

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL E A ADOÇÃO DE UM NOVO SISTEMA JURÍDICO NA TUTELA AMBIENTAL

José Danilo Tavares Lobato¹

ABSTRACT: This paper analyzes the repressive legal instruments with more aptitude to protect the environment, taking into consideration the respect due to the principle of the Rule of Law and the State demand of legal mechanisms able to work on the environment protection. The investigation carried on this paper was conducted using Comparative Law in a way that opens a possibility in Brazil to reduce the presence of the Criminal Law on the environment protection and to introduce the Law on Regulatory Offences (“Contra-ordenações”).

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. Princípio da subsidiariedade. 3. Infrações penais e administrativas. 4. Direito Administrativo Sancionador. 5. Direito de Contra-ordenações. 5.1. Noções gerais sobre o Direito de Contra-ordenações. 5.2. Considerações dogmáticas sobre o Direito de Contra-ordenações. 6. Tutela do ambiente – Um Direito de Contra-ordenações brasileiro *versus* a vigente Lei de Crimes Ambientais. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este artigo objetiva empreender a verificação do instrumental jurídico – mais adequado – a ser utilizado na tutela do ambiente frente aos obstáculos originados na prática de condutas infracionais. Para a consecução deste fim, deve-se ter sempre como norte decisório, o princípio – constitucional implícito – da

¹ Doutor em Direito. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro/Brasil.

subsidiariedade do Direito Penal, seja para trabalhar com o Direito Administrativo Sancionador² ou com o Direito de Contra-ordenações em substituição ao sistema jurídico-penal. Assim, discorrer-se-á, segundo os termos do axioma da *ultima ratio*, sobre o cerne das infrações penais e administrativas e dos modelos jurídico-sistemáticos alternativos ao atual vigente, no Brasil, Direito Penal do Ambiente.

2. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE PENAL

Como leciona Figueiredo Dias, o debate teórico reside na função precípua do Direito Penal, já que ela pressupõe ser o Direito Penal um instrumento de tutela subsidiária, ou seja, *ultima ratio* na proteção de bens jurídico-penais³. O axioma da subsidiariedade é um dos pilares do Direito Penal de cunho liberal, tanto que, como explica Figueiredo Dias, o conceito material de crime constitui-se fundamentalmente pela violação de bens jurídicos dotados de dignidade penal⁴. Apesar de a explicação de Figueiredo Dias ser, em certa medida, tautológica, ela é suficiente para que se compreenda que somente algumas lesões de bens jurídicos são, legitimamente, tuteláveis pelo Direito Penal.

Em outros termos, há, sim, violações de bens jurídicos que não são passíveis de tutela pelo sistema penal. Nestas hipóteses, diz-se que falta dignidade penal à lesão ou ameaça ao bem jurídico, posto que, ponderando, o valor do bem jurídico é inferior e não compensa os custos do emprego do Direito Penal, já que este instrumental jurídico produz uma restrição desnecessária de direitos e danos a relações sociais. Como acertadamente expõe Bustos Ramírez, ao discorrer sobre a política criminal, o sistema de controle penal, a coação e a violência estatal sempre implicam em grave afetação dos direitos dos cidadãos⁵. No mesmo sentido, Karam, que clarifica a questão ao explicar que a expansão e a ampliação da intervenção do sistema penal aumentam “a violência, a seletividade, a irracionalidade, os danos e as dores que lhe são inerentes”, sendo que o sistema penal produz “situações muito mais graves e

2 Ao mencionar-se o termo “Direito Administrativo Sancionador” não se olvida do “Direito Urbanístico Sancionador”, apenas omite-se tal referência por se entender que o primeiro conceito é mais amplo e engloba o segundo.

3 Figueiredo Dias, 1999: 79.

4 Figueiredo Dias, 1999: 78.

5 Bustos Ramírez, 1994: 205.

dolorosas do que os conflitos qualificados como crimes, que, enganosamente, anuncia poder resolver”⁶.

A partir de uma simplificação, seria defensável afirmar que a questão refere-se à ponderação do mal menor, isto é, a indiferença estatal à lesão do bem jurídico ou o emprego do Direito Penal para proteger e evitar lesões e ameaças ao bem jurídico. No entanto, tal formulação não seria correta, posto que o não uso do Direito Penal não é sinônimo de indiferença estatal à lesão de bens jurídicos, já que o Estado dispõe do Direito Administrativo – entendido em sentido lato –, que pode e deve ser o primeiro instrumental jurídico do Estado para a tutela de bens.

De forma direta e clara, Mir Puig consigna, com base no princípio da subsidiariedade, que o Direito Penal, por ser a *ultima ratio*, é desnecessário para a proteção da sociedade quando tal objetivo puder ser atendido por meios outros menos lesivos aos direitos dos cidadãos⁷. Inclusive, Mir Puig recorda que o princípio da subsidiariedade deu origem ao princípio da fragmentariedade⁸. A função deste sub-princípio consiste em restringir o sancionamento penal às “modalidades de ataque mais perigosas” aos bens que ele protege, ou seja, nem toda e qualquer ofensa a um bem jurídico penalmente tutelável pode ser criminalizada⁹.

Desse modo, tem-se claro que nem todas as violações e ameaças a bens jurídicos devem ser resolvidas na seara penal, de modo que é necessário que se busque uma mudança de pensamento na tutela do ambiente. Este novo paradigma depende do reconhecimento de que a maior parte das infrações ambientais criminais tipificadas na legislação brasileira vigente possui caráter administrativo e não penal, sendo-lhes ausente a dignidade penal. Ao se lograr este reconhecimento, será possível ir adiante, momento em que se negará a qualidade de crime às infrações que não devem continuar a ser tratadas como tal pelo ordenamento jurídico.

3. INFRAÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS

A distinção das infrações entre penais e administrativas é um problema que, de longa data, atormenta aqueles que procuraram realizá-la. Eduardo Correia, por

6 Karam, 2009: 14.

7 Mir Puig, 2007: 93-94.

8 Mir Puig, 2007: 94.

9 Mir Puig, 2007: 94.

exemplo, assume que esta missão não é exitosa e consigna que, para realizá-la, os administrativistas estão mais legitimados¹⁰. Não obstante, foi a doutrina penal que, ao longo do último século, envidou os principais esforços para solucionar esta problemática. Hungria analisa a questão partindo da premissa de que não há duplicidade na ilicitude jurídica, uma vez que, em seu entender, a ilicitude jurídica é una, tal como o dever jurídico é uno¹¹. Apesar de ontologicamente não distinguir o ilícito administrativo do ilícito penal, reconhecia Hungria, ao citar Beling, a existência de uma diferença quantitativa entre as respectivas espécies de ilícito¹². Hungria, então, refutava a adoção de um *discrimen* qualitativo entre os ilícitos administrativo e penal. Para ele, só se transporta para o Direito Penal – convertendo em ilícito penal – o ilícito administrativo de “maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público”, pois a infração administrativa de “menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *strepitus iudicii*”¹³.

Frente a estas considerações, pode-se perceber que o princípio da subsidiariedade do Direito Penal deve ter, como norte, o critério quantitativo de diferenciação dos ilícitos penal e administrativo. Todavia, este princípio não se deve limitar às formulações quantitativas, posto que o critério qualitativo também é capaz de moldar o princípio da subsidiariedade penal. Neste sentido, Roxin, que adota um critério qualitativo-quantitativo na distinção da espécie de ilícito; não obstante expressamente reconhecer que o posicionamento das infrações, enquanto ilícitos administrativo e penal, depende, muitas vezes, da escolha do legislador¹⁴. O critério defendido por Roxin, segundo sua narrativa, seria quantitativo em razão de excluir do âmbito penal infrações de baixa periculosidade social e qualitativo por perceber a existência de um âmbito nuclear a ser necessariamente regulado pelo Direito Penal, vide as condutas de homicídio e roubo a banco, em razão de violarem bens jurídicos de muita relevância¹⁵.

10 Correia, 2001: 24.

11 Hungria, 1945: 24.

12 Hungria, 1945: 24.

13 Hungria, 1945: 27.

14 Roxin, 2006: 59.

15 Roxin, 2006: 59.

Verifica-se, contudo, em Roxin, a defesa de dois critérios, um relativo e um absoluto, que se destacam apenas pela dificuldade de se medir a gravidade de cada conduta, mas que essencialmente se confundem. Pelo critério relativo – quantitativo – determinadas condutas podem ou não ser do âmbito penal, estando em uma zona cinzenta conforme o grau de gravidade ético-social, enquanto que, pelo critério absoluto – qualitativo – outras condutas seriam necessariamente tuteladas pelo Direito Penal, já que comporiam seu núcleo. Em verdade, ambos os critérios não passam de faces diversas de uma mesma moeda, isto é, Roxin trabalha com um critério puramente quantitativo. Este critério quantitativo está mascarado pela impossibilidade de se quantificar, em uma escala objetiva, a gravidade das condutas. Entretanto, o fato de se afirmar que há condutas necessariamente penais, face à gravidade da lesão ao bem jurídico, demonstra apenas que, nesta medição, há uma área de certeza positiva, onde a gravidade da conduta é consensualmente percebida.

Apesar da crítica, o melhor caminho está na defesa de um critério qualitativo-quantitativo. Contudo, frente à lesão ou ameaça ao bem jurídico, este critério será necessariamente quantitativo, já que se refere à gravidade ético-social da conduta. Para ser qualitativo, o critério deverá ser fundado em outro discrímen. Este não poderá ser baseado no grau de importância do bem jurídico e de sua lesão, mas deverá servir à verificação de se a infração lesiona ou ameaça um bem jurídico. Recorde-se que o Direito Penal somente pode incriminar condutas quando esta incriminação servir à tutela de bens jurídicos, não podendo, portanto, punir condutas que não tragam risco ou lesão a bens jurídicos.

O Direito Administrativo – em sentido lato – pode servir, também, de instrumento de tutela de bens jurídicos, mas, em contrapartida, pode sancionar condutas que representem meras desobediências e não lesionem e nem ameacem bens jurídicos. Neste momento, encontra-se o critério qualitativo-quantitativo diferenciador das infrações administrativas das penais. Enquanto o Direito Penal só pode servir à tutela bens jurídicos, o Direito Administrativo não se vincula a esta tutela de bens na determinação de suas infrações. Nesta medida, este é o critério qualitativo possível de ser defendido. Assume-se, por consequência, que se determinada conduta violar bens jurídicos, continuar-se-á no ponto de partida original e, para dele sair e avançar, será necessário valer-se do critério quantitativo consistente na determinação da gravidade ético-social da conduta frente à lesão ou ameaça ao bem jurídico tutelado. Não há dúvidas de que este critério não traz um consenso sobre qual posição,

na escala de gravidade, deve cada conduta ser alocada, o que faz com que se continue manejando um critério relativo.

Seguindo esta linha, poder-se-ia trabalhar com os fundamentos utilizados por James Goldschmidt, Erik Wolf e Eberhard Schmidt, que, além de interessantes por terem contribuído na pré-elaboração científica do Direito de Contra-ordenações alemão, fornecem as bases desta problemática. Como expõe Wolf, o processo de abstrativização do bem jurídico tornou cada vez mais difícil esta ponderação do grau de gravidade¹⁶. Em 1902, Goldschmidt procurou diferenciar o injusto penal do administrativo a partir da lesão do bem jurídico. Em seu entender, a antijuridicidade administrativa forma-se do não apoio do indivíduo ao fomento do bem comum ou do bem estatal, este último que se materializa na Administração Pública¹⁷. Para Goldschmidt, a proteção jurídica de bens, que se realiza pelo Direito Penal, diferencia-se da do “Direito Administrativo de Sanção” em razão de este último proteger um bem comum, isto é, um fim, enquanto que o primeiro protege um resultado, que pode ser lesionado, ao contrário da finalidade que não se lesiona, mas que pode deixar de ser fomentada¹⁸. A diferença, então, seria a mesma que se faz no Direito Civil entre o dano emergente e o lucro cessante¹⁹.

Dessa forma, Goldschmidt preceitua que esta finalidade de fomento é desatendida quando se infringem as prescrições administrativas por meio da prática de condutas tipicamente proibidas e passíveis de sancionamento no âmbito Administrativo²⁰. Assumindo em certa medida este pensamento, Schmidt postula que o crime caracteriza-se pela lesão de bens jurídicos originados dos interesses sociais da vida, de modo a se diferenciar da infração administrativa, que se limita à lesão a bens de interesse da Administração Pública, mas que não passam de contrariedades a suas prescrições e que não atingem as necessidades funcionais da Administração Pública²¹.

16 Explica Wolf que a proteção jurídica que se limitava a bens jurídicos valorados a partir de uma relação direta com bens jurídicos concretos, como, vida, posse e honra, passou a tutelar também direitos abstratos, tais como propriedade, autorizações e concessões administrativas. Wolf, 1969: 537-538.

