

A SUBJETIVIDADE DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

ÉDIS MILARÉ

Advogado, professor e consultor em Direito Ambiental; Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP; Criador e 1º Coordenador das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente do Estado de São Paulo; Secretário do Meio Ambiente do Estado de São Paulo (1992/1994).

1. INTRODUÇÃO

A defesa do meio ambiente desenvolve-se simultaneamente a partir de ações de índole preventiva, reparatória e repressiva.

De fato, para a implementação da Política Nacional do Meio Ambiente, o legislador, ancorado no princípio do poluidor-pagador, elencou, ao lado de alguns instrumentos de cunho *preventivo* (por exemplo, o estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento ambiental)¹, as “penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental”,² de índole eminentemente *repressiva*.

Por outro lado, a ação *reparatória* – principal enfoque do aludido princípio – não se limita exclusivamente à esfera civil, podendo reproduzir-se em outros espaços, tal como se dá na celebração de compromissos de ajustamento de conduta e nas transações penais, a ponto de já se falar em um direito sancionador-reparador.

Neste sentido, e para fins puramente didáticos, é próprio dizer que a prevenção e a repressão – enquanto manifestações do *ius puniendi* do Estado –, colimadas, fundamentalmente, pelas esferas de responsabilidade administrativa e penal se apartam, mesmo que tenuamente, da ação reparatória civil.

Daí a importância, em matéria de tutela ambiental, da regulamentação tanto dos ilícitos administrativos quanto dos criminais, certo que a atuação dos mecanismos dessas esferas de responsabilidade *não depende, necessariamente, da configuração de um prejuízo*, podendo coibir condutas que apresentem mera potencialidade de dano aos recursos ambientais. Exemplo disso é a tipificação – como crime (art. 60 da Lei 9.605/1998) e como infração administrativa (art. 66 do Decreto 6.514/2008) – da conduta de operar atividade pelo só fato de não ostentar licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes.

Na vasta principiologia do Direito Ambiental, o *princípio da natureza pública do controle do poluidor* aparece aqui como de maior interesse; ele materializa-se no exercício do poder de polícia administrativa, que, constatando a prática de uma infração, faz instaurar o processo de apuração da responsabilidade do suposto infrator, em ordem a impor a penalidade prevista e aplicada concretamente por meio de agentes credenciados do Poder Público. Isso porque, ao contrário das sanções civis e penais, só aplicáveis pelo Poder Judiciário, as penalidades administrativas são impostas aos infratores pelos próprios órgãos ou entidades da Administração Direta ou Indireta da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios.

2. NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

Aqui, a questão que se oferece à análise é a seguinte: se, por um lado, é imune à dúvida que a responsabilidade civil ambiental é *objetiva* e que a penal é *subjetiva*, por outro, a identificação da natureza jurídica da responsabilidade administrativa é matéria inçada de

¹ Art. 9º, I, III e IV, da Lei 6.938/1981.

² Art. 9º, IX, da Lei 6.938/1981.

dificuldades e, bem por isso, pouco versada na doutrina e só recentemente enfrentada, com mais apuro, pelos nossos tribunais.

Deveras, como refere Vladimir Passos de Freitas³, conquanto se apregoe a histórica aceitação da culpabilidade no direito administrativo sancionador, são poucos os posicionamentos explícitos em ordem a lançar luz no caminho a trilhar. Para ficarmos apenas com um dos grandes administrativistas do passado, observa-se que Seabra Fagundes, em obra clássica sobre o tema, de 1941, passa ao largo da questão⁴.

Só mais tarde sobreveio manifestação expressa de Hely Lopes Meirelles, inclinando-se pela regra da objetividade. Com efeito, incisivamente, desde há muito, sustentou o mestre: “a multa administrativa é de natureza objetiva e se torna devida independentemente da ocorrência de culpa ou dolo do infrator”.⁵

Com o advento da Lei 9.605/1998, que dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o assunto passou a ser objeto de maior atenção pela doutrina especializada, com posicionamentos, aliás, bastante conflituosos.

