

11961/2009/007/2013

ROLIM, VIOTTI & LEITE CAMPOS

advogados

ILMO. SR. SUPERINTENDENTE DA SUPERINTENDÊNCIA REGIONAL DE
REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL DO NORTE DE MINAS – SUPRAM-NM

Ref.: Auto de Infração nº 64032/2013
Processo nº 11961/2009/007/2013

MINERAÇÃO RIACHO DOS MACHADOS (MRDM), já qualificada nos autos do processo administrativo em epígrafe, vem, tempestivamente, por seus procuradores infra-assinados, conforme instrumento de procuração já juntado aos autos, apresentar **RECURSO**, nos termos do art. 43 do Decreto Estadual nº 44.844/2008, conforme fundamentos a seguir expostos.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Nos termos do art. 43 do Decreto Estadual 44.844/08, *"da decisão a que se refere o art. 41 cabe recurso, no prazo de trinta dias, contados da notificação"*.

O Ofício nº 1258/2015 SUPRAM-NM (Doc 01 em anexo) contendo a notificação acerca do julgamento da Defesa foi recebido pela Recorrente em 04/09/2015 (Doc 02 em anexo) sendo o prazo final para apresentação do recurso dia 05/10/2015, razão pela qual o presente recurso é próprio e tempestivo

Nesse contexto, requer o encaminhamento do recurso à autoridade competente para análise e julgamento, na forma do art. 43 do Decreto Estadual nº 44.844/08.

Supram NM



Pericial Copas 02/10/2015 14:51 - 8049060/2015

2. SÍNTESE DOS FATOS

Recorrente foi autuada por suposta ocorrência das infrações previstas nos códigos 122, 123, 126 e 213 do anexo do Decreto Estadual nº 44 844/08, que assim dispõem:

Código 122: Causar poluição ou degradação ambiental de qualquer natureza que resulte ou possa resultar em dano aos recursos hídricos, as espécies vegetais e animais, aos ecossistemas e habitats ou ao patrimônio natural ou cultural, ou que prejudique a saúde, a segurança, e o bem estar da população.
Classificação: Gravíssima

Código 123: Realizar atividade que cause degradação ambiental mediante assoreamento de coleções de água ou erosão acelerada nas Unidades de Conservação.
Classificação: Gravíssima

Código 126: Transportar, comercializar, armazenar, dispor ou utilizar resíduos perigosos em fabricação de produtos sem licenciamento ambiental ou em desacordo com ele.
Classificação: Gravíssima

Código 213: Extrair água subterrânea sem a devida outorga ou em desconformidade com a mesma.
Classificação: Grave

Nos termos da decisão proferida nos autos deste processo, a autoridade julgadora decidiu por acolher parcialmente a Defesa Administrativa para cancelar as multas referentes aos códigos 123 e 126 previstos no Decreto 44.844/2008, mantendo as demais penalidades.

As penalidades previstas nos códigos 122 e 213 do anexo do Decreto Estadual nº 44 844/08, foram mantidas em razão dos seguintes fundamentos:

“Isso posto, não devem prosperar os argumentos utilizados pela defesa para descaracterização das infrações descritas pelos códigos 122, com a circunstância agravante do art. 68, inciso II, alínea “b”, e 213, visto que a autuada não ofereceu provas que efetivamente refutassem a análise feita pelo agente ambiental. Quanto à alegação de que não houve poluição, a autuada apresentou “análises” posteriores à fiscalização o que não serve de meio eficaz para comprovação da qualidade do solo e da água à data da vistoria. Da mesma forma, a afirmação de que a extração de água não estava em desconformidade com a outorga para uso industrial não foi acompanhada de

nenhuma comprovação efetiva ou supedâneo legal, motivo pelo qual deve prevalecer o atestado de agente fiscalizador

(...)

Ademais, as infrações nas quais foi enquadrada a autuada tratam de condutas distintas, o que fica claro ao se observar os verbos nucleares dos tipos. Por isso, cabível sua cumulação, não procedendo o argumento de que teria ocorrido "bis in idem"

Nesse sentido, o órgão julgador entendeu que a Recorrente não apresentou provas aptas a descaracterizar a suposta alegação de poluição.

