

Sustentabilidade Ambiental: o papel do direito penal e do direito de mera ordenação social¹

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.101.3>

Flávia Novera Loureiro*

1. Apresentação do tema: a sustentabilidade ambiental, o direito penal e o direito de mera ordenação social

O ambiente e a necessidade de assegurar a sua sustentabilidade são preocupação que tem vindo a adquirir foros de centralidade na comunidade internacional e, implicativamente, a convocar uma atenção progressiva do Direito. Neste domínio, a tutela sancionatória em matéria ambiental vem assumindo, de modo semelhante, uma importância cada vez mais acentuada, podendo mesmo dizer-se, a diversos níveis, que o ambiente é, porventura, uma das áreas que mais perfeitamente espelha aquele que pode ser considerado como o grande problema do direito sancionatório português atual: o da fronteira entre o direito penal e o direito de mera ordenação social. O problema, se não é novo, se existe há quase tanto tempo quanto o próprio direito das contraordenações – podendo dizer-se mesmo que é uma sua condição genética –, tem-se agudizado de modo muito veemente à medida que a necessidade ou o ímpeto sancionatório do Estado se vai alastrando, de modo imparável, para quase todos os domínios da atuação humana.

Na verdade, sem pretensão de conduzir aqui uma viagem histórica em torno quer do ambiente², quer do direito penal e do direito de mera ordenação social³, não nos

* Professora Auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada no JusGov.

1 As questões relacionadas com o direito sancionatório do ambiente (quer as de direito das contraordenações, quer, sobretudo, as de direito penal) vêm-nos ocupando há longo tempo, pelo que as reflexões que aqui vertemos são necessariamente partidárias desse percurso. No que respeita ao conteúdo central deste trabalho, seguimos de perto as considerações que tecemos em F. N. Loureiro, *A fronteira entre o direito penal e o direito de mera ordenação social: reflexão a partir das contraordenações ambientais*. Em *Jornadas de Direito das Contraordenações* (pp. 115-136). Porto: Universidade Católica Editora, 2019.

2 Viagem que empreendemos já noutros lugares – (Loureiro, *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – subsídio para o estudo da figura da acumulação*, 2007); (Loureiro, *Estudo breve do art. 279.º do Código Penal – Após a revisão de setembro de 2007, 2010*); e (Loureiro, *Das alterações à parte especial do Código Penal – Dos Crimes Ambientais*, 2011).

3 A este respeito, cf. o que dissemos em (Loureiro, *Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel*, 2017), pp. 229 e ss.; (Loureiro, *Os Atentados à Concorrência, a Proteção de Direitos Fundamentais e o Princípio da Mínima Intervenção Penal*, 2017); ou (Loureiro, *Os poderes de investigação nas contraordenações concorrenciais – ou a ‘criminalização’ do direito administrativo sancionatório*, 2017).

parece que possam ser desconsiderados alguns dados essenciais de enquadramento, que muito ajudam a compreender o atual estado de coisas. De facto, o ambiente encontra-se entre aquelas realidades que, durante longo tempo, consideramos abundantes ou quase mesmo não finitas, a não exigir, por isso, especial cuidado por parte do Homem e, nessa exata medida, a não reclamar a intervenção do Direito. Foi apenas quando um conjunto particular de fatores se alinhou, juntando a alguns episódios públicos de causação de danos ao ambiente a crise do Estado Social de Direito – e, com ela, pela primeira vez, a descrença na capacidade humana de crescimento contínuo –, que começou a delinear-se uma consciencialização coletiva, social e política, de que estava a deteriorar-se a um ritmo inaudito esta realidade tradicionalmente rica, este bem valioso e insubstituível, sem o qual todos os outros, que estávamos habituados a enunciar e proteger, se veriam comprometidos.

O clamor pela intervenção estatal, veiculado tanto pela hoje denominada sociedade civil, como pelas organizações internacionais que, entretanto, haviam abraçado a questão não tardou, fazendo-se na verdade sentir, de modo paulatinamente ruidoso, um pouco por todo o mundo. Neste sentido, a consagração do ambiente na Constituição da República Portuguesa de 1976 (como direito, como dever e como tarefa fundamental do Estado) – apenas quatro anos após a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano (a Conferência de Estocolmo), apresentou-se como um marco civilizacional importante, não só porque a transformou numa das primeiras constituições democráticas do mundo a fazê-lo⁴, como porque veio, a um tempo, corresponder a um movimento, que internacionalmente ganhava forma, de consciencialização e defesa do meio ambiente, e tornar-se num forte motor impulsor da criação de um sistema jurídico nacional de proteção do ambiente. Se a evolução começou por ser lenta, sendo que se foram sucedendo leis setoriais, que regulavam aspetos concretos e específicos de um ou de outro recurso natural, de um espaço protegido, de uma concreta atividade, demorando a Lei de Bases respetiva uma década a ver a luz do dia (lei n.º11/87, de 7 de abril⁵), a verdade é que, daí para cá, a proliferação de *normas ambientais* foi muito acentuada, podendo hoje, sem dificuldade, delimitar-se um concreto ordenamento jurídico ambiental.

