal regulador da atividade de transporte terrestre de pessoas e bens, além da ausência da devida autorização legal para o transporte desse tipo de carga e dos indícios de autoria, a viabilizar o exercício do contraditório e da ampla defesa pelos pacientes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 0110335-1. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz 26/09/2017. Diário da Justiça Eletrônico, 02/10/2017).

¹⁷⁶ “O delito descrito no artigo 1º, I da Lei 8.176/1991 se traduz em verdadeira norma penal em branco, pois limita seu alcance à prática de atos com combustíveis ‘em desacordo com as normas estabelecidas na forma da Lei’. Portanto, é de rigor que a denúncia narre o respectivo complemento normativo, sob pena de flagrante inépcia, não bastando a simples menção ao procedimento administrativo instaurado contra os acusados, notadamente quando ausente a alusão a todos os fatos imputados aos agentes, não se subsumindo, assim ao artigo 41 do Código de Processo Penal (...)” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 82.734. Quinta Turma. Relatora: Ministra Jane Silva, 08/11/2007. Diário da Justiça 27/11/2007). Nesse mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 174165. Quinta Turma. Relator Ministro Gilson Dipp, 01/03/2012. Diário da Justiça Eletrônico 08/03/2012. O Supremo Tribunal Federal já proferiu decisão em termos semelhantes, em 1987, ao tratar especificamente de crime previsto no Código Penal Militar (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 65130. Primeira Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti, 05/06/1987. Diário da Justiça, 07/08/1987).

pacífica dos dispositivos penais incompletos, assim como o reconhecimento de alguns critérios imprescindíveis à identificação da conduta delituosa neles descrita, especialmente a descrição detalhada em instrumento normativo infralegal.

Apesar da lacuna na jurisprudência nacional, alguns tribunais constitucionais de outros países já trataram do tema; notoriamente o alemão, o espanhol, o americano e o italiano¹⁷⁷. O entendimento dominante nas cortes internacionais é que as remissões a normativas infralegais são admissíveis, desde que o núcleo fundamental da proibição esteja previsto na lei penal¹⁷⁸. De modo geral, os tribunais reconhecem que não devem ser colocados obstáculos constitucionais muito altos; do contrário, as leis seriam extremamente rígidas e casuísticas, e se tornaria impossível adaptar as previsões legais aos avanços científicos e tecnológicos que permeiam muitas das matérias juridicamente tuteladas¹⁷⁹. Ainda assim, o reconhecimento da constitucionalidade desses dispositivos não se deu de maneira indiscriminada, e foram fixados alguns parâmetros e critérios mínimos que conferem legitimidade às normas em branco.

Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão¹⁸⁰ determinou que, quanto mais grave a pena cominada a uma determinada conduta, mais precisa deve ser a redação do tipo penal que a descreve. O Tribunal Constitucional espanhol¹⁸¹, por sua vez, destacou alguns aspectos que assentam a legalidade desses dispositivos: (i) a descrição do núcleo central de proibição do tipo penal, da maneira mais detalhada possível; (ii) a previsão da sanção e a justificação do reenvio de parte do conteúdo da norma com base na tutela do bem jurídico protegido, dada a complexidade e o dinamismo da matéria; (iii) usar o recurso de maneira excepcional, apenas nos casos em que é indispensável para delimitar o âmbito do que é permitido e proibido pela lei penal; (iv) a adoção de uma dependência relativa entre a complementação administrativa e o direito penal, condicionando a aplicação da sanção à verificação do dano (possível ou efetivo) ao bem jurídico.

¹⁷⁷ Gunter Heine aponta, na Alemanha, o Bunderverfassungsgericht (BVerfGE) 75 (página 329 e seguintes), de 1985; na Itália, a sentença proferida pela Corte Constitucional em 12/03/1975 (página 714); nos Estados Unidos, o caso *United States v. Kennecott Copper Corp.*, 523, F.2d 821, de 1975; e no Tribunal Constitucional Espanhol, a Sentença nº 3/1988, proferida em 21 de janeiro daquele ano (HEINE, Gunter. *Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-316, 1993, p. 301).

¹⁷⁸ “Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão: ‘Os pressupostos da punibilidade e a espécie de pena devem ser previsíveis para o cidadão já com base na lei, e não apenas com base no decreto dela decorrente.’” (GRECO, Luís. *A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acesoriedade administrativa*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 168).

¹⁷⁹ HEINE, *op. cit.*, p. 301.

¹⁸⁰ GRECO, *op. cit.*, p. 168.