Uma primeira corrente, ancorada no mito da responsabilidade objetiva⁶, pioneiramente defendida por Hely Lopes Meirelles, aduz que quando a Lei 9.605/1998 se referiu à infração administrativa como “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente” (art. 70, *caput*), condicionando-a apenas à *voluntariedade*⁷ do sujeito que as violou, acabou por estabelecer, como regra geral, a teoria da responsabilidade objetiva no âmbito administrativo-ambiental. A culpa será a exceção, nas hipóteses prefixadas no ordenamento. Perfilham esse entendimento Flávio Dino e Nicolao Dino Neto⁸, Joel Ilan Paciornik⁹, Marcelo Abelha Rodrigues¹⁰, Paulo Affonso Leme Machado¹¹ e Vladimir Passos de Freitas¹².

Em outra frente, sob a bandeira da responsabilidade subjetiva, defende-se que, além da *voluntariedade* (= condições de o sujeito valorar seu comportamento), não se prescinde da culpa, *lato sensu*, como pressupostos necessários para a caracterização da infração administrativa, ante garantia expressa no art. 5º, LV, da CF, que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, a mais ampla defesa (com o contraditório), o que não se coaduna com o regime da responsabilidade objetiva. Entre os defensores dessa corrente, encontramos Curt Trennepohl¹³, Daniel Ferreira¹⁴, Edilson Pereira

³ *Direito administrativo e meio ambiente*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 127.

⁴ *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.

⁵ *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 222.

⁶ Posição severamente vergastada por BIM, Eduardo Fortunato, no instigante estudo “O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador: imprescindibilidade da culpa nas infrações ambientais”. *Revista de direito ambiental*. vol. 57. p. 35, 42-45. São Paulo: Ed. RT, 2010.

⁷ A *voluntariedade* (= *animus*) pressupõe liberdade de opção pelo comportamento correto ou incorreto.

⁸ Da infração administrativa. Em DINO NETO, Nicolao; BELLO FILHO, Ney; DINO, Flávio. *Crimes e infrações administrativas ambientais*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 410-414.

⁹ Tutela administrativa das águas. Em FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Águas: aspectos jurídicos e ambientais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 114.

¹⁰ O STJ e a responsabilidade administrativa ambiental subjetiva: notas para uma reflexão. Migalhas, 20.05.2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302576,101048-O+STJ+e+a+responsabilidade+administrativa+ambiental+subjetiva+notas>. Acesso em 09.03.2020.

¹¹ *Direito ambiental brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 378.

¹² *Direito administrativo e meio ambiente*, cit., p. 129.

¹³ Responsabilidade administrativa no direito ambiental. Em FARIAS, Talden; Trennepohl, Terence (Coords.). *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 480-482.

¹⁴ *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, em especial o Capítulo V, p. 209-327.

Nobre Júnior¹⁵, Fábio Medina Osório¹⁶, Heraldo Garcia Vitta¹⁷, João Emmanuel Cordeiro Lima¹⁸, Luciana Vianna Pereira¹⁹, Marçal Justen Filho²⁰, Rafael Munhoz de Mello²¹, Regis Fernandes de Oliveira²² e Rita Maria Borges Franco²³.

Por igual, e como dito, nossos tribunais ainda não têm posição tranquila a respeito do tema, como se vê, p. ex., dos emblemáticos acórdãos proferidos no REsp 1.251.697/PR e no REsp 1.318.051/RJ, resultantes de julgamentos verificados, respectivamente, em 12.04.2012 e 17.03.2015.

No primeiro deles, por decisão unânime da 2ª Turma, entendeu a Corte que a responsabilidade ambiental administrativa tem natureza *subjetiva*, certo que “a aplicação de penalidades administrativas não obedece à lógica da responsabilidade objetiva da esfera civil (para reparação dos danos causados), mas deve obedecer à sistemática da teoria da culpabilidade, ou seja, a conduta deve ser cometida pelo alegado transgressor, com demonstração de seu elemento subjetivo, e *com demonstração do nexa causal entre a conduta e o dano*”.²⁴ (g.n.).

No segundo, a 1ª Turma adotou tese inversa, decidindo, por maioria, que a responsabilidade ambiental administrativa é *objetiva*, forte no preceito constante do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/1981, ensejador de entendimento de que “o poluidor é obrigado, *sem que haja a exclusão das penalidades*, a indenizar ou reparar os danos, *independentemente da existência de culpa*”. É verdade que essa posição começou a tomar outro rumo a partir do julgamento, em 18.06.2015, do AgRg no Agravo em REsp 62.584/RJ, oportunidade em que a

¹⁵ Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de direito administrativo*. vol. 219. p. 127-151. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>>. Acesso em: 09.03.2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>.

¹⁶ *Direito administrativo sancionador*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 353.