4 Parece ter sido a Constituição helvética, em 1971, a primeira *constituição democrática* a fazer expressa menção ao ambiente, no seu art. 24.º, distribuindo competências quanto a essa matéria entre a confederação e os cantões e estabelecendo mesmo tarefas a cumprir por parte do Estado. De modo semelhante, quatro anos depois, a Constituição grega, no artigo com o mesmo número, estabelece igualmente a obrigação do Estado de proteção e conservação do ambiente. Nem um nem outro texto, portanto, encaram o ambiente como direito subjetivo, o que sucederá, pela primeira vez de modo pleno e articulado, na Constituição da República Portuguesa de 1976, onde o ambiente é encarado tanto como direito – e dever – fundamental dos cidadãos (art. 66.º) como enquanto tarefa do Estado (art. 9.º). Seguiu-se-lhe, por exemplo, a Espanha, em 1978. Antes da consagração do ambiente nestes textos constitucionais, todavia, vários outros possuíam referências, ainda que menos claras, à proteção do ambiente, sobretudo como dever do Estado e dos cidadãos – saliente-se a Constituição italiana de 1948, que já consagrava, de forma pioneira, a tutela da paisagem, no seu art. 9.º, norma que era entendida (e aplicada) como contendo uma obrigação de proteção do meio ambiente. Cf., para uma perspetiva comparada, G. Escobar Roca, *La Ordenación Constitucional del Medio Ambiente*. Madrid: Dykinson, 1995, pp. 21-32; ou M. Martín Mateo, *La constitucionalización positiva del derecho ambiental*. Humana Iura, 6 (suplemento), 1996, pp. 191-200, com referências alargadas às constituições de todo o mundo.

5 Entretanto substituída pela lei n.º 19/2014, de 14 de abril.

Berço em larga medida coincidente com este – muito embora necessariamente distinto nas idiosincrasias – foi aquele que viu nascer, entre nós (para não ir mais longe⁶), o direito de mera ordenação social. Efetivamente, muito embora se viesse a discutir há já algum tempo a hipercriminalização exagerada que havia conduzido para dentro das fronteiras penais um rol inaceitável de comportamentos, que em nada beliscavam os bens jurídicos essenciais da comunidade e serviam apenas de *enforcement* da atividade de polícia (administrativa) do Estado, a verdade é que apenas o decreto-lei n.º 232/79, de 24 de julho, veio introduzir em Portugal o direito de mera ordenação social. De vigência encurtada e ensombrada por problemas de inconstitucionalidade, este diploma foi rapidamente substituído pelo ainda hoje vigente decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que estabeleceu o regime geral das contraordenações.

Muito embora falemos de realidades completamente diferenciadas, pois que um é um ramo do direito (sancionatório) e outro é um valor, um bem essencial da comunidade – que se manifesta, portanto, em vários ramos do jurídico –, partilharam ambas o mesmo momento histórico, a mesma necessidade de o Estado intervir sobre a economia que o pós-guerra impôs na Europa, a mesma discussão em torno de quais são, afinal, os bens que merecem e precisam da mais forte intervenção do Estado – a jurídico-criminal – e quais são aqueles que, devendo ser protegidos, não quadram com esta exigência.

2. Os modelos de intervenção sancionatória no atual quadro legislativo

A importância que o ambiente adquiriu na nossa sociedade com a consciencialização do grau de ameaça que ele enfrentava (enfrenta) no mundo de hoje, rapidamente fez espoletar a discussão em torno da essencialidade do bem em causa, da sua necessidade de proteção e do instrumentário que, para tal desiderato, deveria ser utilizado. Ainda assim, a percepção de que o ambiente é um bem jurídico com dignidade penal – e a merecer a sua tutela – tardou, contudo, bastante e encontrou no seu caminho toda a variedade de escolhos, estribados, essencialmente, quer na sua falta de legitimidade quer na sua impossibilidade de eficácia⁷. Em 1995, porém, o

6 Como bem se sabe, o direito de mera ordenação social português é de declarada inspiração alemã. Cf., por todos, E. Correia, Direito penal e direito de mera ordenação social. BFDUC, 49, 1973, 257-281; M. d. Andrade, Contributo para o Conceito de Contra-Ordenação (A Experiência Alemã). Revista de Direito e Economia, 6/7, 1980/81, 81-121; Dias J. d., Para uma dogmática do direito penal secundário. Um contributo para a Reforma do Direito Penal Económico e Social Português, 1983-4; 1984-5; F. d. Pinto, O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 7, 1997, 7-100.

7 Cfr., entre nós, por todos, M. F. Palma, Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente. Em L. M. Neves, A. O. Simões, & D. Monteiro, Estudos Comemorativos do 150.º Aniversário do Tribunal da Boa-Hora (pp. 199-221). Lisboa: Ministério da Justiça. 1995, pp. 202 a 205; P. d. Mendes, Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente? Lisboa: AAFDL. 2000, pp. 16 e ss.; e Dias A. S., Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética humana), 2008. Além fronteiras, ver M. Faure, European Environmental Criminal Law: Do We Really Need It? European Environmental Law Review, 13, 2008, 18 e ss.; Müller-Tuckfeld, Ensayo para la abolición del derecho

legislador português julgou que não mais podia fugir-se à necessidade de criminalizar os comportamentos atentatórios do ambiente, uma vez que estes ganhavam cada vez mais importância e perigo, gerando um conjunto de riscos muito sensíveis, que alimentavam já um movimento social a exigir tal tutela⁸.

Criaram-se, nessa medida, os crimes de danos contra a natureza e de poluição, previstos, respetivamente, nos artigos 278.º e 279.º do Código Penal⁹, com o objetivo de responder a um conjunto de situações que, sendo consideradas como particularmente graves para o ambiente, justificariam intervenção penal. Nas respetivas versões originárias, o art. 278.º estava destinado a perseguir os comportamentos graves que conduzissem à eliminação de exemplares de fauna ou flora, à destruição de habitat natural ou ao esgotamento de recursos do subsolo¹⁰, enquanto o art. 279.º tinha como desiderato punir os atos de poluição inadmissível, fosse poluição das águas, dos solos, do ar ou sonora¹¹.