Não concordando com a aplicação de tais penalidades, a Autuada vem recorrer nos seguintes termos e fundamentos:

3. MÉRITO

3.1. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PREVISTO NO CÓDIGO 122 – ATIPICIDADE DA CONDUTA – INEXISTÊNCIA DE POLUIÇÃO

A tipicidade é a adequação do fato concreto à letra da lei. É requisito da tipicidade a existência de um fato materialmente típico que preencha todos os requisitos objetivos contidos na lei e individualizadores de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico. **Todavia, a conduta da Autuada, simplesmente, não corresponde à tipificação legal do Código 122.**

Isso porque, o Código 122 do Decreto Estadual nº 44.844/08 prevê como condição para caracterização da infração o fato do empreendedor/autuado efetivamente causar "poluição ou degradação ambiental de qualquer natureza que resulte ou possa resultar em dano aos recursos hídricos, às espécies vegetais e animais, aos ecossistemas e habitats ou ao patrimônio natural ou cultural, ou que prejudique a saúde, a segurança, e o bem estar da população"

Assim, não basta uma irregularidade, uma alteração qualquer na característica do solo ou um impacto ambiental de qualquer natureza. Para caracterização do tipo previsto no Código 122 é indispensável que se verifique a ocorrência de poluição.

O Auto de Infração e o respectivo Auto de Fiscalização indicam a suposta caracterização de poluição com base na alegação "*o molhamento de vias internas do empreendimento com água proveniente das cavas norte e sul, as quais continham teores de arsênio e metais pesados acima dos parâmetros aceitáveis para esse uso, conforme legislação em vigor.*"

A fiscalização não realizou qualquer medição ou análise laboratorial do solo ou águas para realizar o enquadramento acima. Com isso, houve uma presunção de poluição, contudo, sem provas ou indícios de prejuízos/danos ambientais.

Por outro lado, para demonstrar a inexistência de poluição, antes mesmo da lavratura da autuação, a MRDM já havia providenciado a análise pormenorizada dos eventuais impactos ambientais de tais atividades e se teria havido, de fato, qualquer poluição.

Antes da autuação, nos termos do Ofício nº 482/2013 a SUPRAM solicitou a análise supracitada, cujo prazo foi prorrogado pelo Ofício nº 975/2103 (doc anexo à defesa). Com isso, a MRDM ainda estava dentro do prazo concedido para prestar as informações solicitadas, mas da fiscalização precipitou-se em autuar pressupondo a existência de uma contaminação que, na verdade, não ocorreu.

Conforme comprovado pelos resultados laboratoriais de qualidade de águas e de solo, que se foram apresentados juntamente com a Defesa, o molhamento das vias e a transferência de água das cavas Norte e Sul para a Barragem de Rejeito não causou alterações de qualidade no ambiente natural, bem como ocorreram em conformidade com os documentos autorizativos emitidos pelo órgão ambiental competente.

Para conferência dos valores máximos permitidos, foram consideradas a Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH nº 01/2008 para a qualidade de



água e a Deliberação Normativa Conjunta COPAM/CERH nº 02/2010 para qualidade dos solos.

Assim, é importante refutar a alegação contida na decisão de primeiro grau de que a Recorrente não teria apresentado provas da inexistência da poluição.

MUITO PELO CONTRÁRIO, HOUE SIM A APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DE ANÁLISES LABORATORIAIS, DE LABORATÓRIO CREDENCIADO A ESTE ÓRGÃO AMBIENTAL.

Portanto, tal prova produzida é forte, fidedigna, e apta a demonstra a inexistência de danos ou poluição ambiental. E, por outro lado, a fiscalização não apresentou ou indicou qualquer prova de poluição ou dano efetivo, o que demanda pelo cancelamento da autuação.

