

Mais uma bola fora do governo federal

Categories : [Paulo Bessa](#)

O Governo Federal baixou o [Decreto 6.514 em 22 de julho de 2008](#), que, a bem da verdade, está na melhor linha da “metamorfose ambulante”, pois nem bem surgiu já foi modificado ao sabor das “pressões democráticas” de uma sociedade aberta. O decreto tem por objetivo estabelecer as bases para a imputação de responsabilidades administrativas àqueles que, por atos e omissões, lesionam o bem jurídico meio ambiente, conforme determinado pelo § 3º do artigo 225 da Constituição Federal.

Editado, em tese, pelo Presidente da República, no uso de sua competência regulamentar definida pelo inciso IV do artigo 84 da Constituição da República, a quem compete expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Contudo, há que se registrar que a lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, não dispõe sobre tipos administrativos, limitando-se ao estabelecimento de uma responsabilidade administrativa genérica que está inserida em seu artigo 70. Neste particular, julgo conveniente relembrar as palavras de Pietro¹, *“no direito brasileiro, a Constituição de 1988 limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos, a não ser a partir da Emenda Constitucional nº 32.... no direito brasileiro, excluída a hipótese do artigo 84, VI com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, só existe o regulamento de execução², hierarquicamente subordinado à uma lei prévia...”*.

Existe, é verdade, parte da doutrina que entende ser a simples menção genérica no sentido de que “considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”, como fundamento normativo suficiente para que o Executivo expeça regulamento tipificando os ilícitos administrativos puníveis. Este o entendimento do ilustre Procurador da República Nicolao Dino de Castro e Costa Neto³. *“É justamente na busca de estabelecer maior “nitidez” ao tipo aberto previsto no art. 70 da lei nº 9.605/98, que o Decreto nº 3.179, de 21.09.99 [o novo decreto vai pelo mesmo caminho] estabelece os referenciais para as sanções aplicáveis em relação às infrações administrativas ambientais”*. Em meu ponto de vista, a assertiva não se sustenta.

Penso que há uma ligeira incompreensão do conceito de *“tipo aberto”* e, ao mesmo tempo, uma mistura entre os conceitos de *“norma penal em branco”* e do *“tipo aberto”*. Em primeiro lugar, gostaria de deixar consignado que as normas que estabelecem condutas administrativas típicas e puníveis estão compreendidas em um *“amplo conceito”* de direito penal. No caso das estabelecidas pelo Decreto 6.514/08, a sua repercussão sobre a esfera individual do infrator é de elevadíssima monta e, seguramente, ultrapassam em muito a constrição deambulatória da Lei nº 9.605/98. Relembre-se que há previsão de multas que chegam a atingir a impressionante soma de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Normas penais em branco, como todos sabemos, são as que demandam preenchimento por parte

