

Maria Carmen Gómez Rivero,

El Régimen de Autorizaciones en los Delitos Relativos a la Protección del Medio Ambiente y Ordenación del Territorio

(Especial referencia a la responsabilidad del funcionario concedente),

tirant lo blanch, Valencia, 2000

O livro em recensão aborda a matéria da *acessoriedade administrativa*, tema da máxima importância nos dias actuais¹ e que se coloca na fronteira entre o direito penal e o direito administrativo, ao postular uma aproximação entre ambos, bem como a necessidade de uma abordagem interdisciplinar dos problemas suscitados no âmbito dessa fronteira de relações.

A matéria da *acessoriedade administrativa* é perspectivada, nesta obra, ao nível dos delitos contra a *protecção do ambiente* e do *ordenamento do território*, sendo todas as questões analisadas ao nível dos *actos administrativos favoráveis* responsáveis pelo controlo prévio da legalidade da actuação dos particulares neste domínio: as *autorizações administrativas*.

Os problemas tratados ao longo da obra são identificados de forma clara pela Autora, resultando de um binómio em contínua tensão: de um lado, o interesse social na conservação de um ambiente puro e o interesse público num correcto ordenamento e desenvolvimento tecnológico e industrial; do outro, o interesse particular dos empresários (e das suas empresas) na expansão das suas actividades e na maximização dos lucros, o que passa também pela sujeição aos mínimos custos possíveis. É este o eixo problemático central, que não se circunscreve ao âmbito industrial, abrangendo também a matéria do desenvolvimento urbanístico.

As autorizações administrativas são actos que devem desempenhar a função de conciliar, na medida possível, estes interesses contraditórios. Tarefa particularmente delicada, por uma tal conciliação pressupor a harmonização de direitos subjectivos (muitas vezes autênticos *direitos fundamentais*, como os direitos à iniciativa económica privada, ao ambiente, ao trabalho, à saúde, de propriedade, etc.) e de interesses públicos (ao desenvolvimento económico, de protecção do ambiente, de um correcto ordenamento do território, etc.). Daí a particular operacionalidade da noção da *relação jurídica poligonal* ou *multipolar* (são tipicamente relações deste tipo as que aqui se estabelecem) e as vantagens em procurar uma ponderação adequada e uma tentativa de harmonização dos direitos e interesses em colisão, em concreto, através dos expedientes fornecidos ao longo da tramitação procedimental.

No âmbito das autorizações administrativas e das suas relações com a tutela preventiva dos interesses em causa levanta-se a questão (já abundantemente tratada entre nós, designadamente por Gomes Canotilho) de determinar em que medida a actuação de uma empresa efectuada ao abrigo de uma autorização será uma actuação legal. Problema especialmente complexo nos casos em que tal autorização sofre de um vício determinante da sua invalidade. Tal problema repercute-se no direito penal sempre que as leis penais incluem no respectivo tipo legal o desrespeito por um acto administrativo.

As técnicas penais que remetem para o direito administrativo determinam uma grande proximidade entre o ilícito penal e o ilícito administrativo: é nesta sede que surge o problema da *acessoriedade administrativa*, traduzido no condicionamento da intervenção penal ao incumprimento de regras estabelecidas pelo ordenamento administrativo.

Com referências constantes à dogmática penalística alemã, Gómez Rivero apresenta ao leitor os diferentes modelos de acessoriedade administrativa: o da *acessoriedade extrema*, que pressupõe a incriminação indiferenciada das condutas que contrariem a norma administrativa (modelo utilizado generalizadamente pelo Código Penal italiano e presente no artigo 319.º do Código Penal espanhol e no § 324 do *Strafgesetzbuch* alemão — StGB); e o da *acessoriedade limitada* ou *relativa*, que limita o âmbito das condutas penalmente relevantes aos casos em que, para além da infracção às regras administrativas, concorram circunstâncias que a *diferenciem* do mero ilícito administrativo (modelo adoptado no artigo 325.º do Código Penal espanhol). Ao passo que no primeiro modelo se corre um risco sério de punição indiscriminada de comportamentos cuja sanção deveria ser meramente administrativa (com a postergação do princípio penal da intervenção mínima), no segundo, a exigência de um desvalor especial confere uma identidade própria ao ilícito penal. Neste último caso o legislador recorre à técnica tradicional dos crimes de perigo hipotético ou abstracto-concreto.

O objectivo central desta obra é o de abordar as questões suscitadas a propósito dos delitos construídos conforme à técnica da acessoriedade administrativa. No entanto, ela não se circunscreve à determinação da responsabilidade penal de quem realiza actividades sem a autorização respectiva ou escudando-se em autorização inválida, tratando igualmente a eventual responsabilidade jurídico-penal dos funcionários e agentes administrativos que tenham concedido ilegalmente tal autorização ou que não a revoguem estando a isso legalmente obrigados. Assim, para além da Introdução, o livro divide-se em duas Partes: a Parte II, relativa à responsabilidade do particular que actua escudado numa autorização ilícita; e a III, onde se estuda a responsabilidade do funcionário pela emissão de autorizações ilícitas.