A aplicação da penalidade prevista no Código 122 é injusta e indevida, conforme demonstrado na Defesa e reiterado nos termos deste Recurso.

i. Qualidade das Águas

A Mina de Riacho dos Machado tem os recursos hídricos superficiais e subterrâneos do empreendimento e área do entorno monitorados desde 1999, processo iniciado pela, então, Companhia Vale do Rio Doce (CVRD), à época proprietária dos direitos minerários. A partir de 2008 o monitoramento é realizado trimestralmente pela MRDM.

Em atendimento à Condicionante nº 07 da Licença de Instalação, foi oportunamente apresentado à SUPRAM NM o *Plano de Ampliação e Revisão da Nova Rede de Monitoramento das Águas Superficiais e Subterrâneas*. Com base nessa Rede, uma malha de 39 pontos é atualmente praticada, abrangendo 17 pontos de monitoramento de águas superficiais e 22 pontos de monitoramento de águas subterrâneas.

O monitoramento foi realizado pelas empresas IBILAB ANÁLISES DE QUALIDADE (Laboratórios Ibituruna Ltda.) e LABORATÓRIO DE ANÁLISE DE ÁGUAS E EFLUENTES LTDA (LAAE LABORATÓRIO AMBIENTAL), localizados no município de Montes Claros/MG. A MRDM utiliza, ainda, os serviços do Laboratório BIOAGRI AMBIENTAL LTDA. Todos os laboratórios são devidamente certificados e realizam suas atividades conforme os procedimentos nacionais e internacionais de amostragem e análise de águas (ABNT e *Standard Methods for Examination of Water and Wastewater*). Os Certificados dos Laboratórios seguem anexados a esta Defesa.

Os resultados das campanhas de água são regularmente protocolados na SUPRAM-NM. Para a comprovação da qualidade das águas outorgadas para uso humano e industrial referentes ao PA-18 e PA-19, respectivamente, os resultados das análises são apresentados na documentação anexa.

O quadro abaixo relaciona os pontos, com as respectivas coordenadas.

Relação de Pontos de Análise de Água

Poço	Propriedade	UTM N (SAD'69)	UTM E (SAD'69)	Bacia Hidrográfica	Tipo
PA-18	MRDM	8223760	700037	Córrego Olaria	Subterrâneo
PA-19	MRDM	8224639	699571	Córrego Mumbuca	Subterrâneo

Quanto ao Arsênio (As) elemento ressaltado na autuação em foco, observa-se nos resultados obtidos para todos os pontos **valores inferiores** ao limite máximo permitido na DN Conjunta COPAM/CERH 01/2008, ou seja, 0,01mg/L para "As" Total. Note-se que a norma não estabelece valores limites para "As" Dissolvido, já que todo o "As" Dissolvido na amostra é também identificado na avaliação de "As" Total, mais abrangente que a análise de "As" Dissolvido.

A documentação anexa à Defesa apresenta o resultado das análises de qualidade da água realizada em setembro de 2013 dos pontos viáveis à época, que compõem a malha de monitoramento de águas superficiais e subterrâneas da MRDM e demonstram, portanto, a regularidade quanto a este aspecto.

ii. Qualidade do Solo

As análises do solo foram realizadas pela Empresa SGS – Geosol, certificada e reconhecida conforme certificado anexo à Defesa.

Os resultados geoquímicos nos pontos amostrados demonstram ocorrência de baixas concentrações de metais no solo, inferiores aos seus respectivos Valores de Investigação determinados na Deliberação Normativa COPAM Nº 166, de 29 de junho de 2011 (que altera o Anexo I da Deliberação Normativa COPAM CERH Nº 2 de 6 de setembro de 2010, estabelecendo os Valores de Referência de Qualidade dos Solos), indicando a não existência de riscos potenciais à saúde humana decorrentes do manejo da água das cavas utilizada para a aspersão nas vias de acesso e nos sítios das estruturas de beneficiamento.

As investigações acerca da qualidade dos solos foram feitas em duas campanhas: uma considerando o percurso utilizado para deságue da água da Cava Sul para a Barragem de Rejeito em solo natural e outra considerando os locais onde foi utilizada água das cavas para umidificação de vias.

