

ILMO. SR. PRESIDENTE DA URC COPAM NOROESTE DE MINAS

Ref.: Auto de Infração nº 73188/201

17000003231/17

Abertura: 06/09/2017 15:26:46

Tipo Doc: RECURSO ADMINISTRATIVO

Unid Adm: SUPRAM NOROESTE DE MINAS

Seq. Int: PROTOCOLO/RECEPÇÃO DA SUPRAM

Seq. Ext: JOSÉ AMÉRICO CARNIEL

Assunto: RECURSO ADM. REF. AI. 73188/2016.

JOSÉ AMÉRICO CARNIEL, brasileiro, casado, agricultor, CPF nº 097.857.529-68, domiciliado à Av. Castelo Branco, 465, Bairro Barroca, na cidade de Unaí, Minas Gerais, vem respeitosamente perante V. Exma. apresentar o presente:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra o indeferimento à defesa administrativa ao Auto de Infração nº 73188/2016 lavrado pela Polícia Militar de Minas Gerais na data de 19/12/2016, pelos argumentos e fatos que passa a expor:

1) Da Tempestividade:

Preliminarmente, pugna o AUTUADO pelo CONHECIMENTO da presente defesa, tendo em vista a sua apresentação NO DEVIDO PRAZO LEGAL de 30 (trinta) dias, contados do conhecimento do indeferimento da defesa administrativa do Auto de Infração, o que

ocorreu no momento do recebimento deste pelos Correios, com AR em 06/08/2017.

Isto posto, reafirmamos os fatos, fundamentos legais e jurisprudenciais para melhor esclarecimento da Autoridade julgadora objetivando demonstrar o descabimento da presente autuação e dos argumentos desprovidos de base legal do indeferimento da defesa administrativa, tendo em vista o não cometimento de conduta ilícita pelo AUTUADO.

2) Do Parecer Único:

No Parecer Único - Defesa, indexado ao Processo CAP nº 462545/16, datado de 03/08/2017, traz os itens principais reivindicados na defesa administrativa, que ora é negada, são eles:

- 1.1. Incompetência técnica do agente fiscalizador;
 - 1.2. Insuficiência da base legal - Menção ao Decreto e não à Lei;
 - 1.3. Ausência de infração - Denúncia espontânea;
 - 1.4. Aplicação de atenuantes do artigo 68 do Decreto Estadual nº 44.844/2008, alíneas "c", "e", "f" e "i";
 - 1.5. Penalidade de suspensão das atividades
-

3) Das negativas e argumentações:

"1.1. Incompetência técnica do agente fiscalizador;"

No Parecer Único, cita-se que a Polícia Militar de Minas Gerais - PMMG tem convênio com a SEMAD para fiscalização e a aplicação de sanções por infrações as normas ambientais. O que é dado por várias leis estaduais.

Aqui não estamos questionando a competência da entidade Polícia Militar de Minas Gerais, mas sim do servidor Policial Militar NILSON FRANCISCO DOS S. SILVA.

Insistimos em observar a incompetência técnica e funcional do Policial Militar NILSON FRANCISCO DOS S. SILVA para a lavratura de auto de infração, uma vez que o mesmo não possui atribuições emanadas pela legislação pátria para imposição de sanções administrativas.

Os ocupantes de tais funções devem ser pessoas qualificadas, aptas e designadas a desenvolverem com conhecimento técnico as suas prerrogativas, pois a fiscalização deve ser exercida dentro de variáveis técnicas, as quais são de conhecimento de analistas ambientais e não de meros técnicos que não possuam habilitação no assunto.

A Constituição Federal, I, art. 37, nos traz, que para o exercício da função pública, além de ter a aprovação em concurso público de provas, e este em de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, vejamos:

"II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em **concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego**, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (grifo nosso)

Ou seja, quando se fala em complexidade do cargo ou emprego, e para investi-lo, o funcionário deverá ter conhecimentos específicos de acordo com sua função, caso do analista ambiental.

Os ocupantes de tais funções devem ser pessoas qualificadas e aptas a desenvolverem com conhecimento técnico as suas prerrogativas, pois a fiscalização deve ser exercida dentro de variáveis técnicas, as quais são de conhecimento de analistas ambientais e não de meros técnicos que não possuam habilitação no assunto.

No art. 4º, caput e inciso I, da Lei Federal nº 10410, de 11 de janeiro de 2002, dá-se a atribuição de fiscalização somente ao analista ambiental:

"Art. 4º São atribuições dos ocupantes do cargo de Analista Ambiental o planejamento ambiental, organizacional e estratégico afetos à execução das políticas nacionais de meio ambiente formuladas no âmbito da União, em especial as que se relacionem com as seguintes atividades:

I - regulação, controle, *fiscalização*, licenciamento e auditoria ambiental; " (grifo nosso).