17 Goldschmidt, 1969: 548.

18 Goldschmidt, 1969: 545.

19 Goldschmidt, 1969: 545.

20 Goldschmidt, 1969: 577.

21 Schmidt, 1950: 21, 26-27.

Não se pode negar o valor destas formulações para o desenvolvimento deste estudo e de um “Direito Administrativo de Sanções”. Todavia, elas sofrem do mesmo mal que o criticado critério quantitativo: a incerteza do critério no momento de empregá-lo concretamente, ou seja, ao tentar-se definir o âmbito em que cada conduta se encaixa. Apesar das tentativas destes Autores, permanece difícil caracterizar o que é bem jurídico penalmente tutelável e o que é mera infração administrativa.

No entanto, mesmo frente a este grau de incerteza, deve-se reconhecer que esta teoria teve cor, tanto que houve outros defensores, que procuraram reforçar a sua adoção. Nesta linha, por exemplo, Hofacker, que defendeu, na sua proposta de reforma do sistema penal alemão, que o Direito Penal deveria lutar contra as lesões a bens jurídicos e o Direito Administrativo deveria se limitar ao combate das infrações administrativas com sanções pecuniárias²². Explica Roxin, unificando estas formulações em uma única linha de raciocínio, que o pensamento central delas consistiria na idéia de que o Direito Penal teria de proteger bens jurídicos previamente dados, enquanto que as infrações das regulações estatais – “desobediências eticamente incolores” – deveriam ser castigadas com sanções não criminais, uma vez que estas últimas, diferentemente das primeiras, não protegeriam bens com existência prévia, mas, sim, bens que, apenas, foram ditados ao serviço das missões públicas de ordem e bem-estar²³. Há-de se pontuar que, não obstante, o esforço e a energia empregados, legislativamente, este critério nunca foi adotado como parâmetro, tanto que Roxin reconhece a existência de contra-ordenações, que afetam diretamente bens jurídicos preexistentes do indivíduo e a existência de crimes cujo objeto só se cria a partir da regulação estatal, não sendo, por consequência, previamente dado, tal como ocorre nos crimes econômicos²⁴.

Em realidade, não é possível delimitar o delito e a infração administrativa segundo o critério de que, respectivamente, uma ação lesiona bens jurídicos preexistentes e a outra somente infringe normas criadas pelo Estado. Como mostrou Roxin, nada impede que as contra-ordenações e os crimes lesionem bens jurídicos, o que prova a inexistência de uma tal diferença qualitativa entre ambos. A distinção entre delitos e contravenções encontra-se em um

22 Hofacker, 1919: 496-497.

23 Roxin, 2006: 53.

24 Roxin, 2006: 54.

amplo terreno fronteiriço determinado pelo arbítrio do legislador²⁵. Assim, é de extrema relevância não perder de vista, nesta problemática, as considerações de Roxin, que, mesmo sendo passíveis de crítica, apontam para a existência de um campo nuclear do Direito Penal e de uma zona cinzenta entre a esfera administrativa e a penal que será distinguida pelo legislador.

4. DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O estudo do Direito Administrativo Sancionador é, em realidade, a teorização do poder punitivo estatal na aplicação de sanções de caráter administrativo, portanto, não há que se esperar o surgimento de um novo ramo jurídico, mas, sim, a sistematização e a compreensão das dimensões material e formal da sanção administrativa. Ou seja, trata-se de Direito Administrativo.

O primeiro passo para seguir neste caminho consiste em se perceber a necessidade de inserir a sanção administrativa “no âmbito mais geral do poder punitivo estatal”²⁶. A partir desta premissa unificadora, enxerga-se que, se o poder punitivo é único, as garantias existentes no âmbito penal devem ser estendidas à esfera administrativa, ainda que em graus diversos. Não há o que se objetar, uma vez que a fonte punitiva é una. O Direito Penal e o Direito Administrativo possuem “origem comum”²⁷, leia-se a Constituição, apenas, o primeiro apresenta limites dogmáticos estritos de contenção da punição, enquanto que o segundo apresenta um caráter mais aberto, chegando às raias da discricionariedade na competência para a realização de alguns atos²⁸. No entanto, através do desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador, abre-se uma porta para a reconstrução desta parcela do Direito Administrativo, de modo a que ele possa se tornar menos discricionário na determinação das infrações e mais efetivo e prioritário na tutela do ambiente. Dessa forma, é necessário conhecer as diretrizes do Direito Administrativo Sancionador para que, assim, esta via possa ser considerada em uma eventual substituição majoritária da tutela penal do Meio Ambiente pela administrativa.

Defendendo a unidade do *jus puniendi*, Estévez Goytre expõe que toda infração urbanística, seja penal ou administrativa, enquanto manifestação do poder de punir do Estado, tem, entre suas características, tipicidade, anti-

25 Roxin, 2006: 73.

26 Osório 2006: 81.

27 Osório, 2006: 166.

28 Mello, 2000: 675.

juridicidade, culpabilidade e que a imposição da sanção, a partir da norma violada, é o resultado da aplicação do grau médio de reprovabilidade da conduta, independentemente da adoção de medidas para a restauração da ordem urbanística vulnerada²⁹. No que toca especificamente às infrações urbanísticas, Carceller Fernández adota um conceito restritivo, limitando o termo ao âmbito administrativo. Neste diapasão, Carceller Fernández expõe que as infrações urbanísticas são ações ou omissões que infringem as prescrições previstas, tipificadas e sancionadas na legislação e no planejamento urbanístico, de modo que são elas tipos específicos do gênero infrações administrativas, mas que estão referidas à vulneração do planejamento e da legislação³⁰. Em verdade, as infrações urbanísticas, neste conceito restritivo, nada mais são do que espécies do gênero infrações administrativas, o que significa que devem ser regidas pelo Direito Administrativo, assim, rejeita-se a utilização do termo em sentido lato, o que poderia abrir espaço para a inclusão das infrações penais em seu bojo e, por conseqüência, levar à ocorrência de mal-entendidos no emprego do termo.

O que salta aos olhos, no estudo do Direito Administrativo Sancionador, é a defesa de que as infrações administrativas possam estar sujeitas a uma estrutura similar à do conceito analítico de crime. Por esta linha, a estrutura do conceito estratificado de crime passa a servir à configuração da infração administrativa, sendo, então, esta última, também, um fato típico, antijurídico e culpável. Ressalva-se, porém, que esta conceituação não é adotada majoritariamente pela doutrina. Alejandro Nieto, por exemplo, trabalha o ilícito administrativo em termos materiais e desconsidera, em seu tratado, a ilicitude como um elemento autônomo no conceito de infração administrativa e, por conseqüência, todos os problemas que lhe são decorrentes passam ao largo³¹. Em termos bastante similares ao posicionamento de Alejandro Nieto, encontra-se Gallardo Castillo³², o tratado organizado pela Advocacia Geral de Espanha³³ e a monografia de Domínguez Vila³⁴.

29 Estévez Goytre, 2005: 333-334.

30 Carceller Fernández, 1997: 109.

31 Nieto, 2006: 194-196.

32 Gallardo Castillo, 2008.

33 Espanha, 2005.

34 Domínguez Vila, 1997.

No entanto, a maior contribuição do Direito Administrativo Sancionador espanhol reside no debate sobre a vinculação da potestade estatal, na seara administrativa, às limitações existentes no Direito Penal. López Ramón, analisando as infrações urbanísticas, defende esta vinculação, ao discorrer sobre a necessidade da unificação da disciplina urbanística em terras espanholas, a partir dos fundamentos das competências do Estado frente aos princípios gerais da potestade sancionadora³⁵ e aos princípios do procedimento sancionador³⁶. Diferentemente do esboçado por Di Pietro³⁷, Carceller Fernández consigna que o Direito Urbanístico Sancionador está submetido às diretrizes do Direito Penal, isto é, a potestade sancionadora só será legitimamente exercida se houver uma infração concreta, se a conduta estiver tipificada no preceito legal aplicável e exista um cuidado extremo na determinação das infrações e das sanções³⁸. Neste sentido, a infração administrativa submete-se à exigência da tipicidade e da anterioridade que expressa que somente haverá aplicação de sanção administrativa se houver, em obediência ao princípio da legalidade, uma lei formal, certa e prévia definindo a infração e a sanção aplicável. Compete ao Poder Legislativo definir, em Lei, anteriormente à prática do ato a ser reprovado, o teor da infração e da sanção aplicável, de maneira a vedar que se imponha qualquer espécie de sanção administrativa sem a existência de *lex scripta*, *lex certa* e *lex previa*.

Reconhece-se, contudo, que tal imposição, justamente por visar à redução do poder das autoridades públicas competentes, causa enormes inconvenientes à Administração Pública, mormente quando esta não se encontra organizada e em busca de eficiência. No entanto, argumentos de “ordem prática” deste nível não podem servir para obstar o incremento e o desenvolvimento dos princípios básicos do Estado de Direito, salvo quando haja um sobrepeso neste processo, o que, sob pena de erro, não pode ser analisado em abstrato, mas sim em cada caso concreto e a partir de uma ponderação dos interesses

35 Princípios da legalidade, da irretroatividade, da tipicidade, da responsabilidade, da proporcionalidade, da prescrição e do *ne bis in idem*.

36 López Ramón, 2005: 186.

37 Di Pietro afirma que “não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão[...]. Isto significa que a Administração dispõe de discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei”. Di Pietro, 2001: 485.

38 Carceller Fernández, 1997: 108-109.

em conflitos. Gallardo Castillo, acertadamente, consigna que o problema é o “como”³⁹.

Por outro lado, a exigência de que a infração administrativa seja culpável, mesmo representando um pensamento bem difundido nos estudos que tratam do Direito Administrativo Sancionador, encontra-se tão mal trabalhada que termina por trazer fortes dúvidas quanto à factibilidade e à relevância de se proceder a uma correção do conteúdo e dos possíveis efeitos decorrentes da utilização de um conceito analítico de infração administrativa que a enquadre como culpável. É como se o Direito Administrativo revivesse a era naturalista do início do século passado. Veja-se, neste sentido, Alejandro Nieto, que se filia à doutrina administrativa majoritária de Espanha e insere, em seu conceito de culpabilidade, o dolo, a culpa, toda teoria do erro e a teoria do concurso de pessoas, além da problemática referente à pessoa jurídica⁴⁰. Alejandro Nieto reconhece que a questão da culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador é o mais confuso, contraditório, incoerente e obscuro problema, tanto que o próprio Nieto chega ao ponto de, surpreendentemente, aceitar a responsabilidade objetiva⁴¹.

Na hipótese de se levar em conta estas ponderações, dever-se-ia reconhecer que a contribuição mais importante dos teóricos espanhóis do Direito Administrativo Sancionador limita-se à externalização da necessidade de se desenvolver e aprimorar os fundamentos constitutivos da infração administrativa. Gallardo Castillo, por exemplo, lamenta o conservadorismo da jurisprudência espanhola, que tem gerado um enfraquecimento das garantias e dos direitos dos cidadãos reconhecidos nas leis administrativas de Espanha, uma vez que cada passo adiante dado pela jurisprudência foi seguido por um passo de retrocesso⁴².

A associação do conceito sanção administrativa à sanção aplicada pela Administração Pública por meio de seus órgãos é uma idéia contestada por parte da doutrina administrativa. Para esta linha de pensamento, não há a descaracterização da sanção administrativa quando a mesma é aplicada por uma autoridade judiciária, desde que não no exercício da função jurisdicional. Osório, por exemplo, argumenta que, para haver a imposição de sanção

39 Gallardo Castillo, 2008: 20.

40 Nieto, 2006: 389 ss., 403 ss., 440 ss. e 455 ss.

41 Nieto, 2006: 467.

42 Gallardo Castillo, 2008: 21-22.

administrativa, não se necessita de autoridade administrativa atuando nesta qualidade, vide, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que confere o poder de aplicar sanções administrativas à autoridade judiciária⁴³. Para esta doutrina, não se pode confundir a sanção administrativa com medidas de polícia, posto que estas possuem um viés de regulação e não um viés punitivo, já que procuram compelir alguém a um fazer ou não-fazer, tendo, por escopo, uma determinada finalidade. A partir destas premissas, Osório defende que a sanção administrativa tem efeitos aflitivos, sendo, por isso, caracterizada como castigo⁴⁴. No entanto, tal exclusão conceitual não pode implicar que as referidas medidas de polícia sejam deixadas à margem das limitações existentes nas infrações administrativas, o que significa que elas devam ser inseridas no bojo do Direito Administrativo Sancionador, pois, mesmo sem caráter aflitivo, as medidas de polícia antecipam e completam a tutela administrativa de bens, interesses e funções, e valem-se de instrumentos de força para condicionar e regular a atuação do particular.