¹⁷ *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35-59 e *Responsabilidade civil e administrativa por dano ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 157.

¹⁸ Aspectos ainda controversos da responsabilidade administrativa ambiental. Em VILLAS BÔAS, Regina Vera *et al.* (Orgs.). *Contemporaneidade do direito ambiental e do direito minerário em debate: estudos em homenagem à Professora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 186-201.

¹⁹ Responsabilidade administrativa ambiental – Novos paradigmas adotados pela jurisprudência. Em *Revista de direito ambiental*. vol. 66. p. 361-382. São Paulo: Ed. RT, 2012.

²⁰ *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 524 e 525.

²¹ *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 194.

²² *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 41-49.

²³ Considerações sobre a responsabilidade administrativa ambiental por área contaminada à luz do regramento paulista. Em MARQUES, Letícia Yumi; ZAPATER, Tiago C. V. (Orgs.). *Prática do direito ambiental na defesa dos interesses de empresas privadas*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019. p. 108-113.

²⁴ Este ponto da r. decisão – subordinado ao entendimento de que a sanção administrativa estaria a depender da demonstração de nexa de causalidade entre a conduta do atuado e o dano ambiental – está a merecer melhor reflexão, certo que não é da essência da infração ambiental o dano em si, mas sim o *comportamento em desobediência a uma norma jurídica* de tutela do ambiente, a que a lei atribua sanção. Isto é, o dano ambiental, isoladamente, não é gerador de responsabilidade administrativa, não havendo, então, falar-se, ao menos como regra, em nexa causal, que é o elemento conector entre o agente e o dano. “Os conceitos de dano e de nexa causal (e seus elementos e teorias) interessam somente à responsabilidade civil, pois é na sua apuração que se avaliará qual o dano, sua extensão, se ele pode ser reparado ou se é irreparável, qual será o valor da indenização devida pelo agente responsável por aquele dano” (PEREIRA, Luciana Vianna. Responsabilidade administrativa ambiental – Novos paradigmas adotados pela jurisprudência. Em *Revista de direito ambiental*. vol. 66. p. 379. São Paulo: Ed. RT, 2012). A sanção administrativa, insista-se, não tem por escopo a restauração de direito alheio, individual ou coletivo, afetado pela danosidade, configurando mera *reprimenda* pela violação de um dever imposto pelo ordenamento administrativo. Por certo, se a demonstração do nexa causal fosse a regra, dispensado estaria o legislador de exigí-lo, expressamente, para casos específicos, como nos dão conta, por exemplo, os §§ 3º e 4º do art. 38 da Lei 12.651/2012 que, ao cuidarem da apuração da responsabilidade administrativa pelo uso irregular do fogo em terras públicas e particulares, alertam para a necessidade de que o liame causal entre a ação do proprietário ou qualquer preposto e o dano causado esteja devidamente evidenciado.

Turma, por maioria, vencidos os Ministros Sérgio Kukina (Relator) e Benedito Gonçalves, deu provimento ao recurso, nos termos do voto-vencedor da Ministra Regina Helena Costa, no teor do qual, “a responsabilidade civil por dano ambiental é mais abrangente do que a responsabilidade administrativa e penal, *não admitindo estas últimas que terceiros respondam a título objetivo por ofensas ambientais praticadas por outrem*”.

No embalo desse novo rumo, e visando a unificar a jurisprudência da Corte é que foram opostos, no âmbito da Primeira Seção, sob relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, Embargos de Divergência nos autos do suprarreferido REsp 1.318.051/RJ, da 1ª Turma, os quais, providos em julgamento de 08.05.2019, acabaram por sedimentar a posição em favor da tese da responsabilidade subjetiva.

3. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

Como vimos, nos termos do art. 70, *caput*, da Lei 9.605/1998, a infração administrativa ambiental caracteriza-se como “toda *ação ou omissão* [= conduta] que *virole as regras jurídicas* [ilicitude] de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”²⁵.

Dessa dicção, despontam os pressupostos para a configuração da responsabilidade administrativa, que podem ser sintetizados na fórmula *conduta ilícita*, considerada como qualquer comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Sim, a conduta ilícita como pressuposto de uma sanção administrativa não prescinde de subsunção a uma norma de direito positivo preexistente.

Examinemos, então, os dois aspectos que a fórmula encerra.

3.1 Conduta

A *conduta* (= *comportamento*²⁶) pode ser imputada à pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha concorrido, por ação ou omissão, para a prática da infração.