Neste mesmo sentido, o Estado de Minas Gerais também criou o cargo de Analista Ambiental pela lei nº 15461, de 13 de janeiro de 2005, e suas atribuições estão descritas no item II.2, alínea "a", do anexo II:

"II.2.1 - Analista Ambiental: desenvolvimento

das atividades técnicas e logísticas de nível superior relativas ao exercício das competências constitucionais e legais a cargo dos órgãos e das entidades em que são lotados os cargos das carreiras do Grupo de Atividades de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, em especial as que se relacionem com:

a) regulação, controle, **fiscalização**, licenciamento, perícia e auditoria ambiental;" (grifo nosso).

Nota-se que o servidor que subscreveu o auto de infração em tela não é Analista Ambiental, o que por si só já é motivo para a invalidação do ato administrativo em tela, pois somente os analistas ambientais são competentes para a realização das atividades diretamente ligadas à fiscalização.

Mas não somente basta ser concursado para poder atuar como agente fiscalizador, além de ser investido no cargo através de concurso específico para a função de **analista ambiental**, é também exigível que seja **designado para o cargo**. Vejamos isto no regramento legal na Lei dos Crimes Ambientais, Lei Federal nº 9605/1998, §1º, art. 70:

§ 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 Capitâneas dos Portos, do Ministério da Marinha. (grifo nosso)

O que continuamos questionando é fato do agente atuador o Policial Militar NILSON FRANCISCO DOS S. SILVA, não ser analista ambiental e também não ser designado para tal função e não ter

atribuição, como assim determina a Lei Federal nº 9605/1988, §1º, art. 70, assim sendo, não está apto a lavrar Autos de Infração Ambiental.

Neste mesmo sentido, entende os doutos desembargadores do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a autoridade competente para as atividades de fiscalização, mesmo sendo concursado, investido no cargo de analista ambiental, mas não sendo designado para a atividades de fiscalização, também não está apto a lavrar Auto de Infração Ambiental. Vejamos o entendimento:

Processo

Ap Cível/Reex Necessário 1.0223.11.0159363/001 015936316.2011.8.13.0223 (1)

Relator(a)

Des.(a) Claret de Moraes

Órgão Julgador / Câmara

Câmaras Cíveis / 6ª CÂMARA CÍVEL

Súmula

SEGUNDO RECURSO PROVIDO. PRIMEIRO RECURSO NÃO PROVIDO

Comarca de Origem

Divinópolis

Data de Julgamento

22/09/2015

Data da publicação da súmula

06/10/2015

Ementa

EMENTA: RECURSOS DE APELAÇÃO - EMBARGOS À EXECUÇÃO - INFRAÇÃO AMBIENTAL - MULTA AUTORIDADE INCOMPETENTE PARA A LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO - LEI FEDERAL N. 9.605/1998 - INEXISTÊNCIA DE PRÉVIO ATO DE DESIGNAÇÃO - NULIDADE DESCONSTITUIÇÃO - DO CRÉDITO PROCEDÊNCIA DO PEDIDO SEGUNDO - RECURSO PROVIDO.

- A validade do ato administrativo está condicionada à higidez dos elementos que o compõem competência e/ou sujeito, forma, motivo, objeto e finalidade.

- A FEAM, como órgão integrante do SISNAMA Sistema Nacional do Meio Ambiente, instituído pela Lei Federal n. 6.938/1981 (art. 6º), submete-se ao regramento estabelecido no parágrafo único, do art. 70, da Lei Federal nº 9.605/1998, motivo pelo qual, para fins de aferição da competência funcional do agente atuador da infração, é imprescindível expressa e prévia designação do referido servidor.

- Inexistindo em relação ao agente atuador da infração questionada a designação específica, mediante portaria, para o exercício das funções correlatas à fiscalização ambiental, eis que se pautou

a embargada na competência funcional do referido servidor público, com base na dicção contida nos artigos 14 a 16, do Decreto Estadual n. 39.424/1998, **configura-se a nulidade do Auto de Infração** que deu ensejo à CDA executada.

- Procedência do pedido. Reforma da sentença. Segundo recurso provido.

...

A validade do ato administrativo está condicionada à higidez dos elementos que o compõem competência e/ou sujeito, forma, motivo, objeto e finalidade.

A FEAM, como órgão integrante do SISNAMA Sistema Nacional do Meio Ambiente, instituído pela Lei Federal n. 6.938/1981 (art. 6º), submete-se ao regramento estabelecido no parágrafo único, do art. 70, da Lei Federal nº 9.605/1998, motivo pelo qual, **para fins de aferição da competência funcional do agente autuador da infração, é imprescindível expressa e prévia designação do referido servidor.**

Inexistindo em relação ao agente autuador da infração questionada a designação específica, mediante portaria, para o exercício das funções correlatas à fiscalização ambiental, eis que se pautou a embargada na competência funcional do referido servidor público...(grifos nosso)

Não restando dúvidas pela interpretação o Egrégio Tribunal, da nulidade do Auto de Infração, pela condição em o agente que lavrar Auto de Fiscalização Ambiental não ser designado para tal função por não cumprir o pressupôs dado pelo parágrafo único, do art. 70, da Lei Federal nº 9605/1998.