¹⁸¹ HEINE, *op. cit.*, p. 301.

Assim, vê-se que a aplicação pacífica das normas penais em branco pelas cortes brasileiras, somada à jurisprudência internacional que reconhece a constitucionalidade da complementação da lei penal pela Administração Pública, contrariam muitas das críticas doutrinárias que rejeitam essa técnica legislativa em todas as suas formas. Vale ressaltar, no entanto, que mesmo os apoiadores mais vocais da assessoriedade administrativa reconhecem a necessidade de uma limitação dos termos da norma penal sujeitos a complementação por ato infralegal, e admitem a complexidade dos problemas associados a seu uso.

4.4 REPERCUSSÕES DA ASSESSORIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO PENAL AMBIENTAL

Existem normas penais completas (que não dependem expressamente da complementação por normas infralegais), cuja aplicação fica sujeita, em certo grau, a critérios fixados pela Administração Pública. Os riscos permitidos, por exemplo, devem ser aferidos em alguns tipos penais para fins de verificação do dolo ou excludente de tipicidade. Placas de trânsito que regulamentam o tráfego de uma determinada rua efetivamente conferem àquele que atende a suas determinações a certeza de que sua conduta é praticada dentro dos limites da lei e não pode configurar ilícito, resultando, assim, em risco permitido¹⁸².

Portanto, se, mesmo nos tipos penais “tradicionais”, o aplicador da lei pode se valer de previsões administrativas para determinar os termos de incidência do dispositivo, por que a previsão expressa de complementação pela Administração Pública causa tanta controvérsia, a ponto de suscitar alegações de inconstitucionalidade das normas penais em branco? Luís Greco aponta a aparente incongruência de se declarar a ilegitimidade de uma norma que indica, expressamente, a remissão a instrumentos normativos infralegais, quando aquelas que dependem implicitamente de parâmetros estabelecidos pela Administração Pública não são questionadas¹⁸³.

Em análise à suposta contradição, esse autor explica que, nos tipos “completos”, a violação à norma administrativa infralegal é apenas um dos critérios extrapenais que podem

¹⁸² “Segundo a moderna teoria do tipo, reconstruída com base na chamada imputação objetiva, só viola a norma penal, só pratica uma conduta proibida, só cria um risco juridicamente desaprovado aquele que se comporta em desacordo com os padrões de prudência vigentes em seu círculo social”. (GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da assessoriedade administrativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 168).

¹⁸³ “Seria um tanto estranho declarar ilegítima uma norma que apresente uma remissão a direito administrativo infra-legal, se uma tal norma se mostra bem mais precisa do que uma possível norma penal sem a remissão.” (*Ibidem*, p. 170).

influenciar a aplicação da lei penal. As normas em branco, em contraponto, preveem expressamente a contrariedade à disposição administrativa como elemento do tipo, tornando-o critério decisivo para verificação da prática do delito¹⁸⁴. O núcleo da questão levantada pela doutrina é, essencialmente, o nível de interferência da Administração Pública no conteúdo da normal penal.

O uso exacerbado de técnicas legislativas de reenvio do conteúdo da norma penal nas últimas décadas tem levado alguns autores¹⁸⁵ a identificar a ocorrência de um fenômeno de deslegalização velada do direito penal, caracterizada pela delegação da maior parte do conteúdo do tipo à Administração Pública, transferindo a ela a regulamentação de aspectos para além daqueles meramente complementares¹⁸⁶. Nesse cenário, a proibição de condutas pelo direito penal passa a ser feita por meio de instrumentos infralegais, externos à legislação.

O problema toma proporções maiores quando se trata de tipo penal em que não há a mínima descrição da conduta que não seja a desobediência às disposições administrativas, casos em que é impossível determinar quais atos configuram o delito sem consultar os instrumentos normativos publicados pelos órgãos competentes¹⁸⁷. A ausência de qualquer manifestação da lei penal sobre a prática do ato delitivo efetivamente transfere à Administração Pública o poder para determinar o cerne do conteúdo da norma, que passa a exercer atividade legiferante em matéria penal¹⁸⁸; o que, naturalmente, provoca diversos problemas de natureza dogmática e político-criminal.

¹⁸⁴ “Enquanto no caso das normas tradicionais, sem referência expressa ao direito administrativo, acaba sendo o juiz quem ao final determina se o risco criado é ou não permitido, tarefa na qual pode ou não recorrer ao direito administrativo, nas normas penais que remetem a uma violação do direito administrativo, esta determinação é feita em momento anterior, pelo órgão administrativo, sendo a violação àquilo que determinou esta órgão indispensável para que esteja praticada a conduta prevista no tipo.” (GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006, p. 170).

