

PROCESSO ADMINISTRATIVO E CONSTITUIÇÃO DE MULTAS AMBIENTAIS

PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONE DELLE MULTE AMBIENTALI

Luiz Gustavo Levate¹

RESUMO

O meio ambiente enquanto patrimônio coletivo exige sua proteção tanto pelo Estado quanto pela Sociedade. A proteção estatal deve se dar em todas as funções estatais. A função executiva é aquela que proporciona a defesa mais rápida e imediata do meio ambiente, porque a Administração Pública pode atuar de ofício aplicando multas aos infratores. No entanto, a aplicação das multas ambientais não prescinde de um processo administrativo dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito. A processualização da atividade executiva foi proporcionada pela autonomia do processo administrativo, bem como pela relação existente entre processo, Constituição e direitos fundamentais. Entretanto, a previsão de processo administrativo ambiental deve ser feita por meio de lei e não por decreto, pois este no ordenamento jurídico brasileiro só pode complementar a lei, permitindo sua aplicação e fiel execução. A previsão normativa sobre a propriedade e liberdade das pessoas, não pode se dar senão por meio de lei. Ademais, dispor sobre processo administrativo para a constituição de multas ambientais é algo diferente de organizar o funcionamento da administração Pública. Assim, somente por meio de um processo administrativo que assegure direitos e garantias fundamentais poderá haver uma constituição e cobrança de multas administrativas, que sejam ao mesmo tempo válidas e legítimas.

Palavras chave. Multas ambientais – processo – previsão legal

RIASSUNTO

L'ambiente in quanto patrimoni di tutti esige che sai protetto tanto dallo stato quanto dalla Societá. La protezione statale deve comprenderne tutte Le funzioni. Le funzioni esecutiva é quella che proporzione La difesa piu rápida id immediata dell'ambiente, poiché La pubblica Amministrazione puó attuare in ufficio, applicanto multe agli infrattori. In ogni caso, l'applicazione delle multe ambientale non prescinde da um processo amministrativo dentro Il paradigma dello Stato Democratico di Direito.La processualizzazione dell' attivitá esecutiva é stata afferto dall'autonomia Del processo amministrativo, cosi come dalla relazione esistente tra processo, Costituzione e diritti fondamentali. Però, la previsione Del processo

¹ Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-RIO. Mestre em Direito Ambiental pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Processo Civil da ESDHC. Procurador do Município de Belo Horizonte.

administrativo ambiental deve ser realizada através da lei e não por decreto, in quanto estes no ordenamento jurídico brasileiro podem, somente, complementar a lei, permitindo a sua aplicação e a fiel execução. A previsão normativa sobre propriedade e a liberdade das pessoas, não pode ocorrer se não através da lei. Além disso, dispõe sobre o processo administrativo para a constituição de multas ambientais e uma coisa diferente de organizar o funcionamento da Administração Pública. Assim, somente através de um processo administrativo que assegure direitos e garantias fundamentais poderá existir a constituição e a cobrança das multas administrativas que sejam ao mesmo tempo, válidas e legítimas.

Key words: Multas ambientais - de processo - disposição de lei

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. A COBRANÇA DE MULTAS AMBIENTAIS PELO IBAMA NO TRIÊNIO DE 2008 A 2010. ANÁLISE E SUGESTÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. 3. A PROCESSUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO. 3.1 Autonomia científica do Processo Administrativo. 3.2 A face procedimental dos direitos fundamentais: uma breve visita à Gelinek, Häberle, Goerlich e Alexy. 3.2.1 A fundamentação constitucional do processo administrativo na Constituição da República de 1988. 4. A PREVISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. 4.1 A Deslegalização e Administração Pública. 4.1.1 Previsão da Deslegalização nas Leis sobre Processo Administrativo Ambiental. 4.2 O Decreto no ordenamento jurídico brasileiro. 4.2.1. O Decreto regulamentar ou de execução. 5. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

O grau de proteção que determinado ordenamento jurídico confere ao meio ambiente vai ser tanto mais eficaz quanto maior for a proteção proporcionada pelas três funções estatais.

Assim, é necessário haver leis que criem um sistema de proteção adequada ao meio ambiente. Enquanto a função legislativa atua no plano abstrato, é indispensável também haver um aparato judicial efetivo para assegurar a implementação dos direitos e deveres relacionados ao meio ambiente. Entretanto, tão importante quanto é a função executiva que, por ter o dever de aplicar a lei de ofício, representa o primeiro momento ou a medida preliminar que tem aptidão a oferecer uma resposta rápida e imediata a qualquer agressão ou ameaça de agressão ao meio ambiente.

A Constituição Republicana de 1988 (BRASIL, 1988), ao tratar do meio ambiente como direito fundamental adota uma concepção antropocentrista moderada ao consagrar a teoria do desenvolvimento sustentável (o qual exige preocupações sociais, econômicas e ambientais) como aquela que deve orientar a proteção ambiental.

O problema do presente artigo focaliza a proteção propiciada pela Administração Pública ao discutir a necessidade de haver um processo administrativo, previsto em lei formal, e que assegure os direitos e garantias processuais fundamentais do cidadão na constituição de multas ambientais como medida concretizadora do Estado Democrático de Direito no âmbito da função executiva, bem como para que seja possível a concretização sustentável dos objetivos da República estampados no artigo 3º da Constituição Cidadã, que atinge, neste ano, um quarto de século.