Sim, porque o poder de polícia ambiental, que é, normalmente, exercido para limitar os direitos individuais, pode ser dirigido, também, contra as pessoas jurídicas de Direito Público que o exercem. “Entre elas, não há hierarquia no nosso sistema federativo. Assim, desde que uma delas esteja atuando nos limites de sua competência, firmada na Constituição Federal, as outras deverão curvar-se e obedecer”.²⁷

Daí que, segundo a Constituição (art. 225, § 3º), tanto o comportamento humano *direto*, decorrente de condutas de pessoas físicas, como o *indireto*, resultante de atividades de pessoas jurídicas, podem desviar-se dos cânones legais, sujeitando-se, portanto, a respostas sancionatórias do aparelho estatal.

É dizer, para fins de responsabilidade administrativa não se pode prescindir de um comportamento ilícito, comissivo ou omissivo, do agente (Art. 70, *caput*, da Lei 9.605/1998), praticado pessoalmente ou por meio de seus respectivos prepostos.

É nesse sentido que também se orienta o art. 3º, *caput*, dessa lei, quando – ao se referir ao substantivo *decisão* – indica como pressuposto para a punição da pessoa jurídica, a *voluntariedade* da ação/omissão, visando a um determinado fim, pois “não há vontade de nada

²⁵ Grifos nossos.

²⁶ Daniel Ferreira opta pelo termo *comportamento*, ao invés de *conduta*: “Preferir-se-ia dar início à estratificação do [conceito de] ilícito administrativo com o corrente uso do termo ‘conduta’, o qual, todavia, será substituído pelo genérico ‘comportamento’ e para o fim de especialmente amoldá-lo também em relação às pessoas jurídicas; para as pessoas físicas, humanas, se continuará mais bem reservando a expressão ‘conduta’ – mesmo que, numa ou em outra oportunidade, se tome uma palavra pela outra, até porque não existe, em termos físicos, uma conduta desprovida de suporte fático [um comportamento: uma sucessão de fatos humanos tendentes à produção de um resultado final, ainda que imputável à pessoa jurídica]” (*Teoria geral da infração administrativa...* cit., p. 233 e 234).

²⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*, cit., p. 146.

e para nada”.²⁸ É claro que, com relação à pessoa jurídica, à míngua de comprovante anímico, por não poder expressar a sua vontade, a sua responsabilidade estará vinculada à emissão volitiva de seus dirigentes²⁹.

3.2 *Ilícitude*

Ilícito vem a ser a conduta contrária àquela estabelecida pela norma jurídica, que é condição prévia da sanção³⁰. Ou, como dito alhures, “ocorre *ilícito* administrativo ambiental quando a lei reprime o não cumprimento das regras de conduta ditadas pelos regulamentos ambientais com aplicação de sanções administrativas”.³¹

Realmente, “o regulamento prévio se mostra, em muitos casos, imprescindível para a constatação de uma conduta como típica, antijurídica e, em especial, reprovável, porque ninguém está obrigado a adivinhar o que se entende como proibido ou obrigatório a partir de conceitos vagos, imprecisos, ambíguos ou de valor. *In casu*, o que se exige é a realização da segurança jurídica como garantia constitucional”.³²

O comportamento ilícito pode ser comissivo ou omissivo e traduzir-se na violação a *qualquer* disposição jurídica que tenha por objeto, direto ou indireto, o uso, o gozo, a promoção, a proteção e a recuperação dos recursos ambientais, na linha de oportuna advertência de Eduardo Fortunato Bim: “Somente são consideradas infrações ambientais as previstas em lei, ainda que em moldes gerais, prevendo conceitos indeterminados ou consagrando os tipos em branco, o que permitiria a integração por órgãos competentes do SISNAMA, incluindo o órgão atuador no caso de conceitos indeterminados”.³³

A configuração da responsabilidade administrativa não depende, necessariamente, da efetiva existência de um dano ou prejuízo, bastando a inobservância de normas postas, que se supõem culposas. Ou seja, aplica-se a responsabilidade ao causador da *infração* e não ao poluidor pelo *dano* infligido ao meio ambiente.

Daí a diferença entre *infrator* (aquele que se comporta de forma censurável, ilícita, passível, portanto, de sanção pelo órgão ambiental, mas que não necessariamente causa dano ao meio ambiente) e *poluidor* (aquele que independentemente da licitude ou do grau de reprovação do seu comportamento, causa, direta ou indiretamente, dano ambiental e, por conta disso, deve repará-lo, indenizá-lo ou compensá-lo). É dizer: o *infrator* é personagem da esfera da responsabilidade administrativa; o *poluidor* é figura típica da responsabilidade civil. E pela *infração* somente responderá o sujeito que tenha cometido ou concorrido para a sua prática, não bastando a simples *obtenção de benefício*. Assim, por ser o direito administrativo sancionador um direito de risco, sua missão não se afina com a de conjurar propriamente o *resultado danoso*, mas o *potencial de dano* causado por aquele que descumpre as normas jurídicas³⁴.

Dito de outra forma, o dano ambiental, isoladamente, não é gerador de responsabilidade administrativa; *contrario sensu*, o dano que enseja responsabilidade administrativa é aquele enquadrável como o resultado descrito em um tipo infracional ou o provocado por um comportamento omissivo ou comissivo violador de regras jurídicas. Nesse sentido, por exemplo, se uma indústria emite poluentes em conformidade com a sua licença ambiental, não poderá ser penalizada *administrativamente* na hipótese de o órgão licenciador vir a constatar,

²⁸ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa...* cit., p. 234.

²⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas ...* cit., p. 141.

³⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 31.

³¹ PALLOTTA, Stefania. *Manuale delle sanzioni amministrative ambientali*. Maggioli Editore, 2011. p. 19. Grifo nosso.

³² FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa...* cit., p. 368.

³³ O mito da responsabilidade objetiva no direito ambiental sancionador..., *op. cit.*, p. 43.

³⁴ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 29.

em seguida, que o efeito sinérgico do conjunto das atividades industriais desenvolvidas na região está causando dano ambiental, não obstante a observância dos padrões legais estabelecidos em norma técnico-jurídica. Nesse caso, é claro, não se exime o empreendedor da responsabilidade civil pela reparação do dano, que é, essa sim, objetiva, dispensando qualquer discussão sobre a licitude da atividade.

De fato, em determinados casos, o comportamento será considerado ilícito por amoldar-se a um dos tipos infracionais previstos, por exemplo, no Decreto 6.514/2008 ou em outras normas ambientais. Em tais situações, a sanção somente poderá incidir ante o perfeito enquadramento legal do comportamento imputado ao agente, incluindo, se for o caso, a ocorrência do resultado danoso nos termos descritos no tipo.

Assim, por exemplo, não poderá ser penalizado pela infração descrita no *caput* art. 24 do referido Decreto 6.514/2008³⁵ aquele que exhibir os atos autorizativos exigíveis para incursões envolvendo a fauna silvestre. Ausente um dos atos administrativos necessários para o seu regular exercício, está configurada a infração. Esse é um caso de infração que não exige qualquer resultado para a sua caracterização – basta o mero exercício da atividade clandestina, à semelhança de inúmeros outros tipos previstos no Decreto, que visam, exatamente, à prevenção do dano. Já, na hipótese do art. 61, *caput*, do mesmo Diploma³⁶, a sanção somente poderá ser aplicada se – após laudo técnico elaborado pelo órgão ambiental competente, identificando a dimensão do dano decorrente da infração (par. único) – restar demonstrado que a poluição *gerou efetivamente riscos ou afetou desfavoravelmente a saúde humana*, provocou a *mortandade de animais* ou a *destruição significativa da biodiversidade*. Evidentemente, esses são conceitos abertos que só poderão ser preenchidos diante de cada caso, à luz do critério da razoabilidade.

Mas, há que se ter presente, sempre, que a sanção administrativa não tem por escopo a restauração de direito alheio, individual ou coletivo, afetado pela danosidade, configurando mera *reprimenda* por violação de um dever imposto.

4. ATRIBUTOS SUBJETIVOS PARA A IMPUTAÇÃO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: VOLUNTARIEDADE E CULPA LATO SENSU

Nada obstante a inquietude doutrinária e os resquícios de algum vacilo jurisprudencial ainda remanescente, não se pode deixar de reconhecer que o tom subjetivista desponta, sobranceiro, da redação do *caput* do art. 70 da Lei 9.605/1998, quando faz alusão à *ilicitude da conduta* (= ação ou omissão que viole as regras jurídicas...), elemento sabidamente estranho à teoria objetivista.

Uma orientação segura sobre os atributos da relação jurídica de imputação no modelo de responsabilidade administrativa ambiental importa, necessariamente, no exame de dois requisitos subjetivos: voluntariedade e culpa *lato sensu*, ou seja, (i) que o comportamento esteja submetido à *vontade* daquele a quem se impute a condição de transgressor; e (ii) que haja demonstração de seu *elemento subjetivo*.

Realmente, é sabido e ressabido, na esteira do subministrado por exuberante doutrina, que – ao lume dos direitos e garantias individuais do regime jurídico-constitucional vigente – não há como conceber infração administrativa “diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator”³⁷, como imaginam os defensores da corrente

³⁵ “Art. 24. Matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, 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.”

³⁶ “Art. 61. 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 biodiversidade.”

³⁷ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, cit., p. 41-44.

objetivista³⁸.

Discorrendo sobre a matéria, Fábio Medina Osório, ao comparar o ordenamento jurídico pátrio com o direito espanhol, onde a presença do elemento subjetivo é requisito para a incidência da sanção administrativa, obtempera: “Os dispositivos dos quais defluiu a culpabilidade são constitucionais e limitam o Direito Punitivo como um todo. Trata-se, nesse passo, de consagrar garantias individuais contra o arbítrio, garantias que se corporificam em direitos fundamentais da pessoa humana, os quais somente resultam protegidos se houver a segurança de que as pessoas não sejam atingidas por um poder sancionador autoritário, *que despreze a subjetividade da conduta e a valoração em torno à exigibilidade de comportamento diverso*”.³⁹

Nessa mesma senda, pondera Régis Fernandes de Oliveira: “É necessário enfatizar que o *direito*, dentro da nova ordem constitucional, não é um mero composto de normas e princípios, *não se compraz com a responsabilização e punição sem culpa, aferida objetivamente*. É evidente que a responsabilidade objetiva pode ser prevista em lei, como o foi, aliás, no Código de Defesa do Consumidor, mas é indisputável que essas exceções não invalidam a regra de que elas foram criadas em benefício do particular, da sociedade, do povo, e, não, do Estado”.⁴⁰

Sobremais, é certo que a proximidade do direito penal com o direito administrativo sancionador conduz à aplicação também para este dos princípios norteadores daquele. E como é cediço, um dos princípios centrais do direito penal é o da *culpabilidade*, segundo o qual só será penalizado quem tiver laborado com dolo ou culpa, sendo impensável se falar em responsabilidade penal objetiva como regra. Sim, porque a culpabilidade do agente é que dá o tom da sua responsabilidade, o que significa dizer que, nas infrações administrativas, o elemento moral vem estereotipado tanto no dolo como na culpa. Não há, com efeito, como se contentar exclusivamente com a *voluntariedade* da ação ou omissão, sem qualquer análise ou exame a respeito do elemento subjetivo⁴¹.

Por último, e confortando todos esses entendimentos, Edilson Pereira Nobre Júnior, ao se manifestar pela impossibilidade de responsabilidade objetiva nas infrações administrativas, aduz: “Há necessidade de demonstrar que a ação antijurídica adveio de culpabilidade. O que se faculta ao legislador e, mesmo assim, desde que seja expresso, é dispensar o dolo, contentando-se com a culpa em sentido estrito. A assertiva defluiu do *bill* de direitos individuais de nossa Constituição, a consagrar, demais das franquias que expressa, aquelas resultantes do regime e dos princípios adotados pela República Federativa do Brasil (art. 5º, § 2º, CF)”.⁴²

Daí a inelutável conclusão de que os requisitos subjetivos da responsabilidade

³⁸ Ver, por todos, RODRIGUES, Marcelo Abelha. O STJ e a responsabilidade administrativa ambiental subjetiva: notas para uma reflexão. Migalhas, 20.05.2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302576,1010480+STJ+e+a+responsabilidade+administrativa+ambietal+subjetiva+notas>>. Acesso em: 09.03.2020.

³⁹ *Direito administrativo sancionador*, cit., p. 357. Grifos nossos.

⁴⁰ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*, cit., p. 41 e 42. Grifos nossos.

⁴¹ Inclusive nas contravenções penais, pois, no compasso da doutrina especializada, inaplicável, hoje, o art. 3º do Decreto 3.688/1941, que se contentava com a *voluntariedade* da ação ou omissão, pois “adotada a teoria finalista da ação e vedada a responsabilidade objetiva pela reforma penal de 1984, o disposto na última parte do art. 3º, em que se diz prescindir a contravenção penal de dolo e culpa, salvo casos excepcionais, está superado: a contravenção, assim como o crime, exige dolo e culpa, conforme a descrição típica” (JESUS, Damásio de. *Lei das contravenções penais anotada*. 2. ed. São Paulo; Saraiva, 1994. p. 25). No mesmo sentir, FRANCO, Alberto Silva *et al.*: “Na verdade, a partir desse posicionamento (o do art. 3º da LCP), reconhece-se uma hipótese de responsabilidade penal destituída de coeficientes psíquicos e, portanto, de uma responsabilidade objetiva, o que afronta o princípio constitucional da responsabilidade pessoal e entra em colisão com o Direito Penal da culpa que é, sem dúvida, a ideia-chave que permeia toda a atual legislação penal brasileira da qual a contravenção penal não pode ser excluída” (*Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 1995. p. 57).

⁴² Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de direito administrativo*. vol. 219. p. 127-151. Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>>. Acesso em: 09.03.2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v219.2000.47499>.

administrativa ambiental resultam, cumulativamente, do compósito: *voluntariedade e culpa lato sensu*.

5. UMA PROPOSTA PARA A EFETIVIDADE DA AÇÃO ESTATAL PERSECUTÓRIA

Por todo o dito, duas evidências emergem com absoluta clareza: uma primeira, que aponta um caminho seguro rumo à consolidação da tese subjetivista em torno da responsabilidade administrativa ambiental; uma segunda, conseqüente da primeira, que receia por um desincentivo da atividade estatal persecutória, obrigada agora, sob esse prisma, à demonstração de culpa *lato sensu* no agir do infrator.

Nesse sentido, e visando a expungir esse receio, ousamos propor – baseados em interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico e com os olhos postos numa performance mais efetiva da Administração – seja considerada presumida a culpa na responsabilidade administrativa ambiental, como preconizado alhures.

De fato, o acatamento dessa ideia pode ser encontrado, por exemplo, na Lei Ambiental argentina 25.675, de 06.11.2002,⁴³ e na Lei italiana 689, de 1.981,⁴⁴ no teor das quais, configurado um comportamento em tese subsumível a uma proibição da norma ambiental, há de se presumir, *juris tantum*, a responsabilidade do suposto infrator, que poderá, pela inversão do ônus da prova – consequência lógica da presunção relativa –, demonstrar sua não culpa. Não se desincumbindo desse ônus, a presunção se transformará em certeza, validando a sanção imposta. Ou seja, não se exige, de plano, já no auto de infração, demonstração dos contornos da ação culposa. Para a Administração, basta a presença de indícios da violação do dever de cuidado, cabendo ao infrator comprovar a falta do elemento subjetivo ou invalidar o juízo indiciário da infração⁴⁵.

Deveras, o auto de infração, como ato administrativo emanado de autoridade competente, goza do atributo da presunção de legitimidade, que alcança, ao mesmo tempo, as razões de fato (= *veracidade*) e os fundamentos de direito (= *legalidade*) ensejadores da autuação.

Portanto, em virtude desse atributo, na hipótese de se alegar a nulidade do ato, o ônus da prova fica com o suposto infrator, a quem incumbe desconstituí-lo, demonstrando estarem ausentes os pressupostos jurídicos da responsabilidade administrativa, desde, é claro, que isso não signifique a produção de prova impossível ou diabólica.

Apropriada, então, a pergunta: como resolver esse aparente conflito entre o interesse público de efetivar a punição para a boa salvaguarda do meio ambiente e os da iniciativa privada, também apoiados pela Constituição?

Para tanto responder, parece-nos importante lembrar e enfatizar que a presunção da culpa do infrator, no caso, atende ao interesse maior de proteção de um bem considerado patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido para usufruto da coletividade (art. 2º, I, da Lei 6.938/1981) e das futuras gerações – que, por sua densidade e, como direito fundamental que é, carece de um tratamento diferenciado⁴⁶ –, cuja tutela, no entanto, não pode implicar um

⁴³ O art. 29 da referida Lei dispõe: “La responsabilidad civil o penal, por daño ambiental, es independiente de la administrativa. Se presume *iuris tantum* la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas ambientales administrativas”.

⁴⁴ O art. 3º desse diploma legal estabelece que em toda violação suscetível de aplicação de uma sanção administrativa cada um é responsável por sua própria ação ou omissão consciente e voluntária, seja ela dolosa ou culposa. Mas, na Itália, o ônus da prova é invertido, competindo ao infrator demonstrar não ter agido culposa ou dolosamente. De fato, segundo acentua Pasquale Cerbo, referido por Heraldo Garcia Vitta, a interpretação jurisprudencial corrente julga suficiente, para ser irrogada a sanção, que seja integrado o fato típico do ilícito e que o comportamento seja antijurídico, “fazendo recair sobre o transgressor o ônus de provar, sucessivamente, ter agido na ausência de culpa” (*A sanção no direito administrativo*, cit., p. 38).

⁴⁵ BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 64.

⁴⁶ Com efeito, o meio ambiente possui em si valores intangíveis e imponderáveis que escapam às valorações correntes

sacrifício a outros valores igualmente resguardados. Há que se buscar, nessa situação de tensão de princípios, a melhor convivência entre aquele de nítido colorido público e os de cunho marcadamente individual e patrimonial, como são normalmente os atingidos no âmbito do processo administrativo sancionador ambiental, em que o viés econômico está sempre presente.

Então, a inversão do ônus probatório, como salientado, parece ser a receita para a harmoniosa convivência!

Com efeito, se é verdade que a lei não delega à autoridade administrativa o poder de estabelecer vedações tão rígidas, a ponto de comprometer inclusive direitos fundamentais, como é o caso da livre iniciativa, também não é menos certo que, em respeito ao Estado Democrático de Direito, não pode desconsiderar outro importante vetor, qual seja, o da proteção ao meio ambiente, pois “o confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida na face da Terra. O seu objetivo central é proteger o patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações”.⁴⁷

Daí ser possível, com arrimo nessa ordem de ideias, uma interpretação em conformidade com a Constituição, principalmente se nos rendermos a importantes argumentos expostos alhures, e bem lembrados por Canotilho⁴⁸, quanto à gradação dos direitos fundamentais em diferentes classes, em ordem a referendar a potestade maior de uns em relação a outros.

6. CONCLUSÃO

Em sintonia com os entendimentos retroexpostos, é possível concluir que:

a) duas evidências emergem com absoluta clareza: uma primeira, que aponta um caminhar seguro rumo à consolidação da tese subjetivista em torno da responsabilidade administrativa ambiental; uma segunda, consectária da primeira, que receia por um desincentivo da atividade estatal persecutória, obrigada, agora, sob esse prisma, à demonstração de culpa *lato sensu* no agir do infrator;

b) ao lume dos direitos e garantias individuais do regime jurídico-constitucional vigente, não há como conceber infração administrativa “diante de mera voluntariedade, sem qualquer análise da culpa ou do dolo do infrator”,⁴⁹ como imaginam os defensores da corrente objetivista;

c) baseados em interpretação sistemática de nosso ordenamento jurídico e com os olhos postos numa performance mais efetiva da Administração, seja considerada presumida a culpa na responsabilidade administrativa ambiental, como preconizado, p. ex., nos ordenamentos jurídicos italiano e argentino; e

d) o receio de que a postura subjetivista venha a ser prejudicial à proteção do meio ambiente é plenamente afastado pela adoção da teoria da culpa presumida, que, como exposto, torna mais cômoda e efetiva a atividade estatal sancionatória, já que se carrega ao ombro do suposto infrator todo o fardo probatório de sua inocência. É dizer: no âmbito do *ius puniendi* do Estado, enquanto na seara da responsabilidade penal há *presunção de inocência do réu* – em que o ônus da prova é do autor (= Ministério Público) –, na esfera administrativa haveria *presunção de culpa do atuado*, a quem cabe o encargo de provar sua inocência.

(principalmente econômicas e financeiras), revestindo-se de uma dimensão simbólica e quase sacral, visto que obedece a leis naturais e superiores à lei dos homens.

⁴⁷ STJ, REsp 588.022/SC, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 17.02.2004, DJ. 05.04.2004.

⁴⁸ Segundo o mestre, há autores, como L. Parejo Alfonso, que falam “de *direitos fundamentais*, de *direitos constitucionais* e de *determinações constitucionais*”. Há ainda quem, como M. Ibler, se refira a “direitos fundamentais de 1ª classe, a direitos fundamentais de 2ª classe e a direitos fundamentais de 3ª classe” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 184 e 186).

⁴⁹ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, cit., p. 41-44.