ILMO. SR. PRESIDENTE DA UNIDADE REGIONAL COLEGIADA (URC) DO ALTO SÃO FRANCISCO.

38
4

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 3249/2005

PROCESSO: COPAM / PA / N º 0061/1985/015/2006

SIDERURGICA ALAMO LTDA., empresa já qualificada, vem, tempestivamente, apresentar seu **RECURSO** à instância ad quem, contra decisão proferida e recebida pela empresa em 25/06/2008, nos autos supra referendados, pelos fatos e fundamentos que passa a: expor:

1. DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A **IMPUGNANTE** teve sua defesa indeferida pela decisão da Unidade Regional Colegiada (URC) do Alto São Francisco, entretanto sem que fosse encaminhada qualquer cópia dos pareceres técnicos e jurídicos, suficientes à descaracterizar a defesa contra a autuação.

Ora, estranho seria se o órgão público, em um lampejo de legalidade, assumisse a ilegalidade da aplicação de suas multas, baseada em Decreto, além de prática reiterada de aplicação de multas por fiscais não designados para a função de agente, ex vi do artigo 70 , §1º , da Lei 96095/98.

Além do que nega também, aplicação da lei mais benéfica, LEX MITIOR, ou aceita que não houve constatação de poluição, haja vista que não foram feitas medições técnicas de constatações de danos, mas apenas, e tão somente, auto de fiscalização.

2. DAS NULIDADES DO AUTO DE INFRAÇÃO

É de se espantar que no Estado de Direito em que vivemos, haja multas aplicadas em Decretos, pois a Lei 7772/80 NÃO delegou poderes ao Governador do Estado, para via Decreto, tipificar multas e quantifica-las, bastar ler a lei. A delegação quando muito será a de "regulamentar a lei", não pode um decreto extrapolar a sua expressa permissão.

A Constituição Federal em seu artigo 5º , inciso II, é clara ap determinar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, e data vênia, DECRETO não é Lei

Com efeito, a malfadada previsão contida no auto de infração foi editada pelo Governo de Minas Gerais, sem permissão do legislativo, e vem à revelia da ordem jurídica e constitui em violação do direito legalmente deferido ao Requerente, não podendo a Administração Pública, em quaisquer de seus setores, editar normas prevendo infração e sanção administrativa, sem disposição legal expressa.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada unicamente ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade e muito menos vontade pessoal; por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente, aos interesses sociais.

Não há, dessa forma, como se emprestar legalidade as Decretos, através da compatibilização deste princípio com o poder discricionário. Isto porque, quando se justifica a competência discricionária, a faculdade discricionária, o poder discricionário da administração, não se está justificando qualquer ação arbitrária, realizada ao arrepio da lei. O poder discricionário não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão com observância e sujeição a ela.

A doutrina ainda assinala que o ato, embora resultante do poder discricionário da administração, não pode prescindir de certos requisitos, tais como a competência legal de quem os pratica, a forma prescrita em lei e o fim indicado no texto legal em que o administrador se apóia.

O Exmo. DR. Juiz Federal Dr. Ricardo Machado Rabelo, em exercício na Eg. 11ª Vara Federal de Belo Horizonte, sentenciando o Processo nº 93.3506-1, a propósito de semelhante causa, comentando sobre as sanções decorrentes do Poder de Polícia, com muita propriedade, asseverou:

"Com efeito, num Estado que se propõe a ser Democrático e de Direito, como o Brasil dos dias atuais, (art. 1º, Constituição Federal), onde o primado da lei se impõe com a manifestação da vontade soberana do povo, o Administrador, especialmente no exercício do importantíssimo Poder de Polícia, deve sempre ter o cuidado de, antes de qualquer iniciativa, verificar se está credenciado pela lei a agir. Se assim não proceder, estará desvirtuando-se da sua função capital que é a de "aplicar a lei de ofício", na definição de Seabra Fagundes, e dando asa a que o Poder Judiciário invalide seus atos, com prejuízo para todos".

A exigência da multa imposta pelo auto de infração atacado é totalmente impertinente, porque não tem base legal, uma vez que foi instituída por decreto, e capitulada como amparo justificador da autuação, sendo, pois, INCONSTITUCIONAL.

No entanto, a norma constitucional é expressa ao estabelecer que **"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei".**

Demais disso, tanto a jurisprudência, como a doutrina pátria são, atualmente, pacíficas, no sentido de que as portarias, instruções normativas, resoluções, regulamentos, decretos, etc, não se enquadram no princípio da legalidade, não podendo ser consideradas LEI, em sentido formal, e não se prestando para estabelecer deveres e obrigações aos particulares.