Para investigação do percurso da água no deságue da Cava Sul, foram amostrados 05 (cinco) pontos ao longo do percurso, desde o divisor topográfico de águas até a montante da Barragem de Rejeitos. O mapa com a identificação georreferenciada dos 05 (cinco) pontos amostrados e os resultados das análises laboratoriais são apresentados em anexo

Considerando o elemento Arsênio (As), é importante ressaltar que ele está presente na condição natural do solo. Análises realizadas pela Vale, então CVRD,

entre os anos de 1982 e 1985 – período anterior ao início da atividade minerária na região -, indicam concentrações naturais de Arsênio superiores aos valores de prevenção (VP) previstos na norma e, inclusive, superiores aos aferidos nas análises realizadas recentemente.

Conforme a norma supracitada – DN COPAM 16602/2011, o valor de prevenção equivale a 15 mg/Kg de solo seco e o valor de investigação a 150 mg/Kg de solo seco. O valor de prevenção foi ultrapassado no Ponto 03 (25,8 mg/Kg), no Ponto 04 (17,6 mg/Kg), e no Ponto 05 (48,4 mg/Kg).

No entanto, como pode ser observado no Mapa anexo à Defesa, pontos investigados pela CVRD entre os anos de 1982 e 1985 (antes da implantação da mina da CVRD) nas proximidades dos pontos citados acima indicam concentrações de até 120 mg/Kg. Na região do corpo mineralizado – inclusive em áreas que não foram e não serão lavradas –, as concentrações de "As" podem ultrapassar 1.000 mg/Kg em razão da condição natural do solo e geologia local (*baseline*).

Os valores de "As" aferidos em todas as amostras encontram-se inferiores aos valores máximos de investigação para áreas industriais estabelecidos na norma supracitada, sendo que pela condição natural do solo, algumas áreas possuem concentração acima do valor de prevenção, embora, estejam abaixo do limite do valor de investigação.

A segunda campanha foi realizada, após recebimento do ofício SUPRAM NM nº482, de 24 de maio de 2013, pela empresa WaterGeo (doc. anexo à defesa), tendo avaliado os pontos de amostragem abaixo:

RELAÇÃO DOS PONTOS DE AMOSTRAGEM			
PONTOS	UTM (Datum SAD'69 23S)		DESCRIÇÃO DO PONTO
	Norte	Leste	
SLBR01	8223838	699830	Acesso ao Britador
SLMB01	8224018	701740	Maciço da Barragem
SLMB02	8223946	701716	Maciço da Barragem - Branco
SLBA01	8224258	701290	Barragem
SLBA02	8224325	701379	Barragem - Branco
SLCP01	8223246	699753	Acesso à Cabeça de Pedra
SLP101	8223716	700261	Acesso a Portaria 01 (Antiga)
SLP201	8222207	700105	Acesso a Portaria 02
SLP202	8222184	700127	Acesso a Portaria 02 - Branco
SLES01	8220620	701837	Estrada de acesso à MRDM (Manoel)
SLES02	8220641	701847	Estrada de acesso à MRDM (Manoel) - Branco
SLES03	8220915	702293	Estrada de acesso à MRDM (Ponte)
SLES05	8220910	702310	Estrada de acesso à MRDM (Ponte) - Branco
SLES04	8220666	703258	Estrada de acesso à MRDM (Trevo após a ponte)
SLES06	8219765	708549	Estrada de acesso à MRDM (saída para Riacho dos Machados - asfalto)

O relatório anexado à Defesa Administrativa apresentou e explicou detalhadamente os resultados das análises.

Fato é que não se identificou qualquer alteração/piora na condição natural (*baseline*) ou anterior do solo (*background*) que possa caracterizar poluição. Na maioria dos pontos, os resultados estão abaixo do Valor Máximo Permitido (VP), sendo que em alguns outros pontos alguns valores variam acima deste patamar, embora, abaixo do limite de investigação. Entretanto, tais alterações estão devidamente justificadas no Relatório Técnico anexo, que evidencia tratar-se de condição anterior do solo (geologia local e *baseline*).