Metodologicamente, é indispensável apontar a notória relação entre Constituição, Processo e Direitos Fundamentais, mormente em razão do atual estágio do Direito Constitucional Contemporâneo, para a exata compreensão e inteligência do presente artigo.

O neoconstitucionalismo fez irromper um movimento de constitucionalização em todos os ramos do Direito, não só com a previsão de institutos de cada um desses ramos na Constituição (constitucionalização-elevação), mas, principalmente, porque a Constituição vai orientar e condicionar toda a hermenêutica jurídica (constitucionalização-transformação), devendo as leis infraconstitucionais ser interpretadas tendo como parâmetro a Constituição, consoante os ensinamentos de Louis Favoreu (SILVA 2005).

Para se atingir os objetivos pretendidos no presente trabalho se faz necessário analisar: (i) o fenômeno da processualização da atividade administrativa, que vai exigir a existência de um processo e não um mero procedimento na constituição de multas ambientais e (ii) a necessidade de que este processo tenha previsão em lei (em sentido formal). Esse percurso é necessário, pois a processualização da atividade administrativa é um imperativo do Estado Democrático de Direito.

É, ainda, de suma importância analisar a legislação administrativa ambiental sobre processo e procedimento, o fenômeno da deslegalização do Direito, e estudar a função do Decreto no ordenamento brasileiro, a fim de se demonstrar a roupagem constitucional deste modelo de processo (se lei ou decreto).

Justifica-se a presente pesquisa, porque é possível perceber que muitas entidades federativas e suas respectivas administrações indiretas ou não possuem nenhuma previsão de

processo administrativo para a constituição de multas ambientais ou essa previsão é feita por instrumentos normativos infra-legais ou secundários (Decretos e Regulamentos).

O maior exemplo deste quadro está no Decreto Federal nº 6514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, regulamentando a lei 9605/1998. Vale dizer, a União possui a regulamentação para a constituição de multas ambientais por meio de processo administrativo, cuja regulação se dá, no entanto, por meio de uma norma infra-legal.

Importante ressaltar que a recente Lei Complementar nº 140/2011 (BRASIL, 2011) em seu artigo 17 vem reafirmar a necessidade de existência de processo administrativo para a constituição de multas ambientais ao obrigar o órgão administrativo competente para autorizar ou licenciar um empreendimento ou atividade que cause impacto ambiental a “lavrado auto de infração ambiental e **instaurar processo administrativo** para a apuração de infrações à legislação ambiental cometidas pelo empreendimento ou atividade licenciada ou autorizada”

Portanto, mais do que a determinação legal é necessário justificar juridicamente a necessidade do processo administrativo na constituição de multas ambientais, não sem antes ser demonstrada a atual situação da cobrança de multas ambientais por parte da União, por meio do IBAMA, como forma de ilustrar esta cena.

2 A COBRANÇA DE MULTAS AMBIENTAIS PELO IBAMA NO TRIÊNIO DE 2008 A 2010. ANÁLISE E SUGESTÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No relatório e parecer prévio sobre as contas do governo da República do exercício de 2010, o Tribunal de Contas da União -TCU- (BRASIL, 2010) deu especial importância à arrecadação de multas administrativas. No tópico referente às multas arrecadadas, foram colhidos dados estatísticos do triênio de 2008 a 2010, analisando o comportamento da Administração Indireta na arrecadação de multas aplicadas por Agências Reguladoras e outras entidades da administração descentralizada.

Ao analisar o relatório, constata-se que o pior desempenho é do IBAMA. Na série histórica de multas aplicadas, a autarquia ambiental foi a quarta entidade em quantidade de multas aplicadas, totalizando 71.303 autos de infração no referido período. Entretanto, em termos de valores, no mesmo triênio, o IBAMA foi o campeão, aplicando multas em um total aproximado de 10,5 bilhões de reais, ou 43,7% do valor total de multas geradas. Apesar disso, a autarquia ambiental só arrecadou cerca de 36 milhões de reais no período.

No quadro 1, demonstra-se a comparação entre o montante dos valores aplicados e o montante de multas arrecadadas, sendo que o pior desempenho é do IBAMA, arrecadando apenas 0,3% do total de multas por ele aplicadas.

Comparação entre os montantes de multa arrecadados e os valores aplicados

Entidade	2008	2009	2010	Total das Entidades
ANA	86,4%	87,6%	100,9%	93,9%
INMETRO	103,5%	81,4%	85,2%	88,2%
ANTAQ	71,4%	47,5%	57,2%	54,4%
SUSEP	47,0%	47,9%	24,1%	42,1%
ANVISA	33,2%	32,1%	61,1%	41,5%
ANAC	17,6%	36,0%	48,4%	40,2%
ANP	13,9%	17,2%	15,6%	15,6%
ANEEL	26,6%	16,1%	2,8%	11,2%
ANTT	8,6%	9,4%	9,4%	9,1%
TCU	7,1%	12,7%	6,7%	8,3%
BACEN	5,7%	6,6%	27,2%	7,5%
CADE	56,3%	12,9%	1,0%	4,8%
ANATEL	11,4%	2,0%	4,5%	4,3%
ANS	1,8%	1,8%	3,9%	2,4%
ANCINE	1,5%	0,6%	2,7%	1,3%
CVM	0,3%	4,9%	9,3%	0,9%
IBAMA	0,2%	0,4%	0,5%	0,3%
Acumulado	5,1%	4,3%	4,7%	4,7%

Fonte: Órgãos e entidades fiscalizados

Importante notar que, segundo o relatório, se somados os valores não arrecadados pelas 17 entidades analisadas no período, chegar-se-á a um total que supera as despesas liquidadas pela União em funções orçamentárias como Organização Agrária, Ciência e Tecnologia e Cultura (BRASIL, 2010).