¹⁸⁵ Conforme explica Pedro Niebuhr, “Apesar de ser comum a lei incumbir a um órgão a prerrogativa de definir os parâmetros técnicos de dado conceito, Luís Filipe Colaço Antunes tem percebido um processo inverso, de juridicização de normas técnicas no âmbito do Direito do Ambiente. Para o autor, nos últimos tempos, o legislador vem introduzindo diretamente na lei critérios de avaliação e ação técnica, de tolerabilidade, métodos etc. (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental. Coimbra: Almedina, 1998. P. 263. Isso se percebe, por exemplo, na edição do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/12), que incorporou a seu texto uma série de conceitos – por exemplo, os constantes em seus artigos 3º e 4º - antes veiculados em normas regulamentares (leia-se resoluções do CONAMA).” (NIEBUHR, Pedro. Processo administrativo ambiental. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020, p. 19).

¹⁸⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da. Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73. A autora ressalva, no entanto, que a distinção entre elementos essenciais e complementares do tipo é um critério ainda pouco preciso, indeterminado.

¹⁸⁷ FALAVIGNO. Chiavelli Fazenda. Notas sobre assessoriedade administrativa no direito penal econômico. Revista da CGU, v. 13, n. 23, p. 21-28, jan/jun. 2021, p. 25.

¹⁸⁸ “Cuida-se, assim, de um poder normativo da administração que, por meio de um conceito ‘ponte’, acaba por receber toda a proteção penal como reforço de cumprimento. É como se uma única norma penal fosse capaz de criminalizar centenas de outras normas não penais, no caso, administrativas.”

É certo que a transferência da competência legislativa à Administração Pública, ainda que parcial, põe em dúvida a legitimidade dos dispositivos que dependem dessa complementação. Além disso, a redação abstrata e excessivamente aberta de alguns desses tipos resulta em uma proibição de natureza quase genérica, proporcionando uma liberdade muito ampla aos órgãos públicos para determinação dos termos de incidência do tipo¹⁸⁹. No entanto, os efeitos da deslegalização do direito penal vão além da violação à reserva legal e à taxatividade da norma.

O bem jurídico tutelado pelo direito penal é o que justifica, primordialmente, a criação do tipo; é ele que permite a identificação da referência material da conduta criminalizada, e confere propósito à criminalização das condutas danosas. O desvio do bem jurídico protegido pela norma penal (cuja ofensa deixa de integrar parte essencial do tipo), para a mera desobediência das determinações da Administração Pública, vulnera a legitimidade do tipo e põe em xeque a constitucionalidade do dispositivo¹⁹⁰.

A precária taxatividade da norma sujeita à complementação administrativa dificulta o conhecimento pleno do mandamento proibitivo pelo destinatário da lei. Remissões em cadeia, em especial, pulverizam o conteúdo do tipo penal e exigem do cidadão o conhecimento de um arcabouço regulatório extenso, para além do que pode ser considerado razoável – o que resulta na ocorrência indiscriminada de erros de proibição associados a normas penais em branco.

Tratando-se da assessoriedade do ato, torna-se necessário avaliar todos os termos dispostos pelo ato administrativo permissivo concedido ao particular a fim de determinar a tipicidade de sua conduta; dado que, além da ausência de licença, autorização ou permissão da autoridade competente, a prática das atividades potencialmente nocivas ao meio ambiente também é criminalizada caso realizada em desacordo com os parâmetros fixados pelo órgão público especializado. Além disso, eventuais vícios do ato administrativo podem repercutir da esfera penal¹⁹¹.

¹⁸⁹ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. *Revista Inclusiones*, v. 8, n. especial, p. 70-82, jan/mar. 2021, p. 77.

¹⁹⁰ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. O desvio do tipo penal e a dispensa da verificação de dano, potencial ou efetivo, para configuração do delito, também repercute na materialidade do crime imputado: se o particular exerce a atividade de acordo com os parâmetros tipicamente fixados pela autoridade competente em situações semelhantes, e dispõe de todos os pré-requisitos para obtenção da autorização administrativa, mas não o faz, pode-se afirmar que comete o crime tipificado, se a única justificativa para aplicação da sanção é de natureza formal?