Ademais, em nosso sistema jurídico, que expressa e tradicionalmente acolhe o **PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**, é juridicamente impossível a aplicação de penalidade através de decreto, seja pela definição de qualquer ato ou omissão como infração, seja pela fixação de pena para determinada infração (CF 67 -art. 150, Emenda Const. 01/69 -art. 153;CF 88 - art. 5º, II).

Consabidamente, a lei que atende ao princípio da legalidade é somente aquela que provém do Poder Legislativo e é aprovada segundo o processo legislativo previsto na Constituição.

Revela acrescentar, a propósito, que, "se não existe a norma legal, a solução reclamada para a proteção ambiental não é criar ou aplicar a lei ilegalmente, mas providenciar sua existência legítima, posto que, afinal, se a FEAM cuida dos específicos interesses da coletividade, o **ESTADO DE DIREITO** exige que se imponha respeito aos direitos individuais."

Dentro desta mesma linha a Primeira Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, decidindo na AMS 92.01.04942-O/MG, Relator Juiz Aldir Passarinho Júnior, unânime, em 16/06/93 (DJ 22/08/94, p. 44927), assim se expressou, na parte final da Ementa:

> ***"A Constituição Federal protege o meio ambiente e compete ao IBAMA envidar os esforços à sua preservação, mas tem de fazê-lo com observância das normas que disciplinam a sua atuação. Sem isso, malfere o direito líquido e certo de terceiros e impõe-se a sua imediata reparação através do remédio, também constitucional, do "writ of mandamus"***

Não havendo, portanto, dispositivo legal (lei estrito senso) expresso, não se pode exigir sob pena da ocorrência de ato inconstitucional. A regulamentação e individualização da pena é matéria específica e exclusiva de lei, não tendo as multas impostas, por isto, suporte legal.

No nosso ordenamento jurídico, é pacífica a tese de que portarias, instruções normativas, decretos, como atos administrativos emanados do poder executivo, visam somente a disciplinar o funcionamento da administração e a conduta funcional de seus agentes. E como atos ordinários da administração, só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que as expediu.

Neste mesmo sentido, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal - STF - RF - 107/65 e 277, 112/202).

Seguindo ainda o mesmo princípio, o Prof. Geraldo Ataliba ("in" Revista Forense, 1987, vol. 297, p. 41), opina:

> *"O regulamento não pode criar obrigação para terceiro, que não os subordinados hierárquicos do chefe do Poder Executivo que o editou".*

Por sua vez, José Amado Nascimento ("in" Enciclopédia Saraiva de Direito - Coordenação do Prof. R. Limongi França - São Paulo - Saraiva, 1977, Vol. 61, p. 02) comentou:

> *"O princípio supremo da legalidade, em direito positivo, é o princípio da constitucionalidade: todas as leis e atos jurídicos devem subordinar-se às normas e princípios da Constituição Federal. A consciência jurídica nacional tem formulado inúmeros princípios da legalidade que se encontram nos diversos setores do direito pátrio. Relativamente aos indivíduos, diante de outros indivíduos, ou diante das autoridades, o princípio da legalidade vem expresso fortemente no parágrafo 2º, do art. 153 da Constituição Federal" (grifamos)*

Não resta qualquer dúvida, portanto, que houve invasão de competência por parte do Governo de Minas Gerais que ao baixar decreto, fixou tipificou multas, criou valor penalidades, deixando de observar o ordenamento jurídico então reinante, **PORQUE NÃO TINHA O GOVEENO DE MINAS GERAIS PODER PARA TANTO.**

Ainda dentro deste mesmo conceito, é que se vê pela decisão do Eg. Tribunal Regional Regional - 1ª Região, através de sua Quarta Turma - AC nº 93.01.14176-0/GO, prolatada em 07/06/93, rel. Juíza Eliana Calmon, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO - IBAMA - INFRAÇÃO - SANÇÃO PECUNIÁRIA - LEGALIDADE INSTRUMENTAL1. Os atos normativos oriundos de decretos-lei ou neles apoiados só têm valia se abrigados pela exceção constante do art. 25 do ADCT.2. Portaria do IBAMA que, derivada de delegação de competência contida em Decreto-Lei não abraçado pelo Congresso Nacional, apresenta-se ilegal.3. **Só a lei, em sentido formal e material, pode descrever infração e impor penalidades.** (grifos próprios)

Ainda dentro da mesma tese, o **PODER JUDICIÁRIO** também tem reprimido essa agressão aos tradicionais princípios de direito aos órgãos que insistem na aplicação de sanções administrativas e penas pecuniárias instituídas através de portarias ou decretos.

