

Conversão de multa ambiental gera debate sobre poder administrativo

27/12/2017

Conta-se que prestigiosa instituição cultural empenhou-se na importação de uma múmia para compor o acervo de seu museu de egiptologia, todavia enfrentava o aflitivo dissabor de ver embargado o ingresso da peça no país porque os agentes alfandegários não conseguiam enquadrá-la em norma alguma de autorização.

Desafiado a examinar a questão, veterano especialista em administração aduaneira, após compulsar as regras vigentes, encontrou a solução: a peça seria enquadrada como “carne seca”, que contava com expressa norma de admissão.

O criativo – embora um tanto macabro – chiste pretende ilustrar o apego ao exacerbado positivismo que predominou – talvez ainda impressione largo contingente de setores da administração pública – na aplicação do princípio da legalidade, interpretado em seu sentido estrito de que ao gestor público somente é dado fazer o que a lei expressamente determine, quedando-se paralisado à falta da norma legal.

É o que traz à memória a leitura do Decreto 9.179, de 23 de outubro de 2017, que, ao alterar o Decreto 6.514/2008, institui o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama)

Dito decreto – ato administrativo privativo de chefe de Poder Executivo – põe em prática o entendimento de que, mesmo no campo das sanções administrativas, à legalidade estrita sucede, no Direito Público pós-moderno, a juridicidade, que, a partir da supremacia da Constituição e da efetividade dos princípios, deve passar a orientar as decisões dos administradores públicos segundo novos paradigmas. Isso inclui a dinâmica para a dosimetria da sanção, inspirada no raciocínio da ponderação e no senso de proporcionalidade quanto ao resultado de interesse público a obter-se.

Exatamente por isso o Decreto 9.179/2017 colhe importante oportunidade para dinamizar o norte traçado pelo art. 225 da Constituição da República, no sentido de que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

O decreto ilustra o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, projetado em todas as Cartas Fundamentais promulgadas, no curso da segunda metade do século XX, com o fim de, traçando políticas públicas cogentes que assinam obrigações de fazer e de não fazer, fixar limites que as autoridades públicas devem respeitar em face da sociedade e dos direitos fundamentais que a embalam (individuais, sociais, econômicos, ambientais).



No dizer de Luis Prieto Sanchis, festejado lente das Universidades Castilla-La Mancha e de Toledo, “se conciben tanto la Constitución y la justicia constitucional como los derechos fundamentales como artificios jurídicos que cobran todo su sentido al servicio de la limitación del poder y de la garantía de la inmunidad y libertad de las personas” (*Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, 2ª ed., Madri: Trota, 2009, p. 9).

É nessa constitucionalização que se vão plasmando os novos paradigmas do controle jurídico da gestão pública: a efetividade dos princípios a que a administração pública deve obediência; a explicitação compulsória dos motivos do ato administrativo; o alcance da discricionariedade por controles; a processualização da atividade decisória; a responsabilidade universal dos agentes públicos, afastado qualquer nicho de irresponsabilidade; a consensualidade que vincula a ação administrativa às prioridades da sociedade objetivamente aferidas; a gestão sustentável dos bens e recursos públicos.

O Decreto 9.179/2017 introduziu, no Decreto 6.514/2008, que dispõe sobre infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o respectivo processo administrativo federal para sua apuração, alterações reveladoras do novo compromisso do direito punitivo estatal com a efetividade da reparação decorrente da imposição de sanção pecuniária, abrindo alternativa à vetusta tendência de que seria apenas mais uma fonte de receita para o erário.

Assim não mais deve ser, sobretudo tratando-se de danos ambientais, daí o art. 143, § 1º, com a redação do Decreto 9.179/2017, sublinhar que “independentemente do valor da multa aplicada, o autuado fica obrigado a reparar integralmente o dano que tenha causado”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União entendia pela possibilidade da conversão de multas por investimentos. Por exemplo, pode ser citado o caso em que determinada operadora de telefonia celebrou um TAC, o qual prevê a conversão de R\$ 2,199 bilhões em multas aplicados pela Anatel contra a referida em R\$ 4,87 bilhões em investimentos na rede da própria empresa.