Insistimos que neste diapasão, transcreve-se trecho da obra "Manual de Direito Administrativo, 13ª edição, páginas 12 e 13 de lavra do douto Professor José dos Santos Carvalho Filho, a seguir:

"O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não sendo, a atividade é ilícita."

"Não custa lembrar, por último, que na teoria do Estado Moderno há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a

atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto em lei."

HELY LOPES MEIRELLES, na mesma linha de pensamento, em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro" já ensinava que:

"todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da administração".

Por todo o exposto, fica patente que não é possível outorgar para agente público um poder para lançar multas vultuosas se este não possui a capacitação técnica exigida para o ato. Sendo o servidor que lavrou ao auto questionado é incompetente para o exercício da fiscalização e estando o auto de infração maculado por vícios insanáveis, desde já requer a NULIDADE do mesmo.

Não obstante, a ação estatal deve obedecer aos princípios da administração pública, em especial o da EFICIÊNCIA, assim consolidado na Constituição Federal em seu artigo 37:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)"

Acerca do princípio da eficiência, colaciona Hely Lopes Meirelles que definiu-a como:

"o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros." (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998)

Inegável, pois, que o agente atuante DEMONSTRE sua condição técnica e legal ao AUTUADO, para que o ato seja revisto de eficiência e transparência, atendendo assim aos outros princípios constitucionais da administração pública, o que não ocorreu.

Voltamos a mencionar que no Parecer Único que indeferiu a defesa, este cita várias vezes que a Lei Estadual e concomitante a convênios autorizam e atribuem a PMMG Ambiental as atividades de fiscalização ambiental. Este fato não é questionado em nenhum momento da Defesa Administrativa do Auto de Infração, nem sequer foi mencionado este assunto e muito menos questionado a legalidade das atribuições da PMMG.

Porém, não ficou demonstrado que o agente atuador Policial Militar NILSON FRANCISCO DOS S. SILVA seja analista ambiental e que tenha sido designado para função de fiscalização como prevê a legislação federal.

Não havendo nenhuma das hipóteses anteriores de atribuição técnica e funcional, o agente atuador não é apto a praticar atos de fiscalização, portanto, o auto de infração por ele lavrado é nulo.

"1.3. Ausência de infração - Denúncia espontânea;"

O atuado, tem FOB n° 0985443/2016, gerado em 29/08/2016, válido por 180 dias (em anexo), em tempo de formalizar processo de Licenciamento Ambiental.

Ora, se o empreendedor está com processo de regularização ambiental em curso, e por isso, há um flagrante desrespeito por parte da agente atuante ao art. 15 e §§ seguintes, do Decreto Estadual n° 44.844:

Art. 15. **Será excluída a aplicação da penalidade decorrente da instalação ou operação de empreendimentos ou atividades ambientais e hídricas, anteriores a publicação deste Decreto, sem as Licenças Ambientais, ou AAF ou outorga de uso de recursos hídricos, pela denúncia espontânea, se o infrator, formalizar pedido de LI ou LO ou AAF, em caráter corretivo, ou outorga pela utilização de recursos hídricos e demonstrar a viabilidade ambiental do empreendimento ou atividade.**

§ 1º O empreendimento ou atividade instalado, em instalação ou em operação, sem a devida AAF deverá regularizar-se obtendo a respectiva AAF, em caráter corretivo.

§ 2º **A demonstração da viabilidade ambiental do empreendimento dependerá de análise pelo órgão ambiental competente dos documentos, projetos e estudos exigíveis para a obtenção das licenças anteriores, ou quando for o caso, AAF.**

§ 3º **A denúncia espontânea opera efeitos desde a data da caracterização do empreendimento ou atividade, por meio de Formulário de Caracterização do Empreendimento - FCE, até a data de vencimento do Formulário de Orientação Básica - FOB, no caso de não formalização tempestiva do processo.**

§ 4º Na hipótese de formalização tempestiva do processo, os efeitos da denúncia espontânea operarão até obtenção da Licença Ambiental, AAF e outorga. (grifos nosso).

Conclui-se que, o empreendimento estava cumprindo todos os requisitos formais que as normas determinam, não havendo nenhuma ilegalidade. Entretanto, por motivos desconhecidos, o agente atuante, resolve aplicar uma sanção administrativa sem nenhuma base legal, mesmo sabendo dos fatos narrados acima.

A) Do conceito do Instituto da Denúncia Espontânea:

Todo e qualquer ato da Administração Pública, deverão ser pautados pelo Princípio Constitucional da Legalidade, CF88/art. 37

"Art. 37 - A **administração pública direta e indireta** de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:**" (grifo nosso)

São fontes do Direito Administrativo: a Lei, que em sentido amplo, é a fonte primária do Direito Administrativo; a Doutrina; a Jurisprudência; e o Costume.