Impende compreender que, nesta teorização sobre o poder sancionatório administrativo, o cerne material dos debates reside no novo paradigma, que se apresenta na necessidade de que a aplicação de sanção, em razão do cometimento de uma infração administrativa, enquanto exercício de poder pelo Estado, seja somente cabível se a infração passar por um filtro material. É neste sentido que o Direito Administrativo se apresenta como uma via para cuidar das agressões e ameaças ao Meio Ambiente, pois, além de possuir os instrumentos repressivos – que não possuem os efeitos sociais negativos do sistema penal –, tem um instrumental preventivo e de regulação, tal como as medidas de polícia, meios estes que o sistema penal não contém.

O Direito Administrativo tem a possibilidade de se adiantar às infrações e às lesões, regulando e condicionando as atuações humanas, sem que isto lhe faça perder o seu instrumental repressivo, que apenas necessita sofrer um reforço nos parâmetros de garantia dos cidadãos frente ao exercício do poder punitivo de um Estado Democrático de Direito. Em virtude do atual estágio de desenvolvimento do Direito Administrativo Sancionador desenhado pela doutrina espanhola, defende-se que este reforço de garantia aos cidadãos, a ser dado pelo Direito Administrativo, deva ocorrer a partir do Direito de Contra-ordenações, como se verá nas linhas subseqüentes.

43 Osório, 2006: 92-93.

44 Osório, 2006: 104.

5. DIREITO DE CONTRA-ORDENAÇÕES

5.1. Noções gerais sobre o Direito de Contra-ordenações

Frente às teorizações espanholas do Direito Administrativo Sancionador, cujas formulações estão em fase experimental, o Direito de Contra-ordenações possui a vantagem de estar metodologicamente mais avançado e temporalmente consolidado⁴⁵. Segundo Treder, o Direito de Contra-Ordenações alemão atualmente vigente integra a denominada parte especial do Direito Administrativo e se divide em parte geral, disposições procedimentais e parte especial, sendo que os tipos contra-ordenacionais encontram-se dispersos, em menor número, na lei geral alemã de Contra-ordenações⁴⁶ e, em maior quantidade, em normas outras de cunho administrativo⁴⁷.

45 Como informa Göhler, o Direito de Contra-ordenações se desenvolveu na Alemanha a partir de 1945 com o fim de restringir o emprego do Direito Penal. Göhler, 1995: 1.

46 OWiG – *Ordnungswidrigkeitengesetz*.

47 Treder, 1996: 6-7. Treder é um dos poucos Autores alemães dedicados ao estudo do Direito de Contra-ordenações a se posicionar expressamente sobre se as contra-ordenações são Direito Administrativo ou Direito Penal propriamente dito. Em regra, os Autores alemães que se dedicam ao estudo do Direito de Contra-ordenações não se posicionam quanto a que ramo jurídico ocupa o Direito de Contra-ordenações. A real preocupação dos Autores alemães que escrevem sobre o tema é descrever as diferenças do injusto no Direito de Contra-ordenações e no Direito Penal, o que poderia levar à afirmação de que o Direito de Contra-ordenações assume a condição de um ramo autônomo do Direito, que se posiciona entre o Direito Penal e o Direito Administrativo. Neste sentido, o entendimento majoritário da Comissão Constitucional portuguesa no Parecer n.º 4/81 na fiscalização preventiva da constitucionalidade do DL n.º 232/79. Lumbrales, 2006: 101 e 105. A adoção desta posição, não blindaria as críticas, tanto quanto não se está blindado ao se assumir as contra-ordenações como Direito Administrativo. No mesmo sentido, Jescheck e Weigend, ao considerarem expressamente as contra-ordenações como infrações administrativas. A ressalva de Jescheck e Weigend de que o Direito Administrativo Sancionador faz parte do Direito Penal em sentido amplo não diverge de posicionamento defendido, uma vez que esta referência é dirigida ao *ius puniendi* estatal, que, como já se expôs, é uno e não ao Direito Penal propriamente dito. Jescheck, 2002: 62. Incluindo, também, as contra-ordenações neste Direito Penal de sentido amplo, tem-se Mitsch. Não obstante este Autor não fazer qualquer referência a termos como infrações administrativas ou Direito Administrativo Sancionador, entende-se que seu pensamento não diverge do de Jescheck e Weigend, já que o Direito de Contra-ordenações é descrito como exercício do *ius puniendi*. Mitsch, 2005: 3-4. Contudo, sabe-se que o grande volume de análises das contra-ordenações ocorre a partir do Direito Penal, em especial, do Direito Penal Econômico, e não do Direito Administrativo. No entanto, este fato não conduz, necessariamente, a que todo penalista se ponha a defender a inclusão das contra-ordenações no bojo do Direito Penal. Por exemplo, Dannecker, que parte do Direito Penal Econômico, deixa expresso que, em 1952, com a entrada em vigor da lei de contra-ordenações, prevendo os tipos contra-ordenacionais, houve a descriminalização de inúmeros tipos penais de origem nacional-socialista, a retirada da competência da Administração Pública para aplicar penas de caráter criminal e foram realizados diversos princípios do Estado de Direito. Dannecker, 2007: 39. Dessa forma, concorda-se com a posição de Treder, porque o Direito de Contra-ordenações é um Direito Administrativo voltado e teorizado para a aplicação de sanções a partir da atuação da Administração Pública. Este sistema fornece tudo o que o Direito Administrativo Sancionador espanhol almeja, tanto que Jescheck e Weigend usam o termo Direito Administrativo Sancionador em determinados momentos, ao se referirem às contra-ordenações, ou seja, o Direito de Contra-ordenações é

Na Alemanha e em Portugal, respectivamente, as contra-ordenações são regidas pelo princípio da legalidade, conforme o artigo 1.º da OWiG⁴⁸ e os artigos 1.º e 2.º do Decreto-Lei n.º 433/82⁴⁹. No entanto, Bohnert adverte que o legislador, freqüentemente, cria tipos contra-ordenacionais em branco a serem preenchidos por outras normas, freqüentemente, de cunho infra-legal⁵⁰. Neste ponto, não há o que se objetar, uma vez que se trata de Direito Administrativo e não de Direito Penal. Inclusive, o ato administrativo apresenta um importante papel na verificação do conteúdo da infração, sem que com isso haja violação ao princípio da legalidade. A legalidade administrativa comporta esta flexibilidade, necessária ao funcionamento efetivo da Administração Pública na consecução do bem comum. Mitsch demonstra que os atos administrativos, por meio de disposições e comandos preenchem as normas de contra-ordenações em branco⁵¹. Veja-se, por exemplo, que o ato administrativo pode autorizar uma conduta, em princípio, proibida⁵².

Apesar de se trabalhar tranqüilamente com esta maior margem de flexibilidade na forma de fixar o conteúdo das contra-ordenações, tal abertura não significa jamais que as infrações sejam de conteúdo livre. Rosenkötter relembra que o artigo 3.º da OWiG⁵³ obriga o Estado a determinar a conduta

uma teoria geral do sancionamento de caráter administrativo que tem a vantagem de estar consolidado. Contrariamente a este entendimento, mesmo admitindo a legitimidade da inclusão das contra-ordenações no Direito Administrativo, Moutinho, que, a partir de argumentos meramente classificatórios, acusa este entendimento de ser insuficiente, ao não explicar suficientemente os domínios materiais das contra-ordenações. Moutinho, 2008: 74-75.

48 OWiG: § 1.º Determinação de Conceito: (1) Uma contra-ordenação é uma ação antijurídica e reprovável, que realiza o tipo legal e que dá origem a uma sancionamento por meio de uma pena pecuniária. (2) Mesmo se a ação cometida não for reprovável, é a conduta ameaçada com uma pena pecuniária, se ela for antijurídica e realizar um tipo legal conforme o item anterior. No que se refere a este item (2), Lemke expõe que ele expressa o sancionamento daquele que atuou antijuridicamente, apesar de no momento de sua ação ter tido a capacidade de se comportar conforme o Direito. Lemke, 1999: 15. Todavia, esta parece uma interpretação estreita da norma, posto que a inexigibilidade de conduta diversa da conduta individual vem expressa no item 2 do § 12.º da OWiG. Esta norma está voltada primordialmente ao sancionamento do injusto contra-ordenacional praticado pela pessoa jurídica.

49 DL n.º 433/82: Art. 1.º Constitui contra-ordenação todo facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima. Art. 2.º Só será punido como contra-ordenação o facto descrito e declarado passível de coima por lei anterior ao momento da sua prática.

50 Bohnert, 1996: 2.

51 Mitsch, 2005: 32.

52 Rotberg, Kleinewefers & Wilts, 1969: 51.

53 OWiG: § 3.º Nenhum sancionamento sem Lei – Uma ação somente pode ser sancionada como contra-ordenação se a possibilidade do sancionamento estiver determinada em lei antes de seu cometimento.

proibida ou exigida do cidadão, para que ele possa reconhecer o comportamento contra-ordenacional proibido, de maneira que seja manifesta e indubitosa a proibição do emprego da analogia no Direito de Contra-ordenações⁵⁴. Neste modelo, desde que determinada a substância da conduta de contra-ordenação, a exigência de se observar o princípio da legalidade administrativa encontra-se plenamente atendida e, ainda, proporciona à Administração Pública a flexibilidade necessária para atuar conforme as mudanças dos ventos sociais. Bohnert também esclarece que o Direito de Contra-ordenações alemão em vigência abandonou a técnica de mistura dos tipos penais com os contra-ordenacionais e garantiu autonomia típica para seus tipos⁵⁵. À época da legislação anterior, expressões como “em casos especialmente graves” faziam a diferença das condutas penalmente típicas daquelas do Direito de Contra-ordenações⁵⁶.

Um fator interessante a ser considerado no Direito de Contra-ordenações alemão, uma vez que também se aplicaria ao Brasil, reside na competência legislativa comum dos entes federativos. Na Alemanha, a União e os Estados, são os entes competentes para legislar sobre a matéria. No Brasil, sem dúvida, os Municípios iriam participar desta competência legislativa. A advertência feita por Bohnert consiste na necessária obediência pelos Estados dos preceitos gerais do Direito de Contra-ordenações e da parte procedimental fixados pela União⁵⁷. É válido recordar que, no Brasil, caso venha-se a adotar tal sistema, cada Ente federativo terá a autonomia para dispor de seu próprio procedimento, obedecidas as disposições de caráter geral fixadas nacionalmente, posto que esta parte procedimental do Direito de Contra-ordenações não se confunde com o Direito Processual, cuja competência é exclusiva da União. Como expõe Schwacke, o procedimento de contra-ordenação é levado adiante por autoridades pertencentes aos quadros da Administração Pública⁵⁸, logo se trata de procedimento administrativo

54 Risenkötter, 1995: 22-23. Em relação a Portugal, pode-se dizer que estas considerações são perfeitamente aplicáveis, neste sentido: Passos, 2006: 53.

55 Bohnert, 1996: 3.

56 Bohnert, 1996: 3.

57 Bohnert, 1996: 3.

58 Schwacke, 2006: 111.

e não de processo judicial⁵⁹, o que, no Brasil, terminaria por conferir a cada Ente federativo o exercício de autonomia legislativa própria.

Lembra Schmitt que o Direito de Contra-ordenações não se limita a punir condutas individuais, mas abrange também condutas realizadas por pessoas jurídicas e coletividades não estruturadas juridicamente⁶⁰. Ou seja, há razão em se buscar o desenvolvimento e o fortalecimento do Direito de Contra-ordenações. O assentamento da punibilidade dos entes coletivos, tende a diminuir aquelas vontades, mais apaixonadas e menos racionais, em favor de uma (des)/(re)construção da dogmática penal. Não se verifica qualquer necessidade em se negar um dos pilares do Direito Penal – existência de uma conduta exclusivamente pessoal em desconformidade com a norma criminal – para administrativizar seus fundamentos. Concorde-se com Feijoo Sánchez, quando afirma que o ente coletivo, diferentemente da pessoa física, não é uma pessoa imputável no processo⁶¹, mas, sim, o objeto sobre o qual se discute em sede judicial, logo o processo criminal segue somente contra a pessoa física que é quem possui a autoria do crime⁶².