No âmbito do STJ, diversos são os precedentes concluindo pela redução da multa aplicada por entidades ambientais. Confira-se:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA OBJETIVANDO A REDUÇÃO DA MULTA APLICADA PELO IBAMA DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. O QUANTUM FORA ESTIPULADO EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DISPOSTAS NOS AUTOS, LEVANDO EM CONSIDERAÇÃO A AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES DO INFRATOR, O GRAU DE INSTRUÇÃO E A SUA SITUAÇÃO ECONÔMICA. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS PREMISSAS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. AGRAVO INTERNO DO IBAMA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nota-se dos autos que o ajuizamento da ação penal pública ambiental visava à recuperação da área degradada mediante o plantio de mudas nativas, bem como à condenação com o pagamento de

multa. 2. **A fixação da multa fora estipulada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, em especial, considerando a baixa capacidade econômica do infrator, em respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.** Assim, mostra-se inviável, em sede de Recurso especial, a análise de tais premissas fáticas, pois demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos. Súmula 7/STJ 3. Agravo Interno do IBAMA a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1371298/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 20/03/2017) – os grifos não constam do original.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. PARCELAMENTO OU LOTEAMENTO IRREGULAR DO SOLO URBANO (ART. 50, INCISO I, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E II, DA LEI N. 6.766/1979). APTIDÃO DA DENÚNCIA. TIPICIDADE. MATÉRIA SUPERADA POR SENTENÇA CONDENATÓRIA SUPERVENIENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA. EXASPERAÇÃO FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS. MULTA. REDUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A denúncia expôs o fato criminoso, com todas as circunstâncias relevantes para o entendimento do caso concreto. A tipicidade penal ressaí evidente quando, a partir da descrição fática, imputou-se ao agravante a adesão subjetiva, livre e consciente, ao grupo de pessoas responsáveis pela implantação do loteamento clandestino denominado “Mansões Chácaras do Lago”. (...)

8. A fixação da pena pecuniária deve manter a proporcionalidade para com a pena corporal cominada e, no caso concreto, sem perder de vista a capacidade econômica do agente, uma vez que o tipo penal violado, em seu preceito secundário, já especifica a multa em valores diretos - 10 (dez) a 100 (cem) vezes o salário mínimo vigente no País. 9. Agravo regimental provido parcialmente, apenas para reduzir a pena de multa, fixando-a em 60 (sessenta) vezes o salário mínimo vigente à época do fato. (AgRg no REsp 1361945/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 17/02/2017)

Importante destacar, inclusive, que o princípio da eficiência na tutela ambiental é maximizado no momento em que se empreende meios de reparação direta ao meio ambiente ao invés de cobrar valores pecuniários, haja vista que se evita que verba seja destinada para fins diversos do que a reparação daquela área que sofreu o dano.

Ademais, a lógica punitiva estatal deve ser utilizada como última ratio em matéria sancionadora administrativa, uma vez que se deve conferir primazia a práticas restaurativas do *status operandi* ético. Neste cenário, mostra-se de fundamental importância o estabelecimento de

critérios normativos para regular o processo de conversão.

A implementação programas de *compliance* também atende tal desiderato, permitindo que a empresa retome sua atividade, em conformidade com a regulação estatal, ensejando, assim, o exato cumprimento de sua função social.

Chega-se ao ponto nodal das preocupações do decreto, qual seja o do caráter pedagógico-reparatório da multa ambiental e de sua possível conversão, a ser manejada com o fim de coibir, com inteligência, senso de proporção e utilidade, violações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nos termos do art. 145, “Por ocasião do julgamento do auto de infração, a autoridade julgadora deverá, em decisão única, julgar o auto de infração e o pedido de conversão da multa”, julgamento no qual considerará, acrescenta o § 1º, “as peculiaridades do caso concreto, os antecedentes do infrator e o efeito dissuasório da multa ambiental, e poderá, em decisão motivada, deferir ou não o pedido de conversão formulado pelo autuado”, decerto que, di-lo o § 4º, cabendo “recurso hierárquico da decisão que indeferir o pedido de conversão”.