Neste sentido, como o conceito de Denúncia Espontânea não é dado pelo Direito Administrativo e nem mesmo pelo Direito Ambiental. O conceito somente é dado no art. 138, do Código Tributário Nacional (Direito Público):

"Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração"
(grifo nosso)

No Parágrafo único, citado logo antes, temos que extrair: de quem são os polos da ação; os atos contidos; sua cognição; a tempestividade; e condição de concessão do benefício. Percebemos

que os polos são a administração pública e o administrado, assim cada qual exercerá atos próprios. E o nexó entre os polos e os atos terem que ser "relacionados com a infração", no caso em tela, o licenciamento ambiental. Segundo a doutrina, detalhamos:

a) **Denúncia Espontânea:** analogamente, este instituto previsto no art. 138 do Código Tributário Nacional (CTN), caracteriza-se por ser uma espécie de privilégio legal para os contribuintes que cometeram ilícitos tributários e, ante a possível imposição de sanção pela Administração Tributária, resolvem confessar a prática de infrações visando livrar-se das pesadas multas tributárias. Ou seja, a denúncia espontânea é um instituto de direito tributário com o objetivo de incentivar o contribuinte que infringiu a lei a regularizar sua situação antes do conhecimento da infração pelo fisco.

A partir da interpretação do artigo acima transcrito extrai-se os pressupostos de admissibilidade da denúncia espontânea, que são: a tempestividade (momento da comunicação ao fisco), que deverá ser acompanhada, se houver, o pagamento e antes de qualquer procedimento fiscal. (grifo nosso)

Uma vez que, elevada a denúncia espontânea à condição de instituto jurídico tributário, é certo que não se equipara a mera notícia do descumprimento da legislação. Não se exige especificamente formalidade, mas é indispensável, como observa a doutrina majoritária, que o contribuinte declare a infração cometida e efetue o pagamento imediato do tributo e dos juros moratórios.

Apesar de ser um dever por parte do contribuinte cumprir com as obrigações tributárias, **a denúncia espontânea foi inserida pelo legislador tributarista na criação do Código**

Tributário Nacional com a finalidade de incentivar o sujeito passivo a facilitar a arrecadação concedendo-lhe o benefício da exclusão da responsabilização por qualquer infração. (grifo nosso)

Trazendo para o caso concreto, a **denúncia espontânea iniciou-se com o protocolo do FCE'i, geração de FOB'i e formalização do processo administrativo.**

b) **Procedimento administrativo:** Formado de proceder, do latim *procedere* (ir por diante, andar para a frente, prosseguir), quer o vocabulário exprimir, geralmente, o método para que se faça ou se execute alguma coisa, isto é o modo de agir, a maneira de atuar, a ação de proceder. Neste sentido, procedimento significa a própria atuação ou a ação desenvolvida para que se consubstancie a coisa pretendida, pondo-se em movimento, segundo a sucessão ordenada, os meios de que se pode dispor. Neste particular, pois, procedimento e processo revelam-se em sentido diferentes.

c) **Medidas de fiscalização:** As medidas de fiscalização contemplam vários atos administrativos sancionais, podendo ser: advertência; multa simples; multa diária; apreensão; destruição ou inutilização; suspensão da atividade; embargo de obra ou atividade; ou mesmo demolição da obra. O legislador colocou procedimento administrativo ou medida de fiscalização, estes dois atos no mesmo polo da ação, ou seja, que são atos da administração pública e não do administrado.

Portanto, entende-se que se o administrado fez uma denúncia espontânea, dentro da tempestividade, antes de qualquer procedimento ou ato de fiscalização, da administração pública, relacionados com o licenciamento ambiental.

Como não houve para este empreendimento nenhum procedimento ou ato de fiscalização referente ao licenciamento ambiental ou a falta dele, não há como não reconhecer e não ser válida a denúncia espontânea, que foi dado por último, com o protocolo FCE e a posteriori, com a formalização do processo administrativo.

Mesmo que no Decreto nº 44.844, não admita, este é um ato apenas normativo regulamentador, facultado ao Poder Executivo, de hierarquia inferior às Leis. Não sendo a sua função de legislar ou de criar procedimentos que não estão autorizados por Lei. Então, este deverá obedecer ao prescrito em Lei, neste caso, o art. 138, do CTN.

Continuando neste diapasão, o conceito de Denúncia Espontânea, deverá pelo Princípio Constitucional da Legalidade, pelo Direito Público e por analogia, aplicar-se o conceito dado pelo CTN/art. 138. Ou seja, somente se descaracterizará a denúncia espontânea apresentada após o início procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Se por ora não ainda ficou claro a inversão de polos que a Administração Pública fez com o conceito de Denúncia Espontânea, veremos então o que nos diz a doutrina:

Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições

Denúncia espontânea: pressupostos de admissibilidade, requisitos de forma e impossibilidade de alteração do instituto pelas entidades tributantes

Felipe Luiz Machado Barros

Assessor Judiciário no TJRN, Pós-graduando em Direito Tributário - UFRN,
Sócio da ABDT - Academia Brasileira de Direito Tributário

Resumo: trata-se de breve estudo sobre o instituto da denúncia espontânea, previsto no art. 138 do CTN, com enfoque em tomo dos seus pressupostos de admissibilidade (tempestividade, especificidade do procedimento e pagamento do débito tributário ou depósito da importância arbitrada), da necessidade de observância de algum requisito de forma para o exercício do direito, bem como da impossibilidade de alteração substancial

da denúncia pelas entidades tributantes.