Uma vez detectado este cenário, o TCU apresenta três causas para a ineficácia da arrecadação das multas administrativas. A primeira delas é a omissão na inclusão dos autuados no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN), em desobediência ao disposto no §1º do artigo 2º da lei 10.522/2002 (BRASIL, 2002). Segundo o relatório, neste período, o IBAMA só inscreveu 2540 multas das 71.303 lavradas, o que representa um percentual abaixo de 5% do total. O relatório destaca que o CADIN é um dos poucos mecanismos administrativos capazes de, **coercitivamente**, estimular o pagamento dos débitos fiscais, e sua não utilização pode implicar a redução do “*quantum*” a ser arrecadado.

A segunda causa apontada pelo TCU é o pequeno número de execuções fiscais ajuizadas pelo IBAMA no período, representando a cobrança judicial (cerca de 31 milhões de reais) apenas 0,3% do valor das multas aplicadas. Vale dizer, do total de multas aplicadas (10,5 bilhões de reais), o IBAMA só ajuizou 0,3% deste valor, o que, segundo o relatório, é uma das causas responsáveis pela baixa eficácia na arrecadação.

A terceira causa apontada pelo relatório é o fato de os créditos fiscais estarem sujeitos a um prazo de prescrição de cinco anos para a promoção de sua cobrança, nos termos da lei 9873/91. Assim, a demora no ajuizamento das execuções fiscais tem levado à prescrição da pretensão de cobrança de grande número de multas administrativas, o que reduz a eficácia da cobrança realizada pelo governo federal.

Entretanto, o TCU (2010, p.110), no mesmo relatório, mostra que um elevadíssimo percentual das multas aplicadas (75%) é discutido administrativamente, e que tal fato impede a efetiva arrecadação. Segundo o relatório, “como mencionado, a elevada quantidade de multas pendentes de decisões definitivas no âmbito dos órgãos e entidades atua contra a efetivação da arrecadação, com seus consequentes reflexos sobre os resultados da atuação dos entes de fiscalização”.

Diante deste quadro, o TCU (2010, p.110) sugere que sejam corrigidos os erros apontados, requerendo “especial atenção” ao contencioso administrativo “cujos procedimentos devem ser suficientemente ágeis para produzir decisões tempestivas, sem atentar contra o pleno exercício do direito de defesa por parte das pessoas físicas e jurídicas sancionadas com multas”.

Assim, é possível perceber de forma sumária que a preocupação maior da União está centrada na arrecadação de seus créditos, ou seja, na forma como é realizada “coercitivamente” a cobrança da dívida (inscrição no CADIN e execução forçada), na identificação de seus empecilhos e na sua eficácia, e não no momento mais importante, que é a formação destas multas, cuja constituição deveria se dar por meio de um processo administrativo, que assegurasse o contraditório e a ampla defesa.

Acreditamos que o TCU quer, na verdade, uma celeridade processual que propicie uma cobrança mais ágil da dívida pública, e não uma celeridade que atenda uma garantia fundamental do cidadão de razoável duração do processo. Paulo Coimbra Silva (no Prefácio de LEVATE e CAIXETA CARVALHO, 2010, p.18), ao discorrer sobre a cobrança administrativa da dívida pública, ensina que a não observância do direito ao processo administrativo com todas as garantias processuais fundamentais “não contribui para uma maior eficácia na atividade arrecadatória, mas, ao contrário, conduz à indesejável beligerância entre fisco e contribuintes, e *ipso facto*, ao congestionamento do abarbadado Poder Judiciário”. Tal apontamento é de salutar observância para a constituição de qualquer crédito público.

Destarte, ilustrada a questão, chega-se ao momento de estudar a importância do processo administrativo na constituição de multas ambientais.

3. A PROCESSUALIZAÇÃO DA FUNÇÃO EXECUTIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO

Ilustrada a situação da cobrança das multas administrativas pelas pessoas da administração indireta federal, para cumprir os objetivos do presente estudo, é necessário verificar se é possível aplicar no processo administrativo ambiental as conquistas constitucionais e democráticas alcançadas pelo processo civil. Para tanto, será analisado o fenômeno conhecido como processualização da atividade administrativa.

O processo traz uma garantia quádrupla: ao cidadão são asseguradas tanto a participação na formação da vontade estatal quanto a fiscalização das atividades do Estado, atendendo, assim, os anseios do Estado Democrático de Direito. E, ao Estado, permite-se, além de legitimar sua atuação, atingir o interesse público da melhor maneira possível, para que ele cumpra de forma eficiente suas funções constitucionais. Portanto, a participação, a fiscalização, a legitimação e a eficiência administrativa são as quatro garantias propiciadas pelo processo.

Entretanto, o processo tem aptidão de oferecer outras vantagens, pois: (i) permite um melhor controle dos atos administrativos e da formação das relações jurídicas administrativas (vg. contratos, convênios e etc), seja pelo Judiciário, pelos Tribunais de Contas, ou pela autotutela e (ii) permite a observância dos direitos subjetivos do particular, sejam eles fundamentais ou não. Em razão disso, a doutrina consagra uma processualização da atividade administrativa.