Faz-se necessário destrinchar o Direito de Contra-ordenações. Somente a partir deste caminho será possível perceber que seu estágio de desenvolvimento encontra-se à frente do que os espanhóis vêm defendendo como Direito Administrativo Sancionador e, também, verificar que a sua adoção proporcionará mais garantia ao cidadão no âmbito administrativo, além de mitigar as restrições desnecessárias, pelo Estado, à esfera de liberdade das pessoas. O ponto alto do Direito de Contra-ordenações está em trazer para a esfera administrativa a estrutura infracional do Direito Penal, o que garante

59 Esta afirmação refere-se à possibilidade de a Administração Pública poder atuar sem o intermédio do Poder Judiciário. A exceção a ser feita refere-se à hipótese trazida por Schwacke em que uma única conduta seja, ao mesmo tempo, crime e contra-ordenação. Nesta situação o Poder Judiciário terá competência para juntamente com o processo criminal avaliar o cabimento de uma condenação pelo cometido de um fato contra-ordenacional. Outrossim, Schwacke demonstra que tal cumulação não ocorria com base na lei alemã de 1952 de Contra-ordenações e entende que esta fusão ocorre com base no princípio da economia processual e por ser mais interessante ao envolvido. Schwacke, 2006: 160.

60 Schmitt, 1970: 26.

61 A afirmativa ora defendida não desconsidera a redação expressa do art. 3.º da Lei n.º 9.605/1998 e nem a do § 3.º do art. 225.º do CP, apenas questiona dogmaticamente a interpretação da última e a legitimidade da primeira. Acertadamente, Bitencourt ao expor que “a *obscura previsão* do art. 225.º, § 3.º, da Constituição Federal, relativamente ao *meio ambiente*, tem levado alguns penalistas a sustentar, *equivocadamente*, que a Carta Magna consagrou a *responsabilidade penal da pessoa jurídica*. No entanto, a *responsabilidade penal* ainda se encontra limitada à *responsabilidade subjetiva* e individual. Bitencourt, 2008: 110.

62 Feijoo Sánchez, 2002: 222.

ao cidadão uma maior margem de segurança frente ao aberto sistema de infrações e punições encontrado no Direito Administrativo brasileiro⁶³, posto que, para o Estado punir alguém pelo cometimento de uma contra-ordenação, terá que haver o atendimento dos diversos estádios de formação das infrações contra-ordenacionais.

Rotberg, Kleinewefers e Wilts expõem que, tal como o delito no Direito Penal, as contra-ordenações possuem as mesmas características, uma vez que ambas somente se constituem se forem ações típicas, antijurídicas e reprováveis⁶⁴. Para estes Autores, a única característica específica das contra-ordenações consiste na imposição de uma pena pecuniária⁶⁵. Não há a imposição de pena privativa de liberdade no Direito de Contra-ordenações, já que esta fica a cargo exclusivamente do Direito Penal. Göhler demonstra que os tipos contra-ordenacionais trazem como consequência penas pecuniárias não privativas de liberdade⁶⁶, posto que o Código Penal alemão, de forma expressa, em seu § 12.º, dispõe que a pena privativa de liberdade se restringe aos crimes e às infrações penais de menor gravidade⁶⁷.

63 Gasparini se limita a afirmar que aplicação de sanções é fixada por lei, não sendo admissíveis decretos e nem qualquer outro ato infra-legal. Gasparini, 1993: 121. Cretella Júnior, tal como Gasparini, se limita, de forma vaga, a informar que a faculdade estatal repressiva é limitada e está sujeita a limites jurídicos: leis, direitos, prerrogativas individuais e liberdades públicas previstas na Constituição. Cretella Júnior, 1986:601. Di Pietro, por exemplo, não chega sequer a vislumbrar o caráter punitivo do atuar da Administração Pública, que, em seu entender, seria simplesmente repressivo. Di Pietro, 2001: 111 ss. Em verdade, da leitura dos administrativistas brasileiros clássicos, percebe-se que a punição estaria, propriamente, ligada ao exercício do Poder Hierárquico, na relação entre a Administração Pública e seus servidores, e não ao exercício do Poder de Polícia. Neste sentido, Bandeira de Mello tenta reduzir o Poder de Polícia à imposição de um dever negativo de não fazer finalisticamente orientado a conformar o comportamento dos particulares “aos interesses sociais consagrados no sistema normativo”. Mello, 2000: 675. Entretanto, discorda-se desta postura, uma vez que eles mascaram, deixando oculto, o emprego do poder punitivo exercido no âmbito administrativo, o que acaba abrindo espaços para a violação dos direitos individuais.

64 Rotberg, Kleinewefers & Wilts, 1969: 49.

65 Rotberg, Kleinewefers & Wilts, 1969: 49. Em Portugal, esta afirmação tem o mesmo grau de validade, assim: Fernandes, 2002: 22.

66 Göhler, 1995: 3.

67 Código Penal alemão – § 12.º – Crimes e Infrações Penais de Menor Gravidade

(1) Crimes são fatos antijurídicos que dão ensejo à aplicação de pena privativa de liberdade de 1 ano ou mais. (2) Infrações Penais de Menor Gravidade são fatos antijurídicos, que dão ensejo à aplicação de pena privativa de liberdade inferior a 1 ano.

Obs.: ressalva-se que, na tradução, optou-se pelo uso do termo infrações penais de menor gravidade em razão de não haver, no Brasil, distinção entre crimes e delitos; assim, entendeu-se que o conceito empregado é mais próximo do sistema jurídico brasileiro e evitará confusões hermenêuticas, principalmente por serem utilizados, ao longo do texto, os vocábulos crime e delito como sinônimos.

No entanto, principiologicamente, poder-se-ia, partindo de Schmitt, afirmar que a diferença entre o crime e a contra-ordenação residiria na antijuridicidade do primeiro estar ligada à lesão de bens jurídicos, enquanto que a do segundo a mera desobediência administrativa⁶⁸. Este critério é compatível com a nossa visão de bem jurídico penalmente tutelável. A vantagem deste critério está em sua clareza⁶⁹. Ou seja, em uma situação legislativa ideal, valendo deste *discrimen*, perceber-se-iam os fatos que são crimes e os que são contra-ordenações, simplesmente encontrando ou não o bem jurídico em cada tipo normativo. Entretanto, nada obsta, como anteriormente fora exposto, que um bem jurídico venha a ser tutelado por uma contra-ordenação.

Por outro lado, na legislação penal econômica, em especial, na Lei brasileira de Crimes Ambientais, vê-se que o legislador não seguiu este norte e criou diversas normas penais para punir simples desobediências a preceitos administrativos e não condutas lesivas a bens jurídicos. Em realidade, o critério tem o mérito de apontar, idealmente, o caminho a ser perseguido pelo legislador, logo os erros legislativos e a ilegitimidade de certos tipos penais tornam-se evidentes. Contudo, deve-se reconhecer que, na prática, é a vontade político-legislativa que decide se determinado fato será regulado ou não em Lei e, assim, concebido como crime, infração administrativa ou um nada jurídico. Cabe ao intérprete realizar um juízo crítico frente a esta escolha política, que, em grau mais intenso, pode invalidá-la, vide a declaração judicial de inconstitucionalidade, mas que não será capaz corrigi-la além de sua invalidação.

Outra distinção apontada por Schmitt consistiria na existência de um conteúdo ético na reprovação daquele que comete um crime, em virtude de lesionar um bem jurídico, e na ausência desta reprovação ético-pessoal na conduta de quem comete uma contra-ordenação, uma vez que a contra-ordenação teria cunho neutro e seria avalorada eticamente em sua condição de desobediência administrativa⁷⁰. De fato, este critério poderia ser válido para o

68 Schmitt, 1070: 11. Este posicionamento não é pacífico; Lemke, por exemplo, o refuta com uma crítica geral e desfundamentada, acusando-o de ser “inequivocadamente muito estreito”. Lemke, 1999: 6-7.

69 Sobre o pensamento de Schmitt, Mattes, neste ponto, o percebe como suficientemente claro. Todavia, acusa todo o pensamento de Schmitt de incerto e de confundir suas premissas, isto em razão de o injusto administrativo não ser apreensível e nem fixado concretamente. A crítica de Mattes se fundamenta na defesa de Schmitt de que o aumento da quantidade pode ter como consequência uma mudança na qualidade do injusto. Mattes, 1982: 91.

70 Schmitt, 1070:11.

pensamento majoritário da doutrina penal, isto porque é corrente o entendimento de que a culpabilidade no Direito Penal tem o papel de realizar um juízo ético-moral de reproche da conduta daquele que cometeu um injusto penal, era imputável, tinha consciência potencial do ilícito e podia agir de modo diverso. Recusa-se este critério em razão de refutar-se a culpabilidade enquanto um juízo de reproche do indivíduo. Como já se teve a oportunidade de defender, a culpabilidade deve ser vista como um juízo de inadequação da conduta com a exigência normativa⁷¹. Entretanto, mesmo que se filiasse à doutrina majoritária, o critério do juízo ético-pessoal não traria qualquer resultado expressivo. Roxin, por exemplo, o critica, lembrando que há contra-ordenações com conteúdo socialmente ético⁷².

5.2 Considerações dogmáticas sobre o Direito de Contra-ordenações

Enquanto, em Portugal, utiliza-se o termo coima, *Geldbuße* é o termo utilizado, na Alemanha, para designar a pena pecuniária oriunda do cometimento de uma contra-ordenação⁷³. Antes que surjam as contestações pelo fato de, em algumas hipóteses, a lei penal brasileira também impor pena de multa e de forma autônoma, perceba-se que a pena pecuniária do Direito de Contra-ordenações é de cunho administrativo e não penal, o que, por si só, já apresenta a vantagem de não rotular ninguém como criminoso e com isto evitar que se impinja ao imputado, desnecessariamente, todos os efeitos deletérios que vêm ao lado de uma pena criminal⁷⁴. Schmitt, ao comparar a multa criminal com a das contra-ordenações, traça algumas distinções, com base no Direito alemão, dentre as quais, que interessa por servir ao Direito brasileiro: a imposição de uma pena pecuniária por uma contra-ordenação não gera um registro criminal, pode ser aplicada a pessoas jurídicas e a coletividades não regularizadas e é imposta por uma autoridade administrativa e não pela via jurisdicional, além de não

71 No tocante, ver: Tavares, 1998:1 50 ss.; Lobato, 2008: 293 ss.

72 Roxin, 2006: 58.

73 Eduardo Correia explica que sua sugestão, no Projeto do novo Código Penal português, da designação da expressão coima, tal como emprega Marcelo Caetano o termo “coima-ammenda”, advém de seu sentido enquanto “actividade *preventiva-ordenadora da Administração*” e reação ao cometimento de um ilícito relativo à violação de normas de ordenamento social. Eduardo Correia, 1998: 17.

74 “O respectivo ilícito não pertence ao direito criminal, na medida em que as respectivas sanções estão desligadas do *pathos* que as caracteriza e não desqualificam o agente, a quem são impostas com mácula de uma reprovação ético-jurídica”. Eduardo Correia, 1998: 16-17. Para um estudo mais detalhado, remete-se o Leitor à literatura sobre a “Criminologia Crítica”, em especial: Baratta, 1999.

poder ser convertida em pena privativa de liberdade⁷⁵. Este último argumento seria, no Brasil, válido até 1996, quando, então, adveio a Lei n.º 9.268 que, ao alterar a redação do artigo 51.º do Código Penal, proibiu a conversão da pena criminal de multa por privativa de liberdade e a transformou em dívida de valor. No entanto, substancialmente, as penas de multa tanto no âmbito criminal quanto no administrativo em quase nada divergem, o que muda em ambos os campos são os consectários e as regulações oriundos de cada sistema.

Neste sentido, se o objetivo estatal é evitar, por meio da imposição de uma sanção, certos comportamentos não-desejados, que, em si mesmos, não representam qualquer violação significativa de bem jurídico penalmente tutelável e, em verdade, não passam de meras desobediências, deve o Estado atender ao princípio constitucional implícito da *ultima ratio* e se valer do meio jurídico proporcional ao fim almejado. Em termos mais concretos, se o Estado quer, por exemplo, evitar que as pessoas pisem e, conseqüentemente, destruam as plantas, que ornamentam os passeios públicos, pode ele, para tal fim, se utilizar de uma multa administrativa do Direito de Contra-ordenações. O Estado terá à sua disposição, então, um sistema mais efetivo, sob o ponto de vista estatal e mais garantístico para o cidadão, sem que tenha que marcar e etiquetar os cidadãos desobedientes como criminosos ou os obrigar a transacionar o não oferecimento da ação penal. Recusa-se a política criminal do Estado de pôr uma espada extremamente pesada e desnecessária sobre a cabeça dos cidadãos, a partir da edição de leis penais simbólicas que não se aplicam no dia-a-dia, mas que, ao acaso, podem recair com todo o peso legal em cima de um indivíduo sorteado pelo Poder Punitivo em função de sua “má-sorte”. Não se esqueça da seletividade que é inerente a todo sistema penal⁷⁶.