¹⁹¹ “(...) em casos como esse, mais do que a proteção condicional ao bem jurídico, se está a tutelar penalmente o devido cumprimento das exigências administrativas para a execução de uma atividade. Em suma, o crime deixa de ser a conduta em si, mas alcança sim a sua realização sem a devida anuência da administração, fator que coloca em forte dúvida a existência de lesividade material do comportamento.” (NETTO, Alamiro Velludo

O ato administrativo consiste na declaração do Estado (ou de seus representantes) no exercício de prerrogativas públicas, que produz efeitos jurídicos imediatos e está sujeita a controle por órgão jurisdicional. Em consonância com os princípios que orientam o direito administrativo, os atos do Poder Público são caracterizados pela presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade¹⁹².

Nesse caso, a incompatibilidade entre as diferentes diretrizes que orientam os direitos administrativo e penal é ainda mais grave, posto que a concessão de autorização fica sujeita à discricionariedade da autoridade pública (e, portanto, exige um exame de natureza subjetiva por parte desta), enquanto o direito penal estabelece critérios objetivos de incidência do tipo penal (a ausência de permissão, autorização ou licença para prática de determinada atividade). A questão toma proporções ainda mais complexas quando é confrontada com a existência de atos administrativos (tanto autorizadores como proibitivos) inválidos.

A validade de um ato administrativo está sujeita a verificação de uma série de requisitos: sujeito capaz e competente, objeto lícito e possível, forma exteriorizada em conformidade com a lei, motivo e finalidade¹⁹³. A legislação brasileira elenca alguns dos vícios que culminam na invalidade de um ato administrativo, hipóteses meramente exemplificativas. Esses defeitos abrangem desde a usurpação de função daquele que emitiu o ato, excesso de poder, proibição normativa, não atendimento da forma prescrita em lei, desvio de finalidade; para citar apenas alguns exemplos¹⁹⁴. O que interessa notar é que muitos atos administrativos inválidos frequentemente produzem efeitos materiais, e provocam uma resposta do particular condizente com a presunção de legitimidade que dota as manifestações da Administração Pública¹⁹⁵.

Sabe-se que a concessão de autorização, permissão ou licença pela autoridade administrativa competente pode afastar a incidência de muitos dos tipos penais elencados na Lei nº 9.605/98. Nesses casos, a legalidade penal exige a conformidade do ato permissivo emanado pela Administração Pública com os termos estabelecidos em lei, afastando, em tese,

Salvador. Tipicidade penal e o princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 85, p. 219-235, jul./ago. 2010, p. 223).

¹⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Não se ignora a existência de discussões doutrinárias acerca das categorias decorrentes dos vícios do ato administrativo, aqueles que podem ser considerados nulos ou anuláveis; no entanto, tal questão ultrapassa o escopo do presente trabalho. A respeito do assunto, cita-se: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 157, e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12.a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

¹⁹⁵ MELLO, *op. cit.*

os efeitos dos atos autorizadores ilícitos no campo do direito penal¹⁹⁶ - a não ser que se trate de ato anulável, desde que convalidado pela Administração Pública, ou após o transcurso do prazo para anulação.

Essa conclusão, no entanto, vai de encontro à presunção de legitimidade que caracteriza os atos da Administração Pública (e assegura ao particular a veracidade daquilo que é afirmado pela autoridade competente). Nesse sentido, Frisch¹⁹⁷ nota que os vícios que resultam na invalidade do ato administrativo devem ser objeto de análise para aferição da tipicidade da conduta imputada ao particular.

O autor observa que, na maioria dos casos em que a existência de ato administrativo, ainda que inválido, afasta a tipicidade da conduta do agente acusado, o vício decorre de erro por parte da Administração Pública, que não pode ser imputado ao particular (diferente daqueles decorrentes da apresentação de informações falsas, dolo ou fraude, casos em que o solicitante dá causa à invalidade do ato). Nestes termos, o princípio da confiança torna a situação em uma de risco permitido, o que resulta, segundo o autor, na atipicidade dos atos do réu.

Situação semelhante é a do ato administrativo proibitivo viciado. Os tipos penais que criminalizam certas condutas praticadas em locais ou durante períodos “proibidos por autoridade competente” exigem atos administrativos válidos que estabeleçam os termos de aplicação da norma: o detalhamento de quais são os locais e épocas de proibição. Se o ato é inválido, naturalmente, não se pode admitir a incidência de sanção penal¹⁹⁸.

Discussões similares permeiam os casos em que, embora desprovida da autorização exigida por lei, a conduta do particular é tolerada pela Administração Pública. Enquanto autores como Luís Greco e Hans-Joachim Rudolphi¹⁹⁹ afirmam que a omissão do Poder Público frente a prática irregular de atividade sujeita à permissão administrativa pode ser considerada autorização implícita, opinião contrária é colocada por Miranda Rodrigues²⁰⁰, que sustenta a

¹⁹⁶ LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010, p. 126.