Destarte, essa nova característica da atividade administrativa é um imperativo do Estado Democrático de Direito. Tal fato autoriza consagrar um direito fundamental à processualização, porque o processo é capaz (ou pelo menos deve ser) de se abrir ao pluralismo de valores tão caros à Democracia. Deve também ser idôneo a realizar direitos fundamentais, principalmente em um ordenamento jurídico brasileiro, que possui uma Constituição suprema elevada à condição de ordem objetiva de valores, cujo epicentro é a dignidade da pessoa humana.

Feitas essas considerações é possível estudar os fatos geradores desse fenômeno: a) autonomia científica conquistada pelo processo administrativo, o que revela sua independência seja em relação ao direito administrativo material, seja em relação ao processo civil, e b) relação que deve ser estabelecida entre Constituição, Direitos Fundamentais e Processo.

3.1 Autonomia científica do processo administrativo

Não obstante a maior longevidade e evolução do processo civil, cujo surgimento em Roma é apontado por Amaral Santos (2008), vários fatores contribuíram para que o processo administrativo alcançasse sua autonomia tardiamente. Os processualistas sempre quiseram reservar o vocábulo processo para o âmbito jurisdicional, uma vez que toda a evolução histórica do processo começou no âmbito civil e as leis regulavam em sua maior monta, desde a antiguidade, a relação privada entre os indivíduos. Por influência e maior desenvolvimento do Direito Romano, havia no início uma concepção privatística do processo.

Avançando no tempo, mesmo a partir da Idade Média, a origem divina e o poder absoluto dos reis, que faziam com que seus atos e os do Estado (*The King can do no wrong*) ficassem imunes a qualquer jurisdição retardaram a criação da concepção publicística do processo, bem como seu desenvolvimento no âmbito da administração pública, já que o ato administrativo reinou absoluto até o século XX.

No Brasil, o estudo do processo administrativo é feito em conjunto com o direito material e na cadeira de Direito Administrativo, não sendo ensinado como disciplina autônoma nas universidades.

Seja como for, a doutrina tentou reservar o termo “processo” para a função judicial e o termo procedimento para a função executiva, não sem antes qualificar este último com o adjetivo pejorativo “mero”: mero procedimento, consoante observação de Cândido Rangel Dinamarco (2009).

Contribuiu para esta situação o fato de que “ainda que a atual noção de procedimento não esteja por certo limitada ao âmbito da atividade administrativa, é neste último que emergiu historicamente sua disciplina”, segundo ensina Fazzalari (2006, p. 110), o que ensejou a utilização deste vocábulo ao invés de processo no âmbito da Administração Pública.

Assim, costuma-se fazer referência a processo jurisdicional para se referir a processo judicial. Entretanto, é precisa a observação de Dinamarco (2009, p. 76), para quem “todos os órgãos e poderes têm e exercem *jurisdição* nos limites de sua competência institucional, quando aplicam o Direito e decidem controvérsia sujeita à sua apreciação [...]; a decisão judicial é espécie do gênero jurisdicional”.

Ultrapassadas essas barreiras, é preciso consignar que a Espanha foi pioneira em editar em 1889 uma lei sobre processo administrativo (Lei Azcarate), consoante os

ensinamentos de Medauar (2008). Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), desde 1927, na Áustria, Merkl já entendia que o fenômeno processual não era exclusivo da função jurisdicional, sendo comum a todas as demais funções estatais, com o que, de acordo com o mestre brasileiro, anuíam Carnelutti, Bartolomé Fioini e Royo Villanova.

O processo administrativo se apresenta atualmente como forma de atuação intrínseca à função administrativa, assim como é o processo na função judicial e o processo parlamentar da função legislativa. Adolfo Merkl ensinava àquela época que

el derecho procesal administrativo no es más que un caso particular del derecho procesal [...] y el procedimiento administrativo un caso particular del procedimiento jurídico em general. La teoría procesal tradicional consideraba el <proceso> como propiedad de la justicia, identificándolo con el procedimiento judicial, [...] pero, desde el punto de vista jurídico-teórico, no es sostenible esta reducción, porque el <proceso>, por su propia naturaleza, puede darse en todas las funciones estatales, posibilidad que, em realidad, se va actualizando en medida cada vez mayor. (MERKL 1975, p.279)²

Depois de Merkl, autores como Themístocles Brandão Cavalcanti, no Brasil, em 1938, como o italiano Sandulli, em 1940, Villar y Romero, na Espanha, na mesma época, e Benvenuti, na Itália, em 1952, defendem a ideia da existência de um processo administrativo autônomo que foi ganhando cada vez mais corpo, conforme nos revela Odete Medauar (2008).

Posteriormente, na França, Jean Rivero (1981, p. 246) defendia que “a autonomia do direito administrativo tanto se afirma no terreno do processo como no fundo do direito”, sem negar, entretanto que “[...] o processo comum influenciou largamente o processo da jurisdição administrativa”. Já Cretella Júnior, com base em Tezner, aponta a existência autônoma do processo administrativo ao lado dos processos judiciais ao ensinar que:

Nos vários sistemas jurídicos, o processo administrativo que, antes de tudo é processo, está regulamentado por uma série de regras características, típicas, que o distinguem de seus congêneres – processo penal, processo civil, processo falimentar, processo trabalhista- também autônomos, com métodos próprios, normas diferenciadas, princípios e objetos particulares. Entretanto, pelo conteúdo espiritual de que se reveste o direito processual administrativo, apresenta o mesmo valor que o direito processual civil ou criminal. (CRETELLA JÚNIOR, 2010, p 40-41)

² o direito processual administrativo não é mais que um caso particular do direito processual [...] e o processo administrativo é um caso particular do processo jurídico em geral [...] a teoria processual tradicional considerava o ‘processo’ como propriedade da Justiça, identificando-o com processo judicial, [...] mas, deste ponto de vista jurídico teórico não é sustentável esta redução porque o ‘processo’, por sua própria natureza, pode dar-se em todas as funções estatais possibilidade que, em realidade, se vai atualizando em medida cada vez maior. (tradução nossa)

Neste diapasão, com a evolução da ciência processual e do próprio direito constitucional, o processo deixou de ser um fenômeno exclusivamente do Poder Judiciário para ser considerado, na lição de Bueno (2009, p.387), como “método inerente à atuação do Estado, à produção da vontade do Estado”.