As conseqüências da prática de um tipo de contra-ordenação não se limitam à aplicação de multas. Thieß recorda que a Administração Pública pode, por exemplo, cassar o direito concedido, vedar a prática de determinada atividade e apreender o ganho auferido com a prática da contra-ordenação⁷⁷. Se, por um lado, é verdade que, em regra, as contra-ordenações giram em torno da aplicação de uma pena de multa, por outro, é errado limitar seu emprego a esta forma de sanção. Quanto ao quesito efetividade, não se pode ter dúvidas, a título de exemplo, de que será mais efetivo transferir as penas previstas nos

75 Schmitt, 1970: 12.

76 Ver Zaffaroni & Batista, 2003: 46 ss.

77 Thieß, 2002: 105.

artigos 21.º e 22.º da Lei de Crimes Ambientais⁷⁸ contra as pessoas jurídicas para o âmbito de um futuro Direito brasileiro de Contra-ordenações, do que permanecer com as mesmas na seara penal e manter as incongruências e limitações, que tal escolha política equivocada vem trazendo.

É válido repetir que o entendimento defendido de que o emprego do sistema de Contra-ordenações é mais garantístico ao cidadão funda-se em sua comparação com o sistema sancionador tradicional do Direito Administrativo brasileiro. O princípio da legalidade no Direito de Contra-ordenações baseia-se nos mesmos pilares que o seu similar na seara penal. Como lembra Mitsch, o princípio da legalidade no Direito de Contra-ordenações escora-se nos seguintes pilares: vedação a punições com base em analogias e costumes (*lex scripta*), determinação da proibição (*lex certa*) e vedação da retroatividade da lei (*lex praevia*)⁷⁹. Já a maior efetividade deste sistema para o Estado reside na sua aplicação diretamente pela Administração Pública⁸⁰ a partir de suas prerrogativas, como auto-executoriedade e imperatividade. Inclusive, como ressalva Thieß, a determinação da proibição não impede o emprego de cláusulas gerais e conceitos jurídicos valorativos indeterminados, mas, em contrapartida, exige que o conteúdo da proibição possa ser conhecido, com suficiente certeza, pelo cidadão e que ele não precise se socorrer de conhecimentos jurídicos especiais⁸¹.

Em respeito ao princípio da legalidade, há-de se verificar que o tipo de contra-ordenação apresenta tipicidade objetiva e subjetiva, sendo que o tipo de imprudência, que é exceção, também precisa ter suas características previstas em lei para serem realizadas, sob pena de inexistir injusto na conduta praticada⁸². No tipo objetivo deve-se verificar a exteriorização da conduta do autor, que poderá ser tanto comissiva, quanto omissiva. Então, se a con-

78 Art. 21.º. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3.º, são: I – multa; II – restritivas de direitos; III – prestação de serviços à comunidade. Art. 22.º. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são: I – suspensão parcial ou total de atividades; II – interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; III – proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

79 Mitsch, 2005: 35.

80 Esta afirmação não olvida a existência de um processo administrativo de cunho contra-ordenacional e nem o *Verwarnungsverfahren* (§ 56.º, I, OWiG) destinado a evitar o início formal de um processo de imposição de uma pena pecuniária pelo cometimento de uma contra-ordenação bagatelar.

81 Thieß, 2002: 24.

82 Mitsch, 2005: 43, 65 e 71.

duta do autor for a mesma que estiver descrita no tipo de contra-ordenação, afirmar-se-á, positivamente, a tipicidade objetiva de seu atuar. No entanto, este é apenas o primeiro passo na avaliação da imposição da pena de multa. O segundo passo refere-se à presença do dolo ou da imprudência do autor na prática da conduta objetivamente típica. Como adverte Bohnert, com base no §10 da OWiG⁸³, no Direito de Contra-ordenações alemão, somente as condutas objetivamente típicas praticadas com dolo; poderão ser punidas, já as condutas imprudentes, em princípio, são indiferentes jurídicos, salvo se a lei expressamente prever a punição de uma conduta praticada por imprudência⁸⁴. Pelo que se verifica, a mesma garantia fornecida pela tipicidade do Direito Penal, enquanto desdobramento dogmático-material do princípio da legalidade, é encontrada no Direito de Contra-ordenações. Neste tocante, o Direito de Contra-ordenações não fica atrás do Direito Penal, mas fornece condições similares de garantia ao cidadão contra o Estado. A única diferença é que muitas concessões ilegítimamente procedidas, na seara penal, pelo legislador no conteúdo do princípio da legalidade, tal como a dependência do tipo ao ato administrativo, são legítimas no Direito de Contra-ordenações, posto ser este um desdobramento do Direito Administrativo.

Como consequência lógica da assunção de um desenvolvimento dogmático-garantístico do princípio da legalidade na estrutura dos tipos de contra-ordenação, percebe-se que o problema do erro tem tratamento especial no Direito de Contra-ordenações. Ao contrário do que ocorre no Direito Administrativo clássico, em que os Autores não chegam a trabalhar a possibilidade de o administrado cometer uma falta administrativa e não ser punido em razão de estar em uma situação de erro quanto à percepção dos fatos que estão a sua volta, o Direito de Contra-ordenações traz esta previsão⁸⁵. Tal como no Direito Penal, expõe Cramer que, nos casos de erro de tipo, falta dolo na conduta do agente e não lhe será aplicada pena pecuniária, salvo se a

83 OWiG: § 10.º Dolo e Imprudência: Por contra-ordenação apenas será sancionado aquele que praticar uma ação dolosa, salvo se a lei expressamente punir com pena pecuniária quem atuar de forma imprudente.

84 Bohnert, 1996: 13.

85 No Direito Administrativo, o instituto do erro surge apenas no bojo do Direito Administrativo Sancionador, ficando esquecido no Direito Administrativo clássico. Apesar da incorporação da teoria do erro no Direito Administrativo Sancionador, esta questão é tratada *in totum* como um problema de culpabilidade, em razão da incorporação do dolo e da culpa como elementos da culpabilidade. Assim: NIETO, 2006: 349 ss.; OSÓRIO, 2006: 442 ss.; Munhoz de Mello também inclui o estudo do erro na culpabilidade, mas o divide em erro de tipo e de proibição, seguindo a doutrina penal mais avançada, que abandonou a distinção entre erro de fato e de direito. Mello, 2007: 196 ss.

contra-ordenação for punível na forma imprudente⁸⁶. Não há que se negar o avanço desta concepção frente à prática cotidiana de um “Direito Administrativo punitivo de responsabilidade objetiva”.

Por outro lado, não apenas o erro de tipo é utilizado com naturalidade no Direito de Contra-ordenações, mas também o erro de proibição. Na OWiG⁸⁷ foi previsto o erro de proibição no item (2) do § 11.º, já que no item (1) houve a previsão do erro de tipo. A OWiG menciona expressamente a (in) evitabilidade do erro no item (2) referente ao erro de proibição⁸⁸. Entretanto, a sua não menção expressa no item (1) não significa que sua análise esteja excluída do erro de tipo. A sua omissão deve-se ao fato de ser implícita sua pesquisa na própria ação imprudente, pois não há ação imprudente frente a situações inevitáveis. No Direito de Contra-ordenações, a ação imprudente representa a violação do dever de cuidado⁸⁹, não diferindo do conceito existente no Direito Penal. A desconsideração da inevitabilidade do erro de tipo para excluir a punição do administrado, pelo cometimento de uma contra-ordenação, a título de imprudência, não é uma tese que possa ser cogitada em um Estado Democrático de Direito, pois a sua prática implica em responsabilidade sem culpa, ou seja, responsabilidade por fatos objetivos ou por ocorrências oriundas do acaso, o que deve ser tido como inadmissível, face o retrocesso desta postura⁹⁰.

Ultrapassado o primeiro estágio na formação de uma contra-ordenação, isto é, a tipicidade, há-de se investigar o segundo, que se refere à antijuridicidade. A antijuridicidade deve ser entendida como a contrariedade da con-

86 Cramer, 1971: 54.

87OWiG: § 11.º Erro: (1) Quem no cometimento de uma ação desconhecer alguma circunstância, que pertença ao tipo legal, não atua dolosamente. A possibilidade de se impor um sancionamento permanece inalterada frente à ação culposa. (2) Faltando ao autor no cometimento da ação a percepção da proibição de seu fazer, nomeadamente porque desconhecia a existência ou a vigência de uma prescrição jurídica, não atua ele de forma reprovável, se este erro não pudesse ter sido evitado.

88 Menciona-se o erro de proibição neste momento em razão de sua previsão vir em conjunto com o erro de tipo. No entanto, a fim de evitar qualquer equívoco, consigna-se que apenas o erro de tipo interfere na formação da tipicidade, posto que o erro de proibição é uma questão afeta à culpabilidade no Direito Penal e à reprovabilidade no Direito de Contra-ordenações.

89 Göhler, 1995: 72.

90 De forma oposta, no Direito Administrativo Sancionador, Nieto afirma que a existência de responsabilidade objetiva em certas hipóteses não implica na desconsideração total do princípio da culpabilidade, mas, sim, o seu reconhecimento. Nieto, 2006: 467. Esta afirmativa, por si só, basta para que se verifique que o Direito Administrativo Sancionador não trabalha com um verdadeiro conceito de culpabilidade, mas, sim, com um saco de gatos, onde se lançam diversos institutos não tratados na tipicidade.

duta ao ordenamento jurídico. Apesar de doutrinariamente haver uma antiga divergência de se a realização do tipo é *ratio essendi* ou *ratio cognoscendi* da antijuridicidade, pode-se filiar com certa tranquilidade ao posicionamento prevalente de que o tipo legal é um indício de antijuridicidade. A contrariedade ao ordenamento jurídico que configura a antijuridicidade não é sinônimo de violação do tipo legal, uma vez que a conduta pode violar o tipo legal, formando tipicidade, mas não contrariar o ordenamento, logo não subsistirá antijuridicidade na conduta típica. Não há dúvidas de que a realização do tipo legal traz junto de si a presunção de que a conduta praticada é antijurídica. Entretanto, esta presunção, por ser relativa, poderá ou não se confirmar conforme estejam ou não presentes algumas situações fático-jurídicas. O conceito de antijuridicidade utilizado pelo Direito Penal deve ser transferido para o Direito de Contra-ordenações, uma vez que a antijuridicidade da conduta é una, logo os sistemas também devem ser. Tal como no Direito Penal, o Direito de Contra-ordenações alemão prevê os institutos da legítima defesa e do estado de necessidade como causas de justificação da conduta típica⁹¹. No entanto, em razão de estas duas causas atuarem da mesma forma que as suas respectivas no Direito Penal, deixa-se de proceder a comentários outros que não a ressalva de que, apesar de a redação das citadas causas ser diferente da prevista no Código Penal brasileiro, as mesmas são reproduções idênticas das previstas no Código Penal alemão, o que indica uma divergência entre o Direito Penal alemão e o Direito Penal brasileiro e não entre o Direito Penal e o Direito de Contra-ordenações.

A causa de justificação que mais interessa é a “autorização administrativa”⁹², pois a mesma é de cunho extra-legal. Não se esqueça de que a permissão administrativa irá excluir o tipo, quando a ausência do ato administrativo for elementar típica. Entretanto, quando não houver referência no tipo penal ao

91 OWiG: § 15.º Legítima Defesa: (1) Quem praticar uma ação em situação de legítima defesa não atua antijuridicamente. (2) Legítima defesa é a defesa que se faz necessária para evitar uma agressão jurídica atual contra si ou contra outrem. (3) Ultrapassando o autor os limites da legítima defesa em razão de confusão, temor ou medo, não será a ação sancionada.

§ 16.º Estado de Necessidade Justificante: Quem comete uma ação em um perigo atual que não seja de outro modo evitável, contra a vida, o corpo, liberdade, honra, propriedade ou um outro bem jurídico, para evitar um perigo contra si ou contra outrem, não atua antijuridicamente, se na ponderação dos interesses em conflito, nomeadamente os bens jurídicos afetados e o grau do perigo de ameaça a eles, prevalecer o interesse protegido mais relevante. Esta regra vale, todavia, enquanto a ação se valha de um meio adequado para afastar o perigo.

92 O termo traduzido é *Behördliche Genehmigung*. Apesar do emprego do vocábulo autorização, não se deve interpretá-lo em sentido estrito e técnico, pois o mesmo engloba as permissões e etc.

ato administrativo, a discussão da permissão administrativa deixará de ser um problema de tipicidade e passará a ser matéria afeta à antijuridicidade. A extra-legalidade da “autorização administrativa” deve-se à sua não inclusão no rol da lei de contra-ordenações alemã como causa de justificação e, assim, de exclusão da antijuridicidade da conduta típica de contra-ordenação. Entretanto, como ressalta Mitsch, a “autorização administrativa” é legalmente regida, ou seja, ela é um ato administrativo e como tal rege-se pelo Direito Administrativo, logo sua efetividade dependerá dos critérios previstos no âmbito do Direito Administrativo⁹³. Por tal razão, Mitsch defende que uma autorização administrativa nula não produzirá efeitos válidos no Direito de Contra-ordenações tanto quanto não produz no Direito Administrativo⁹⁴. Objeta-se esta consideração, já que se vislumbra a necessidade de se, também, aplicar o princípio da confiança no Direito de Contra-ordenações.