Em síntese, as áreas onde foi realizado o molhamento das vias apresentam resultados dentro dos parâmetros legais, considerada a geologia local demonstrada através das análises de solo anexas, não se vislumbrando, pois, poluição ou degradação ambiental.

Conforme se verifica nas análises laboratoriais e relatórios técnicos anexos, inexistiu indício de poluição, muito pelo contrário, existe prova do atendimento dos parâmetros legais de solo e águas subterrâneas, razão pela qual não se caracteriza o tipo do Código 122 nesse caso em exame.

Com efeito, não ocorreu nenhuma poluição, o que seria elemento essencial para caracterização do tipo infracional em exame.

A comprovação técnica de que inexistiu poluição ambiental, respaldada em relatório lavrado por equipe multidisciplinar e análise laboratorial e automonitoramentos, demanda pela descaracterização da autuação.

Por outro lado, para aplicação da sanção prevista no Código 122 do citado Decreto Estadual, é indispensável que haja prova de dano ambiental ou, no mínimo, reste caracterizada a potencialidade de danos ambientais.

Contudo, considerando que os parâmetros legais de água e solo estão sendo atendidos pela Autuada, inexistiu qualquer prova ou indício de dano ambiental e tampouco potencialidade de danos.

Ante o exposto, é necessária a descaracterização da infração prevista no Código 122 e cancelamento das respectivas multas aplicadas.

3.2. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO PREVISTA NO CÓDIGO 213

A aplicação da penalidade prevista no Código 213 também deve ser cancelada, senão vejamos

3.2.1. VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O TIPO PREVISTO NO CÓDIGO 122

A aplicação da penalidade prevista no Código 213 (“Extrair água subterrânea sem a devida outorga ou em desconformidade com a mesma”) se baseou na seguinte

conduta descrita no Auto de Fiscalização "Extrair água do desaguamento das cavas em desacordo com a outorga, uma vez que o uso deveria ser industrial e não para o molhamento de vias"

Contudo, tal atividade (molhamento das vias com água da cava) – que inclusive poderia ser considerada como integrante do processo industrial da mina e, portanto, incluída nas outorgas anteriormente concedidas à MRDM – já foi considerada como incurso no tipo infracional do Código 122, assim caracterizada na autuação:

"- Causar poluição por meio do molhamento de vias internas do empreendimento com água proveniente das cavas norte e sul, as quais continham teores de arsênio e metais pesados acima dos parâmetros aceitáveis para esse uso, conforme legislação em vigor

Código 122: *Causar poluição ou degradação ambiental de qualquer natureza que resulte ou possa resultar em dano aos recursos hídricos, às espécies vegetais e animais, aos ecossistemas e habitats ou ao patrimônio natural ou cultural, ou que prejudique a saúde, a segurança, e o bem estar da população.*
Classificação: Gravíssima

Resta, pois, evidente que o fato de extrair água da cava para molhar a via já foi objeto de penalidade administrativa.

Em observância ao princípio do *NON BIS IN IDEM* estabelece que ninguém poderá ser punido mais de uma vez por um mesmo fato. A este respeito, ressalta FÁBIO MEDINA OSÓRIO.

"Tal princípio, em nosso sistema, está constitucionalmente conectado às garantias de legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88

(...)

A idéia básica do non bis in idem é que ninguém pode ser condenado duas ou mais vezes por um mesmo fato, eis uma concepção praticamente universal."
(destaques nossos)

Ainda nesse sentido, o autor ÉDIS MILARÉ:

"Assim é, em virtude do repúdio de nosso sistema jurídico às sanções múltiplas, baseadas em fato único, por ferirem de morte o consagrado princípio do *non Bis in idem*, por força do qual o Estado não deve punir em duplicidade a mesma pessoa, em razão da mesma infração"² (destaques nossos)

Não obstante, o Auto de Infração em exame prevê a tipificação da conduta da MRDM nos códigos 122, e 213, sendo que a única conduta descrita no Auto de Fiscalização para justificar essa penalidade é o uso das águas da cava para molhamento das vias. As consequências deste ato seriam, em tese, "causar poluição" e "utilizar recursos hídricos em desconformidade com a outorga"

Vê-se que o Código 122 ("causar poluição de qualquer natureza") corresponde a uma conduta qualificada, mais grave, que engloba e absorve a conduta prevista no código 213, pois a suposta poluição decorreria do próprio uso da água da cava. Caso mantida a penalidade do Código 122, *ad argumentandum*, será incompatível manter também a penalidade do Código 213, pois uma foi o meio utilizado para a ocorrência da outra.