Portanto, é insuscetível de glosa falar em processo como modo inafastável de atuação do Estado, ou ainda na lição de Sundfeld (2004, p.91) de “modo normal de agir do Estado”, comprovando-se mais uma vez a existência de uma teoria geral do processo.

O que há de comum e determinante entre os tipos de processo são os idênticos princípios e regras que sobre ele incidem, principalmente os que têm estatura constitucional. A presença de princípios e regras distintos decorre da especialização de cada rama processual, o que não infirma a existência daquela teoria, que se pretende geral.

Destarte, parece não haver empecilhos na aplicação da evolução constitucional e democrática do processo civil no processo administrativo. Muito pelo contrário. Como será estudado, há determinação constitucional neste sentido.

Revelada a autonomia científica do processo administrativo como primeiro passo em direção à processualização da função administrativa, é necessário marcar a relação entre Processo, Direitos Fundamentais e Constituição.

3.2 A face procedimental dos direitos fundamentais: uma breve visita à Jelinek, Häberle, e Alexy

O segundo passo em direção à referida processualização se dá com o confronto entre Constituição, Direitos Fundamentais e Processo, o que exige o estudo da face procedimental dos direitos fundamentais. A constitucionalização do processo e sua relação com os direitos humanos não é nova. Os direitos e garantias fundamentais do cidadão irão ter uma **eficácia radioativa e contaminante** sobre o processo.

Em 1892, Georg Jelinek elaborou uma teoria segundo a qual a relação entre o indivíduo e o Estado, ou ainda entre Estado e direitos individuais se subdividiria em quatro *status*. O positivo, o ativo, o negativo e o passivo.

De acordo com Alexy (2008, p 254-275), o *status* positivo corresponderia ao direito de exigir prestações positivas ao Estado, enquanto o negativo corresponderia ao direito de exigir a omissão do Estado na esfera de liberdade do indivíduo. Já o *status* passivo significa a sujeição do indivíduo ao poder do Estado. O último seria o ativo que corresponderia ao direito

de participar na formação da vontade do Estado (*status* da cidadania ativa). José Miguel Garcia de Medina ilustra esta relação revelada por Jellinek transportando-a para a seara do processo,

Pode-se dizer, seguindo esta teoria, que o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional corresponde ao denominado status positivo (ou status civitatis). Mas o status positivo não esgota o papel das partes, no processo. No status passivo (ou status subiectionis) leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no negativo (status libertatis), a liberdade frente ao Estado. Assim, o status libertatis tem a ver com a faculdade de agir em juízo, que condiciona o início da atividade jurisdicional; sob outra face, ao exercer o direito de ação a parte reclama do órgão a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (status positivo); mas o pedido apresentado pelo autor pode ser ou não julgado procedente, e a este resultado se submeterão as partes, o que é manifestação do status subiectionis. Além destas formas de status, reconhece-se que as partes têm status activus processualis. (MEDINA, 2010, p. 16-17)

Já as Constituições Europeias promulgadas após a Segunda Guerra Mundial trouxeram garantias constitucionais de índole processual. Héctor Fix-Zamudio (1974, *apud* Baracho 1984, p 139), entendia já em 1974 que “a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste, essencialmente, em sua proteção processual”.

Foi também na década de 70 do século passado que Peter Häberle, com base na teoria de Jellinek, desdobrou a ideia de status ativo em *status activus processualis*. Para Häberle, aqui residiria o aspecto procedimental dos direitos fundamentais.

Assim, para que os direitos fundamentais cumprissem sua missão, não bastaria que esses fossem declarados e considerados apenas como direitos subjetivos materiais, necessitando, deveras, serem encarados como normas de organização em sua faceta procedimental com possibilidade de sua reclamação em juízo.

No Brasil, Calmon de Passos (2000) estuda a processualização do direito também sob uma perspectiva democrática de sua produção, que, de acordo com ele, deve ter uma dimensão linguística e intersubjetiva. Segundo o autor, com base, também, em Häberle,

Se o direito é uma das formas de emprestar sentido e significação ao agir do homem, ele reclama, para sua compreensão, ser analisado do ponto de vista da comunicação humana, donde a ineliminável dimensão intersubjetiva e linguística de sua produção. Torna-se, pois, fundamental institucionalizar-se o que provisoriamente pode ser denominado de *status activus processualis*, concebido como o reconhecimento do direito fundamental de se participar, ativa e responsavelmente, nos procedimentos que objetivam produzir normas jurídicas, em todos os seus níveis, bem como na institucionalização das respectivas estruturas organizativas. (PASSOS, 2002, s.p).

Quem mais recentemente desenvolveu esta ideia foi Robert Alexy (2008). Ao tratar em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais” dos direitos Sociais ou de 2ª dimensão, o doutrinador alemão, após conceituá-los como direitos dos indivíduos de exigir prestação

positivas do Estado, subdivide-os em a) direitos de proteção; b) direitos de organização e procedimento e c) direitos à prestação em sentido estrito.