O princípio da confiança deve ser visto como um princípio de Direito e não de Direito Penal apenas. Antes que venham as críticas por se estar trazendo um novo princípio para o Direito Administrativo, lembre-se que o princípio da confiança no Direito Administrativo não passa de um desenvolvimento do princípio constitucional da moralidade, que deve reger a atuação da Administração Pública brasileira⁹⁵. Fere não só o princípio da confiança, mas a própria moralidade administrativa editar atos administrativos inválidos em favor do cidadão de boa-fé, fazendo-o atuar ilícitamente. Certo é que o ato administrativo inválido, em razão de uma conduta de má-fé do cidadão, não produzirá efeitos. Por outro lado, frente ao ato administrativo autorizador anulável, posiciona Mitsch que, se o ato sofrer de um vício de anulabilidade, o posicionamento doutrinário majoritário é de que ele será uma causa de justificação válida, pois estará produzindo efeitos no Direito

93 Mitsch, 2005: 89.

94 Mitsch, 2005: 89-90.

95 Moreira Neto expõe que “as dimensões éticas do Estado contemporâneo se viram imensamente ampliadas no decorrer do último século, não só com a definitiva sedimentação da *legalidade*, essencial à realização do Estado de Direito, mas com o viçoso ressurgimento autônomo da *legitimidade*, essencial à realização do Estado Democrático e, ainda, como conquista *in fieri*, na introdução da *licitude*, também como valor autônomo, capaz de levar à realização de um Estado de Justiça no próximo milênio. A juridicidade, assim, não mais se reduz à *legalidade*, mas só se realiza plenamente associada à *legitimidade* e à *licitude*, desdobramento esse que pode ser claramente observado na ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil. [...] Já não mais basta à consciências e exigentes sociedades contemporâneas saberem que o Estado se submete à *vontade da maioria*, mas, ainda, que os governantes se submetem às *exigências da moral*”. Moreira Neto, 2007: 50-51.

Administrativo⁹⁶, pensamento este que também não difere do ora defendido. No entanto, o mais relevante é perceber que a sistemática da antijuridicidade no Direito de Contra-ordenações, dogmáticamente, equipara-se à do Direito Penal, uma vez que em ambas as searas a função e a lógica da antijuridicidade são iguais, ainda que se defenda uma diferença qualitativa ou quantitativa entre os injustos penal e contra-ordenacional.

Na comparação da estrutura infracional do Direito Penal com a do Direito de Contra-ordenações, poder-se-ia encontrar diferença apenas no terceiro estágio da infração, que, respectivamente, refere-se à culpabilidade ou reprovabilidade. A diferença percebida por parte da doutrina, que já foi apontada e criticada, seria a existência de juízo ético-pessoal de reprovação no primeiro e a sua ausência no último, em razão de as contra-ordenações referirem-se a condutas neutras e avaloradas. Neste ponto, pensa-se que tanto o juízo de culpabilidade do Direito Penal quanto o de reprovabilidade do Direito de Contra-ordenações devem ser vistos de igual modo, como juízos de inadequação da conduta do agente à exigência normativa, de forma a que, metodologicamente, se abra a porta para a verificação da proporcionalidade da exigência normativa frente aquele indivíduo e se refute a simples rotulação: culpado ou reprovável. Entretanto, esta defesa não leva a diferenciações no conteúdo de ambos os institutos, apenas permite avaliar a legitimidade da proibição estatal. Göhler, por exemplo, que não trabalha no sentido desta crítica, admite que, realmente, o conceito de reprovabilidade do Direito de Contra-ordenações tem o mesmo conteúdo do conceito penal de culpabilidade⁹⁷.

Como se pode verificar, a estrutura da reprovabilidade do Direito de Contra-ordenações é igual à da culpabilidade penal, uma vez que seus elementos formadores são os mesmos. Mitsch aponta a imputabilidade, a consciência da ilicitude e a inexistência de causas desculpantes como os elementos formadores da reprovabilidade no Direito de Contra-ordenações⁹⁸.

96 Mitsch, 2005: 90.

97 Göhler, 1995: 23.

98 Mitsch, 2005: 96. No mesmo sentido: Treder, 1996: 15-16. Adotando uma posição que se denominaria de causalista por incluir o dolo e a culpa na reprovabilidade: Thieß, 2002: 61; Schwacke, 2006: 31 ss.

6. TUTELA DO AMBIENTE – UM DIREITO DE CONTRA-ORDENAÇÕES BRASILEIRO *VERSUS* A VIGENTE LEI DE CRIMES AMBIENTAIS

Poder-se-ia seguir discorrendo sobre as facetas do Direito de Contra-ordenações, apresentando as suas disposições, dentre outras, sobre condutas omissivas e por meio de outrem, punibilidade da pessoa jurídica, tentativa e participação. No entanto, pára-se neste ponto, em razão de o objetivo pretendido já se encontrar atingido. O propósito não é a análise exauriente do Direito de Contra-ordenações, mas trazer seu sistema, a partir dos principais e mais marcantes traços, a fim de que se pudesse tê-lo como um novo norte na regulação do controle e proteção do Meio Ambiente, para que, então, possa vir a ser utilizado em substituição ao Direito Penal, que vem sendo empregado como a solução de todos os males do mundo, quando, em verdade, não passa de um placebo jurídico.

Não se defende que o Direito de Contra-ordenações ingresse no controle e tutela do ambiente de maneira irrestrita. Ele há-de tomar o seu papel na regulação ambiental sim, mas tal ingresso não significa que ele deva ser transformado em um instrumento destinado a atender todas as vozes punitivas. Impende ressaltar que o fato de o Direito de Contra-ordenações não ser Direito Penal não o legitima a regular toda e qualquer situação fática, uma vez que, se o legislador optar por seu emprego em demasia, oprimirá o cidadão tal como o Direito Penal o faz, além de levar este sistema a cair em descrédito por falta de efetividade no dia-a-dia. Deve-se perceber que o sancionamento do administrado, ainda que não ocorra por uma pena criminal, isto é, sem a perda da liberdade e sem a etiquetagem de criminoso – cidadão de segunda classe –, é uma situação extrema de intervenção estatal na vida do indivíduo e de restrição de direitos fundamentais. A inexistência de pena de prisão e o não maculamento social do cidadão não autorizam o Estado, por meio do Poder Legislativo, a dispor de um instrumento punitivo a ser usado arbitrariamente e no mero deleite estatal.

Não há-de se esquecer que a liberdade de agir da pessoa é a regra e seu condicionamento, independentemente do grau de limitação imposto pelo Estado, deve ser razoável e proporcional. Ao Estado não se permite limitar a liberdade de agir do cidadão se tal restrição não se apresentar funcionalmente proveitosa à coletividade e ao funcionamento estatal, que deve, ainda que indiretamente, ser revertido em favor da vida das pessoas no seio social em que vivem. Restringir o âmbito de liberdade do indivíduo, sancionando-lhe, em caso de descumprimento, não é legítimo e, por tal razão, inconstitucio-

nal, por violar o princípio da proporcionalidade, na hipótese de esta restrição ser fundada somente na vontade irracional do Estado de aumentar sua esfera de controle e interferência na vida das pessoas. Dessa forma, pode-se consignar que a defesa em favor da adoção do Direito de Contra-ordenações, como instrumento primário na regulação e controle da tutela do Meio Ambiente, não abona o uso indiscriminado deste instrumental e nem a redação de novos tipos, uma vez que, se fosse convertida a maior parte dos tipos penais previstos na Lei brasileira de Crimes contra o Meio Ambiente em tipos de contra-ordenações, já se possuiria, na seara ambiental, um Direito de Contra-ordenações muito forte e invasivo. A questão a ser enfrentada consiste em saber quais os tipos penais poderiam ser convertidos e quais não, seja porque devam continuar integrando o Direito Penal ou em razão de sua tipificação ser ilegítima por falta de razoabilidade, hipótese em que tais tipificações devam ser banidas do Direito Penal e devam passar longe do Direito de Contra-ordenações.

Com o fim de empreender esta separação, cabe verificar o primeiro crime previsto na Lei brasileira de Crimes Ambientais. O artigo 29.^o99 é um exemplo crasso de uso grosseiramente equivocado do Direito Penal. Esta norma penal incrimina o cidadão, rotulando-o como criminoso e trazendo-lhe todos os efeitos sociais deletérios do processo e de eventual pena criminal, que, além de outras condutas, caça ou guarda animal silvestre sem a devida autorização administrativa. Ainda que se argumentasse que a conduta daquele que caça animais silvestres, ressalvada a presença do estado de necessidade, é ignóbil por levar à matança, mutilação ou comercialização de seres vivos, veja-se que

99 Art. 29.^o. 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: Pena – detenção de seis meses a um ano, e multa. § 1.^o Incorre nas mesmas penas: I – quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; II – quem modifica, danifica ou destrói ninho, abrigo ou criadouro natural; III – quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. § 2.^o No caso de guarda doméstica de espécie silvestre não considerada ameaçada de extinção, pode o juiz, considerando as circunstâncias, deixar de aplicar a pena. § 3.^o São espécimes da fauna silvestre todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras. § 4.^o A pena é aumentada de metade, se o crime é praticado: I – contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração; II – em período proibido à caça; III – durante a noite; IV – com abuso de licença; V – em unidade de conservação; VI – com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa. § 5.^o A pena é aumentada até o triplo, se o crime decorre do exercício de caça profissional. § 6.^o As disposições deste artigo não se aplicam aos atos de pesca.

estas condutas em si mesmas não são abjetadas pelo Estado brasileiro, já que ele pode autorizar o particular a praticá-las, como a própria lei penal expressa em sua redação típica. A proibição penal reside especificamente na desconsideração do controle estatal sobre estas condutas. Pune-se penalmente a não obtenção da autorização e não propriamente a caça ou a guarda de animais silvestres. Contudo, mesmo que se tente refutar esta crítica, não se pode superar o fato de o legislador não ter considerado a conduta do artigo 29.º penalmente grave, posto que a pena-base é de 6 meses a 1 ano de detenção. Na prática, este é um crime de menor potencial ofensivo, conforme os parâmetros da Lei n.º 9.099/95, o que indica que, em regra, o cidadão que cometeu culpavelmente este injusto penal não sofrerá qualquer pena de prisão, posto que ser-lhe-á facultade valer-se dos institutos despenalizadores da citada lei processual, como indica diretamente a criticada Lei de Crimes Ambientais em seus artigos 27.º e 28.^{o100}, ao tentar aprimorar, ou melhor, refinar o seu uso na tutela do Meio Ambiente.

Resta claro o emprego desproporcional do Direito Penal pelo legislador, isto porque o mesmo utiliza um canhão para acertar um passarinho. O legislador pretende ver respeitado seu poder de controle e, assim, emprega o instrumento jurídico mais gravoso para o cidadão com o fim de obter o respeito às suas prescrições e, na hipótese de desobediência, a reparação do dano causado e o retorno do *status quo*. Ocorre que este objetivo estatal pode ser atendido integralmente por meio do Direito Administrativo, em especial, a partir da adoção do Direito de Contra-ordenações, atendendo, desse modo, ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal enquanto desmembramento

100 Art. 27.º Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76.º da Lei n.º 9.099, de 26 de Setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74.º da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade. Art. 28.º As disposições do art. 89.º da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações: I – a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5.º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1.º do mesmo artigo; II – na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição; III – no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1.º do artigo mencionado no caput; IV – findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III; V – esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

do princípio constitucional da proporcionalidade, já que o critério da necessidade não está presente no crime do artigo 29.º. A crítica segue o espírito da análise correntemente feita, no âmbito dos crimes tributários, contra o uso do Direito Penal enquanto instrumento de cobrança de tributos. Nesse sentido, não há de restar dúvidas de que o criticado artigo 29.º deva ser descriminalizado e venha a se tornar um tipo de contra-ordenação.

Este posicionamento vale, inclusive, para as formas agravadas do artigo 29.º. Ainda que a pena privativa de liberdade tenha sido elevada, ela não se justifica em razão de não haver fato novo com dignidade penal, mas, e tão somente, circunstâncias que dificultam a operacionalização do controle das atividades pela Administração Pública, o que apenas reforça a crítica de que o Direito Penal está sendo utilizado para tutelar a função estatal de controle e não o alegado bem jurídico “Meio Ambiente”. No mesmo diapasão desta crítica, refuta-se a criminalização das condutas previstas nos artigos 30.º, 31.º, 34.º, 39.º, 44.º, 50.º-A, 51.º, 52.º, 55.º e 60.º da Lei de Crimes Ambientais¹⁰¹,

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

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

Art. 34.º. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: Pena – detenção de um ano a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem: I – pesca espécies que devam ser preservadas ou espécimes com tamanhos inferiores aos permitidos; II – pesca quantidades superiores às permitidas, ou mediante a utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos; III – transporta, comercializa, beneficia ou industrializa espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas.