Isso porque a poluição, a contaminação de solo, do ar ou dos recursos hídricos pressupõe, evidentemente, que alguém lançou ou dispôs substâncias poluidoras no ambiente em desconformidade com a legislação.

Não existe outra forma de poluir e, portanto, o tipo previsto no Código 122 abarca/engloba e absorve os tipos mais específicos que contêm as condutas "meio" para se atingir aquele resultado negativo (poluição ou degradação ambiental)

Dito isso, frisa-se que é vedado à administração pública desmembrar uma mesma conduta em vários tipos infracionais menores que integram a infração mais gravosa e, com isso, aplicar diversas penalidades ao administrado, sob pena de se punir alguém várias vezes pelo mesmo fato (*BIS IN IDEM*).

² MILARÉ, Édís *Direito do Ambiente. A Gestão Ambiental em Foco*. Editora Revista dos Tribunais, 6ª Edição, p. 906, 2009

Ademais, o princípio da absorção (ou princípio da consunção) determina que uma conduta ilícita será considerada absorvida por outra (para efeito de aplicação da pena) quanto houver uma **sucessão de condutas com nexos de dependência** ou por estar englobada em tipo mais amplo.

De acordo com tal princípio amplamente utilizado no Direito Penal (e também aplicável ao direito administrativo sancionador), o "crime fim" absorve o "crime meio". Por exemplo: O indivíduo que falsifica identidade para praticar estelionato. Este só responderá pelo crime de estelionato e não pelo crime de falsificação de documento. Exemplo 2: O indivíduo que usa arma de fogo para assassinar outra pessoa. Este responderá apenas pelo homicídio e não pelo crime de porte ilegal de arma de fogo e tampouco pelo crime de lesão corporal, pois são pressupostos para a prática do homicídio. Este é, em síntese, o princípio da consunção.

E vale ressaltar que os procedimentos para apuração de infrações administrativas, evidentemente processos sancionadores do Estado, são regidos pelos mesmos princípios que regem o Direito Penal, conforme cediça jurisprudência dos Tribunais Superiores, da qual, a título meramente exemplificativo, seguem abaixo transcritos os seguintes acórdãos:

Prevalecem na esfera criminal os princípios da aplicação da lei mais benéfica e do início da prescrição, à falta de disposição em contrário, a partir do dia em que o crime se consumou.

O direito disciplinar não é infenso à analogia penal. Antes, ao que ensina Themistocles Cavalcanti – **no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios** (relativos à prescrição criminal) **podem ser também aplicados por analogia** (Direito e Processo Disciplinar, p. 179).

(...)

Na verdade, em se tratando de matéria punitiva, os mesmos princípios de Direito Penal devem ser aqui aplicados razão pela qual, a prescrição deve ser contada a partir da data da prática da falta disciplinar. (STF, RE 78.917/SP, Primeira Turma, extratos do voto do Relator, o Ministro Luiz Galotti, RTJ 71/284-destacou-se)

DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANÇONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM ARTS. 615, §1º E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO RECURSO PROVIDO.

1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, a atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública

se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina.

(...)

3. Os regimentos internos dos órgãos administrativos colegiados sancionadores, qual o Conselho da Polícia Civil do Paraná, devem obediência aos postulados do Processo Penal comum; prevalece, por ser mais benéfico ao indiciado, o resultado de julgamento que, ainda que por empate, cominou-lhe a sanção de suspensão por 90 dias, excluindo-se o voto presidencial de desempate que lhe atribuiu a pena de demissão, porquanto o voto desempatador é de ser desconsiderado.