¹⁹⁷ LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010, p. 126.

¹⁹⁸ “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 pseudovigência 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.” (LOBATO, José Danilo Tavares. Acessoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010, p. 127.)

¹⁹⁹ Rudolphi, Hans-Joachim. *Primat des Strafrechts im Umweltschutz*. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. Heft 5. 4 Jahrgang. München: Verlag C. H. Beck, 1984, p. 197.

²⁰⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. Artigo 279. In: Dias, Jorge de Figueiredo (org.). *Comentários coimbricenses do Código Penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1999, p. 968.

irrelevância de eventual atitude tolerante da Administração Pública para fins de configuração do ilícito. Vale esclarecer, no entanto, que a autora se refere ao direito português, no qual o crime de poluição perfectibiliza-se com a mera desobediência.

Apesar de todas as contradições e incongruências provocadas pela assessoriedade administrativa no direito penal, fato é que, em matéria ambiental, sistemas de absoluta independência entre as instâncias penal e administrativa são insustentáveis na prática. Na hipótese de admissão da inconstitucionalidade de todas as normas penais em branco e da complementação administrativa no direito penal, seriam duas as alternativas ao modelo adotado atualmente: a previsão legal de todos os parâmetros técnicos necessários à aplicação de cada um dos tipos penais ambientais, ou a eliminação da tutela penal do meio ambiente.

A primeira opção, além de praticamente impossível, é, também, incompatível com o direito penal minimalista atualmente vigente no Brasil²⁰¹. A fixação em lei dos critérios técnicos e científicos necessários para determinar a incidência da norma penal, no lugar da complementação administrativa da norma, resultaria em um enorme casuísmo, e dificultaria ao máximo a proteção ao bem jurídico tutelado, estabelecendo parâmetros iguais a biomas e locais diversos, caracterizados por diferentes vulnerabilidades. E mais: as prováveis inconsistências entre os critérios administrativos e aqueles fixados pela lei penal agravariam a incerteza jurídica associada a esses delitos²⁰².

A segunda opção, pela descriminalização das condutas danosas ao meio ambiente, embora apoiada por muitos doutrinadores²⁰³, não encontra melhor sorte. O direito penal expansionista das últimas décadas, ao que tudo indica, não parece propenso a diminuir o rol de delitos, ou excluir da tutela penal bens jurídicos já bem estabelecidos e reconhecidos em lei – especialmente aqueles previstos na Constituição Federal.

É certo que a gravidade de muitas das condutas criminalizadas pela Lei nº 9.605/98 pode ser questionada, especialmente em virtude da previsão cumulativa de infrações administrativas e tipos penais que punem os mesmos atos. No entanto, as justificativas de natureza político-criminal que permeiam o direito penal do risco, que toma cada vez mais espaço no sistema de justiça criminal brasileiro, não parecem apontar para uma futura diminuição do número de crimes ambientais.

²⁰¹ FALAVIGNO. Chiavelli Facenda. Notas sobre assessoriedade administrativa no direito penal econômico. Revista da CGU, v. 13, n. 23, p. 21-28, jan/jun. 2021, p. 21.

²⁰² COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). Direito penal econômico: análise contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰³ CARVALHO, Salo de; RUDNICKI, Dani. Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente. Rio de Janeiro, 1996, p. 320-329.

Partindo do pressuposto de que, em matéria ambiental, o modelo de relativa dependência entre direito penal e administrativo é inevitável, boa parte da doutrina destaca a importância do equilíbrio entre os dois campos jurídicos para mitigação de eventuais riscos aos princípios penais constitucionais. Idealmente, o direito penal fica vinculado de maneira parcial aos atos da Administração Pública, mas resguarda autonomia para analisar outros aspectos do delito ambiental, com base em critérios próprios²⁰⁴.

Neste contexto, Falavigno propõe o estabelecimento de regras mais claras para a atuação administrativa na complementação dos tipos penais, com a limitação do número e a definição das características dos órgãos que podem tratar da matéria²⁰⁵. A autora sugere, ainda, a previsão de quais espécies normativas podem ser criadas para esse fim, e quais elementos do tipo podem ser objeto de complementação administrativa. A vedação à remissão em cadeia e a referência expressa aos instrumentos e órgãos responsáveis pela definição de parte do conteúdo da norma penal, de maneira semelhante, são medidas que podem atenuar a insegurança jurídica e preservar a taxatividade de alguns desses dispositivos.