Um e outro não estavam gizados para todo e qualquer dano causado ao ambiente, mas antes incidiam apenas sobre comportamento particularmente sérios, aceitando

penal del medio ambiente. Em AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal* (pp. 507-530). Granada: Editorial Comares, 2000; W. Hassemer, *A preservação do meio ambiente através do direito penal*. Lusíada – Revista de Ciência e Cultura, 1996, 319-330; e W. Naucke, *La progressiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativismo y politizado*. Em AA.VV., *La insostenible situación del Derecho Penal* (pp. 531-549). Granada: Editorial Comares, 2000. Para um elenco dos argumentos contrários à receção penal da proteção ao ambiente, e respetiva análise crítica, ver as nossas considerações em (Loureiro, *A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos - subsídio para o estudo da figura da acumulação*, 2007), pp. 55 e ss.

8 O legislador entendeu, à altura, que se justificava a consagração legal dos crimes de poluição e de poluição com perigo comum “dado o clamor social existente neste domínio e tratando-se de matéria cuja dignidade penal já não se contesta”. Cf. Ata n.º 32 (17 de maio de 1990) da Comissão de Revisão, (Ministério da Justiça, 1993), pp. 354 a 367.

9 Na verdade, apenas o art. 279.º, crime de poluição, estava inicialmente previsto, sendo que, já na aprovação das alterações ao Código, se introduziu o tipo incriminador do art. 278.º Tal introdução foi considerada precipitada, desajustada e, mesmo, desastrosa. Cf. as críticas de P. d. Mendes, *Vale a Pena o Direito Penal do Ambiente?* Lisboa: AAFDL, 2000, pp. 94 a 98.

10 A letra originária do art. 278.º do CP fixava assim: “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”.

11 Na versão imposta pelo decreto-lei n.º 48/95, de 15 de março, o art. 279.º estipulava o seguinte: “1 – Quem, em medida inadmissível: a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades; b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias. 2 – 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. 3 – A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo”.

o legislador que existia – como usualmente sucede no direito sancionatório económico –, por um lado, uma margem de risco permitida, um conjunto de condutas que, podendo lesar, em sentido amplo, o ambiente, permaneciam ainda dentro das condutas tidas por socialmente adequadas, sob pena de se colocar em causa a possibilidade de atuação de distintos setores da nossa economia, e por outro, toda uma franja de comportamento que, lesando bens ambientais de modo inaceitável, não exigiam a intervenção penal e se bastavam com a tutela do direito de mera ordenação social.

A estes crimes, deve dizer-se, criados como crimes de desobediência, ou seja, que exigiam, para o seu preenchimento, o desrespeito por disposições legais e regulamentares ou atos da administração¹², o legislador somou ainda, devemos sublinhar, um outro tipo incriminador, que muito embora tenha sido inserido sob a égide da tutela ambiental, só de modo mediato ou parcelar protege o ambiente: o crime de poluição com perigo comum, previsto no art. 280.^o¹³. De facto, embora dependente da prática de atos que preenchessem materialmente o conceito de poluição, este preceito visava (visa ainda hoje, apesar das modificações de que foi alvo) tutelar bens jurídicos pessoais – a vida, a integridade física de outrem, ou bens patrimoniais alheios de valor elevado, que possam ser afetados por esses comportamentos poluidores – e não propriamente proteger o bem jurídico coletivo ambiente¹⁴.

Uma tal estrutura manteve-se inalterada durante mais de uma década, apesar das múltiplas modificações ao CP que foram levadas a cabo em tal período – apenas de 2007 em diante os crimes ambientais começaram a sofrer (várias e profundas) alterações¹⁵. Não que se possa dizer, temos de reconhecer em abono da verdade, que os crimes ambientais tal como saídos da sua gestação de 1995 tenham tido uma aplicação imediata e significativa, resolvendo os problemas que visavam encarar, não se tornando, pois, necessária qualquer alteração. Nada disso. A implementação da tutela penal do ambiente enfrentou, na realidade, muitos e grandes desafios, quer porque – como já dissemos – uma franja da doutrina e da jurisprudência entendiam que o direito criminal não deveria adentrar neste domínio, correndo o risco de transformar-se em mero direito penal simbólico, quer porque a sua efetivação,

12 Sobre a caracterização destes delitos, ver, por todos, P. R. Faria, Anotação ao art. 278.^o. Em J. d. Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal (tomo II) (pp. 932-943). Coimbra: Coimbra Editora. 1999; A. M. Rodrigues, Anotação ao art. 279.^o. Em J. d. Dias, Comentário Conimbricense do Código Penal (tomo II) (pp. 944-978). Coimbra: Coimbra Editora. 1999; ou P. P. Albuquerque, Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015, pp. 980 e ss.

13 “Quem, mediante uma conduta descrita no n.º 1 do artigo anterior, criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, é punido com pena de prisão: a) De 1 a 8 anos, se a conduta e a criação do perigo forem dolosas; b) Até 5 anos, se a conduta for dolosa e a criação do perigo ocorrer por negligência”.

14 Assenta, portanto, este tipo incriminador numa visão antropocêntrica do ambiente e da respetiva tutela ambiental. Ver, a este propósito (J. d. Dias, Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente, 1978); (J. d. Dias, Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um ponto de vista português, 2005); e (Loureiro, Estudo breve do art. 279.^o do Código Penal – Após a revisão de setembro de 2007, 2010).