...

2.1. Conceito: natureza jurídica e extensão da norma

A denúncia espontânea de infração à legislação tributária direciona-se aos ilícitos tributários oriundos do descumprimento de obrigações principais e acessórias (Paulo de Barros Carvalho tece consideráveis críticas a esta classificação, conforme veremos), inclusos na esfera do Direito Tributário Penal (infrações administrativas). O art. 138 do CTN, destarte, não atinge ou não exclui a responsabilidade por ilícitos contidos no conjunto do Direito Penal Tributário.

Versa o dispositivo legal sob comento:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Aliomar Baleeiro, acerca da denúncia espontânea, assim se reporta:

Libera-se o contribuinte ou o responsável e, ainda mais, representante de qualquer deles, pela denúncia espontânea da infração acompanhada, se couber no caso, do pagamento do tributo e juros moratórias, devendo segurar o Fisco com depósito arbitrado pela autoridade se o *quantum* da obrigação fiscal ainda depender de apuração.

A denúncia espontânea, portanto, na forma como se encontra disposta no art. 138 do CTN, constitui-se em instrumento de exclusão da responsabilidade em função do cometimento de alguma espécie de ilícito tributário administrativo, inserido no campo do Direito Tributário Penal (não pagamento, emissão irregular de notas fiscais, etc.), devendo o denunciante, para cumprir o desiderato normativo, noticiar à Administração Fazendária da infração, comprovando, se for o caso, o pagamento do débito tributário ou o depósito da importância arbitrada.

O ilícito ou infração tributária, melhor explicando, é a prática ou abstenção de conduta desautorizada pela norma tributária, implicando para o responsável a imputação de penalidade administrativa descrita em lei. Seria, por assim dizer, o descumprimento de alguma obrigação tributária, seja ela principal ou acessória, de acordo com a designação dada pela própria Lei nº 5.172/1966, em seu art. 113. É para esta espécie de conduta que se volta o CTN, art. 138.

2.2. Pressupostos de admissibilidade

2.2.1. Tempestividade da denúncia

O primeiro dos pressupostos a ser analisado diz respeito á tempestividade da denúncia.

Como visto, a denúncia espontânea, se preenchidos todos os seus pressupostos, gera para o auto denunciante o benefício da exclusão da responsabilidade pela prática de determinado ilícito tributário, com a exclusão da multa punitiva.

Para nosso breve estudo importará primeiro saber até que momento poderá o contribuinte infrator exercer tal faculdade. Para tanto, revisemos a redação do parágrafo único do art. 138 do CTN, delimitador do critério temporal da denúncia:

Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Nesta passagem, o legislador instituiu que a denúncia deixará de ser espontânea, ou tempestiva, após iniciado qualquer procedimento administrativo ou medida fiscalizatória, desde que relacionados com a infração.

Na jurisprudência, verifica-se que a regra da tempestividade tem sido retineamente aplicada, dentro dos parâmetros do direito posto, senão, vejamos:

Sem antecedente procedimento administrativo descabe a imposição de multa. Exigi-la, seria desconsiderar o voluntário saneamento da falta, malferindo o fim inspirador da denúncia espontânea e animando o contribuinte a permanecer na indesejada via da impontualidade, comportamento prejudicial à arrecadação da receita tributária, principal objetivo da atividade fiscal. (STJ, 1ª Turma, REsp nº 147.221/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 20.02.2001, v.u., DJU 11.06.2001)

Em outro aresto, a denúncia foi extemporânea, sem caráter espontâneo, dada a existência de medida fiscalizatória previamente instaurada:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PRECEDÊNCIA DE AUTO DE INFRAÇÃO AO PEDIDO DE PARCELAMENTO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA NÃO CARACTERIZADA. MULTA DEVIDA. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART.138 DO CTN. PRECEDENTES DO STJ. - Não se configura denúncia espontânea, para os efeitos do art. 138 do CTN, se o pedido de parcelamento foi precedido de procedimento administrativo ou de medida fiscalizatória. - A ocorrência de qualquer dos dois procedimentos, retira a espontaneidade da denúncia. É o que o legislador quis privilegiar com a edição da norma acima. - Recurso provido. (STJ, 1ª Turma, REsp nº 290.190/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.11.2001, v.u., DJU 25.02.2002)

Deste modo, conclui-se que, iniciado o procedimento administrativo em desfavor do contribuinte, não mais espontânea será a denúncia eventualmente ofertada, resultando para o infrator as sanções decorrentes do descumprimento de sua obrigação, conforme nos lembra Luiz Alberto Gurgel de Faria:

A declaração da falta cometida tem que se livre de qualquer pressão, de maneira que, se for formulada após o início de procedimento administrativo ou fiscalização, relacionados com a infração, igualmente não gerará as consequências do art. 138, cabendo ao sujeito passivo arcar com as sanções impingidas.