Assim, a despeito da longa lista de questões controversas levantadas pelo uso da assessoriedade administrativa no direito penal, em matéria ambiental é essencialmente impossível evitar a complementação administrativa dos tipos penais. Apesar da aparente incompatibilidade entre os tipos penais e a complementação administrativa, os problemas decorrentes do reenvio de parte do conteúdo da norma penal à Administração Pública dificilmente resultam na inconstitucionalidade do tipo. Ainda assim, não se admite o uso indiscriminado dessa técnica legislativa, que certamente deve ser submetida a critérios de controle mais rígidos; mas dificilmente será substituída por outra alternativa que cumpra os mesmos fins, sem incorrer nos mesmos problemas.

²⁰⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. *In*: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2009.

²⁰⁵ FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. *A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de assessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro*. Florianópolis: EMais, 2020.

5 CONCLUSÃO

A alta carga técnica e o constante desenvolvimento científico da matéria ambiental são fatores que evidenciam a incompatibilidade do bem jurídico meio ambiente com a tutela penal clássica: fixada por meio de lei federal, e orientada por princípios que expressam ao máximo a rigidez do sistema penal e a primazia da competência legislativa da União para tratar da matéria. Nesse contexto, o legislador recorreu ao reenvio de parte do conteúdo da norma penal à Administração Pública, composta por órgãos especializados que detém a expertise necessária para uma efetiva tutela ambiental, e cujos instrumentos normativos são mais maleáveis, capazes de acompanhar o constante desenvolvimento científico que permeia esse bem jurídico.

A complementação da norma penal pelo Poder Executivo, mesmo nos casos em que é feita de maneira parcial e bem delimitada por lei, é alvo de muitas críticas doutrinárias que identificam, na remissão do conteúdo do tipo penal a fontes infralegais e extrapenais, grave violação ao princípio da legalidade. A transferência transversa da competência legislativa criminal a outro poder que não o legislativo federal, e a pulverização do mandamento proibitivo do tipo penal por uma série de instrumentos normativos desconhecidos pelo cidadão médio, são alguns dos principais problemas associados a essa técnica legislativa.

Ainda assim, a constatação de que toda e qualquer participação da Administração Pública na construção do tipo penal resulta na imediata inconstitucionalidade da norma, certamente ultrapassa qualquer parâmetro de razoabilidade como resposta às questões levantadas. No direito penal ambiental, especialmente, o recurso aos órgãos especializados é inevitável, e a previsão em lei penal de todas as minúcias e critérios técnicos necessários à aplicação dos tipos seria impossível.

Tratando-se de situação excepcional que exige a adaptação do direito penal clássico para garantir proteção mais efetiva ao bem jurídico tutelado, se a norma penal prevê o fundamento do tipo, e fixa moldura precisa para a atividade legiferante da Administração Pública, não há justificativa que sustente eventuais alegações de violação ao princípio da legalidade. O direito penal ambiental requer, por sua própria natureza, um grau de flexibilidade que não pode ser proporcionado pelos dispositivos penais tradicionais. Nesses termos, apenas o reenvio integral do conteúdo da norma penal à Administração Pública representaria deslocamento indevido da competência legislativa criminal, e poderia suscitar a inconstitucionalidade do dispositivo.

A jurisprudência brasileira indica, embora não explicitamente, a conformidade da complementação administrativa da norma penal com a legalidade exigida pela Constituição Federal. Tribunais constitucionais de outros países que trataram do tema adotam posição

semelhante, e já declararam a constitucionalidade de normas penais em branco, com a ressalva de que devem ser observados alguns critérios mínimos para garantia da taxatividade e preservação da reserva legal.

Dito isso, é certo que a aplicação da norma penal não pode estar sujeita unicamente aos critérios estabelecidos pelo Poder Executivo, ou ter como base apenas a violação de ato administrativo, seja ele de caráter geral ou individual. A incidência subsidiária e fragmentária do direito penal, enquanto *ultima ratio* do sistema jurídico brasileiro, reserva a aplicação da lei penal a casos excepcionais, devendo-se verificar no caso concreto o dano (ou perigo de dano) ao bem jurídico tutelado pela norma penal, para além dos critérios meramente formais incluídos na redação do tipo.