15 Os arts. 278.^o e 279.^o, em particular, foram sucessivamente alterados, em 2007, 2011 e 2015, sendo que algumas dessas modificações assumiram relevante profundidade, modificando mesmo o formato típico destes ilícitos.

mesmo para aqueles que a defendiam, se mostrava muito difícil, fosse por força do formato criminal assumido (a utilização de tipos de desobediência), fosse por falta de responsabilidade penal de pessoas coletivas (sendo que a maior parte dos atos lesivos do ambiente são praticados por empresas), fosse pelas dificuldades causadas pelos pequenos delitos e pela necessidade de acumulação, fosse pela inexistência de normas processuais penais a respeito (problema que ainda hoje permanece, como veremos)¹⁶.

Não cabendo aqui a análise dessas alterações, sempre deveremos dizer que se juntaram aos (três) preceitos enunciados vários outros, que compõem hoje a constelação criminal de tutela do ambiente (entendido em sentido amplo, como veremos). Temos, por um lado, o crime de atividades perigosas para o ambiente, aditado no art. 279.º-A do CP, introduzido com a específica intenção de corresponder, nos termos da legislação europeia vigente¹⁷, à necessidade de acautelar as atividades de transferência de resíduos, por um lado, e de produção, importação, exportação, colocação no mercado ou utilização de substâncias que empobrecem a camada de ozono. Acrescentou-se também, por outro lado, o crime de incêndio florestal, previsto no art. 274.º do CP, destinado a punir, na sua forma simples, quem provocar incêndio em terreno ocupado com floresta, incluindo matas, ou pastagem, mato, formações vegetais espontâneas ou em terreno agrícola, próprios ou alheios. E poderá ainda identificar-se, por último, o crime de violação de regras urbanísticas, previsto agora no art. 278.º-A do CP, que visa impedir a obra de construção, reconstrução ou ampliação de imóvel que incida sobre via pública, terreno de Reserva Ecológica Nacional, Reserva Agrícola Nacional, bem do domínio público ou terreno especialmente protegido.

Como se vê, portanto, ainda que de forma meramente enunciativa, nos últimos doze anos foram significativas as alterações introduzidas no Código Penal nesta matéria. Deve dizer-se, todavia, que as transformações operadas – a muitos níveis questionáveis – não buliram, em nossa opinião, no esquema fundamental traçado pelo legislador em 1995, continuando a centrar-se nos crimes de danos contra a natureza e poluição. Todos os outros que fomos indicando, se é verdade que vêm porventura complementar aquele desenho, não adicionam tutela de relevo ao bem jurídico

16 De tudo isto falamos detidamente em (Loureiro, A legitimação do direito penal do ambiente enquanto tutela de bens jurídicos colectivos – subsídio para o estudo da figura da acumulação, 2007), sobretudo pp. 155 e ss., e em (Loureiro, Estudo breve do art. 279.º do Código Penal – Após a revisão de setembro de 2007, 2010).

17 Remete a própria norma, no seu n.º 1, para o regulamento (CE) n.º 1013/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho, relativo à transferência de resíduos: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R1013-20120308&from=RO>.

ambiente, apenas a especificam quanto a determinados aspetos¹⁸, ou a fazem relevar para a proteção de bens jurídicos pessoais mediatos¹⁹.

Em sentido diametralmente oposto, as contraordenações ambientais medraram e multiplicaram-se à velocidade da luz, à medida que a Administração regulamentava os diversos aspetos da atividade económica, tantos deles com reflexos de muito significado no ambiente, impondo o cumprimento de normas cada vez mais apertadas e lançando mão de sanções cada vez mais graves. A utilização do regime contraordenacional sempre se mostrou, como é da sua natureza, mais plástica, mais flexível, menos rígida, tanto no que respeita ao parâmetros de imputação, como no que tange com o conjunto de direito e garantias que deve assegurar, apresentando-se, nessa medida, como um direito mais ágil e veloz, capaz de solucionar o ataque ou a colocação em perigo do bem de modo expedito e através de sanções supostamente menos gravosas do que aquelas que são usualmente reconhecidas ao direito penal.

O quadro que temos hoje, portanto, é de uma enorme complexidade e traduz bem o problema das fronteiras, dos limites do direito penal que pretendemos ponderar aqui. Constitucionalmente consagrado, o ambiente é hoje, para lá de todas as dúvidas, um valor fundamental da comunidade, um bem jurídico relevantíssimo, digno de intervenção penal. Porque o é, o legislador consagra no nosso CP um conjunto de crimes cujo escopo é a tutela do ambiente: os já referidos danos contra a natureza e poluição, ao lado do crime de poluição comum, que, entretanto, sofreram profundas alterações, bem como os novéis tipos incriminadores de atividades perigosas para o ambiente e de incêndio florestal, neste caso alvo de profundas interrogações.

Mas muito embora o seja, por força agora já não do princípio da dignidade, mas antes do da necessidade de intervenção penal ou mesmo do da eficácia, o legislador cria, em vastíssima legislação avulsa hoje coordenada (?) pela Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais²⁰, um conjunto cada vez mais largo de contraordenações ambientais: nas palavras no próprio legislador, vertidas no art. 1.º daquela Lei, constitui contraordenação ambiental todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal correspondente à violação de disposições legais e regulamentares relativas ao ambiente que consagrem direitos ou imponham deveres, para o qual se comine uma coima.

18 Como é o caso, quanto a nós, do referido crime de atividades perigosas para o ambiente, previsto no art. 279.º-A, e, em certa medida, do crime de incêndio florestal, na hipótese prevista no n.º 1 do art. 274.º do CP. Para uma análise destes preceitos, cf., por todos, P. P. Albuquerque, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora. 2015, pp. 1002 e ss. e pp. 970 e ss., respetivamente.