Questão ao nosso ver tormentosa, relacionada também ao estudo do pressuposto da tempestividade da denúncia, está em definir se as obrigações ditas acessórias podem ser conglobadas pela ponte *de ouro* do art. 138 do CTN. A matéria não vem sendo tratada de modo suficientemente claro pela doutrina, havendo manuais e códigos comentados que simplesmente omitem a discussão. No entanto, por envolver tal assunto problema interligado à inalterabilidade do instituto pelos entes tributantes, bem como à interpretação da expressão *se for o caso*, contida no *caput* do mencionado artigo, prorrogaremos o debate da matéria para o tópico apropriado.

2.2.2. Especificidade do procedimento

Se por um lado, iniciado o procedimento fiscal, perderá a denúncia o caráter da espontaneidade, por outro, a medida fiscalizatória deverá ser relacionada diretamente com a infração, sob pena de quebra do devido processo legal administrativo, instaurando-se a insegurança jurídica.

Assim, a Fazenda não poderá negar ao contribuinte o direito decorrente da denúncia espontânea de infração tributária, se contra ele não existir auto de infração ou qualquer outra espécie de medida de fiscalização voltada contra aquele ilícito isoladamente considerado, sendo esta, a propósito, a manifestação da doutrina de Kiyoshi Harada, para quem:

O parágrafo único elide a espontaneidade da denúncia se antes de sua apresentação tiver início qualquer procedimento administrativo fiscal, relacionado com a infração. Interpretando-se a *contrario sensu*, conclui-se que o procedimento fiscal não relacionado com a infração denunciada não tem o condão de impedir sua exclusão.

Percorrendo a mesma senda exegética, Alexandre Macedo Tavares tem asseverado que:

[...] não é qualquer fiscalização indiscriminada e imprecisa – sem objetivo individualizado ou à mercê de futura individualização, ou até mesmo quaisquer comunicados genéricos (notificação e intimação) - que terá força suficiente para fulminar o direito potestativo à confissão espontânea consagrada pelo art.138 do CTN. A especificidade do procedimento administrativo fazendário é *conditio sine qua non* à pretensa desconfiguração da espontaneidade, fim inspirador da norma introdutora de

conduta prevista no art. 138 do CTN.

Deste modo, deverá ser exigida a especificidade do procedimento administrativo ou da medida de fiscalização, com seu direto relacionamento à infração fiscal, para que não se possibilite ao contribuinte o gozo do benefício constante do art. 138 do Código Tributário. Apenas assim é que poderá o fisco tolher o direito subjetivo do contribuinte autodenunciante de ver excluída sua responsabilidade tributária pela prática de ilícito tributário administrativo.

<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/698/689>

Portanto, os nobres pareceristas da Supram, não demonstraram ter havido qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização por parte da Administração Pública, relacionado à fiscalização anterior ao protocolo do FCE e formalização do FOB, que poderia descaracterizar a denúncia espontânea, objeto do Auto de Infração em tela.

Conclui-se que ao não considerar o FCE formalizado e o FOB gerado, não apontar o procedimento administrativo relativo a infração, a administração pública além de proceder uma ilegalidade, não concedeu ao requerente o direito de não ser autuado, dado pelo art. 15º e §§, do Decreto nº 44844/2008, também cerceou direito constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório.

O Estado em sua ânsia arrecadadora, em ultrapassar as suas atribuições constitucionais tomando para si a atribuição do Legislativo, cria normas inválidas e as interpreta de forma truculenta e de forma puramente arrecadatória.

B) Da Jurisprudência:

Conforme Acórdão em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INFRAÇÃO AMBIENTAL. OPERAÇÃO IRREGULAR DE ATIVIDADES AMBIENTAIS E HÍDRICAS. FALTA DE

LICENCIAMENTO. PENALIDADE DE MULTA E SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES.
DENÚNCIA ESPONTÂNEA. DEGRADAÇÃO AMBIENTAL EFETIVA. DESCABIMENTO.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0498.11.001269-3/003 - COMARCA DE PERDIZES -
APELANTE (S): ESTADO DE MINAS GERAIS - APELADO (A) (S):
REFLORESTADORA PERDIZES LTDA. Temos:

"Extrai-se do caput que a denúncia espontânea é aplicável somente em relação a um tipo específico de infração ambiental, qual seja, de instalação ou operação de empreendimentos ou atividades ambientais e hídricas sem a regularidade ambiental, não abrangendo outros tipos de infrações.

Este primeiro ponto merece atenção considerando que a capitulação regulamentar distingue entre o funcionamento da atividade potencialmente lesiva sem o necessário licenciamento, o que por si só configura infração, da situação em que além da falta de regularidade ambiental é constatada a existência de poluição ou degradação ambiental.

...

A denúncia espontânea por representar uma modalidade de remissão, tendo caráter excepcional, deve receber interpretação restritiva. Desse modo, prevendo a norma regulamentar sua aplicação apenas para a hipótese de violação do dever de obter o prévio licenciamento quando a essa conduta de acrescenta a constatação da existência de poluição ou degradação ambiental.