4. Recurso a que se dá provimento, para considerar aplicada ao Servidor Policial Civil, no âmbito administrativo, a sanção suspensiva de 90 dias, por aplicação analógica dos arts. 615, § 1º e 664, parágrafos único do CPP, inobstante o douto parecer ministerial em sentido contrário.

(STJ, RMS nº 24.559/PR, Quinta Turma, Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 01/02/2010 – destacou-se)

Nesse caso, portanto, resta evidente que há duplicidade na aplicação de penalidades, vez que a fiscalização se baseou em um mesmo ato (uso da água das cavas para molhamento das vias internas) para enquadrar a conduta em vários códigos de infração (*BIS IN IDEM*) e, mais, aplicou penalidade para a conduta meio e para a conduta fim, o que também encontra óbice no PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO/ABSORÇÃO e caracteriza um excesso de punição do administrado, violando uma série de princípios de direito administrativo e constitucional, inclusive, da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade.

Embora as tipificações sejam indevidas no caso em exame, conforme será demonstrado no mérito desta Defesa, frisa-se desde logo a impossibilidade da atuada ser penalizada em duplicidade (e muito menos três vezes) pelo mesmo fato, sob pena de *BIS IN IDEM* e *CONSUNÇÃO*, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

Fato é que a aplicação da sanção prevista no Código 213 não pode coexistir com a aplicação da sanção prevista no Código 122 para um mesmo fato, sob pena de *bis in idem*.

Assim, a conduta mais grave absorve a conduta meio de menor gravidade, razão pela qual deve ser cancelada a penalidade de multa prevista no Código 213, diante da impossibilidade de coexistência com o tipo previsto no Código 122 no caso concreto em exame.

3.2.2 – Inexistência de Uso em Desconformidade com a Outorga

Não bastasse o acima exposto, os seguintes fatos e fundamentos também demandam pela descaracterização da autuação em relação à penalidade prevista no Código 213.

A MRDM obteve outorga para uso da água das Cavas para seu processo produtivo, conforme Certificado de Outorga em anexo.

Contudo, a fiscalização entendeu que molhamento das vias não seria uso industrial e, portanto, não estaria contemplado nessa outorga genérica.

O equívoco na autuação, *data venia*, é conceitual. Isso porque.

- 1) **Inexiste previsão legal para emissão de outorga específica para molhamento de vias.** Assim, é inexigível que MRDM obtenha outorga específica para esta atividade quando a legislação e os procedimentos da SEMAD não preveem esse tipo de outorga específica.

Portanto, a fim de utilizar a água das cavas a MRDM somente poderia solicitar a outorga para uso industrial de forma ampla, ou seja, englobando as atividades inerentes ao processo produtivo da mina, descritas no processo de licenciamento.

- 2) A MRDM agiu com boa fé ao utilizar a água acumulada na cava mediante a prévia outorga de recursos hídricos, entendendo que esta abarca as atividades inerentes ao seu processo industrial descrito no Plano de Controle Ambiental – PCA e demais projetos e estudos apresentados no

licenciamento ambiental, que expressamente previam o molhamento das vias como condição para instalação e operação.

- 3) Ademais, mineração é uma atividade industrial, não havendo dúvidas a respeito disso. Assim como as vias e o seu molhamento não podem ser consideradas como partes separadas da mina. Muito pelo contrário, o conceito de Mina definido no Art. 6º do Decreto-Lei 227/1967 expressamente inclui as áreas e benfeitorias necessárias à extração e beneficiamento do minério, nos seguintes termos:

"Art. 6º. Classificam-se as minas, segundo a forma representativa do direito de lavra, em duas categorias:

(..)