19 O que sucedia já, desde 1995, com o crime de poluição comum (art. 280.º), e se verifica agora igualmente com as demais hipóteses de incêndio florestal (art. 274.º), bem com o crime de violação das regras urbanísticas (art. 278.º-A).

20 Aprovada pela lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, entretanto modificada pela lei n.º 89/2009, de 31 de agosto, pela lei n.º 114/2015, de 28 de agosto, pelo decreto-lei n.º 42-A/2016, de 12 de agosto, e pela lei n.º 25/2019, de 26 de março.

A pergunta, pois, que não pode evitar-se, por mais incómoda que nos surja ou por maiores dificuldades práticas que nos levante, é a seguinte: que razão existe para tratar determinados atentados ao ambiente como crimes e outros como contraordenações? Trata-se, portanto, se quisermos, de uma discussão em torno do que seja a *ultima ratio* da intervenção penal, do que possa compreender-se por fragmentariedade e de quais são os exatos contornos da chamada mínima intervenção. E mesmo que se aceite pacificamente (o que se mostra cada vez mais difícil de fazer, na verdade) que é a interpretação destes basilares princípios do direito penal que nos leva a reservar a intervenção criminal para as ofensas intoleráveis ao bem jurídico ambiente, bastando para todas as demais o direito de mera ordenação social – adotando, por isso, um critério que poderíamos chamar de lesividade ou de grau de ofensa –, sempre teremos de perguntar-nos de que modo está ele vertido no atual quadro normativo a que vimos de fazer referência.

3. Algumas questões problemáticas no cruzamento entre o direito penal e o direito de mera ordenação social

Na verdade, o modo fragmentário como a tutela do ambiente é levada a cabo, ora lançando mão do direito penal – para os comportamentos mais graves que não sejam adequadamente tutelados pelos demais ramos do direito –, ora recorrendo ao direito de mera ordenação social – para a generalidade das infrações ao ambiente, que, sendo censuradas, não justificam ou não carecem da intervenção juscriminal –, correspondendo àqueles que são os parâmetros próprios do nosso direito sancionatório e, em particular, ao princípio da mínima intervenção penal, não milita, todavia, a favor da inteligibilidade e da aplicação harmoniosa do sistema.

De facto, ao lado dos poucos preceitos criminais que vimos tutelarem o bem jurídico ambiente e estarem até previstos no CP, surge uma miríade de contraordenações, igualmente destinadas a tutelar o mesmo interesse, mas agora dispersas por um conjunto muito largo de diplomas – que se mostra, logo, de difícil enumeração, quanto mais de coerente e sistemicamente orientada aplicação. Na realidade, para lá do Regime Geral das Contraordenações (decreto-lei n.º 433/82, de 27 de outubro) e da referida Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais, que estabelecem as grandes linhas, os princípios gerais, em matéria de contraordenações ambientais, a previsão de cada uma destas contraordenações e respetivas sanções está disseminada por um leque muito variado de diplomas, quase impossível de enunciar de modo exaustivo. Sem pretensões de o conseguir, vejam-se, por exemplo, o decreto-lei n.º 73/2009, de 31 de março, que prevê o regime jurídico da reserva agrícola nacional (art. 39.º), o decreto-lei n.º 166/2008, de 22 de agosto, que fixa o regime jurídico da reserva ecológica nacional (art. 37.º), o decreto-lei n.º 142/2008, de 24 de julho, que veio estabelecer o regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade (arts. 43.º e 44.º), o decreto-lei n.º 194/2009, de 20 de agosto, que estabelece o regime jurídico dos serviços municipais de abastecimento público de água, de saneamento de águas residuais e de gestão de resíduos urbanos (art. 72.º), o decreto-lei n.º 98/2010, de 11 de agosto, que estabelece o regime a que obedecem

a classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas para a saúde humana ou para o ambiente, com vista à sua colocação no mercado (arts. 14.º 15.º, em particular), o decreto-lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro, que estabelece regime jurídico de avaliação de impacte ambiental (art. 39.º) ou o decreto-lei n.º 9/2007, de 17 de Janeiro, que fixa o regulamento geral do ruído (art. 28.º), de entre dezenas de outros diplomas que, tratando aspetos parcelares atinentes ao ambiente, preveem nos seus corpos normativos regras relativas ao momento infracional, catalogando-as como contraordenações.

Para somar a esta regime já de si profundamente complexo, as significativas alterações introduzidas à Lei-Quadro das Contraordenações Ambientais através da lei n.º 114/2015, de 28 de agosto, vieram juntar ao diploma as contraordenações relativas ao ordenamento do território (arts. 40.º-A a 40.º-D), o que – para lá das dúvidas epistemológicas que possa suscitar – adensa seguramente as dificuldades que entornam a aplicação deste regime.

Ora, estabelecendo-se em cada um daqueles diplomas referidos quais os comportamentos que constituem contraordenação ambiental, e classificando tais contraordenações, de acordo com o estipulado no art. 21.º da Lei Quadro, em leves, graves ou muito graves, cabe depois a este diploma fixar as molduras das coimas respetivas e, bem assim, a generalidade das sanções acessórias. Partindo destes escalões classificativos, a lei n.º 50/2006 fixa quatro molduras para cada um deles, conforme o ato seja praticado por dolo ou por negligência, por pessoa singular ou por pessoa coletiva. Sendo inoportuno fazer nesta sede um percurso descritivo por cada uma destas molduras legais, interessa-nos, em jeito de avaliação genérica, sublinhar que tais molduras podem ir dos 100 euros (em caso de contraordenação leve, praticada por pessoa singular através de ato negligente, quando existam circunstâncias anteriores ou posteriores à prática da contraordenação, ou contemporâneas dela, que diminuam por forma acentuada a ilicitude do facto, a culpa do agente ou a necessidade da coima, permitindo, portanto, a atenuação especial da coima – nos termos conjuntos dos arts. 22.º n.º 1, al. a), 24.º e 25.º) até aos 10 milhões de euros (na hipótese de contraordenação muito grave, cometida por pessoa coletiva com dolo, quando haja a presença ou emissão de uma ou mais substâncias perigosas que afete gravemente a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente – nos termos dos arts. 22.º, n.º 4, al. b), e 23.º)²¹.

Como se constata – e tem por muitos sido assinalado²² – as molduras contraordenacionais em causa têm tanto uma amplitude como uma gravidade muito acentuada, o

21 Devemos sublinhar que estas molduras são o resultado de ajustes legislativos sucessivos, diferindo daquelas que originariamente constavam da lei n.º 50/2006 e das que depois foram introduzidas pela alteração levada a cabo pela lei n.º 89/2009, de 31 de agosto – a versão hoje vigente, introduzida pelas modificações de 2015, genericamente, baixou os limites mínimos e aumentou os limites máximos das molduras em causa.

22 Cf., por todos, C. A. Gomes, *As contra-ordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações gerais e observações tópicas*. 2012. Obtido de http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/cg_MA_15893.pdf; ou A. L. Dantas, *Notas à Lei das Contraordenações Ambientais: Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto*. Revista do Ministério Público, 2008, 87 e ss.

que, se se compreende por força da multiplicidade de comportamentos que podem estar em causa quando falamos de ilícitos ambientais, não deixa de colocar dificuldades sérias, quer dogmáticas, quer operativas, quando lidamos com as implicações decorrentes dos princípios da legalidade e da proporcionalidade. Efetivamente, ainda que se estreite devidamente a moldura, pegando apenas num dos escalões classificativos e num específico autor do ilícito – imagine-se a contraordenação muito grave quando praticada por pessoa coletiva –, continuamos a estar perante uma possibilidade de variação que vai dos 12 mil euros (ato praticado por negligência quando possa funcionar o regime da atenuação especial) aos referidos 10 milhões (quando o comportamento for realizado com dolo e haja a presença ou emissão de uma ou mais substâncias perigosas que afete gravemente a saúde, a segurança das pessoas e bens e o ambiente).

Se, por exercício, compararmos o que acabámos de dizer com as hipóteses previstas no CP, para a prática de crimes ambientais (cujas molduras, devemos destacar, foram também agravadas em 2015, aproximando-se bastante mais daquelas que estão previstas para as contraordenações), verificamos que, na hipótese justificativa da sanção mais grave, crime cometido dolosamente por pessoa coletiva, o limite máximo da pena será, por regra, o de 6 milhões de euros (o equivalente, portanto, a uma pena máxima de 5 anos para pessoas singulares, convertida em pena de multa de acordo com os critérios estabelecidos no art. 90.º-B do CP²³). Esta é a moldura prevista para o crime de danos contra a natureza, na sua modalidade mais grave (art. 278.º, n.º 1), e para o crime de poluição, também nas hipóteses mais sérias (n.º 1 e n.º 2 do art. 279.º). As únicas hipóteses de a moldura ser superior a estes 6 milhões de euros para pessoas coletivas são as que resultam dos crimes de incêndio florestal e de poluição com perigo comum, hipóteses em que a moldura pode ir até aos 8 anos de prisão (o correspondente a 9 milhões e seiscentos mil euros para pessoas coletivas – ainda assim mais baixo do que o máximo previsto na Lei Quadro das Contraordenações Ambientais) ou até 12 anos (14 milhões e quatrocentos mil euros), nas hipóteses em que, através de incêndio florestal, e dolosamente, se criar perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado, se deixar a vítima em situação económica difícil, ou se atuar com intenção de obter benefício económico (nos termos do art. 274.º, n.º 2, do CP).

Ora, por mais que se entenda a necessidade de flexibilidade e adaptabilidade das normas contraordenacionais, que têm seguramente de permitir a aplicação a um número muito mais elevado de casos do que as normas penais, não podemos deixar de assinalar estas dissonâncias, que não só geram dificuldades muito sérias no que diz respeito à compreensão das fronteiras entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, como conduzem a situações quotidianas de perplexidade por parte dos administrados, que se veem (podem ver) colocados numa situação mais gravosa através da aplicação de uma coima do que se lhes fosse aplicada uma pena, sem poderem usufruir, não se pode esquecer, do mesmo tipo de garantias. Podendo

23 Cada mês de prisão corresponde a 10 dias de multa e cada dia de multa corresponde a uma quantia entre 100 e 10 mil euros, a fixar de acordo com a situação económica e financeira do condenado e dos seus encargos com os trabalhadores.

ainda somar-se-lhe sanções acessórias de não pequeno gravame (pense-se, *v.g.*, no encerramento de estabelecimento, na cessação ou suspensão de licenças, alvarás ou autorizações, ou na interdição do exercício de profissão ou atividade, nos termos do art. 30.º da referida Lei Quadro), quando não mesmo medidas cautelares, de acordo com o preceituado nos arts. 41.º e 42.º do mesmo diploma.

Veja-se, por outro lado, trazendo agora à colação alguns outros aspetos de natureza procedimental, que o art. 52.º-A da Lei Quadro das Contraordenações Ambientais prevê a preclusão do direito de impugnação judicial quando se faça o pagamento da coima após a notificação da decisão administrativa e que o art. 75.º estabelece que não é aplicável aos processos de contraordenação instaurados e decididos nos termos desta lei a proibição de *reformatio in pejus*, devendo essa informação constar de todas as decisões finais que admitam impugnação ou recurso. Estes dois normativos bastariam, na verdade, sem adentrarmos sequer em detalhe nos direitos de defesa dos administrados visados, para nos demonstrar como os particulares podem estar aqui desprotegidos. Estes preceitos, de forma isolada ou combinada, parecem, em nossa opinião, cercear de modo significativo a efetiva possibilidade de recurso aos tribunais, pois que se o particular não concordar com a decisão da Administração e quiser submetê-la a análise judicial terá de ponderar que, por um lado, pode acabar numa situação pior do que aquela em que encontra, podendo ser-lhe aplicada coima ou sanção acessória mais grave – o que dificilmente se compreende quer à luz das finalidades do direito de mera ordenação social, quer tendo em conta que é a entidade administrativa aquela que tem competência para aplicação da sanção, por ser ela a que melhor compreende o interesse público em causa²⁴ –, e, por outro, que, se não lhe for reconhecida razão, será obrigado a pagar juros à taxa máxima prevista na legislação fiscal²⁵. Anote-se, aliás, que esta construção feita na referida Lei-Quadro é contrária àquela que resulta do Regime Geral das Contraordenações, criando, também aí, uma distorção que nos parece não ser de pequena monta.

Afiguram-se-nos, pois, estes preceitos como visando declaradamente obstaculizar ou criar empecilhos à possibilidade de impugnação judicial das decisões administrativas que apliquem coimas e sanções acessórias pela prática de contraordenações ambientais (e do ordenamento do território). O que se se poderia defender – muito embora, quanto a nós, sem razão – quando o direito de mera ordenação social estava

24 Na verdade, não é fácil compreender como pode a impugnação judicial apresentada pelo visado conduzir a uma decisão judicial que sancione mais gravemente o seu comportamento, pois que só ele tem interesse em colocá-la em causa. Que assim é, aliás, entendeu o Regime Geral das Contraordenações, que fixa no seu art. 72.º-A: “1. Impugnada a decisão da autoridade administrativa ou interposto recurso da decisão judicial somente pelo arguido, ou no seu exclusivo interesse, não pode a sanção aplicada ser modificada em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes. 2. O disposto no número anterior não prejudica a possibilidade de agravamento do montante da coima, se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível”.

25 De acordo com o art. 53.º da Lei-Quadro, “[n]o final do processo judicial que conheça da impugnação ou da execução da decisão proferida em processo de contraordenação, e se esta tiver sido total ou parcialmente confirmada pelo tribunal, acresce ao valor da coima em dívida o pagamento de juros contados desde a data da notificação da decisão pela autoridade administrativa ao arguido, à taxa máxima estabelecida na lei fiscal”.

destinado apenas a atos menores, de pequena gravidade, sem ressonância ética e que, por tudo isso, eram sancionados com consequências de pequena monta, pretendendo-se, sobretudo, um procedimento ágil e descomplicado, que permitisse repor rapidamente a legalidade e advertir o particular para a necessidade de respeito pelo ordenamento jurídico estabelecido, não pode sustentar-se de modo semelhante face à configuração moderna das contraordenações ambientais.

Para embaraçar ainda um pouco mais toda esta teia normativa já difícil de deslindar quando estejamos a falar de contraordenações ambientais (e da sua implicativa relação com os crimes da mesma natureza), merece-nos ainda referência o complicadíssimo sistema de remissões que sustenta a interpretação e, sobretudo, a integração de lacunas. Nos termos do n.º 1 do art. 2.º da Lei-Quadro, “as contraordenações ambientais e do ordenamento do território são reguladas pelo disposto na presente lei e, subsidiariamente, pelo regime geral das contraordenações”, sendo considerados, todavia, regimes especiais os relativos à reserva agrícola nacional e aos recursos florestais, fitogenéticos, agrícolas, cinegéticos, pesqueiros e aquícolas das águas interiores (nos termos do n.º 3 do mesmo preceito, que, muito embora, perdeu parte do sentido ao ter sido revogado anterior n.º 2). Ora, de acordo com o Regime Geral das Contraordenações, em particular o seu art. 32.º, em tudo o que não for contrário ao disposto nesse regime aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contraordenações, as normas do Código Penal, ao passo que, de acordo com o art. 41.º, no que respeita ao procedimento, sempre que o contrário não resulte daquele diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal.

Direito penal e direito processual penal são, pois, uma vez que se trata de direito sancionatório, regime subsidiário indireto para as contraordenações ambientais, por força do estabelecido no Regime Geral das Contraordenações. Não podemos esquecer, contudo, que os procedimentos contraordenacionais são aplicados por entidades administrativas, submetidas, portanto, às normas de direito administrativo e de processo administrativo, o que não raras vezes conduz a situações de resolução difícil, quando não mesmo de plena contraditoriedade – pense-se, para não nos ficarmos pela enunciação do problema, no que se passa com as regras relativas ao dever de colaboração dos administrados e correspondente direito de acesso das entidades administrativas vs. os direitos de defesa dos arguidos e, em particular, o direito de não autoincriminação²⁶ (questão que, já não cabendo aqui analisar, levanta especiais óbices em matéria de contraordenações ambientais por força do art. 18.º da Lei Quadro²⁷).

26 Questão que tem vindo a ser discutida pela doutrina, a diversos títulos e em âmbitos distintos. Cf., por todos (Dias & Ramos, *O Direito à Não Auto-Incriminação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare)* no Processo Penal e Contra-Ordenacional Português, 2009).

27 O art. 18.º regula o direito de acesso das autoridades administrativas, no âmbito de procedimentos de inspeção ou fiscalização ambientais, nos estabelecimentos e locais onde se exerçam as atividades a inspecionar. Nos termos do n.º 5 do preceito, os responsáveis pelos referidos espaços são obrigados a facultar a entrada e a permanência àquelas autoridades e a apresentar-lhes a documentação, livros, registos e quaisquer outros elementos que lhes forem exigidos, bem como a prestar-lhes as informações que forem solicitadas.

4. Reflexão final

Enfim, poderíamos seguramente alargar esta discussão, continuando a viagem que aqui encetámos, quer pelo CP, quer pelas normas aplicáveis às contraordenações ambientais, e detendo-nos nos muitos e nada fáceis problemas que vão sendo suscitados. Não se nos afigura, todavia, que tal seja necessária ou desejável, bastando as hipóteses que aqui deixámos como ilustração do nosso propósito. Rematemos, por isso, com algumas considerações que deixamos em jeito de reflexão prospetiva.

A proteção do ambiente, enquanto bem jurídico fundamental da comunidade (da comunidade universal, na verdade), tem assumido cada vez maior importância na nossa ordem jurídica, dizendo bem da consciencialização que se tem operado na sociedade quanto à necessidade de evitar danos ambientais. Esse relevo crescente, todavia, vem impor sobre o Estado – detentor último dos mais sérios poderes de intervenção sobre a esfera dos particulares – uma pressão muito grande sobre como e quando atuar, através de que instrumentos e com que consequências. Se se nos afigura pacífico, hoje, que uma tal tutela deve estar fragmentada entre o direito penal e o direito de mera ordenação social, os demais momentos de construção do sistema continuam ainda a estar envoltos em muitas dificuldades e dúvidas.

Por um lado, do ponto de vista das tipificações criminais, continuam a verificar-se obstáculos de relevo à sua aplicação e concretização judiciária. Para lá das dificuldades próprias da prova deste tipo de infrações, e, mesmo, da demonstração do nexo de causalidade entre facto e dano, quando este se exija, a ausência absoluta de normas processuais penais relativas a pessoas coletivas coloca escolhos de peso à possibilidade de levar perante o juiz os mais sérios atentados ao bem jurídico ambiente.

Por outro, agora na perspetiva das contraordenações, o maior problema é, porventura, de sentido contrário: a proliferação e dispersão de normas contraordenacionais ambientais por dezenas e dezenas de diplomas coloca entraves sérios quer ao aplicador das normas, quer ao particular que a elas se tem de sujeitar. A gravidade das sanções que estão em causa, ademais, e a necessidade de assegurar ao administrado, nessa medida, garantias semelhantes àquelas que existem no direito processual penal – como repetidamente tem reconhecido o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem a este propósito²⁸ – aumentam a exigência sobre as autoridades administrativas responsáveis pela sua aplicação, impõe-lhe padrões com que, amiudadas vezes, não estão habituadas a lidar (pela sua própria natureza) e elevam a sindicabilidade potencial dos seus atos, porque fortemente limitativos, afinal, dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Entre uma e outra questão, afinal, somos constantemente remetidos a um problema que, não sendo novo, se apresenta a cada momento com renovadas vestes: que

28 Cf., por todos, J. Costa, O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Revista do Ministério Público, out.-dez. de 2011, 128, 117-183. Ver o que a este propósito referimos, embora noutro âmbito, em (Loureiro, Direito Penal da Concorrência: A tutela da liberdade concorrencial e a criminalização do cartel, 2017). Pp. 238 e ss.

critério deveremos utilizar para distinguir os dois tipos de intervenção sancionatória (penal e contraordenacional) se assumimos todos que o ambiente é valor fundamental da comunidade²⁹? Um critério material, que busque ainda estribar-se no bem ou na sua forma de afetação, ou, pelo contrário, um de matriz apenas formal, que deixe na mão do legislador ordinário a opção, livre, por um ou outro caminho? E como distinguirá o aplicador uma hipótese da outra se, optando pela solução formal, a lei não distinguir cabalmente os casos em que estamos perante um crime daqueles em que nos devemos bastar com uma contraordenação?

Estamos, portanto, em tanta medida, perante um mundo novo. E este terreno jovem está ainda em descoberta e exigirá de todos – definidores das matrizes políticas de atuação, pensadores do direito e aplicadores da lei – esforços suplementares de reflexão e atuação. Para isso servem, cremos, *fora* como este, para que da partilha de experiências, da troca de ideias, da comunicação de angústias, se não mais, possa forma-se lastro para a evolução do Direito.

29 Interrogação que, como bem se sabe, é transversal a toda a relação entre o direito penal e o direito de mera ordenação social. Cf., para lá da bibliografia já indicada, A. Vilela, *O Direito de Mera Ordenação Social: Entre a Ideia de “Recorrência” e a de “Erosão” do Direito Penal Clássico*. Coimbra: Coimbra Editora. 2013; N. Brandão, *Crimes e Contra-Ordenações: da Cisão à Convergência Material*. Coimbra: Coimbra Editora. 2016; ou (Loureiro, *Os Atentados à Concorrência, a Proteção de Direitos Fundamentais e o Princípio da Mínima Intervenção Penal*, 2017).