A tais pertinentes homenagens ao devido processo, à ampla defesa e ao contraditório também em sede administrativa (CF/88, art. 5º, LIV e LV) aditem-se duas observações: (a) a função punitiva constitui prerrogativa da administração; (b) todo ato que aplica penalidade administrativa é um ato jurídico, destinado que é a restringir ou suprimir direitos, impor obrigações de fazer, de não fazer ou de tolerar, seguindo-se que o seu editor deve zelar por que se apresente íntegra a respectiva estrutura morfológica.

Para bem apreender a natureza e os limites da primeira observação, é necessário conceituar prerrogativa, que se não confunde com privilégio. No jargão do Direito Público, prerrogativa traduz um dever-poder de agir com o fim de assegurar a satisfação do interesse público.

Não se trata de um direito propriamente, muito menos de um direito personalizado, como na excepcionalidade do privilégio. Prerrogativa exprime um dever que compele o agente público a agir, sob pena de omissão de seu dever funcional, sempre que perceba em risco o adequado desempenho da função pública. Não lhe é facultado agir. É de seu dever jurídico agir.

Aplicando-se o conceito de prerrogativa ao tema ambiental, entenda-se que ao gestor público não se concede escolher entre punir e não punir o causador do dano. É de seu dever puni-lo, desde que, respeitadas as garantias da defesa e do contraditório em processo regular, resulte comprovada a falta atraente da sanção. A esse dever servem poderes meramente instrumentais de agir.

Não o poder como manifestação de prestígio ou força, mas o poder como instrumento de ação subordinada a um dever indesejável. Se a autoridade deixa de punir quando era o caso de fazê-lo, ou pune inadequadamente – com excesso ou indulgência –, estará agindo com abuso de poder ou desvio de finalidade, figuras igualmente caras aos essenciais fundamentos do direito público, cuja incidência corrompe a idoneidade do desempenho do cargo público. Por isto que toda prerrogativa está limitada pelos fins legais que a circunscrevem: no caso de dano ambiental, a prerrogativa de aplicar sanções se justifica em face de comprovada violação. Nem

mais, nem menos.

A segunda observação deve pautar o agir da autoridade administrativa por técnica e precisão. Todo ato punitivo, sendo, como é, um ato administrativo, deve nascer e sustentar-se a partir do exercício regular da **competência** do órgão e do agente; veiculado pela **forma** escrita e na sede processual que lhe atestem a seriedade; tendo por conteúdo um **objeto** de inequívoco interesse público; enunciando os motivos que lhe demonstrem a juridicidade (fatos verazes e comprovados, submetidos a normas regentes de indubitosa incidência no caso concreto, fatos e normas sopesados com razoabilidade e proporcionalidade); de sorte a alcançar os resultados justificadores da **finalidade** do regime protetivo do meio ambiente.

Toda atenção deve ser posta para precator vícios de competência (a sanção ser imposta por autoridade que não era a competente); de forma (o instrumento formalizador da sanção não era apto a expressá-la); de objeto (a sanção aplicada esconde o propósito de prejudicar o autuado, e, não, o de tão só conformar-lhe a conduta aos ditames da preservação ambiental); de motivo (os fatos puníveis inexistem, ou não são aqueles que embasaram a sanção, ou esta adotou severidade incompatível com o grau da falta); de finalidade (a sanção em pouco ou nada contribuirá para que se obtenha o resultado planejado com a execução da multa ou a sua conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, tistnada pela conduta do autuado).

Em presença de vícios comprometedores dos elementos de sua estrutura morfológica – competência, forma, objeto, motivo e finalidade –, o ato da sanção estará sujeito à invalidação, seja por autoridade administrativa hierarquicamente superior, em cuja competência funcional se insira a revisão do ato sancionador, ou da autoridade judiciária, se o penalizado provocá-la pela via própria.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2017-dez-27/opiniaio-conversao-multa-ambiental-gera-debate-poder-administrativo/>