Parágrafo único. Consideram-se partes integrantes da mina:

- a) edifícios, construções, máquinas, aparelhos e instrumentos destinados à mineração e ao beneficiamento do produto da lavra. desde que este seja realizado na área de concessão da mina;*
- b) servidões indispensáveis ao exercício da lavra;*
- c) animais e veículos empregados no serviço;*
- d) materiais necessários aos trabalhos da lavra, quando dentro da área concedida; e*
- e) provisões necessárias aos trabalhos da lavra, para um período de 120 (cento e vinte) dias."*

Com efeito, as vias internas que possibilitam o trajeto dos veículos e a extração do minério até a planta de beneficiamento são partes integrantes da mina e o molhamento dessas vias internas para controle de poeira constitui atividade inerente e indispensável para a mineração e, portanto, integrando o conceito de mina e da atividade industrial em questão.

Ante o exposto, não subsiste no mérito a autuação em relação ao tipo previsto no Código 213 do Decreto Estadual nº 44.844/08, razão pela qual a penalidade deve ser cancelada

4. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS

Embora as razões acima demandem pela descaracterização da autuação em exame, apenas por estrito respeito ao princípio da eventualidade, caso se entenda pela manutenção de qualquer das sanções administrativas previstas no Auto de Infração, a MRDM requer subsidiariamente o seguinte:

4.1. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 68, I, "b" DO DECRETO 44.844/08 PARA O CÓDIGO 122.

Primeiramente, salienta-se que a poluição não restou evidenciada tecnicamente e, por outro lado, a MRDM demonstrou o atendimento dos parâmetros legais de água e solo.

Ademais, o Auto de Infração não justificou o acréscimo de 30% com base no art. 68, I, "b" do Decreto 44.844/08 para o Código 122, simplesmente marcando esse acréscimo sem nenhuma motivação explícita. Esse vício de motivação, por si só, já demandaria pela exclusão dessa agravante.

A citada agravante determina o aumento da multa em 30% quando houver "*danos ou perigo de dano à saúde humana*". Ocorre que inexistente qualquer vítima humana ou risco à saúde humana em razão dos fatos descritos na autuação. Prova disso são os resultados das análises de solo e água anexas a esta defesa. Ademais, nenhuma comunidade foi atingida no caso em exame em razão dos fatos descritos na autuação.

Não bastasse o acima exposto, o descabimento desta espécie de agravante em relação ao tipo 122 ainda é patente, visto que o dano ou perigo de dano à saúde humana já constitui parte integrante do tipo, senão vejamos:

Código 122: Causar poluição ou degradação ambiental de qualquer natureza que resulte ou possa resultar em dano aos recursos hídricos, às espécies vegetais e animais, aos ecossistemas e habitats ou ao patrimônio natural ou

cultural, ou que prejudique a saúde, a segurança, e o bem estar da população.

Ora, se o risco de prejuízo à saúde humana já é parte integrante do tipo infracional do Código 122, torna-se absolutamente descabido adicionar 30% sobre o valor da pena prevista em razão de uma agravante que repete elemento do próprio tipo.

O dano ou risco de dano é parte integrante do próprio tipo infracional e, obviamente, não pode ser também objeto de agravante.

A própria natureza da infração prevista no Código 122 – que é considerada gravíssima – considera a multa mais pesada em razão de tais riscos, não podendo o mesmo critério de majoração ser aplicado duas vezes.

Pela simples leitura do art. 68 do Decreto Estadual nº 44.844/08 é fácil perceber que algumas circunstâncias agravantes e atenuantes não se aplicam a determinadas infrações, tal como é o caso em exame.

Diante do exposto, mesmo que se entenda ser cabível a infração prevista no Código 122, deve ser decotada da mesma a agravante supracitada.

4.2 REDUÇÃO EM 50% DO VALOR DA MULTA EM RAZÃO DA REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL

Nos termos do art. 49 do Decreto Estadual nº 44.844/08, as multas poderão ter seu valor reduzido no caso de atendimento da legislação e regularização do empreendimento, após a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, nos seguintes termos.

Art. 49. As multas poderão ter sua exigibilidade suspensa nos seguintes casos:
III - assinatura do termo de ajustamento de conduta, quando houver aplicação da penalidade de multa, exclusivamente ou cumulada com penalidades distintas das de suspensão ou de embargo

(.)