Neste momento, interessa-nos tratar dos direitos de organização e procedimento. Tais direitos procedimentais podem ter como destinatários, segundo o mestre alemão, o Tribunal, quando entendido como proteção jurídica efetiva, ou o legislador, quando seu objeto for a criação de normas procedimentais.

De nada adianta ter um direito fundamental declarado se não for possível perseguir sua proteção efetiva perante um Tribunal. Destarte, a proteção efetiva ou a faceta procedimental de determinado direito fundamental compõe o núcleo essencial deste mesmo direito.

Coube a Alexy desenvolver essa teoria da face procedimental dos direitos fundamentais, para o direito alemão, com base na teoria do *status* ativo de Jellinek, revelador de que

Inúmeras posições jurídicas procedimentais de direito ordinário existem em virtude de normas de direito ordinário. Se sua existência for exigida pelos direitos fundamentais - e isso é o que em grande medida ocorre - o conteúdo jurídico-procedimental das normas de direitos fundamentais consiste também na proibição de sua eliminação, ou seja, em protegê-las contra atos de revogação. (ALEXY, 2008, p. 477)

Assim, mais uma vez se revela importante a relação entre Constituição, Processo e Direitos Fundamentais. Em razão disso, confere-se destaque ao *status* ativo de Jellinek, elevado à categoria de *status activus processualis* por Peter Häberle, como forma de participar efetivamente, por meio do procedimento, da formação da vontade do Estado, demonstrando-se junto a Medina a importância deste contraponto com o Estado Democrático de Direito

Segundo este autor [Häberle], o *status activus processualis* é a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos. O *status activus processualis*, assim, corresponde ao direito de participar “no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos”. Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, consiste em poder influir decisivamente nos destinos do processo. Não se confundem as situações em que se encontram as partes, no processo, frente ao Estado, no *status* positivo e no *status* ativo: além de poder exigir do Estado a proteção jurídica inerente ao direito material (*status* positivo), a parte deve poder participar ativamente do processo (*status activus processualis*). O *status activus processualis* tem importante papel, no Estado Democrático de Direito, já que através deste se assegura a plenitude das outras formas de *status*. (MEDINA, 2010, p. 17)

Portanto, Alexy (2008) e Härbele (1972) dão destaque ao aspecto procedimental dos direitos e garantias fundamentais materiais. Não obstante, é necessário sobrelevar a importância de direitos e garantias constitucionais de índole processual.

Apesar de partirem dos direitos fundamentais, Härbele e Alexy analisam o direito de participação em um viés democrático (*status activus processualis*), onde, para eles, residiria o aspecto procedimental dos direitos fundamentais – direito de participação e direito à proteção jurídica efetiva por meio de procedimentos, podendo, assim, exigí-los em juízo (dever de existir procedimentos) .

Entretanto, existem de direitos fundamentais de caráter procedimental ou processual (garantias processuais constitucionais e fundamentais como ampla defesa, contraditório, juiz natural, motivação das decisões, dentre outros.). Tais garantias processuais compõem um rol extenso de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, aplicáveis tanto ao processo judicial, quanto ao administrativo.

Com efeito, a definição de “processo” para Rosemiro Pereira Leal (2009), pode abranger tanto um quanto o outro a demonstrar, mais uma vez, a processualização da atividade administrativa e o seu núcleo comum: a previsão constitucional de princípios processuais comuns para ambos os processos. Assim, o autor (2009) conceitua processo como

o conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdição, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal), como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”. (LEAL, 2009. p. 100).

Destarte, ao lado das garantias processuais constitucionais, a face procedimental dos direitos fundamentais vem comprovar a intrínseca relação entre Constituição, Processo e Direitos Fundamentais, ao demonstrar que a proteção jurídica efetiva de um direito fundamental, que se dá por meio do procedimento (*rectius*, processo), requer seja aquela faceta considerada como pertencente de forma indissociável ao núcleo deste direito.

Ademais, essa face procedimental vem apresentar a possibilidade e a necessidade de o cidadão, por meio do *status activus processualis*, exercer sua cidadania de forma a participar decisivamente da formação da vontade do Estado.

Resta, agora, demonstrar como a Constituição normatiza os direitos e garantias processuais para estar completa a noção de processualização da atividade executiva.

3.2.1 A fundamentação constitucional do processo administrativo na Constituição da República de 1988.

Falar em “processo” em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado Brasileiro é, sem dúvida, bem mais diverso que falar em “processo” em um Estado que não seja nem Democrático nem de Direito.

Nessas condições, a natureza jurídica do processo – o que ele é ou deixa de ser juridicamente – depende, sempre e em qualquer caso, como de resto, de qualquer instituto do Direito, das opções políticas feitas em determinado momento da história do homem por dado ordenamento jurídico.

Portanto, é da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que, em primeiro lugar, deve ser extraído o modelo de Estado e verificar em que medida este modelo influencia a forma de exercício de seu poder (BUENO, 2009).

No atual paradigma, tal fato deve se revelar com sua passagem pelo filtro do processo democrático com efetiva e decisiva participação do interessado, em razão do fenômeno da processualização da atividade administrativa.

Historicamente, as constituições brasileiras anteriores a 1988 se referiam de forma tímida ao processo administrativo e, ainda, somente na sua feição disciplinar, como na Constituição de 1934, art. 169 (BRASIL 1934); na Constituição de 1937, art. 156, c (BRASIL, 1937); na Constituição de 1946, art. 189, II (BRASIL, 1946); na Constituição de 1967, art. 103, II (BRASIL, 1967) e na Emenda 1/69, art. 105, II (BRASIL, 1969). Quanto ao processo judicial, a Constituição de 1824 já tratava da matéria desde então.

Na Constituição da República de 1988, a fundamentação constitucional que dá ao processo *pedigree* reside na consagração do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito em seu artigo 1º, que vê, no procedimento discursivo-dialógico, a legitimação do processo. Destaque maior são os artigos: 5º, incisos XXXIV - Direito de petição; LIV – devido processo legal -; LV - contraditório e ampla defesa -; LVI – proibição de provas ilícitas -; XXXVII; LX – publicidade dos atos processuais; LXXII - *habeas-data*-; LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita; LXXVIII – duração razoável do Processo.

Nesse sentido, pode-se verificar como foi generoso o constituinte originário ao se utilizar do vocábulo processo como um complexo normativo constitucionalizado e garantidor de direitos fundamentais. Ao contrário do Direito alemão, a Constituição brasileira erige as garantias processuais como direito fundamental e como cláusula pétrea. Nela se encontram os

princípios estruturais e informativos do processo, como visto acima. Trata a Constituição de 1988 não só do processo jurisdicional, mas também do legislativo (artigo 59) e do administrativo em diversas passagens.

O enlace entre o processo jurisdicional e o administrativo, a comprovar a existência de uma Teoria Geral do Processo e a aplicação das conquistas constitucionais e democráticas do processo jurisdicional no administrativo, encontra-se justamente na previsão conjunta entre os dois ramos processuais dos princípios institutivos do processo (contraditório, isonomia e ampla defesa) no inciso LV do artigo 5º (aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, BRASIL, 1988). Não podemos olvidar que a isonomia está dentro do conceito de contraditório como igualdade de condições.

Ademais, reforça tal posição o fato e de diversos princípios informativos como o da duração razoável do processo no inciso LXXVIII do mesmo artigo (a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, Brasil, 1988), e o da necessidade de motivação de decisões judiciais e administrativas no âmbito dos tribunais (artigo 93, incisos, IX e X) (BRASIL, 1988), fazerem referência a ambos os modelos processuais.

Demonstra-se com o método investigativo eleito (indutivo) que, apesar das particularidades de cada ramo processual e até mesmo o fato de se desenvolverem perante funções estatais diversas, os processos administrativo e judicial possuem um tronco comum, que é a Constituição da República de 1988. Ela consagra princípios informativos e estruturais comuns a ambos os fenômenos processuais.

Diante disso, seja no campo legal, doutrinário, filosófico, sociológico, da dogmática e da zetética é possível aplicar no processo administrativo as conquistas democráticas e constitucionais já alcançadas no processo judicial.

Assim, é inconteste que a autonomia científica do processo administrativo e a relação entre Processo, Direitos Fundamentais e Constituição fazem irromper a processualização da atividade administrativa como um direito fundamental, pois esta é, repita-se, um imperativo do Estado Democrático de Direito.

Diante disso, não há como os créditos fiscais oriundos de multas ambientais não serem constituídos por outra forma, que não o processo administrativo. Nada obstante, torna-se indispensável enfrentar a questão da previsão normativa deste processo administrativo: ele

deve se dar por meio de lei em sentido formal ou pode ser feito por ato normativo de segundo grau em forma de Decreto?

4. A PREVISÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Antes de se estudar a necessidade ou não de o processo administrativo ser previsto em lei, é preciso demonstrar um breve quadro, mostrando como foi promovida a positivação de alguns processos administrativos (Geral e Tributário) antes de se adentrar no campo ambiental.

Em 1999, a União regulou, por meio da lei 9784, o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que estabeleceu suas normas básicas. Tal fato representou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, por não haver, anteriormente, uma lei geral de processo administrativo federal, que dispusesse de forma integrada sobre todos os princípios de índole material e formal da Administração Pública de incidência no âmbito processual, apesar da previsão constitucional de alguns destes princípios.

Não obstante, a Constituição não estabelece aquela estrutura normativa e organizada do processo (o procedimento), elencando, apenas, alguns princípios e regras. Referida lei dispôs, ainda, em seu artigo 69, que os processos administrativos específicos serão regidos por lei própria, mas poderão, no entanto, sofrer a incidência subsidiária desta lei geral (LGPAF).

É necessário destacar que, na verdade, em alguns pontos, a lei 9784/99 faz observar as garantias processuais fundamentais no processo administrativo em maior grau que as próprias leis regedoras do processo judicial.

De outro lado, no âmbito tributário o processo administrativo federal é regulado pelo Decreto 70.235 de 1976. A situação desta norma é interessante, pois editada antes da Constituição de 1988.

Sem tomar partido sobre a recepção ou não desta norma pela Constituição da República de 1988, é de se pontuar que parte da doutrina do Direito Tributário entende como ocorrido em relação a esta norma o fenômeno da recepção constitucional (já que não haveria inconstitucionalidade formal superveniente), gozando esta, atualmente, do *status* de lei ordinária.

Já autores como Paulo Adyr Dias do Amaral (2011), revendo posição anterior, tem entendimento contrário, defendendo a não recepção. Para Paulo Adyr Dias do Amaral (2011, p. 81, grifos do autor), o referido decreto é inconstitucional, pois a recepção não tem o condão de “converter **Decreto** (ato unilateral e solitário expedido pelo Chefe do Poder Executivo) em **Lei** (ato democrático de expressão da vontade geral - vontade esta manifestada pelo Parlamento). Isso seria contrário à própria ideia de Estado Democrático de Direito”.