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

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

Art. 50.º-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente: (Incluído pela Lei n.º 11.284, de 2006) Pena – reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa. (Incluído pela Lei n.º 11.284, de 2006) § 1.º Não é crime a conduta praticada quando necessária à subsistência imediata pessoal do agente ou de sua família. (Incluído pela Lei n.º 11.284, de 2006) § 2.º Se a área explorada for superior a 1.000 ha (mil hectares), a pena será aumentada de 1 (um) ano por milhar de hectare. (Incluído pela Lei n.º 11.284, de 2006).

Art. 51.º. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 52.º. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

Art. 55.º. Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente. Art. 60.º. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território

uma vez que o legislador alega a existência de um bem jurídico a ser protegido contra determinadas práticas, mas o próprio Estado não o protege, posto que ele mesmo autoriza estas práticas em tese proscritas, de forma que o Estado termina por, simplesmente, incriminar a desconsideração, pelo cidadão, de sua função de controle. Se estas condutas forem descriminalizadas e convertidas em tipos de contra-ordenação, o cidadão poderá ser exemplarmente punido e obrigado a reparar o dano na esfera administrativa, ao mesmo tempo em que a Administração Pública terá em suas mãos um instrumental jurídico mais ágil e eficiente e proporcional.

Como mais um exemplo do erro legislativo gritante desta equivocada política criminal de tutela do Meio Ambiente, tem-se o crime do artigo 46.^o¹⁰². Por intermédio deste tipo penal, o legislador pretendia reprimir o comércio ambiental ilícito e punir aqueles receptadores, que adquirem produtos vegetais de origem criminosa, contudo, terminou por punir com menor rigor aqueles que atuam com fins comerciais ou industriais frente àquelas pessoas que adquirem estes bens sem qualquer finalidade empresarial. A conduta dos receptadores ambientais sem finalidade empresarial não é punida com pena de detenção de 6 meses a 1 ano, mas sim com pena de reclusão de 1 a 4 anos, com base no crime de receptação previsto no artigo 180.^o do Código Penal¹⁰³. Ou seja, neste afã punitivo, o legislador violou o princípio da razoabilidade de maneira injustificável, contradizendo seu próprio objetivo, já que estimula o exercício de atividade ilícita economicamente organizada com produtos ambientais. Fato este que denota a impossibilidade de se levar a sério a política criminal esboçada na Lei brasileira de Crimes Ambientais.

nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

102 Art. 46.^o – Receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. 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.

103 Art. 180.^o – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996) Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996).

Por outro lado, os delitos previstos nos artigos 32.º, 33.º e 35.º¹⁰⁴, enquanto ações de maus-tratos a animais, são penalmente legitimadas. Sem dúvidas, que tais condutas poderiam ser descriminalizadas para se tornarem tipos de contra-ordenações, todavia, tal mudança dependeria do Poder Legislativo e não do Poder Judiciário. O instrumento jurídico para a proibição desta conduta depende de uma escolha eminentemente política, logo fundamentada em bases democráticas no âmbito do Poder Legislativo, o que significa que o Poder Judiciário não está legitimado a realizar a escolha da forma pela qual os maus-tratos a animais serão reprimidos. Não se verifica na norma prevista no parágrafo 3.º do artigo 225.º da CRFB¹⁰⁵ um mandato de criminalização para toda e qualquer atividade lesiva ao Meio Ambiente, já que este mesmo artigo prevê a responsabilidade administrativa em grau não inferior à responsabilização penal. Compete ao povo, por meio de seus representantes legitimamente eleitos, realizar esta escolha. Ao Poder Judiciário compete exercer o controle jurídico da escolha legislativa, que no tocante aos artigos 32.º, 33.º e 35.º, não há o que deva ser declarado inconstitucional.

Por outro lado, os crimes previstos nos artigos 38.º, 38.º-A, 40.º, 41.º, 42.º, 45.º, 48.º e 50.º da Lei n.º 9.605/98¹⁰⁶, em maior ou menor medida, visam a

104 Art. 32.º. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1.º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2.º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal. Art. 33.º. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas cumulativamente. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas: I – quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquíicultura de domínio público; II – quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente; III – quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica. Art. 35.º. Pescar mediante a utilização de: I – explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; II – substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente: Pena – reclusão de um ano a cinco anos.

105 Art. 225.º. 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 [...] § 3.º – 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

106 Art. 38.º. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena – detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. Art. 38.º-A. Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas

tutelar o bem jurídico Meio Ambiente, enquanto condição para a habilidade e a vida humana digna no planeta. É certo que a Constituição autoriza o uso do Direito Penal para – tentar – proteger o Meio Ambiente. Neste ponto, então, não se pode superar, por meio da hermenêutica, a escolha do legislador brasileiro em favor do Direito Penal. No entanto, pode-se, sim, demonstrar o erro na forma como esta decisão política se exteriorizou na criticada lei. O legislador pecou por excesso. Ao invés de criar estes 8 tipos penais, punindo toda e qualquer agressão ao Meio Ambiente, a lei deveria ter criado um único tipo penal, seguindo o exemplo português¹⁰⁷. O artigo 278.º do Código Penal português abarca tanto os danos contra a flora quanto a fauna. Poder-se-ia seguir o exemplo português e revogar os artigos 38.º, 38.º-A, 40.º, 41.º, 42.º, 45.º, 48.º e 50.º da Lei n.º 9.605/98, além dos artigos 33.º e 35.º. Como o crime do artigo 32.º tem um propósito mais humanista, sob o ponto de vista axilógico, do que o dos artigos 33.º e 35.º, este poderia permanecer inalterado. O primeiro mérito do legislador português reside no respeito ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, posto que apenas as condutas graves serão punidas com penas de carácter criminal. O segundo mérito está no fato de ter sido facilitado o conhecimento da lei penal ao cidadão, isto porque os fins

cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. (Incluído pela Lei nº 11.428, de 2006). Art. 40.º. Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27.º do Decreto n.º 99.274, de 6 de junho de 1990, independentemente de sua localização: Pena – reclusão, de um a cinco anos. § 1.º 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. (Redação dada pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000) § 2.º A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação de Proteção Integral será considerada circunstância agravante para a fixação da pena. (Redação dada pela Lei nº 9.985, de 18.7.2000) § 3.º Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade. Art. 41.º. Provocar incêndio em mata ou floresta: Pena – reclusão, de dois a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de detenção de seis meses a um ano, e multa. Art. 45.º. 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: Pena – reclusão, de um a dois anos, e multa. Art. 48.º. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. Art. 50.º. Destruir ou danificar florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação: Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

107 Código Penal português – Artigo 278.º – Danos contra a natureza – 1 – Quem, não observando disposições legais ou regulamentares, eliminar exemplares de fauna ou flora ou destruir habitat natural ou esgotar recursos do subsolo, de forma grave, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – Para os efeitos do número anterior o agente actua de forma grave quando: a) Fizer desaparecer ou contribuir decisivamente para fazer desaparecer uma ou mais espécies animais ou vegetais de certa região; b) Da destruição resultarem perdas importantes nas populações de espécies de fauna ou flora selvagens legalmente protegidas; c) Esgotar ou impedir a renovação de um recurso do subsolo em toda uma área regional. 3 – Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

protetivos almeçados, neste tocante, se resumem em um único tipo penal, que foi incluído no Código Penal português e permitiu ao cidadão uma real possibilidade de conhecer a proibição penal, bem diferente do que ocorre com as legislações penais de emergência, tão comuns no Brasil, que se espalham por meio de inúmeras leis extravagantes.

É válido lembrar que esta emergência legislativa tem feito com que muitos profissionais do Direito sequer tenham ciência da existência do conteúdo das leis. Por outro lado, antes que se objete a crítica feita, por deixar o Meio Ambiente “desprotegido”, ou seja, ao largo da tutela penal, quando da ocorrência de danos contra a flora e a fauna de níveis médio e leve, lembre-se que para este fim, deve o Estado se socorrer do Direito Administrativo em sentido amplo. Assim, terá à sua disposição o Direito de Contra-ordenações.

O artigo 54.^o¹⁰⁸ da Lei brasileira de Crimes Ambientais tem o mérito de atender à finalidade desenhada no parágrafo anterior. Contudo, o crime previsto no artigo 56¹⁰⁹ é excessivo quando se refere ao Meio Ambiente e não à saúde humana, uma vez que pune a mera presunção do perigo ambiental no mesmo grau e medida em que a ocorrência da poluição ambiental propriamente dita é reprimida no artigo 54.^o, isto é, com pena de reclusão de 1 a 4 anos. Uma reformulação correta do artigo 56.^o depende da exclusão da referência típica às substâncias prejudiciais ao meio ambiente, limitando o tipo penal a restringir a circulação dos produtos e substâncias ao perigo de lesão à saúde humana. Eventuais produtos ou substâncias que não sejam perigosos

108Art. 54.^o. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1.^o Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. § 2.^o Se o crime: I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV – dificultar ou impedir o uso público das praias; V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos. § 3.^o Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

109 Art. 56.^o. 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: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1.^o Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no caput, ou os utiliza em desacordo com as normas de segurança. § 2.^o Se o produto ou a substância for nuclear ou radioativa, a pena é aumentada de um sexto a um terço. § 3.^o Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.

à saúde e à vida humanas, mas que trazem risco apenas ao Meio Ambiente, deverão ter a sua circulação restringida pelo Direito de Contra-ordenações, uma vez que o crime de poluição já se encontra regulado no artigo 54.º da Lei n.º 9.605/98.

Por outro lado, os artigos 42.º e 49.º¹¹⁰ da Lei brasileira de Crimes Ambientais não justificam as incriminações neles previstas em razão de não atenderem ao princípio da lesividade. O artigo 42.º fere o princípio da lesividade, não ao proibir que as pessoas soltem balões em regiões habitadas ou de florestas, mas ao incriminar a fabricação, venda e transporte de balões, presumindo o perigo de que estes balões sejam soltos em regiões de floresta ou habitadas. É certo que todo e qualquer balão em uso possui aptidão para provocar incêndios, já que em sua composição há papel, combustível e fogo. No entanto, esta potencialidade somente se realizará se se soltar o balão em região de floresta ou região habitada. Como é possível soltar balões em áreas desabitadas, onde não haja perigo de incêndios, quando da queda dos balões, não pode o legislador incriminar a fabricação, venda e transporte de boa-fé de balões, presumindo absolutamente que o balão vá ser solto e cair em área de floresta ou onde haja assentamento humano. Inclusive, em determinadas regiões do Brasil, soltar balões é uma prática culturalmente aceita, socialmente adequada e, por consequência, não há antijuridicidade nesta conduta. Se o legislador pretende controlar o risco da prática de soltar balões, deve riscar o artigo 42.º e trazê-lo para o Direito de Contra-ordenações, exigindo que todo aquele que venha a soltar balão, obtenha uma autorização prévia da Administração Pública, que estará condicionada, dentre outros critérios, à inocuidade do local em que esta atividade será realizada.

Entretanto, violação maior ao princípio da lesividade cometeu o legislador no artigo 49.º. Utilizar o Direito Penal para punir quem pisa nas plantas de ornamentação de logradouro público é um disparate, que se eleva ainda mais, quando a pena criminal também sanciona aquele que apenas atuou negligentemente. Qualquer pessoa que tenha um mínimo de bom senso, sabe que, em uma situação como esta, a aplicação de uma multa será bastante e sufi-

110 Art. 42.º. Fabricar, vender, transportar ou soltar balões que possam provocar incêndios nas florestas e demais formas de vegetação, em áreas urbanas ou qualquer tipo de assentamento humano: Pena – detenção de um a três anos ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Art. 49.º. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposos, a pena é de um a seis meses, ou multa.

ciente para coibir esta conduta nada elogiável. Para tal fim, não se necessita de Direito Penal, mas de Direito de Contra-ordenações ou qualquer outra forma de exteriorização do Direito Administrativo. Em acréscimo, não se olvide também do artigo 68.^{o111}, norma que viola frontalmente o princípio da legalidade. Esta violação decorre da não concretização no tipo penal do conteúdo da omissão reprimida normativamente, criando assim um tipo omissivo indeterminado. Perceba-se que, em verdade, há dois tipos omissivos indeterminados, uma vez que o legislador incriminou esta curiosa omissão também em sua forma culposa, deixando, por consequência, latente sua total desconsideração com os parâmetros mínimos de um Direito Penal vigente no Estado de Direito. Este tipo penal também não atende ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, posto que, inclusive, o Meio Ambiente serve apenas como mera referência argumentativa na redação típica.