Resultaria evidentemente contrário à finalidade da norma e ao dever de proteção ao meio ambiente admitir que a empresa cujo funcionamento ocasione dano efetivo ao meio ambiente, tenha excluída a penalidade de multa e suspensão das atividades mediante a mera formalização do pedido de Licença de Instalação - LI ou Licença de Operação Corretiva, independente da adoção de medidas necessárias para sanar e recuperar a degradação ambiental.

Esse benefício só é cabível quando, pela falta de licenciamento, se configurar o dano

potencial ao meio ambiente, sem que seja constatado o dano efetivo. (grifos nosso)

Não restando dúvidas quanto a ilegalidade da aplicação do Auto de Infração e suas penalidades, do cerceamento do direito do requerente de não ser autuado e do direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

C) Da interpretação do artigo 15º do decreto estadual 44.844/2008:

Em nosso ordenamento jurídico Lei é espécie normativa constante do art. 59 da CF. De uso exclusivo do Poder Legislativo, tem a característica de generalidade e abstração. Ela inova a ordem jurídica e possui o poder de obrigar a todos (erga omnes).

Decreto serve para regulamentar uma lei (caso de decreto regulamentar do art. 84, IV da CF) é privativo do chefe do poder executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). É um ato normativo secundário. Isso quer dizer que sua fonte direta de inspiração são as leis.

A diferenciação mais significativa entre a lei e o decreto regulamentar é que este não pode inovar o mundo jurídico, ou seja, o decreto pode regulamentar o que foi disposto em uma lei, mas não pode criar, modificar ou extinguir um direito.

Sendo assim, quando o artigo 15º, do decreto nº 44.844/2008, enseja a denúncia espontânea, este deverá ter se baseado em uma lei e cremos que a única lei que mencionado instituto jurídico da denúncia espontânea, seja o art. 138º da Lei Federal nº 5.172, de 25/10/1966, "Código Tributário Nacional".

Já mencionado anteriormente, e que o administrador público do

executivo ao criar o Decreto n° 44.844, desvirtuou o propósito e espírito da lei, inovando, descaracterizando e invertendo os polos da ação.

Sendo que da forma que se encontra, é inválido não considerar como denúncia espontânea o FOB válido antes de qualquer procedimento de fiscalização por parte da administração governamental.

Caso, ainda não haja concordância com o que aqui foi exposto e amplamente embasada, cremos que haverá de ser analisado este artigo por uma junta de operadores do direito da Advocacia Geral do Estado, a fim de declarar a invalidade da forma de interpretação que se faz neste no momento.

"1.4. Aplicação de atenuantes do artigo 68 do Decreto Estadual n° 44.844/2008, alíneas "c", "e", "f" e "i";"

Alínea "c":

c) menor gravidade dos fatos tendo em vista os motivos e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente e recursos hídricos, hipótese em que ocorrerá a redução da multa em trinta por cento;

O empreendimento já opera desde 12 de outubro de 1.979, muito anterior a quaisquer normativos regradores ambientais. Onde suas operações estão dentro da normalidade operacional das atividades como qualquer outro empreendimento que tenha conseguido sua licença operacional.

A aplicação que se solicita em razão da alínea "c", é em

razão que não houve qualquer dano ao para a saúde e ao meio ambiente e recursos hídricos.

O órgão ambiental não apontou quaisquer danos provocados contra à saúde pública e ao meio ambiente e recursos hídricos. Somente como mera falta administrativa o órgão quer se utilizar para a não aplicabilidade desta atenuante que o requerente faz jus, negando, transforma um direito e dever, e instrumento meramente arrecadador de fundos para o Estado.

Alínea "e":

e) a colaboração do infrator com os órgãos ambientais na solução dos problemas advindos de sua conduta, hipótese em que ocorrerá a redução da multa em até trinta por cento;

Os nobres pareceristas ao negar o direito a esta atenuantes não foram claros e explícitos como requer decisões da administração pública. Vejamos o que foi informado textualmente pelos pareceristas:

"No tocante atenuante da alínea "e", não foi verificada qualquer colaboração do infrator com os órgãos ambientais na solução dos problemas advindos de sua conduta, o que inviabiliza a aplicação da referida atenuante."

Se a conduta em tela seria a falta de documentação administrativa de licença ambiental e o empreendedor esta em fase de licenciamento com FOB válido e a época com pedido de firmar TAC com o órgão ambiental, e a época deste parecer já firmado. O que seria então uma conduta colaboradora para solucionar os problemas ambientais?

Não sendo claro nesta negativa, dá se a impressão que a

intenção é que novamente a negativa somente vale para como mero instrumento arrecadador do Estado e mais uma vez cercear o direito do empreendedor de alcançar o que esta previsto no decreto.

Alínea "f":

f) tratar-se de infração cometida em por produtor rural em propriedade rural que possua reserva legal devidamente averbada e preservada hipótese em que ocorrerá a redução da multa em até trinta por cento;

Foi anexado ao Recurso, todas as matrículas que compõe o imóvel com suas Reserva Legal devidamente averbadas.

Alínea "i":

i) a existência de matas ciliares e nascentes preservadas, hipótese em que ocorrerá a redução da multa em trinta por cento;

Foi anexado a este recurso Laudo Técnico de Avaliação da Cobertura Vegetal das Áreas de Preservação Permanente (nascentes) e Reserva Legal) junto com ART.

Hipótese que valida a aplicação desta atenuante.

4) Do dever de anulação dos atos inválidos pela administração:

a) Tendo em vista a INOCORRÊNCIA DE DANO AMBIENTAL, sendo este apenas potencial, conforme Auto de Infração e as questões preliminares as quais apontam a inobservância do agente autuante,

assim como as demais questões relatadas, que comprovam cabalmente a impropriedade formal e material do Auto de Infração em referência, faz se necessário observar o dever da Administração em anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade.

b) No decreto n° 44844/2008, em seu art. 81, "caput", transcrito logo abaixo, já prevê que o AI **será revisto** e terá que ser observado os Princípios da Administração Pública da Legalidade, Razoabilidade, Proporcionalidade, de os demais critérios dados neste mesmo decreto, vejamos:

Art. 81. Lavrado o auto de infração, o mesmo será revisto pela autoridade competente, para a verificação da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, e dos demais critérios estabelecidos neste Capítulo.

Pois bem, assim como foi claramente demonstrado neste recurso, há inúmeras ilegalidades e flagrantes de não uso dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Sendo por mais este motivo, faz-se necessário a Administração Pública, anular este AI.

c) Assim, transcreve-se a Súmula n°473 do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

"A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial." (grifo nosso).

Pela ânsia arrecadatória do Estado cometeu o autuante um ato impróprio e TOTALMENTE EIVADO DE VÍCIO FORMAL E MATERIAL, o que enseja o IMEDIATO CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO e ANULAÇÃO DA DECISÃO DO JULGAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO, pelo poder de autotutela da administração Pública.

Pois bem, assim como foi claramente demonstrado neste recurso, há inúmeras ilegalidades e flagrantes de não uso dos princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Sendo por mais este motivo, faz-se necessário a Administração Pública, anular este AI.

4. Do pedido principal:

Ante todo o exposto e fundamentado, tendo em vista a flagrante falta de atribuição do agente Policial Militar na fiscalização, a nulidade absoluta, matéria e formal, do Auto de Infração nº 73188/2016, venho requerer à V. Senhoria seja:

I) **CONHECIDA A PRESENTE DEFESA**, tendo por base o respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório;

II) **DEFERIDA A PRESENTE DEFESA** com o conseqüente **CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO** supracitado, **ANULAÇÃO** da multa administrativa imposto pelo Auto, pelos fundamentos jurídicos e fáticos ora expostos e por ser uma questão de justiça.

III) Se ainda não reconhecida a **NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO**, que o valor da multa derivada deste, seja reduzida em cinquenta por cento, cumulativamente conforme alíneas "c", "e", "f", e "i", do art. 68, Decreto Estadual nº 44.844/08.

IV) Caso **NÃO SEJA RECONHECIDA** a alegação da falta de atribuição funcional do Policial Militar, que **SEJA ENCAMINHADA À ADVOCACIA GERAL DO ESTADO** um posicionamento a respeito da validade do cargo de Analista Ambiental dada pela lei nº 15461, de 13 de janeiro de 2005, e suas atribuições que estão descritas no item II.2, alínea "a", do anexo II, se elas podem ser extrapoladas para um Policial Militar que não foi concursado para tal cargo. Enquanto não haja o pronunciamento da AGE, que seja suspenso o julgamento em definitivo.

V) Caso **NÃO SEJA RECONHECIDA** a alegação da falta de atribuição designação do Policial Militar, que **seja encaminhada à ADVOCACIA GERAL DO ESTADO** um posicionamento a respeito da **validade e aplicabilidade do §1º, art. 70, Lei Federal nº 9605/1988**, quando ao ponto de não estar apto a lavrar Autos de Infração Ambiental a autoridade que não for designada para tal responsabilidade. Enquanto não haja o pronunciamento da AGE, que seja suspenso o julgamento em definitivo.

VI) Caso **NÃO SEJA RECONHECIDA** a alegação da interpretação divergente e oposta feita pelos pareceristas a respeito da aplicabilidade da denúncia espontânea dada pelo art. 15º, do Decreto Estadual nº 44.844, que **seja encaminhada à ADVOCACIA GERAL DO ESTADO** um posicionamento a respeito. Enquanto não haja o pronunciamento da AGE, que seja suspenso o julgamento em definitivo.

VII) Por fim, a **intimação do autuado** no endereço constante no preâmbulo da presente, **em tempo hábil para se apresentar no julgamento deste recurso, conforme lhe faculta o Parágrafo Único do art. 39, da Lei nº 14.184/2002**, assegurando-se o exercício da mais ampla defesa, conforme garantias constitucionais.

Nestes Termos,

Espera deferimento.

Unai, 04 de setembro de 2017.



JOSÉ AMÉRICO CARNIEL