da Administração, a obediência de padrões e parâmetros. Damásio de Jesus⁴, assim discorreu sobre o tema: "As normas penais podem ser completas e incompletas. Completas são as que definem o delito de maneira precisa e determinada, não necessitando de nenhum complemento.... Ex.: Pedro, dolosamente, mata José. O fato se enquadra imediatamente no art. 121, caput, do CP, que descreve o crime de homicídio doloso. Leis penais incompletas, também denominadas "cegas", "abertas" ou normas penais em branco, são disposições incriminadoras cuja sanção é certa e precisa, permanecendo indeterminado o seu conteúdo. Este é completado por um ato normativo, de origem legislativa ou administrativa, em geral de natureza extrapenal, que passa a integrá-lo. Ex.: nos termos do art. 168-A do CP, que define a apropriação indébita previdenciária, constitui delito o fato de "deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e na forma legal" (ou convencional; itálico nosso). Qual é o prazo? A norma não o menciona, cumprindo buscá-lo na Lei de Custeio da Previdência Social (arts. 30, I, "b", V e 31). A sanção vem determinada,(4) ao passo que a definição legal do crime é incompleta, condicionada a dispositivos extrapenais. De modo que, nesses casos, a adequação típica depende do complemento de outras normas jurídicas ou da futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais etc.). A pena é imposta à transgressão (desobediência, inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a ser emitida no futuro. A doutrina costuma classificar as normas penais em branco em: a) normas penais em branco em sentido lato (impróprias ou homogêneas); b) normas penais em branco em sentido estrito (próprias ou heterogêneas). Normas penais em branco em sentido lato são aquelas em que o complemento é determinado pela mesma fonte formal. O órgão encarregado de elaborar o complemento é o mesmo órgão editor da lei incriminadora em branco (homogeneidade de fontes). Ex.: o art. 178 do CP incrimina o fato de "emitir conhecimento de depósito ou warrant, em desacordo com disposição legal" (segundo itálico nosso). Que disposição legal? O conteúdo incriminador não se apresenta preciso. O complemento é a "disposição legal" que regula os institutos do conhecimento de depósito e do warrant. As fontes formais são homogêneas, uma vez que também compete à União legislar sobre Direito Comercial. São normas penais em branco em sentido estrito aquelas cujo complemento está contido em norma procedente de outra instância legislativa ou administrativa (fontes legislativas heterogêneas). Exs.: 1º) a Lei n. 8.137, de 27.12.1990, impõe sanção criminal a quem vende ou oferece à venda mercadoria por preço superior ao oficialmente tabelado, subordina a tipicidade do fato à subsequente expedição de portarias ou editais administrativos com as tabelas de preços (art. 6.º, I); 2º) o processo de adequação típica do crime de tráfico de drogas depende de complemento, uma vez que somente é considerada substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a que estiver: 1) especificada em lei; ou 2) relacionada pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia do Ministério da Saúde. Não se encontrando a substância especificada em lei ou relacionada em portaria etc., o fato é atípico; 3º) o art. 359-A do CP, mandado introduzir pela Lei n. 10.028, de 19.10.2000, em seu par. ún., I, considera delito o fato de ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal. De maneira que o tipo pode ser completado por simples resolução do Senado da República. Na segunda espécie de normas penais em branco, verifica-se que, havendo possibilidade de o complemento ser elaborado por autoridades municipais e estaduais, e

anotando que só a União pode legislar sobre Direito Penal, excepcionalmente o conteúdo da lei penal incriminadora pode ser integrado por fonte ou órgão que não aquela. A observação é relevante, tendo em vista que as normas penais em branco causam considerável indeterminação no conteúdo do tipo, enfraquecendo sua função de garantia, pois fazem às vezes depender de órgão ou fonte que não a União a própria existência do fato punível”

Como se viu, mesmo em tais casos, não há uma delegação aberta ao administrador para que ele defina verdadeiras abstrações como aquelas contidas no artigo 70 da Lei nº 9.605. Observe-se que mesmo o tipo penal aberto (tortura) existente no antigo artigo 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)⁵ foi revogado e substituído pela Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997 que deu ao crime uma definição muito mais precisa⁶.

A Administração Pública está submetida a diversos princípios constitucionais estabelecidos no artigo 37 de nossa Constituição Federal, dentre os quais se destaca o da *legalidade administrativa*. Sabemos que pelo princípio da legalidade administrativa, a Administração somente pode atuar com base na lei [oriunda do Congresso Nacional] e com a finalidade de alcançar os objetivos por ela estabelecidos. Quando a Administração tem necessidade de punir algum ato praticado contra as normas administrativas, tal princípio se desdobra em outro princípio que é o da *reserva legal*.

As normas que estabelecem os ilícitos administrativos praticados contra o meio ambiente são, a toda evidência, normas restritivas da ação privada, haja vista que definem condutas puníveis, cerceando a liberdade de terceiros. Não se discute da necessidade de estabelecer limites à atividade particular com vistas a garantir a salubridade ambiental. O ponto da discussão está no método utilizado para a definição das restrições. O decreto examinando, a partir de uma autorização genérica contida no artigo 70 e seguintes da lei 9.605/98 simplesmente repetiu os tipos penais existentes na lei e atribuiu-lhes a condição de tipos administrativos.

Isto faz com que, em tese, a simples prática de um ilícito administrativo possa implicar em prática de ilícito penal. Aliás, deve ser registrado que a expressão *crime ambiental* se vulgarizou de tal forma que mesmo os órgãos ambientais têm feito a confusão entre um e outro tipo de ilícito. No caso da imposição de sanções administrativas a particulares, deve ser acrescentado ao princípio da legalidade o da *reserva de lei*. Isto porque o poder administrativo não pode agir autonomamente para editar decretos, salvo nas restitíssimas hipóteses estabelecidas pela Constituição (art. 84, VI), conforme já foi visto acima.

É importante consignar que a responsabilidade administrativa tem sido tratada pela maioria dos autores como quase que um sinônimo de responsabilidade funcional, haja vista que até muito recentemente não existia uma estrutura normativa relevante sobre o tema e, em geral, as penalidades administrativas impostas pela Administração ao particular eram irrelevantes. A Constituição de 1988 e, em particular, a instituição de agências reguladoras de serviço público concedido deram uma nova dimensão ao tema. As sanções administrativas previstas no Decreto

6.514/08 têm evidente caráter penal e nem poderia ser diferente, haja vista que o mencionado decreto pretende “regulamentar” uma norma penal.

Nem se diga aqui que o artigo 70 não trata de matéria penal e que, de fato, esse é o artigo regulamentado pelo decreto. Lucas Rocha Furtado⁷, Procurador Geral do Tribunal de Contas da União, sobre o tema entende que: “*Afirmar que ninguém, vale dizer que os particulares somente podem ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer algo em função da lei tem o mesmo sentido que afirmar que a Administração Pública somente pode intervir no âmbito de atuação dos particulares impondo-lhes obrigações, condicionando-lhes o exercício de atividades, limitando-lhes o exercício de direitos, por exemplo, ao se utilizar de lei,*”

Inexplicavelmente, algumas leis ambientais federais⁸ têm repetido um padrão que, aos meus olhos, *não se sustenta em uma ordem jurídica democrática: a instituição de tipos administrativos abertos*. Ou pior: a explicação que corresponde a uma parte da realidade – embora não toda – é que o Executivo e o Congresso Nacional se submetem às legítimas pressões de entidades civis as mais diversas que, evidentemente, não têm compromisso com a legalidade, mas apenas com o seu núcleo de interesses. Assim, os tipos abertos – ou inexistentes – se prestam perfeitamente “à salvação do mundo” e a outros interesses menos nobres. Houve, no particular um evidente retrocesso, pois se examinarmos a lei que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997), veremos que ela estabeleceu, os tipos administrativos conforme consta de seus artigos 49 e 50⁹. Nela foi aplicado corretamente o princípio da legalidade administrativa.

Por fim, não se pode deixar de anotar que o texto seria mais bem elaborado se dispusesse sobre condutas infracionais contra o meio ambiente, ou em linguagem mais simples: infrações administrativas praticadas contra o meio ambiente.

Para concluir a crítica que ora se faz, mesmo correndo o risco de uma repetição enfadonha, cumpre assinalar que a doutrina mais moderna e mais de acordo com a realidade de uma Constituição democrática tem afirmado que, “os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto aos seus conteúdos”¹⁰, “entre as possíveis consequências da cláusula constitucional do devido processo legal, destaca-se a idéia de que as normas sancionadoras não podem ser excessivamente vagas, pois devem ser redigidas com a suficiente clareza e precisão, dando justa notícia a respeito de seu conteúdo proibitivo.”¹¹

Analistas mais apressados do artigo 70 poderiam argumentar que o legislador estabeleceu uma cláusula geral e que, em tese, teria deixado ao administrador definir concretamente as hipóteses, estas sim típicas, nas quais a cláusula geral restaria violada. Não se sustenta o argumento, pois “não é possível uma lei sancionadora delegar em sua totalidade, a função tipificadora à autoridade administrativa [no caso, o Chefe da Administração pela via do decreto], pois isso equivaleria uma insuportável deterioração da normalidade legal sancionadora, violentando-se a garantia de legalidade.”¹²

Vitta¹³, com inteira razão, em meu ponto de vista, afirma que “pouco valeria o princípio da legalidade se o administrador pudesse impor penalidades administrativas sem que houvessem sido definidos, com antecedência e de maneira exaustiva, os comportamentos que são pressupostos de sanções. Do mesmo modo, o referido princípio seria inócuo se, acaso, o administrador pudesse determinar as infrações por atos subalternos da lei, ficando ao Legislativo, apenas a enumeração das respectivas penalidades.” No decreto ora comentado, ambas as hipóteses ficaram ao talante e alvedrio do Executivo, em invasão clara das competências legislativas e afronta à Constituição.