Embora longe da solução ideal, a assessoriedade administrativa é o que possibilita a tutela penal ambiental e, na ausência de qualquer perspectiva de descriminalização das condutas potencialmente danosas ao ambiente, é uma técnica legislativa que, embora controversa, é também inevitável. Nesse cenário particularmente excepcional, não se vislumbra a possibilidade de abandono completo da atuação administrativa na complementação dos tipos penais, mesmo com base em suposta violação à legalidade. Por outro lado, faz-se necessária a fixação de regras mais claras para as atividades compreendidas pela assessoriedade administrativa, a fim de mitigar as consequências mais graves (e evitáveis) do uso excessivo das normas penais em branco e dos elementos normativos do tipo.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. Príncípios del derecho penal mínimo (para uma teoria de los derechos humanos como objeto y limite de la ley penal. **Doutrina Penal**, n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, p. 623-650, 1987
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, São Paulo, v. 9, n. 3, p. 5-52, jan./mar. 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 48-82, abr./jun. 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, vol. 1: Parte Geral. 24a. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BISSOLI FILHO, Francisco. **As sanções penais e suas espécies**. Curitiba: Juruá, 2010.
- BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12/07/2022.
- BRASIL. Lei nº 5.197, de 15 de setembro de 1965. Institui o novo Código Florestal. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm. Acesso em 12/07/2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção e estímulos à pesca e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0221.htm. Acesso em: 12/07/2022.
- BRASIL. Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967. Dá nova redação ao Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (Código de Minas). Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em 12/07/2022.
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 12/07/2022.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 12/07/2022.
- BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 08 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações

administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em 12/07/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 578.797. Relator: Ministro Luiz Fux, 05/08/2004. **Diário da Justiça**, 20/09/2004, p. 196.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 82.734. Quinta Turma. Relatora: Ministra Jane Silva, 08/11/2007. **Diário da Justiça**, 27/11/2007, p. 221.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1137314. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, 17/11/2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 04/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 771.619. Primeira Turma. Relatora: Ministra Denise Arruda, 16/12/2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.049.822. Primeira Turma. Relator: Ministro Francisco Falcão, 23/04/2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23/04/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 883.656. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin, 09/03/2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.192.569. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins, 19/10/2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, 27/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.114.398. Segunda Turma. Relator Ministro Sidnei Beneti, 08/02/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 16/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 174165. Quinta Turma. Relator: Ministro Gilson Dipp, 01/03/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 08/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.251.967. Segunda Turma. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, 12/04/2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 17/04/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 323.533. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 26/09/2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, 02/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.642.331. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 24/04/2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 18/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.829.682. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 02/06/2020. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09/06/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 65130. Segunda Turma. Relator: Ministro Francisco Rezek, 31/03/1989. **Diário da Justiça**, 07/08/1987, p. 237.

CARVALHO, Érika Mendes de. Limites e alternativas à administrativização do Direito Penal do Ambiente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 299-336, set./out.. 2011.

CARVALHO, Érika Mendes de. Ensaio sobre o significado dogmático da acessoriedade administrativa nos delitos ambientais. **Revista Liberdades**, São Paulo, ed. especial, n. 8, p. 23-46, set/dez. 2011.

CARVALHO, Salo de; RUDNICKI, Dani. **Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro, 1996.

COSTA, Helena Regina Lobo da. O direito penal ambiental e normas administrativas. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, v. 13, n. 155, p. 18-19, out. 2005.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo. In: VILARDI, Celso Sanchez; PEREIRA, Flávia Rahal Bresser; NETO, Theodomiro Dias (coord.). **Direito penal econômico: análise contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3a. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. O ilícito penal e o ilícito administrativo: discussões doutrinárias. **Boletim IBCCrim**, São Paulo, v. 24, n. 287, p. 12-14., out. 2016.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **A deslegalização do direito penal: leis penais em branco e demais formas de acessoriedade administrativa no ordenamento punitivo brasileiro**. Florianópolis: EMais, 2020.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. A deslegalização no direito penal brasileiro: discussões dogmáticas. **Revista Inclusiones**, v. 8, n. especial, p. 70-82, jan/mar. 2021.

FALAVIGNO. Chiavelli Facenda. Notas sobre acessoriedade administrativa no direito penal econômico. **Revista da CGU**, v. 13, n. 23, p. 21-28, jan/jun. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14a. ed. rev., ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FREITAS, Vladimir Passos de. (coord.). **Águas: aspectos jurídicos e ambientais**. 3a. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- GODOY, Carlos Luiz Bueno de; PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. 2a. ed. Barueri: Manole, 2008.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Cuestiones actuales del derecho penal económico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 48, p. 108-163, mai./jun.. 2004.
- GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev.. 2006.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: v. 1, parte geral. 18a. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- HEINE, Gunter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, v. 46, n. 1, p. 289-316, 1993.
- HORTA, Frederico. **Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco**. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons. 2016.
- HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, v. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial – Teoria e prática**. 7. ed. São Paulo: RT, 2015.
- LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista Sequência**, n. 55, p. 195-218, dez. 2017.
- LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2a. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.
- LOBATO, José Danilo Tavares. Accesoriedade administrativa, princípio da legalidade e suas (in)compatibilidades no direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 83, p. 120-162, mar./abr. 2010.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 24a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito ambiental**. 5a. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MATA BARRANCO, Norberto J. de. **Protección penal del ambiente y accessoriedad administrativa: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita**. 1. ed. Barcelona: Cedecs, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32a. ed. rev., ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 12a. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil ambiental e a jurisprudência do STJ. **Revista de Direito Ambiental: RDA**, São Paulo, v. 89, p. 221-254, jan./mar. 2018.

MONTEIRO JÚNIOR, Francisco de Assis Rêgo. **(A Inexistência de) Controle de Constitucionalidade das Leis Penais em Branco: Causas e consequências**. Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/720/676>

MORALES, Sandra Eugenia Zúñiga. Cuando las Normas Penales en Blanco Vulneran el Principio de Legalidad. **Revista de Derecho**, n. 8, p.161-182, 2004.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. Tipicidade penal e princípio da legalidade: o dilema dos elementos normativos e a taxatividade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 85, p. 219-235., jul./ago. 2010.

NIEBUHR, Pedro. **Processo administrativo ambiental**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

NIETO, Alejandro. El principio non bis in idem. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 28, p. 157-172, 1990.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de direito administrativo**, v. 219. p. 127-151. Rio de Janeiro, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 4a. ed. São Paulo: RT, 2011.

PIGRETTI, Eduardo A. Prologo. *In*: PIGRETTI, Eduardo A. et al. **La Responsabilidad por Daño Ambiental**. Buenos Aires: Centro de Publicaciones Jurídicas y Sociales, 1986.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 7ª ed., 2019.

PRIEUR, Michel. **Le principe de précaution**. Disponível em: <https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/2-Prieur.pdf>

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal, Parte Geral**. 14a. ed. rev., ampl. e atual.. Salvador: JusPODIVM, 2020.

RABIN, Robert L. **Environmental Liability and the Tort System**. Houston Law Review, v. 24, 1987, p. 27-52.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **O STJ e a responsabilidade administrativa ambiental subjetiva: notas para uma reflexão**. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302576,101048->

O+STJ+e+a+responsabilidade+administrativa+ambiental+subjetiva+notas

RODRIGUES, Anabela Miranda. Artigo 279. *In*: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **Comentários conimbricense do Código Penal**. Coimbra: Coimbra, 1999.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general: tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. Primat des Strafrechts im Umweltschutz. **Neue Zeitschrift für Strafrecht**. Heft 5. 4 Jahrgang. München: Verlag C. H. Beck, 1984.

SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do direito penal na defesa do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, v. 61, p. 77-106, jan./mar. 2011.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O direito administrativo sancionador e o princípio non bis in idem na União Europeia: uma releitura a partir do caso “Grande Stevens” e os impactos na defesa da concorrência. **Revista de Direito Civil: RDC**, v. 2, n. 2, p. 5-22, nov. 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. As duas faces de janus: a criminalização e a descriminalização do direito ambiental. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**: criminalista do século. São Paulo: Método, 2001.

SIRVINSKAS, Luís Prado. Ainda sobre normas penais em branco e bem jurídico tutelado nos crimes ambientais. **Boletim do IBCCrim**, n. 73, dez. 1998. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/1073-Ainda-sobre-normas-penais-em-branco-e-bem-juridico-tutelado-nos-crimes-ambientais.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal en blanco: concepto y cuestiones conexas. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97., jan./mar. 2002.

TRENNEPOHL, Curt. Responsabilidade administrativa no direito ambiental. *In*: FARIAS, Talden; TRENNEPOHL, Terence (Coords.). **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TORRADO, María Lourdes Ramírez. El non bis in idem en ámbito administrativo sancionador. **Revista de Derecho**, Colombia, n. 40, p. 1-29, 2013.

VITTA, Heraldo Garcia. **Non bis in idem nas penas administrativas**. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/332449/non-bis-in-idem-nas-penas-administrativas>.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. 2a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.