A propósito do problema tratado na Parte II, Gómez Rivero apresenta a distinção, fundamental sempre que o legislador recorre a “normas penais em branco” (isto é, quando a estruturação do tipo legal de crime passa pela remissão para normas ou decisões administrativas), entre dois modelos de acessoriedade: a *acessoriedade de acto*, em que a inexistência de *autorização administrativa* é um elemento típico do preceito penal; e a acessoriedade *de direito*, que passa pela remissão da norma penal para *leis* ou *regulamentos* administrativos.

No primeiro modelo, uma vez que a sanção penal está vinculada aos comandos (positivos ou negativos) da autoridade administrativa competente, a falta de autorização é elemento do crime e pressuposto da punibilidade. Tendo presente o princípio da unidade do ordenamento jurídico, consagra-se a impossibilidade de sancionar criminalmente condutas permitidas noutras áreas do direito: na medida em que a falta de autorização é elemento típico, a conduta autorizada não é uma conduta típica, não sendo sequer necessário que a autorização “funcione” como causa de justificação.

As dificuldades avolumam-se perante autorizações *inválidas*, sendo imperioso estabelecer a diferença entre *nulidade* e *anulabilidade*: os actos nulos são totalmente improdutivos do ponto de vista jurídico e, como tal, a conduta do particular ao abrigo de uma autorização nula é *típica* (sem prejuízo da eventual existência de um erro de tipo); sendo o acto meramente *anulável* ele é produtor de efeitos jurídicos até ao momento em que, eventualmente, venha a ser anulado, o que conduz à atipicidade da conduta desenvolvida ao abrigo desse acto (com a consequente não punibilidade). Não obstante, a Autora estabelece, nesta sede, uma série de diferenciações, tomando em conta, antes de mais, a boa ou má-fé do destinatário de uma autorização inválida. Apesar do regime do StGB alemão (que não exclui a responsabilidade penal nos casos em que estejam na origem do acto autorizativo ameaças, suborno, conivência ou a apresentação de dados incorrectos),

Gómez Rivero considera típica apenas a conduta do destinatário que influíu directamente na concessão da autorização e que constitua em si mesma um crime (por exemplo quando cometa um delito de falsidade ou quando empregue ameaças ou coacção). Em todos os outros casos, a manutenção da eficácia da autorização conduz à exclusão da tipicidade.

No segundo modelo (acessoriedade do direito), acolhido no artigo 325.º do Código Penal espanhol, a remissão não é feita para *actos individuais e concretos* (actos administrativos) mas para *regras gerais e abstractas* (leis com conteúdo administrativo e regulamentos administrativos). Preencherá o tipo legal aquele que, ao contrariar disposições gerais protectoras do ambiente, crie uma situação de potencial lesão ao ambiente ou às pessoas.

Neste modelo, uma vez que a sanção penal está vinculada às normas jurídico-administrativas, mesmo que haja um acto administrativo concretizador de tais normas basta ao juiz verificar a infracção da norma para considerar que o tipo foi preenchido. Ou seja: o facto será típico independentemente da existência ou da validade de um acto administrativo. Deve alertar-se para o facto de esta análise estar, também aqui, a ser feita ao nível da *tipicidade*, o que não invalida a possibilidade da existência de *erros sobre o tipo*, de *causas de justificação* ou do *exercício legítimo de direitos* (na pressuposição da boa fé do beneficiário do acto) – ou ainda da existência de situações de *risco permitido*, em que a participação do destinatário do acto e da Administração autorizadora se compreendem ainda dentro dos limites legais e regulamentares estabelecidos.

No entanto, a compreensão do modelo exige uma outra explicação: estamos perante um *sistema moderado de acessoriedade administrativa*, não existindo uma remissão pura e simples para a legislação administrativa (a qual conduziria a uma violação ostensiva do princípio da legalidade penal). A reacção penal não surge da mera contravenção à legislação administrativa, requerendo uma actuação de especial lesividade, exteriorizada pela existência de um *perigo grave* para os sistemas naturais ou para as pessoas – ou seja, a conduta só assume relevância penal quando ocorra tal situação especial de perigo.

A Parte III da obra de Gómez Rivero é dedicada ao tema da *responsabilidade do funcionário* pela concessão de autorizações ilícitas, especialmente em sede jurídico-ambiental e novamente com profusas referências ao tratamento do problema na doutrina alemã.

Mais do que discutir a possibilidade de qualificar o funcionário como co-autor ou participante, a Autora dedica-se à análise das hipóteses de *comissão por omissão* e de *autoria mediata*.

A *comissão por omissão* poderá acontecer quando o funcionário, apesar de ter conhecimento do desenvolvimento de uma actividade não autorizada, omite qualquer intervenção que ponha termo à situação; ou, então, nos casos em que existe uma autorização, a qual, no entanto, é desde o início contrária ao direito ou vem a ser ilegal em virtude do decurso do tempo. A responsabilidade do funcionário poderá ter origem na sua posição de *garante* enquanto obrigado à protecção do *bem jurídico* ambiente; ou, de forma mais limitada, poderá existir apenas quando ele esteja especificamente obrigado a evitar o concreto acto ilícito (*v. g.* revogando uma autorização), tendo por base as ideias de *ingerência* e de *controlo de uma fonte de perigo*.

Já a imputação a título de *autoria mediata* pressupõe a normatização do critério do *domínio do facto*: o funcionário que, com dolo, concede uma autorização ilegal está assim a determinar o acontecimento típico (desenvolvimento de uma actividade ilegal danosa para o ambiente).

No entanto, no entender da Autora, qualquer destas técnicas – necessárias em ordens jurídicas, como a alemã, onde não existem regras especiais sobre a matéria – está ferida de artificialidade, pretendendo-se com elas subsumir em institutos da Parte Geral condutas que escapam a tal

inclusão. E a única forma de fugir a tal artificialidade é, ainda segundo Gómez Rivero, o caminho seguido pelo legislador espanhol: a introdução de *cláusulas específicas* de responsabilidade do funcionário pela emissão ilegal de autorizações.

A Autora dedica-se, posteriormente, à análise de tais cláusulas (em particular das contidas na Parte Especial do Código Penal) para regulamentar a responsabilidade do funcionário pela emissão ilegal de autorizações. É isso que se passa em diversas normas que prevêm delitos especiais consubstanciados em formas específicas de *prevaricação* cometidas pelo funcionário. No entender da Autora, os bens jurídicos aqui protegidos são, simultaneamente, um bem jurídico institucional (correcto funcionamento da actividade administrativa) e um *bem jurídico colectivo* (relativamente ao qual nasce uma *situação abstracta de perigosidade*, razão pela qual estes crimes se configuram como *crimes de perigo "abstracto-concreto"*).

Há também diversas situações em que o funcionário contribui para o delito cometido pelo beneficiário da autorização ilegal, seja de forma activa, seja de forma omissiva. Na primeira situação (*participação por acção*) subsumem-se os casos em que o funcionário, de forma dolosa, *informa favoravelmente* a emissão da autorização ou *vota* ou *decide* a sua concessão (apenas nos casos em que tais autorizações sejam *nulas*).

A segunda situação (*participação por omissão*) é bastante mais complexa. Desde logo quanto ao fundamento da punibilidade do funcionário que, estando dotado de poderes-deveres para o efeito, omite realizar as medidas correctoras das ilegalidades cometidas pelo beneficiário da autorização: para alguns autores é necessário atribuir uma *posição de garante* ao funcionário omitente, exigindo-se ainda a identidade estrutural entre o comportamento activo e o omissivo; outros bastam-se com esta última exigência.

Em qualquer dos casos, torna-se perceptível a importância da exigência de *equivalência estrutural* entre a acção e a omissão: esta assume relevância quer como *pressuposto da imputação* (a omissão assume relevo penal paralelo ao que assumiria o comportamento activo se provocar um incremento do risco de se produzir o resultado, por exemplo quando o funcionário omite o exercício das competências de controlo e vigilância, resultando dessa omissão, em face das circunstâncias concretas, um risco) quer no momento de *imputar o resultado verificado à omissão do garante* (a título de *autoria* ou de *participação*).

Na última parte da obra, Gómez Rivero aborda os problemas da relação de *concurso* nos casos em que o funcionário é simultaneamente incriminado em virtude da sua actuação directamente violadora das normas legais aplicáveis (os casos subsumíveis nos tipos legais dos artigos 320.º, 322.º e 329.º do Código Penal espanhol e em que a sua punição é feita a título de prevaricação) e como *comparticipante* (por *acção* ou por *omissão*) no delito cuja realização (pelo beneficiário da autorização) torna possível.

Segundo a Autora, trata-se de casos de *concurso de leis* e não de concurso de delitos, uma vez que a opção por esta última alternativa conduziria a incriminar duas vezes o mesmo conteúdo de desvalor.

Como anexos, o livro recenseado possui duas listas de algumas sentenças do *Tribunal Supremo* espanhol e das *Audiencias Provinciales* sobre o tema.

Em conclusão, trata-se de uma obra de leitura bastante acessível, que possibilita uma visão geral da moderna problemática da *acessoriedade administrativa*. Com a enorme vantagem de não se perder de vista uma abordagem global do assunto, uma vez que são tratados não apenas os casos da responsabilidade do beneficiário de uma autorização ilegal mas também as situações em que o

funcionário público pode incorrer em responsabilização penal pela emissão dessas mesmas licenças. Para todos aqueles que estejam interessados na análise deste tema e do seu especial relevo no âmbito do direito ambiental (e também no urbanístico e do ordenamento do território) o interesse do livro de Gómez Rivero é inegável.

José Eduardo Figueiredo Dias
Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ A *acessoriedade administrativa* constituiu uma matéria recorrentemente tratada na 1.ª edição do Programa de Doutoramento organizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (no ano 2000), especialmente no 2.º Seminário (o *Seminário de Outono*, subordinado ao tema “O Direito Penal na ‘Sociedade do risco’”).