Saiba mais:

[Novo prazo para as reservas](#)

1 - PIETRO, Maria Sylvia Zaneli di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 21ª edição. 2008. p. 83 e 84,

2 - Negrito do original.

3 - COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, pg. 384.

4 - <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2286>, capturado aos 17 de dezembro de 2008

5 - Art. 233. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade guarda ou vigilância a tortura: Pena - reclusão de um a cinco anos.

6 - Art 1º - Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa; II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos. Art. 4º - Revoga-se o Art. 233 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.

7 - FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2007. p. 145

8 - Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. “Art. 21. Considera-se infração administrativa toda ação ou omissão que viole as normas previstas nesta Lei e demais disposições legais pertinentes.”

9 - Art. 49. Constitui infração das normas de utilização de recursos hídricos superficiais ou subterrâneos: I - derivar ou utilizar recursos hídricos para qualquer finalidade, sem a respectiva outorga de direito de uso; II - iniciar a implantação ou implantar empreendimento relacionado com a derivação ou a utilização de recursos hídricos, superficiais ou subterrâneos, que implique alterações no regime, quantidade ou qualidade dos mesmos, sem autorização dos órgãos ou entidades competentes; III - (VETADO) IV - utilizar-se dos recursos hídricos ou executar obras ou serviços relacionados com os mesmos em desacordo com as condições estabelecidas na outorga; V - perfurar poços para extração de água subterrânea ou operá-los sem a devida autorização; VI - fraudar as medições dos volumes de água utilizados ou declarar valores diferentes dos medidos; VII - infringir normas estabelecidas no regulamento desta Lei e nos regulamentos administrativos, compreendendo instruções e procedimentos fixados pelos órgãos ou entidades competentes; VIII - obstar ou dificultar a ação fiscalizadora das autoridades competentes no exercício de suas funções.

Art. 50. Por infração de qualquer disposição legal ou regulamentar referentes à execução de obras e serviços hidráulicos, derivação ou utilização de recursos hídricos de domínio ou administração da União, ou pelo não atendimento das solicitações feitas, o infrator, a critério da autoridade competente, ficará sujeito às seguintes penalidades, independentemente de sua ordem de enumeração:

I - advertência por escrito, na qual serão estabelecidos prazos para correção das irregularidades;

II - multa, simples ou diária, proporcional à gravidade da infração, de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

III - embargo provisório, por prazo determinado, para execução de serviços e obras necessárias ao efetivo cumprimento das condições de outorga ou para o cumprimento de normas referentes ao uso, controle, conservação e proteção dos recursos hídricos;

IV - embargo definitivo, com revogação da outorga, se for o caso, para repor incontinenti, no seu antigo estado, os recursos hídricos, leitos e margens, nos termos dos arts. 58 e 59 do Código de Águas ou tamponar os poços de extração de água subterrânea.

§ 1º Sempre que da infração cometida resultar prejuízo a serviço público de abastecimento de água, riscos à saúde ou à vida, perecimento de bens ou animais, ou prejuízos de qualquer natureza a terceiros, a multa a ser aplicada nunca será inferior à metade do valor máximo combinado em abstrato.

§ 2º No caso dos incisos III e IV, independentemente da pena de multa, serão cobradas do infrator as despesas em que incorrer a Administração para tornar efetivas as medidas previstas nos citados incisos, na forma dos arts. 36, 53, 56 e 58 do Código de Águas, sem prejuízo de responder pela indenização dos danos a que der causa.

§ 3º Da aplicação das sanções previstas neste título caberá recurso à autoridade administrativa competente, nos termos do regulamento.

§ 4º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

10 - OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT. 2000. Pg. 210.

11 - OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT. 2000. Pg. 211.

12 - OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: RT. 2000. Pg. 218.

13 - VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2003. Pg 91.