Como é possível acertar, mesmo quando se erra em demasia, credita-se mérito ao legislador brasileiro ao tipificar o crime previsto no artigo 61.^{o112}. No entanto, o demérito do legislador brasileiro na elaboração dos crimes ambientais na Lei n.º 9.605/98 foi consideravelmente superior. O afã punitivo conduziu à tipificação de inúmeros artigos, muitos ilegítimos, desnecessários e excessivos, quando não, repetitivos. O mais preocupante é a ingenuidade ou a falta de vontade de grande parte dos integrantes da ciência penal brasileira em se pôr contra este *status quo*. As críticas e as refutações à Lei brasileira de Crimes Ambientais não chegam a um nível minimamente comprometido. O Direito de Contra-ordenações se apresenta como uma solução viável e muito superior, tanto em operabilidade quanto em preservação das liberdades públicas, do que o Direito Penal, cuja insistência fundamenta-se no dogma de fé da obediência do povo a partir da ameaça estatal da imposição da pena de prisão, que, por ser uma crença, qualifica esta escolha político-jurídica pela irracionalidade e impossibilita a comprovação, no mundo empírico, da realidade de suas premissas.

A falácia desta fé ambientalista punitiva no Direito Penal pode ser comprovada sem muito esforço. Basta que se verifiquem as estatísticas oficiais. Por exemplo, a partir da análise das estatísticas do Ministério do Meio Ambiente

111 Art. 68.º. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental: Pena – detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Se o crime é culposo, a pena é de três meses a um ano, sem prejuízo da multa

112 Art. 61.º. Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

do relatório Prodes 2007-2008¹¹³, descobre-se que no período entre 2007 e 2008 o desmatamento na região da Amazônia Legal, isto é, nos Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins, foi estimado na ordem de 11.968 km², representando uma aumento de 4% se comparado com período anterior. Se a Lei brasileira de Crimes Ambientais, em sua década de existência, não coíbe desmatamentos em extensas áreas, que, por sua grandiosidade, não ficam ocultos das autoridades públicas, como se pode acreditar nela para impedir crimes ambientais de menor porte e mais difíceis de serem descobertos pelas agências de persecução criminal? A inefetividade do Direito Penal Ambiental é tão patente, que somente não a percebe, aqueles que depositam a sua fé na ameaça da pena de prisão. Como a fé não é uma questão de razão, mas de irracionalidade, não é ela um elemento constitutivo da ciência, o que inclui a Ciência do Direito.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim deste artigo, verifica-se que a exposição do tema, que envolve os sistemas de tutela repressiva do ambiente, foi elaborada de forma crítica, todavia, construtiva. Se por um lado, discorre-se sobre as dificuldades que o emprego do instrumental jurídico-penal, nesta seara, tem trazido para a preservação dos princípios constitucionais de garantia do cidadão oriundos do Direito Penal Liberal e, também, para o fortalecimento do Estado de Direito, por outro, procura-se apresentar um sistema jurídico alternativo, ainda desconhecido do legislador brasileiro, mas que, por suas características, detém maior aptidão para cumprir a missão que atualmente se encontra equivocadamente delegada ao Direito Penal. A proposta é ir além da crítica ao Direito Penal simbólico.

O sancionamento de caráter extra-penal é defendido como o norte a ser observado, primariamente, na tutela repressiva do Meio Ambiente. O ganho de qualidade a ser obtido, no Estado de Direito, a partir desta mudança de paradigma, é sensível. Por óbvio, este almejado fortalecimento dos direitos e garantias individuais somente ocorrerá se o Direito de Contra-ordenações não vier a ser utilizado de forma indiscriminada, uma vez que as interven-

113 Ministério do Meio Ambiente. Disponível na Internet http://www.mma.gov.br/estruturas/imprensa/_arquivos/96_10122008100832.pdf. Acesso em 27 de dezembro de 2008. Veja-se, também, as elevadíssimas médias anuais de infrações ambientais, na Alemanha, entre os anos 1993 e 2003: Suilmann, 2006: 31.

ções administrativas sancionadoras também configuram fortes restrições aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

O Direito de Contra-ordenações surge como uma solução dupla. A primeira refere-se ao Estado em sua política de regulação ambiental. O Direito de Contra-ordenações, por ser, em sua essência, Direito Administrativo, confere à Administração Pública um instrumental jurídico mais rápido e flexível às suas necessidades na realização das políticas públicas constitucionais de repressão. A segunda solução trazida, em uma futura adoção do Direito de Contra-ordenações, no Brasil, refere-se ao cidadão, que passará a enfrentar um sistema administrativo repressivo mais fechado, garantístico e menos aberto ao arbítrio de um administrador público, que se encontra historicamente acostumado a manejar um Direito Administrativo repressivo de cunho extremamente discricionário, isto é, fundado na conveniência e na oportunidade da Administração Pública.

Outrossim, sabe-se que a incorporação deste novo paradigma defendido, na legislação brasileira, dificilmente, ocorrerá a curto e a médio prazos, posto que criar leis penais é uma política ainda vantajosa. Esta é uma política de baixo custo que, ainda, costuma agregar pontos na carreira política, principalmente, porque se demonstra à sociedade a preocupação dos parlamentares em envidar esforços contra a prática de certas condutas indesejáveis, o que termina por render votos aos parlamentares desejosos em se perpetuar no poder nas eleições vindouras. No entanto, a preocupação, neste momento, é apontar o caminho a ser seguido pela Ciência do Direito. Desconstruir a lógica imperante de legitimação acrítica do poder punitivo, refutar o emprego indiscriminado do Direito Penal, condicionar e limitar o seu uso às hipóteses inevitáveis e trazer um sistema jurídico mais adequado a garantir uma tutela do Meio Ambiente que, a partir da concretização do direito constitucional à qualidade de vida, não venha a gerar mais violência no seio social, são os desafios e as considerações que se lançam à reflexão crítica do Leitor.

BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro

1999 *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal – Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora.

BITENCOURT, Cezar Roberto

2008 “A (I)-responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica”, in *Incompatibilidades Dogmáticas. Temas de Direito Penal – Parte Geral*, Greco, Luís & Lobato, Danilo (orgs.), Rio de Janeiro: Renovar.

BOHNERT, Joachim

1996 *Grundriß des Ordnungswidrigkeitenrechts*, Berlin: Walter de Gruyter.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1994 *Introducción al Derecho Penal*, 2.^a ed., Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis.

CARCELLER FERNÁNDEZ, Antonio

1997 *Introducción al Derecho Urbanístico*, 3.^a ed., Madrid: Editorial Tecnos.

CORREIA, Eduardo

1998 *Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social. Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários – Volume I – Problemas Gerais*, Coimbra: Coimbra Editora.

2001 *Direito Criminal*, vol. I, reimpressão, Coimbra: Almedina.

CRAMER, Peter

1971 *Grundbegriffe des Rechts der Ordnungswidrigkeiten – Eine Einführung an Hand von Fällen*, Stuttgart: W. Kohlhammer.

CRETELLA JÚNIOR, José

1986 *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Forense.

DANNECKER, Gerhard

2007 “Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts”, in *Der Bundesrepublik Deutschland. Handbuch des Wirtschaftes- und Steuerstrafrechts*, Wabnitz e Janovsky (orgs.), 3.^a ed., München: C.H. Beck.

DIAS, Jorge de Figueiredo

1999 *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ESPANHA, Abogacía General del Estado

2005 *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi.

ESTÉVEZ GOYTRE, Ricardo

2005 *Manual Básico de Derecho Urbanístico*, 2.^a ed., Granada: Editorial Comares.

FERNANDES, António Joaquim

2002 *Regime Geral das Contra-ordenações – Notas Práticas*, 2.^a ed., Lisboa: EDIFORUM.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús

2008 *Los Principios de la Potestad Sancionadora – Teoría y Práctica*, Madrid: Iustel.

GASPARINI, Diogenes

1993 *Direito Administrativo*, 3.^a ed., São Paulo: Editora Saraiva.

GÖHLER, Erich

1995 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 11.^a ed., München: C.H.Beck.

GOLDSCHMIDT, James

1969 *Das Verwaltungsstrafrecht – Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, reimpressão, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen.

HOFACKER, Wilhelm

1919 *Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform*, Berlin / Stuttgart / Leipzig: W.Kohlhammer.

HUNGRIA, Néelson

1945 “Ilícito Administrativo e Ilícito Penal”, in *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1.º, n.º 1, Jan./Mar., Rio de Janeiro.

JESCHECK, Hans-Heinrich & WEIGEND, Thomas

2002 *Tratado de Derecho Penal – Parte General*, tradução Miguel Olmedo Cardenete, 5.^a ed., Granada: Editorial Comares.

KARAM, Maria Lúcia

2009 *Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo*, vol. I, Escritos sobre a Liberdade, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LEMKE, Michael

1999 *Heidelberger Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz*, Heidelberg: C.F.Müller.

LOBATO, José Danilo Tavares

2008 “Da Evolução Dogmática da Culpabilidade”, in *Temas de Direito Penal – Parte Geral*, Luís Greco & Danilo Lobato (orgs.), Rio de Janeiro: Renovar.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando

2005 *Introducción al Derecho Urbanístico*, Madrid: Marcial Pons.

LUMBRALES, Nuno B. M.

2006 *Sobre o Conceito Material de Contra-ordenação*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

MATTES, Heinz

1982 *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten – Geltendes Recht und Kritik*, Tomo II, Berlin: Duncker & Humblot.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de

2000 *Curso de Direito Administrativo*, 12.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores.

MELLO, Rafael Munhoz de

2007 *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador – As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988*, São Paulo: Malheiros Editores.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE

Disponível na Internet: http://www.mma.gov.br/estruturas/imprensa/_arquivos/96_10122008100832.pdf. Acesso em 27 de dezembro de 2008.

MIR PUIG, Santiago

2007 *Direito Penal – Fundamentos e Teoria do Delito – Fundamentos e Teoria do Delito*, tradução Cláudia Viana Garcia & José Carlos Nobre Porciúncula Neto, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

MITSCH, Wolfgang

2005 *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.^a ed., Berlin / Heidelberg: Springer.

MOUTINHO, José Lobo

2008 *Direito das Contra-ordenações – Ensinar e Investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira

2007 *Mutações do Direito Administrativo*, 3.^a ed., Rio de Janeiro: Renovar.

NIETO, Alejandro

2006 *Derecho Administrativo Sancionador*, 4.^a ed., Madrid: Editorial Tecnos.

OSÓRIO, Fábio Medina

2006 *Direito Administrativo Sancionador*, 2.^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

PASSOS, Sérgio

2006 *Contra-ordenações – Anotações ao Regime Geral*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di

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

RISENKÖTTER, Günter

1995 *Das Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 4.^a ed., Stuttgart / München / Hannover, Berlin, Weimar e Dresden: Boorberg Verlag.

ROTBURG, Hans Eberhard, KLEINWEFERS, Hebert & WILTS, Walter

1969 *Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 4.^a ed., Berlin / Frankfurt a. M.: Verlag Franz Vahlen.

ROXIN, Claus

2006 *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 4.^a ed., München: Verlag C. H. Beck.

SÁNCHEZ, Bernardo José Feijoo.

2002 *Sanciones para Empresas por Delitos contra el Medio Ambiente – Presupuestos Dogmáticos y Criterios de Imputación para la Intervención del Derecho Penal contra las Empresas*, 1.ª ed., Madrid: Civitas.

SCHMIDT, Eberhard

1950 *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht – Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung*, Tübingen: J.C.B.Mohr.

SCHMITT, Rudolf

1970 *Ordnungswidrigkeitenrecht dargestellt für den Bereich der Wirtschaft*, Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns Verlag.

SCHWACKE, Peter

2006 *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 4.ª ed., Stuttgart: Kohlhammer Deutscher Gemeindeverlag.

SUJLMANN, Martin

2006 *Bekämpfung der Umweltkriminalität – Zur Zusammenarbeit von Strafverfolgern und Umweltbehörden – Eine Untersuchung in den neuen Bundesländern*. Halle: Mitteldeutscher Verlag.

TAVARES, Juarez

1998 “Culpabilidade: A Incongruência dos Métodos”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º24, São Paulo: IBCCRIM.

THIEß, Uwe

2002 *Ordnungswidrigkeitenrecht*, Krefeld: Luchterhand.

TREDER, Lutz

1996 *Ordnungswidrigkeiten Recht – Eine systematische Darstellung mit Prüfungsschemata*, Heidelberg: R.v.Decker’s Fachbücherei.

VILA, Antonio Domínguez

1997 *Constitución y Derecho Sancionador Administrativo*, Madrid: Marcial Pons.

WOLF, Erik

1969 Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem. *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70º Geburtstag*, Tomo II, Reimpresão, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo & al.

2003 *Direito Penal Brasileiro – I*, 1.ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan.