IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-413-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A pandemia do novo coronavírus segue exigindo de todos nós, neste ano de 2021, adaptação. O CONPEDI segue envidando esforços, nesse sentido, para reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância são amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", na tarde do dia 13 de novembro de 2021.

No artigo intitulado "LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A LEI 14.133 /2021 E O CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL PREVISTO NO ART. 337-E DO CÓDIGO PENAL", Davi Pereira Remedio e José Antonio Remedio analisam o artigo 337-E do Código Penal, avaliando a amplitude de sua tipificação e da severidade das sanções cominadas ao delito, o que deverá contribuir para o combate à corrupção e para melhor responsabilização dos infratores participantes direta ou indiretamente das licitações e contratos administrativos.

O texto "ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O CRIME DE MANIPULAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS", de Marcelo Costenaro Cavali, Alessandra Gomes Faria Baldini e Vanessa Piffer Donatelli da Silva aborda os fundamentos econômicos que justificam a criminalização da manipulação do mercado de capitais.

Bibiana Terra e Bianca Tito, no texto intitulado "DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A INOBSERVÂNCIA POR PARTE DO ESTADO AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: O SIMBOLISMO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES NAS POLÍTICAS CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS DO BRASIL", avaliam o direito penal em seu caráter emergencial, diante da inobservância por parte do Estado ao princípio da intervenção mínima preconizado no texto constitucional de 1988.

Por sua vez, no artigo "DELITOS DE PERIGO ABSTRATO DE BENS JURÍDICOS COLETIVOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA TEORIA PERSONALISTA DE

WINFRIED HASSEMER", Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua empreendem uma análise crítica dos delitos de perigo abstrato de bens jurídicos coletivos a partir dos critérios propostos por Winfried Hassemer.

O texto "COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE COMO MEIO DE CONTROLE POPULAR DO SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA", de autoria de Bibiana Paschoalino Barbosa e Luiz Fernando Kazmierczak, analisa o caráter de direito fundamental da segurança pública, especificamos os meios de controle dos atos administrativos com enfoque no controle social, trazendo como conclusão que a comunicação da prisão em flagrante é meio efetivo de controle popular consubstanciando a efetivação da publicidade dos atos administrativos.

Ana Flavia De Melo Leite e Gabriel Silva Borges, no texto "A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO AO INDICIADO EM SEDE DE INTERROGATÓRIO POLICIAL E A NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE", discutem a atuação do advogado juntamente ao indiciado preso em flagrante quando de sua oitiva perante a Autoridade Policial no período noturno, diante da edição da Lei 13.869/2019 que criminaliza condutas que tangenciam o procedimento como crimes de abuso de autoridade.

Em "A IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA NA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS: UMA ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA", Edith Maria Barbosa Ramos, Roberto Carvalho Veloso e Rayane Duarte Vieira abordam a aplicação da Teoria da Imputação Objetiva no âmbito do Direito Penal Econômico, trazendo apontamentos sobre a importância da Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica para fins de combate à criminalidade contemporânea.

No artigo "GLOBALIZAÇÃO E CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL: A VIABILIDADE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E MEDIDAS ALTERNATIVAS EXTRAPENAIS", Anna Kleine Neves e Fernanda Borba de Mattos d´Ávila avaliam a viabilidade da cooperação internacional e medidas alternativas extrapenais, empreendendo reflexões sobre a influência e consequências causadas pela Globalização e pela transnacionalidade no Direito Penal, sobre a importância da cooperação jurídica internacional e de medidas alternativas extrapenais na resolução dos possíveis conflitos.

Em seu "ESTUDO COMPARADO DA PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL E DA PRISÃO INVESTIGATÓRIA NA ALEMANHA: O ENCARCERAMENTO DE PESSOAS E NOVAS ALTERNATIVAS EM POLÍTICAS CRIMINAIS", Jessica de Jesus Mota e

Lucia Carolina Raenke Ertel propõem-se a demonstrar como é utilizada a prisão preventiva no Brasil e a prisão investigatória na Alemanha, estudando os principais aspectos das prisões cautelares nos dois países.

O artigo "A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DAS MÚLTIPLAS MEDIDAS SANCIONATÓRIAS INSTAURADAS SOB O MESMO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO COMO CAMINHO PARA MINORAR OS RISCOS DO BIS IN IDEM", de autoria de Jean Colbert Dias, Anderson Ferreira e Marcelo de Souza Sampaio, investiga o campo de incidência do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador, evidenciando-se uma nova vertente do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

No trabalho intitulado "INQUÉRITO DAS FAKE NEWS: ENTRE O INSTRUMENTALISMO E O GARANTISMO PENAL", os autores João Paulo Avelino Alves De Sousa e Rejane Feitosa de Norões Milfont analisam o inquérito das fake News à luz da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, na vigência da Constituição Federal de 1988.

"CATEGORIAS PROCESSUAIS E DISCUSSÕES ACERCA DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO ORIGINÁRIO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: AÇÃO PENAL E A DECISÃO PENAL", de Francisco Geraldo Matos Santos e Renato Ribeiro Martins Cal, é um trabalho que apresenta considerações críticas a respeito de algumas categorias no processo penal cuja competência originária é do STF, tendo em vista a necessidade de compreender se há ou não efetivação do que o texto constitucional pós 1988 realmente se propôs a proteger no que tange ao acusado.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Silvia Altaf da Rocha Lima Cedrola e Daniel Alberico Resende, no texto "A NOVA FACETA DO DIREITO À INTIMIDADE NO MEIO AMBIENTE DIGITAL: A TIPIFICAÇÃO DO REVENGE PORN", avaliam como as transformações e inovações tecnológicas desencadearam uma necessidade de alteração do ordenamento jurídico pátrio, mais especificamente no Direito Penal, sendo que essa necessidade, ligada ao meio ambiente digital, colide, por vezes, com o direito à intimidade, o que justifica o estudo do chamado revenge-porn, mormente a partir da análise das Leis Federais nº 12.737/2012 e nº 12.965/2014.

No artigo "CIBERCRIME E A NECESSÁRIA REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA", Clarisse Aparecida Da Cunha Viana Cruz, Daniel Brasil de Souza e Pedro José de Campos Garcia avaliam é se a legislação penal brasileira é suficiente para proteger os cidadãos contra os cibercrimes.

O trabalho “MEDIDAS JURÍDICAS PROVISÓRIAS E JUSTIÇA DRAMÁTICA: A CRISE NA COMUNICAÇÃO ENTRE A ATIVIDADE JURÍDICO-PERSECUTÓRIA DO ESTADO E A OPINIÃO PÚBLICA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE EM REDE”, de Bruna Barbosa de Góes Nascimento e Henrique Ribeiro Cardoso analisam como a atividade jurídico-persecutória do Estado nos casos que atraem a atenção pública está sendo impactada tanto pelos meios de comunicação em massa quanto pelas redes sociais que expressam em larga medida a opinião pública no contexto da atual sociedade em rede.

Em “A INEFICÁCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGRAS ENQUANTO OBJETO DE LUCRO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS”, Cristian Kiefer Da Silva analisa a ineficácia da política criminal no combate ao tráfico de drogas enquanto objeto de lucro das organizações criminosas.

O artigo “MEIO AMBIENTE DIGITAL E A AUTORIA DELITIVA NOS CRIMES CIBERNÉTICOS”, de Júlio César Batista Pereira e Reinaldo Caixeta Machado, aborda como os avanços da informática e da tecnologia têm sido palco diário de ameaças à sociedade de risco, capazes de afetar diversos segmentos que repercutem na seara jurídica e em um ambiente que foge da naturalidade, tradicionalmente tutelado pelo Direito.

No texto “A (IN)COMPATIBILIDADE DO CRIME DE DESACATO COM O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ÓTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA”, Abner da Silva Jaques, Endra Raielle Cordeiro Gonzales e João Fernando Pieri de Oliveira analisam o debate sobre a descriminalização do delito de desacato no Brasil, partindo das decisões proferidas no âmbito do STJ.

Em “CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ”, Airto Chaves Junior e Thiago Santos Aguiar de Pádua avaliam se os argumentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na análise da tipicidade material do fato nos delitos praticados contra a Administração Pública violam o Princípio da Intervenção Mínima.

Thulio Guilherme Silva Nogueira, no texto “O DIREITO À PRESENÇA FÍSICA DO IMPUTADO NOS ACORDOS PENAIS CELEBRADOS EM AMBIENTE VIRTUAL”, questiona a viabilidade constitucional da negociação de acordos penais no ambiente virtual, concluindo que a negociação no âmbito virtual não pode ser impositiva, e deve ser tratada como faculdade da defesa.

Em “A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM”, Bruna Azevedo de Castro e Sibila Stahlke Prado se debruçam sobre o tema da regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo e como o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano.

O artigo “CONTROVÉRSIAS SOBRE O CONCEITO DE CONTUMÁCIA NO CRIME DE SONEGAÇÃO FISCAL”, de Marcelo Batista Ludolf Gomes, aborda a dificuldade quanto à definição deste novel conceito trazido pelo Supremo Tribunal Federal ao crime de sonegação fiscal.

Por fim, o artigo intitulado “A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A LIMITAÇÃO TEMPORAL DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA”, de Daniela Carvalho Almeida Da Costa e Gabriela Silva Paixão, abordam a temática da duração máxima da medida de segurança na jurisprudência dos tribunais superiores.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior – UNIVALI

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

A DUPLA INCIDÊNCIA DE SANÇÃO PENAL E ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA URBANÍSTICA E O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM

THE DUAL INCIDENCE OF CRIMINAL AND ADMINISTRATIVE SANCTIONS IN URBAN PLANNING RULES AND THE PRINCIPLE OF NE BIS IN IDEM

Bruna Azevedo de Castro
Sibila Stahlke Prado

Resumo

Na regulação jurídica da utilização e aproveitamento do solo, o Direito intervém sancionando administrativa e criminalmente condutas que implicam lesão ou perigo de lesão ao ordenamento urbano. Por não existir distinção ontológica entre ambas, a incidência de sanção penal e administrativa sobre o mesmo comportamento fato, que configura um ilícito urbanístico administrativo e penal, com idênticos fundamentos, acarreta violação ao princípio do ne bis in idem.

Palavras-chave: Ilícito urbanístico, Sanção penal, Sanção administrativa, Bis in idem

Abstract/Resumen/Résumé

In the field of land-planning, the Law intervenes imposing administrative and criminal sanctions or penalties for conducts that imply injury or risk of injury to urban planning. As there is no ontological distinction between them, the incidence of criminal and administrative sanctions on the same de event, which constitutes an administrative and criminal urban offense, with identical grounds, entails a violation of the ne bis in idem principle.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Urban illicit, Criminal sanction, Administrative sanction, Bis in idem

1 Introdução

A ordenação do território e as questões atinentes à utilização do solo urbano são de irrefutável relevância, visto que se inserem em um conjunto de temas relacionados ao almejado equilíbrio entre desenvolvimento socioeconômico e preservação ou melhoria da qualidade de vida humana, o que muitas vezes demanda uma conjugação entre interesses coletivos e particulares.

Em que pese esses problemas não se restrinjam aos limites das cidades, como se verá no desenvolvimento deste trabalho, pode-se afirmar que eles emergem a partir do momento em que o homem passa a se relacionar com outros homens e, com eles, formar uma comunidade capaz de lhes assegurar o mínimo de condições para sobrevivência, cuja evolução leva à construção da sociedade civilizada. Portanto, desde os primeiros agrupamentos humanos existia a necessidade de utilização dos elementos da natureza para satisfação das necessidades humanas. Por outro lado, a utilização racional do solo, especialmente no que se refere à distribuição espacial das atividades humanas sobre um determinado território, surge primeiramente com os problemas auferidos dentro das cidades, provenientes da grande concentração de massa populacional.

A problemática urbanística acentuou-se a partir da Revolução Industrial, em que a saída maciça da população rural para os centros industrializados gerou diversos inconvenientes no meio urbano, que não estava preparado para sustentar uma explosão demográfica. No Brasil, a aceleração desse processo verificou-se um pouco mais tarde, a partir da década de 50.

Tais inconvenientes conduziram à necessidade de se aprimorar uma ciência que, até então, era utilizada e concebida apenas como uma forma de dispor esteticamente sobre os centros urbanos, mais como uma arte do que propriamente como uma ciência, qual seja, o urbanismo. Este último se desenvolve com maior tecnicismo e caráter científico a partir do momento em que deve ser utilizado para investigar e propor soluções para os problemas urbanos advindos da eclosão demográfica.

O âmbito espacial de influência das cidades não se restringe aos limites tipicamente urbanos, razão pela qual a ciência urbanística expande também o seu alcance, de modo a investigar os problemas existentes nesse espaço territorial que não é rotulado como urbano, na acepção estrita da palavra.

Pode-se afirmar que a complexidade das relações traçadas entre o homem e o seu espaço de habitação e evolução inicia-se em um contexto particular, específico, que é a cidade e toma proporções regionais, nacionais e até globais. Essa extensão reflete-se no aparecimento de novos problemas, talvez ainda mais complexos em razão da dificuldade de se delimitar um local específico para o seu desenvolvimento e, consequentemente busca por soluções.

A partir daí, uma nova ordem de conhecimentos é formada com o fim de resolver tais problemas, agora denominados problemas de "macro ordenamento", que abrange também as antigas dificuldades locais referentes ao urbanismo propriamente dito. Trata-se, portanto, da ordenação do território, conceito empregado para designar o interesse que é próprio de toda a coletividade em que o solo, sobre o qual o homem assenta não só a sua moradia, mas todos os fatores decisivos para que possa desenvolver com plenitude as suas potencialidades, seja aproveitado ou utilizado de forma racional, ordenada, com vistas à qualidade de vida da presente e futuras gerações, buscando um equilíbrio entre interesses individuais e coletivos.

O mais extenso enfoque da ordenação do território, que contempla o urbanismo, fundamenta a utilização desse termo no presente trabalho, tanto para iniciar as considerações feitas acerca da tutela jurídico-constitucional da matéria, como para empregar a designação constante na parte final no tocante aos "delitos contra a ordenação do território".

Nesse passo, a comunidade jurídica não poderia ficar alheia às primeiras discussões relativas ao crescimento acelerado, constante e desordenado das cidades, bem como os efeitos nefastos à convivência e à sobrevivência do homem em comunidade e às dificuldades de maior extensão. Aliás, como será constatado, é patente a necessidade de regras jurídicas para disciplinar tanto o urbanismo concebido em suas primeiras manifestações, como a ordenação do território, que engloba o urbanismo, mas com ele não se confunde. O próprio vocábulo "ordenação", proveniente de ordem, congrega em si grande parte de normatividade jurídica, sem que isso implique qualquer desmerecimento das regras emanadas de outras ciências, mesmo porque a ordenação do território, é antes de se verificar o Direito da ordenação do território, uma política pública de correção dos desequilíbrios regionais.

A Constituição Federal de 1988, reflexo de uma moderna concepção de Estado de Direito, voltada ao bem-estar social, prevê diretrizes gerais de uma Política Urbana voltada à racional utilização dos espaços habitáveis, sempre com vistas à manutenção e melhoria da qualidade de vida humana. Nota-se, contudo, que a ordenação do território é pouco utilizada no texto constitucional, não obstante haja algumas referências terminológicas a ela, operadas no contexto do traçado político-urbano constitucional. Essa lacuna não é considerada nociva para

o desenvolvimento de uma futura política nacional de ordenação territorial, pois esta última não é em absoluto incompatível com as diretrizes constitucionais delimitadas para a efetivação de uma política urbana nacional. Trata-se, portanto, apenas de um reflexo do que se pode considerar como uma "não tradição" da comunidade jurídica brasileira em utilizar a expressão "ordenação do território".

A utilização racional do território é indispensável não só para que o homem possa se desenvolver com dignidade, na medida em que tenha acesso à moradia, emprego, transporte, saúde, educação, lazer, etc., mas também para a própria sobrevivência da comunidade na qual o homem está inserido. Em maior ou menor escala, isto é, sejam problemas de ordem estritamente urbanística, sejam de maior alcance, a fixação do ser humano em um espaço físico territorial enseja questões acerca da utilização racional do solo.

Assim, o Direito intervém estabelecendo ilícitos administrativos e penais, porém, com relação à proteção penal da ordenação do território, ao arrepio da melhor técnica legislativa, foi criado um tipo penal no contexto da lei dos crimes ambientais.

Por meio de pesquisa bibliográfica, a finalidade deste artigo é analisar a dupla incidência do Direito Penal e Administrativo para a regulação e repressão de condutas consideradas lesivas ao ordenamento urbano, a partir de uma distinção meramente quantitativa entre sanções penais e administrativas e aplicação do princípio do *ne bis in idem.*

2 Ilícito administrativo e ilícito penal: princípio do *ne bis in idem*

A tutela de bens jurídicos não é função exclusiva do Direito Penal, mas também de outros ramos jurídicos, entre os quais sobreleva o papel do Direito Administrativo, que mantém com aquele uma linha divisória bastante delgada, sobretudo no tocante à tutela de direitos metaindividuais, nos quais muitas vezes infrações administrativas são transformadas em delitos e vice-versa (PRADO, 2019).

A sobreposição de ilícitos de ambas as naturezas – penal e administrativa – conduz a pelo menos duas discussões mais profícuas que merecem destaque: se entre o ilícito penal e o administrativo existe uma diferença qualitativa ou quantitativa; e se a imposição de duas sanções, uma de cunho penal e outra de índole administrativa, sobre o mesmo fato – identidade entre fato, sujeito e fundamento – implicaria menoscabo direto do princípio *ne bis in idem.*

A problemática distinção entre os ilícitos penal e administrativo emerge com o advento do liberalismo, com o nascimento do Estado liberal, em que houve um incremento considerável da atividade administrativa do Estado, além da conversão do Direito Penal em um verdadeiro

expoente do Estado de Direito, na medida em que passa a vincular o exercício do *jus puniendi* ao princípio da legalidade dos delitos e das penas (CEREZO MIR, 1993).

Antes da Ilustração, o chamado Direito Penal de polícia (da administração), nascido com o Estado absolutista na Idade Moderna, não se diferenciava desde o ponto de vista jurídico material, do Direito Penal criminal ou judicial. A doutrina baseada na teoria jusnaturalista da Ilustração é que buscou identificar, pela primeira vez, a distinção entre esses âmbitos do Direito Penal, considerando ambos os fenômenos de forma racional e captando-os conceitualmente, a partir do que se pretendeu também elaborar dois conceitos distintos: de delito e de injusto policial (MATTES, 1979).

Com o crescimento da atividade administrativa do Estado, os meios coativos impostos à realização da própria atividade administrativa estatal se fizeram indispensáveis, razão pela qual, ao mesmo tempo em que o *jus puniendi* encontrava-se limitado pelo princípio da legalidade, houve uma extensão desmedida do âmbito de atuação do Direito Penal, dando lugar a uma verdadeira hipertrofia desse ramo jurídico (CEREZO MIR, 1993).

O primeiro dos problemas apontados consiste na natureza da distinção entre o ilícito penal e o administrativo, que se subdivide basicamente em duas correntes: uma que admite existir entre ambos uma diferença *qualitativa,* e outra que preconiza uma diferença meramente *quantitativa.* Discute-se, portanto, a existência de diferenças *ontológicas* entre delitos e infrações administrativas, assim como suas respectivas sanções. O emprego dessa expressão – "ontológica" – significa que se faz referência ao "ser", a natureza ou essência dessas infrações, de modo que, se ambas não se distinguem do ponto de vista ontológico, implica afirmar que são idênticas ou não-distintas por natureza ou essência, não obstante não haja qualquer identidade jurídica ou normativa (NIETO, 2006).

A origem da teoria qualitativa[1] reside na doutrina de James Goldschmidt, que propôs na Alemanha a separação do Direito Penal meramente administrativo do Direito Penal criminal propriamente dito, a partir de um critério *substancial* de diferenciação entre ilícito penal e administrativo, como, por exemplo, a contraposição entre um delito "natural", "metapositivo", que seria o delito próprio do Direito Penal criminal, e um delito "artificial", criado exclusivamente pela vontade estatal, que corresponderia ao delito administrativo (CEREZO MIR, 1993)[2].

---

[1] Adeptos dessa teoria, pode-se mencionar: FARIA (1961); SIQUEIRA (1947); CORREIA (1968); D'ÁVILA (2006)

[2] Goldschmidt propõe pela primeira vez a diferenciação entre um e outro ilícito (chamados delitos judiciais e administrativos) segundo a natureza das coisas, em que o conteúdo material dos delitos "judiciais" consiste no dano ou perigo, concreto e mensurável referente a um bem jurídico, enquanto que no delito administrativo, não

Em sentido um pouco diverso, opera-se uma distinção não com base na verificação de um "delito natural", referente a um Direito "natural", mas na inexistência de um desvalor ético-social ou significação cultural nos ilícitos administrativos que seriam, portanto, apenas ilícitos formais, não constituídos pela lesão ou perigo concreto a bem jurídico algum, mas pela lesão a um interesse da Administração (CEREZO MIR, 1993). Assim, o ilícito penal tem como *finalidade,* tratando-se essa distinção, portanto, de natureza teleológica (CORREIA, 1968), a realização de um "*valor de justiça,* ao passo que o ilícito administrativo se refere ao valor do *bem-estar público*" (COSTA, 2005, p. 61)[3].

Essa construção é contestável a partir de diversas perspectivas. Em primeiro lugar, o ilícito administrativo não pode ser considerado ético-socialmente ou culturalmente indiferente, pois o legislador, em todos os ramos jurídicos, estabelece mandatos e proibições para criar um estado ou situação valiosos, ou impedir um dano; a relevância cultural ou ético-social pode ser maior ou menor, mas constitui um fundamento material imprescindível a todo o Direito, sob pena deste último se tornar arbitrário ou despótico (CEREZO MIR, 1993).

Nesse passo, tampouco é convincente o argumento de que com o ilícito administrativo – ou no próprio Direito Penal administrativo – não há proteção de bens jurídicos, pois isso seria sugerir que o Direito Penal possui monopólio na tutela de autênticos bens jurídicos e ao Direito Administrativo estaria relegado o papel de amparar os interesses e as normas específicas da Administração, mediante a imposição das respectivas sanções[4].

Ocorre que a inflição de sanções administrativas também reflete um juízo desvalorativo de cunho ético-social referente à conduta individual que violou a norma administrativa, cuja gravidade *menor* em cotejo com a violação de uma norma penal incriminadora não implica a sua inexistência. Logo, entre sanções penais e administrativas só podem existir diferenças *quantitativas* (CEREZO MIR, 1993)[5].

---

há mais que uma relação estabelecida pelo dever de obediência do cidadão para o Estado (os órgãos administrativos), ou seja, a sua significação social não ultrapassa o âmbito dos interesses administrativos do Estado e não há dano concreto a bem jurídico (MATTES, 1979).

[3] Crítico a essa doutrina, o citado autor acusa a ilogicidade desse pensamento, pois "o ordenamento jurídico só pode prestar proteção a um *bem-estar comum* que seja *justo*" (COSTA, 2005, p. 62). Assim, também José Cerezo Mir (1993).

[4] Como bem se esclarece, segundo essa teoria, o ilícito administrativo não seria uma ação contrária ao *Direito,* mas sim à *Administração,* como reflexo de uma falta de *cooperação* do cidadão com a atividade administrativa do Estado; isso converteria o cidadão em mero colaborador da Administração Pública, obrigado a cumprir ordens administrativas, como se estivesse investido em *função pública.* No entanto, se assim o fosse, não haveria razão para que a mesma "falta de cooperação" deixasse de estar presente também no ilícito penal. Além disso, a *ordem pública* é um interesse da Administração tutelado por meio de preceitos jurídicos, logo, "o ilícito administrativo, à semelhança do ilícito penal, é lesão efetiva ou potencial de um bem jurídico" (HUNGRIA; FRAGOSO,1978, p. 36-37).

[5] "En conexión con la indicada concordancia de la posible concurrencia de protecciones jurídicas diversas, poseedoras de contenido y alcance propio, se ha detectado con acierto que lo que en verdad caracteriza al delito,

Esse é o entendimento predominante na doutrina, correspondente à diferenciação do ponto de vista *quantitativo* entre ilícito penal e administrativo, isto é, que não vislumbra entre eles uma distinção de cunho ontológico, mas apenas *quantitativa* ou de grau[6].

3 Dupla incidência do Direito Penal e Administrativo em matéria urbanística

A relação intrínseca que o Direito Penal mantém com o Direito Administrativo, especialmente em matéria urbanística, que é amplamente regulamentada por este último, releva-se na grande quantidade de tipos penais que fazem uso da técnica legislativa da norma penal em branco e de elementos normativos jurídicos ou extrajurídicos que fazem remissão à matéria administrativa (atos administrativos ou conceitos, por exemplo).

Trata-se de uma relação de *acessoriedade*, que deve refletir um sistema de dependência *relativa* entre a conformação do injusto penal e a norma administrativa, ou seja, o descumprimento da norma administrativa é parte constitutiva do tipo de injusto, mas sua configuração não depende dela integralmente, pois isso caracterizaria dependência absoluta, transformando o injusto penal em mera desobediência administrativa (PRADO, 2019a). Por outro lado, é admissível que determinados tipos penais sejam construídos sem qualquer vinculação à matéria administrativa, como ocorre no sistema de independência absoluta[7].

A relação entre Direito Penal e Administrativo pode se apresentar de diferentes formas. A primeira e menos problemática é a chamada *acessoriedade conceitual*, em que a norma penal incriminadora empresta do Direito Administrativo conceitos que lhe são próprios e os transforma em elementos normativos jurídicos do tipo (GRECO, 2006).

Há, ainda, a acessoriedade *normativa* ou *material* e a acessoriedade ao *ato administrativo*. A primeira concerne a uma remissão que a norma penal faz à norma administrativa (PRADO, 2019a), isto é, a uma lei ou outro ato normativo (decreto, regulamento, etc) de alcance geral, cuja lesão é determinante na conformação do injusto penal (GRECO 2006). Por sua vez, a segunda refere-se à atuação concreta da Administração, ou seja, o tipo

---

distinguiéndolo de los otros hechos antijurídicos, es la peculiar dañosidad o peligrosidad inherente al mismo, y, con mayor exactitud, la necesidad de recurrir a la pena ante la insuficiencia de otras sanciones" (POLAINO NAVARRETE, 1974, p. 283-284).

[6] HUNGRIA.; FRAGOSO, 1978. BRUNO, 1967; MARQUES, 1997; COSTA, 2005;. PRADO, 2019b; REALE JÚNIOR (2007); FELIPETO (2001); CEREZO MIR (1993); BOLDOVA PASAMAR (2007); ACALE SÁNCHEZ (1997); ROMERO REY (2000), entre outros. Há, de outro lado, quem afirme que o embate entre a tese qualitativa e a quantitativa carece de sentido, pois ambas procuram distinguir essas espécies de ilícitos a partir de critérios "metajurídicos" quando, na realidade, ao jurista não deveria importar a "natureza das coisas", mas apenas "a forma como elas são disciplinadas pelo direito positivo" (MELLO, 2007, p. 57).

[7] O sistema de independência absoluta ocorre geralmente no caso de irregularidades especialmente graves, que não possam ser admitidas em nenhuma hipótese, respeitados os limites impostos pela variedade e importância dos interesses protegidos, pelo estado de conhecimento das ciências naturais e avaliação dos riscos (HEINE, 1993).

penal exige a lesão de um ato administrativo específico (BOLDOVA PASAMAR, 2007b) como, por exemplo, o caso de uma conduta que seja efetivada em *desacordo* com uma autorização administrativa ou sem ele ("sem autorização da autoridade competente").

No Direito brasileiro, os delitos contra a ordenação do território, constantes em dois diplomas legais distintos (Lei n. 6.766/1979 e 9.605/1998), essa relação de acessoriedade com o Direito Administrativo é bastante evidente, sobretudo a acessoriedade ao *ato administrativo*, como se verá no momento de análise da estrutura dos tipos de injusto presentes nas respectivas leis.

O segundo problema de destaque consiste na verificação da existência de *bis in idem* quando há sobreposição de sanção penal e administrativa sobre um mesmo fato, com idênticos sujeitos e fundamentos.

Ora, se o Direito Penal deve ser a *ultima ratio legis* e, evidentemente, não sendo o único ramo jurídico a tutelar bens jurídicos, a falha das demais instâncias pressupõe a existência de uma ordem normativa prévia que, no caso, por se tratar de condutas lesivas ao ambiente, é composta de infrações administrativas e suas respectivas sanções. A dificuldade emerge quando a mesma conduta, com idêntica descrição típica, é objeto de regulamentação por ambas as esferas do ordenamento jurídico: pelo Direito Administrativo, que lhe impõe sanção administrativa, pelo Direito Penal, que lhe atribui a pena.

No ordenamento jurídico brasileiro, identificam-se dois diplomas legais, de naturezas diversas, que tipificam *as mesmas condutas* como infrações penais e infrações administrativas. O primeiro, a Lei 9.605/1998, que dispõe sobre sanções penais e administrativas contra condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e sobre os crimes ambientais propriamente ditos, dentre os quais se insere, equivocadamente, "os crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural" (art. 62 a 65). E o segundo, atualmente vigente, Decreto n. 6.514/2008, que revogou anterior Decreto n. 3179/1999, destina-se a regulamentar a Lei dos crimes ambientais, estabelecendo infrações e sanções administrativas ao ambiente, descrevendo como infrações administrativas as mesmas condutas tipificadas como *crimes* na Lei n. 9.605/1998.

Em outras palavras, no ordenamento jurídico brasileiro, o que é delito ambiental está previsto, de forma idêntica, como ilícito administrativo, sendo este último, curiosamente, criado em momento posterior ao correspondente tipo penal – no ano de 1999 pelo primeiro Decreto que regulamentou a Lei n. 9.605/1998 (Decreto n. 3179/1999) e mais recentemente em 2008, pelo Decreto n. 6514, que praticamente repete o conteúdo do primeiro com algumas modificações –, o que torna clarividente mais um dos inúmeros impropérios cometidos pelo legislador brasileiro na tutela jurídico-penal do ambiente.

A Lei n. 9.605/1998, em seu art. 64, estabelece pena de detenção de seis meses a um ano e multa para quem "Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida". Essa mesma lei contém um capítulo (VI) intitulado "Da infração administrativa", em que define infração administrativa ambiental (art. 70), dispõe sobre o processo administrativo para apuração dessas infrações (art. 71), estabelece quais são as sanções administrativas aplicáveis e suas particularidades (art. 72 e seguintes), apenas não determina as próprias infrações administrativas.

O Decreto n. 6.514/2008, de seu turno, repete parte do conteúdo da Lei 9.605/1998, trata de forma mais pormenorizada as sanções administrativas aplicáveis, em especial a advertência e as multas (subseções I e II) e prevê, em seu artigo 74, como infração administrativa a conduta de "Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida", à qual impõe a sanção de *multa* de $ 10.000,00 (dez mil reais) a R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Em outro dispositivo (art. 3º, VIII) esse mesmo Decreto, assim como a Lei dos crimes ambientais (art. 72, VIII), faz menção à "demolição da obra" como provável sanção aplicável às infrações administrativas. Entretanto, não há sua previsão como sanção em nenhuma de suas infrações especificadas, ainda que, em seu art. 19, traga algumas especificações acerca de sua aplicação[8]. Essa sanção, embora não prevista literalmente para quaisquer infrações determinadas, é também instituída como medida administrativa a ser tomada pelo agente autuante no uso de seu poder de polícia no preciso momento de constatação da infração ambiental (art. 101, VI do Decreto), o que deve se dar apenas de forma *excepcional* "nos casos em que se constatar que a ausência da demolição importa em iminente risco de agravamento do dano ambiental" (art. 112). Isto é, a demolição é prevista como sanção administrativa aplicável após o julgamento do auto de infração e como medida administrativa aplicável no momento da autuação pelo agente competente.

[8] "Art. 19. A sanção de demolição de obra poderá ser aplicada pela autoridade ambiental quando: I - verificada a construção de obra em área ambientalmente protegida em desacordo com a legislação ambiental; ou II - quando a obra ou construção realizada não atenda às condicionantes da legislação ambiental e não seja passível de regularização. § 1º A demolição poderá ser feita pela administração ou pelo infrator, em prazo assinalado, após o julgamento do auto de infração, sem prejuízo do disposto no art. 112. § 2º As despesas para a realização da demolição correrão às custas do infrator, que será notificado para realizá-la ou para reembolsar aos cofres públicos os gastos que tenham sido efetuados pela administração".

A demolição de obra só poderia ser imposta em duas hipóteses de infração administrativa, as únicas que fazem referência à construção ilegal, que são os arts. 66[9] e 74 do Decreto n. 6.514/2008, perfeitamente adequada às situações elencadas pelo art. 19, incisos I e II, que o decreto sob comento aduz como passíveis de serem sancionadas com a demolição da obra.

A redação do art. 19 do mencionado Decreto é redundante quando em cotejo com o art. 15 desse mesmo diploma legal: "Art. 15. As sanções indicadas nos incisos V a IX do art. 3º serão aplicadas quando o produto, a obra, a atividade ou o estabelecimento não estiverem obedecendo às determinações legais ou regulamentares". Ora, se a construção ou edificação ocorrer em área ambientalmente protegida em desacordo com a legislação ambiental ou não atender às condicionantes desta última, impassível de regularização, certamente não estará obedecendo às determinações legais ou complementares. Nesse caso, o art. 15, além de ser mais genérico, determina que as sanções dos incisos V a IX *serão* aplicadas, enquanto que o art. 19 indica que a demolição *poderá ser* aplicada.

O problema auferido é determinar se, em face de duas tutelas jurídicas de naturezas diversas, a dupla punição, uma no âmbito administrativo, outra na esfera penal, que é certamente o caso exposto acima, implicará ou não um reprovável *bis in idem.* Cumpre esclarecer, nesse passo, que o princípio do *ne bis in idem* visa impedir a dupla punição individual, tanto no que se refere à aplicação da pena, quanto à incidência de agravantes (aspecto material), ou que o indivíduo seja processado e julgado duas vezes (aspecto formal ou processual) pelo mesmo fato e sobre o mesmo fundamento – seu conteúdo substancial exige a tríplice identidade entre sujeito, fato e fundamento (PRADO, 2019b).

Para logo, nota-se que essa questão está intimamente relacionada com a própria distinção entre o ilícito penal e o administrativo que, como antes asseverado, é de ordem meramente *quantitativa.* Dessa forma, tendo em vista que entre ambos os ilícitos não há diferença de natureza *ontológica,* o princípio do *ne bis in idem* é perfeitamente aplicável para vedar a dupla punição – penal e administrativa – ao mesmo sujeito, com idênticos fato e

[9] O Art. 66 prevê infração administrativa relativa à poluição: "Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, em desacordo com a licença obtida ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes. Multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais)".

fundamento[10], que é precisamente o caso da existência de um tipo penal idêntico a uma infração administrativa[11].

Diante da incorreção da incidência concomitante da jurisdição penal e da ordem administrativa sancionadora para punir um indivíduo pelo mesmo fato e sob o mesmo fundamento, subsiste o problema de se determinar a prevalência de uma dessas instâncias para se evitar violação ao princípio do *ne bis in idem.*

A preferência da ordem penal sancionadora, nesse caso, justifica-se devido à relevância dos bens e interesses tutelados pela norma penal, à maior gravidade das condutas criminais com relação a outros comportamentos ilícitos, pois constituem – ou deveriam constituir – as formas mais intolerantes de agressão a bens jurídicos vitais para o indivíduo e sociedade (BOLDOVA PASAMAR, 2007a). Todavia esse critério não é suficiente para se determinar qual dessas ordens sancionadoras prevalecerá no caso de aplicação da Lei n. 9.605/1998 ou do Decreto n. 6.514/2008, uma vez que as condutas tipificadas como delitos ou infrações administrativas, respectivamente, são idênticas, aparentemente de mesma gravidade e tutelam o mesmo bem jurídico.

No aspecto processual, a superioridade da jurisdição penal se deflagra do arcabouço de princípios e garantias processuais constitucionalmente assegurados no curso de toda a persecução penal, que nem sempre se verifica no decorrer de um procedimento administrativo para apuração da correspondente infração.

A primazia da jurisdição penal sobre a ordem administrativa sancionadora é também defensável a partir de uma conciliação entre o princípio da divisão dos poderes (BOLDOVA PASAMAR, 2007a)[12] e o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública (art. 37, *caput*, CF/88), que "expressa a ideia da lei como instrumento mais apropriado para definir o regime de certas matérias (princípio da prioridade e prevalência da lei, princípio da reserva

---

[10] Por outro lado, partindo-se da distinção ontológica ou qualitativa entre infração administrativa e delito, a consequência é inversa: não haverá *ne bis in idem*, pois não restará caracterizada a tríplice identidade exigida pela ausência do mesmo *fundamento*, sobretudo quando se parte da ideia de que não há um desvalor ético-social no ilícito administrativo, em que se estaria tutelando apenas o interesse da Administração, ao passo que no delito há tutela de bem jurídico e desvalor ético-social da conduta (Aponta esse setor doutrinário, ACALE SÁNCHEZ, 1997).

[11] Assevera-se, ainda, que em razão do princípio da segurança jurídica, deveria ser evitada a dupla *tipificação* por um e outro ramo do ordenamento jurídico do mesmo fato (ACALE SÁNCHEZ, 1997).

[12] "Esse é um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota. Consta de seu art. 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido. Exprimem, a um tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes*" (SILVA, 2007, p. 110).

legal), e de 'instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração'" (BACELLAR FILHO, 2003, p. 158)[13].

A fim de reforçar a conjugação de princípios feita para respaldar a prevalência da jurisdição penal, menciona-se o princípio da *submissão ao controle jurisdicional*, que fundamentalmente advém princípio da legalidade, consoante o qual toda atividade da Administração pode ser submetida a julgamento pelos órgãos judiciais, na hipótese de vir a lesionar direitos ou interesses de quaisquer pessoas e entidades (públicas ou privadas)[14]

Como consequência disso, a atividade da ordem administrativa deve ser retardada até que seja concluído o processo penal, suspendendo a tramitação do procedimento administrativo que já estiver em curso (ROMERO REY, 2000).

No entanto, se a sanção administrativa já tiver sido executada, caberá deduzi-la da sanção penal, se ambas possuírem a mesma natureza (por exemplo, duas multas ou duas sanções restritivas de direitos) ou, se de naturezas diversas (*v.g.*, uma multa e uma pena privativa de liberdade), poder-se-á recorrer à nulidade ou revisão das atuações administrativas (BOLDOVA PASAMAR, 2007a). Esta última solução, todavia, é questionável com relação à aplicação de multas administrativas e penais no sistema jurídico brasileiro, uma vez que as primeiras são geralmente superiores às segundas (RAMOS, 2005) e, portanto, a compensação de uma na aplicação da outra seria infactível, não logrando evitar a ocorrência de *bis in idem.*

De outra parte, verificando-se primeiramente o término do processo penal, a Administração estará impedida de atuar para sancionar o mesmo fato, salvo se houver absolvição fundamentada em causa diversa da *inexistência* do fato, hipótese em que há possibilidade de apreciação da ocorrência de infração administrativa (BOLDOVA PASAMAR, 2007b).

Diante da situação de embate entre uma infração administrativa albergada no Decreto 6.514/2008 e um delito da Lei 9.605/1998, pode-se afirmar que a declaração de *atipicidade* da conduta ao final de um processo penal, por exemplo, quando a conduta real não se subsome ao modelo previsto no tipo legal, excluirá também a tipicidade da respectiva infração administrativa, visto que as descrições das condutas são idênticas em ambos os casos.

A superveniência do Decreto n. 6.514/2008 e o anterior Decreto n. 3.179/1999, considerados em conjunto com a Lei n. 9.605/1998, na realidade não significou grande avanço

---

[13] "A atividade administrativa deve ser desenvolvida nos temos da lei. *A Administração só pode fazer o que a lei autoriza*: todo ato seu há de ter base em lei, sob pena de invalidade. Resulta daí uma clara hierarquia entre a lei e o ato da Administração Pública: este se encontra em relação de subordinação necessária àquela" (SUNDFELD, 2003, p. 159).

[14] Cf. SANTAMARÍA PASTOR, 2005; BERTONCINI, 2002.

no desenvolvimento de um "Direito Ambiental sancionador", hábil a tutelar o bem jurídico ambiente de forma eficaz[15].

Primeiramente, porque a mera promulgação de diplomas legislativos não resolve os problemas de eficácia da sua aplicação prática. Em segundo lugar, essa criação afronta o princípio da intervenção mínima, que deve conduzir o Direito Penal, uma vez que fatos idênticos e de mesma gravidade, são sancionados por este último e pelo Direito Administrativo de forma concomitante, fato do qual sobressai a indagação a respeito da utilização exclusivamente simbólica do Direito Penal, além de importar reprovável *bis in idem.*

4 Considerações finais

Os bens jurídicos, compreendidos como entes dotados de relevância ao ser humano e à sociedade, são objeto de proteção de todo o ordenamento jurídico, que comporta distintos graus de repressão de acordo com a gravidade das condutas reprováveis.

O ordenamento urbano, enquanto bem jurídico de caráter transindividual – transcendente da esfera individual, mas a ela referida – é regulado pelo Direito Administrativo e pelo Direito Penal.

O Direito Penal deve ser compreendido, dentro de um Estado democrático de Direito, como *ultima ratio legis*, ou seja, como "soldado de reserva" – o último a ser utilizado para proteção de bens jurídicos, com relação a condutas mais graves, quando os demais ramos do Direito mostram-se insuficientes para exercer a referida tutela (concepção minimalista de Direito Penal).

De acordo com essa orientação, é preferível utilizar outros ramos do ordenamento jurídico para regulamentar comportamentos e situações por meio da imposição de sanções de natureza extrapenal, como consequência jurídica aplicada a determinadas infrações normativas em matéria de planejamento urbano e ordenação do solo em geral.

A cominação de sanções administrativas com relação a determinados comportamentos lesivos ou perigosos reflete um juízo desvalorativo de cunho ético-social de menor grau (quantitativamente menor), quando comparado ao juízo desvalorativo contido na sanção penal, mas que não se diferenciam desde um ponto de vista ontológico. Portanto, entre sanções penais e administrativas só podem existir diferenças quantitativas – de grau – e não qualitativas.

[15] Tampouco houve qualquer *despenalização* das condutas previstas como crimes da Lei 9.605/1998, que permanecem em pleno vigor (Em sentido contrário, RAMOS, 2005, p. 120).

Com relação aos ilícitos urbanos (penais e administrativos), especialmente a promoção de construção ilegal, constatou-se que há uma completa sobreposição da conduta incriminada (art. 64, Lei 9.605/1998) e da infração administrativa (art. 74, Decreto 6.514/2008).

Considerando a indistinção ontológica entre uma sanção e outra, punir duplamente o indivíduo pelo mesmo fato e sob o mesmo fundamento, implica violação do princípio do *ne bis in idem*, que veda precisamente a dupla punição do mesmo indivíduo, pelo mesmo fato e sob o mesmo fundamento.

Nesse sentido, infere-se que a dupla incidência de sanção penal e administrativa em hipótese alguma representa a evolução para um Direito Administrativo sancionador. A criação de um Direito administrativo sancionador visaria *afastar* a incidência do Direito Penal e reforçar o sistema administrativo para prevenção e reprovação de condutas lesivas ou perigosas a determinados bens jurídicos, com previsão de sanções mais severas e, para isso, deve importar o sistema de garantias individuais tradicionalmente aplicáveis ao Direito Penal e Processual Penal. A incidência dupla de um e outro não afasta a aplicação do Direito Penal, apenas acrescenta punição de outra natureza jurídica pelo mesmo fato.

Referências

ACALE SÁNCHEZ, Maria. **Delitos Urbanísticos**. Barcelona: Cedesc, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeo Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siquiera Nunes. **Princípios de Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. **Los delitos urbanísticos**. Barcelona: Atelier, 2007a.

_____. Fundamentos de la punición de los delitos urbanísticos en el Derecho Penal español. Ciências Penais, São Paulo: RT, a. 4, v. 6, p. 65-96, jan./jun. 2007b.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal. **Parte geral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. I.

CEREZO MIR, José. Sanções penais e administrativas no Direito Espanhol. Trad. Luiz Regis Prado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 1, n. 2., p. 27-40, abr./jun. 1993.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. Coimbra: Almedina, 1968.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal**. Parte geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Direito Penal e Direito sancionador. Sobre a identidade do Direito Penal em tempos de diferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 14, n. 60, p. 9-35, jun. 2006.

FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro comentado**. Rio de Janeiro: Record, 1961, v. I.

FELIPETO, Rogério. **A reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: DelRey, 2001.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: a. 14, n. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006.

HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el Derecho Penal del ambiente. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, t. XLVI, v. I, p. 289-315, en./abr. 1993.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, t. II.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas, SP: Bookseller, 1997, v. I.

MATTES, Heinz. **Problemas de Derecho Penal administrativo**: historia y derecho comparado. Trad. José María Rodríguez Devesa. Madrid: EDERSA, 1979.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4 ed. Madrid: Tecnos, 2006.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El bien jurídico en el Derecho Penal**. Sevilla: Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal do Ambiente**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

_____. **Tratado de Direito Penal brasileiro.** Parte geral. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

RAMOS, Érika Pires. **Direito Ambiental Sancionador**: conexões entre as responsabilidades penal e administrativa. In: KRELL, Andréas J. (org.); MAIA, Alexandre da. (coord.). A aplicação do Direito Ambiental no Estado Federativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis (coord.). **Direito Penal contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: RT, 2007.

ROMERO REY, Carlos. Interrelaciones entre la protección penal y la protección administrativa de la ordenación del territorio. En especial el artículo 319 del Código Penal. **Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente**, Madrid, a. XXXIV, v. 34, n. 177, p. 99-120, abr./mayo. 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. **Principios de Derecho Administrativo General**. Madrid: Iustel, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.