É o que se vê pelo acórdão unânime também desse Colendo TRF - 1ª Região, na AC nº 93.01.06117-1/GO, Relator Juiz Nelson Gomes da Silva, Quarta Turma, publicado no DJ de 04/110/93, página 41.297, exarado nos seguintes termos:

> **"ADMINISTRATIVO - IBAMA - AUTO DE INFRAÇÃO - PORTARIA Nº 267/88.** Não pode o Administrador, por mera Portaria, definir infração ou cominar penalidade sem que lei anterior o tenha feito. A expressão "em virtude de lei", constante do inciso II, do art. 5º da CF/88, não abrange os "atos administrativos", o decreto, o regulamento, a portaria, a circular, etc. Somente a lei, em sentido estrito do vocábulo, como ato normativo primário pode ordenar que se faça ou que se deixe de fazer alguma coisa".

E, ainda dentro desse mesmo prisma, existem outras decisões, também do Eg. TRF - 1ª Região, por sua 4ª Turma, todas com votos unânimes tendo como relatora a Excelentíssima Juíza Eliana Calmon, decisões estas proferidas em 26/04/93, nas ACS nº s 93.01.8698-O/GO e 93.016115-5/GO; em 26/05/93, na AC nº 93.01.8768-5/GO; em 07/06/93, na AC nº 93.01.14176-0/GO; e, em 09/06/93, nas ACS nºs 93.01.14177-9/GO e 93.01.14102-7/GO, além de outras.

3. DA FALTA DE COMPETÊNCIA LEGAL DO FISCAL AUTUANTE

Segundo Hely Lopes Meirelles, ao relacionar os requisitos fundamentais de exame do ato administrativo, que constituem a sua própria estrutura, seja ele vinculado ou discricionário, simples ou complexo, de império ou de gestão, aponta como primeiro e mais importante dos requisitos, a competência para prática do ato, pois nenhum ato pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para fazê-lo.

Ainda nas palavras do Mestre:

"Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é invalido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. Daí a oportuna advertência de Caio Tácito de que" não é competente quem quer, mas quem pode, segundo norma do direito.

A competência administrativa, sendo um requisito de ordem pública, é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada e avocada, desde que o permitam as normas reguladoras da Administração. Sem que a lei faculte essa deslocação de função não é possível à modificação discricionária da competência, porque ela é elemento vinculado de todo ato administrativo e, pois, insustentável de ser fixada ou alterada ao nuto do administrador e ao arrepio da lei." .

Ainda na mesma linha, Diógenes Gasparini assim se pronuncia quanto ao conceito de "Agente Público Competente":

"O ato administrativo não surge "spont sua". Deve ter um editor. Esse é o agente público. Isso, no entanto, não é tudo, pois o agente público há de ser competente, isto é, ser dotado de força legal para produzir esse ato. Agente público competente é o que recebe da lei o devido poder para o desempenho de suas funções. Vê-se, pois, que o ato administrativo há de resultar do exercício das atribuições de um agente competente, sob pena de invalidação." (In Direito Administrativo. – Ed.Saraiva – 7ª Edição - pág. 58)

Daí se afirmar, a D. Autoridade Autuante, Sr. Jorge Homero Penalva da Silva, **sequer funcionário da FEAM**, NÃO POSSUÍA competência legal e técnica para lavrar o Auto de Infração ou aplicar penalidades pecuniárias, pois, não estava instituído na função pública de FISCAL, o que depende de ato específico do Poder Público, precedido de concurso e publicado em órgão da Imprensa Oficial.

A própria Norma Geral, Lei Federal de crimes ambientais 9.605/98, inclusive sobre as penas pecuniárias administrativas, é clara ao determinar em seu artigo 70 e § único, o que se segue:

> *"Art. 70 - Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente."*
>
> *§ 1º - São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como, os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha."* (grifo próprio).

Por estas razões deverá o Auto de Infração ser considerado NULO seu nascedouro, é o que se requer em preliminar.

5. DOS FATOS

D. Julgador, aquela atividade não causou qualquer "dano ao meio ambiente", não sendo assim, passível de qualquer processo administrativo, ainda mais na quantificação utilizada, *multa gravíssima*.

A empresa se adequou sim, a todos os comandos da FEAM, não havendo qualquer dano, razão pela qual o fiscal não realizou a constatação de fatos, mas apenas auto de fiscalização, quando ao apurar qualquer dano deveria ter feito "laudo" de constatação com respectiva, **ART – Anotação de Responsabilidade Técnica – do CREA**.

As razões de fato da empresa sequer foram analisadas pelos técnicos da FEAM.

Desta forma, requer que seja a sua defesa tecnicamente analisada, para se apurar o devido processo legal.

Por fim, requer diante das preliminares argüidas e diante da realidade fática, que seja cancelado Auto de Infração em comenda, tudo de conformidade com a Lei e com os princípios que regem os atos administrativos, fazendo jus a empresa à assinatura de Termo de Compromisso, com efetiva redução do valor da multa, após a devida análise do processo, o que fica desde já, cautelosamente, também requerido.

Nestes termos, pede deferimento.

Belo Horizonte, 15 de julho de 2008.

P/ SIDERURGICA ALAMO LTDA