O autor justifica sua posição por entender que mesmo no regime constitucional anterior a competência para legislar sobre qualquer tipo de processo já era da União, por meio do Congresso Nacional (art. 8º, XVII, “b” da Constituição de 1969, BRASIL, 1969). Assim, para Amaral (2011, p. 82) “é clara a conclusão de que o principal diploma brasileiro (na verdade o único) no campo do processo administrativo tributário é a LGPAF” (Lei Geral do Processo Administrativo Federal).

Por sua vez, em matéria ambiental o processo administrativo federal está previsto no Decreto Federal nº 6514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, regulamentando a lei 9605/1998. Importante notar que a edição do Decreto está nele mesmo justificada pelo artigo 84, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição da República e pelas leis 9.605/1998, 9.784/1999, 8.005/1990, 9.873/1999, e 6.938/1981.

Diante disso, é necessário verificar se há, nas referidas leis, autorizações para que o processo administrativo ambiental seja regulamentado por decreto e se tal expediente é constitucional. É preciso, outrossim, investigar se, com base no art. 84, incisos IV e VI, alínea “a”, da Constituição da República, o Chefe do Executivo pode regulamentar por decreto o processo administrativo ambiental. Essa pesquisa será feita estudando-se o fenômeno da deslegalização na Administração Pública, bem como com a análise do Regulamento no Direito brasileiro.

4.1 A Deslegalização e Administração Pública

A “deslegalização” é um fenômeno recente que consiste na renúncia **lícita** pelo próprio legislador da regulação de determinadas matérias por lei em sentido formal, delegando tal função e disciplina ao Executivo. Segundo Diogo Figueiredo Moreira Neto (2007, p. 218), a deslegalização consiste “na retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*) passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*)”.

Com efeito, no século XX, instaurou-se a denominada “crise da lei”, pois o Legislativo, em decorrência de suas idiossincrasias institucionais e da própria regulação minuciosa do processo legislativo na Constituição e no Regimento dos Parlamentos, não conseguia acompanhar com a mesma rapidez a evolução e complexidade das situações sociais, que atingiam todo o Direito.

Como forma de resolver esse problema, o legislador passou a se utilizar de dois expedientes, principalmente no campo do Direito Administrativo: (i) o emprego dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, deixando a cargo do administrador a concreção da previsão abstrata, aberta e ampla da lei, consoante o caso concreto e as exigências sociais e tecnológicas, para que não fosse necessária a alteração constante da lei e (ii) criou agências reguladoras com poder normativo, cujo conhecimento técnico permitia que por meio de regulamentos fosse feita aquela mesma concretização da previsão abstrata e genérica da lei, consoante os condicionamentos fáticos e técnico-científicos de cada situação. Diante de tal fato, passou a haver interação constante entre as funções legislativa e executiva.

No entanto, tal interação não pode significar uma renúncia do Legislativo quanto a sua missão constitucional e institucional de servir de espaço e canal democrático de debate de idéias, a fim de expressar a vontade de seus mandatários, com intuito de congrega e articular os valores plurais de determinada sociedade e expressá-los por meio da lei geral e abstrata.

Conforme será melhor estudado, o regulamento somente pode complementar e explicitar a lei, porque ela não desce a minúcias. Fora destes limites, a lei não pode transferir ao Executivo a disciplina de certas matérias, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade estampado no inciso II do artigo 5º da Constituição Republicana de 1988 (BRASIL, 1988).

Ora, se ninguém pode fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, esse direito fundamental impede que a tarefa constitucional de inovação e de criação de direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções seja abdicada pelo legislador em favor do administrador. As funções e obrigações atribuídas pela Constituição são indelegáveis e irrenunciáveis, sob pena de delegação disfarçada de competência ou atribuição.

Cabe-nos ressaltar, entretanto, que essa delegação da função de complementação da lei pelo fenômeno da “deslegalização” deve ser feita dentro de certos limites, devendo a lei estabelecer certos parâmetros e quadrantes para a atuação do executivo por meio dos regulamentos.

De criação estadunidense, a Doutrina dos Princípios Inteligíveis (*Intelligible Principle Doctrine*) entende que a lei deve estabelecer limites mínimos dos quais o

administrador não pode se afastar, pois do contrário estaria incidindo em inconstitucionalidade, atuando para além do espaço de conformação que a lei lhe permite. A liberdade do administrador é uma liberdade restrita e condicionada, devendo observar os *standards* e parâmetros legais, de forma a apenas complementar a atuação do legislativo, para que o ordenamento jurídico possa acompanhar a evolução e peculiaridades das relações sociais.

Tal fato, de forma alguma, pode significar inovação da ordem jurídica, mas apenas a concretização do comando normativo. Alexandre Santos de Aragão discorre sobre a referida doutrina surgida no direito anglo-saxão:

Nos EUA, onde também havia forte setor doutrinário e jurisprudencial no sentido de que as leis com tal (baixa) densidade normativa seriam inconstitucionais por constituírem delegações de poderes legislativos, a Suprema Corte, apesar de ainda haver reações de alguns autores e de algumas Cortes estaduais, acabou se firmando, como expõe JOHN H. REESE, no sentido de **‘ser proibida apenas a transferência ilimitada de poderes**. Normalmente, a transferência limitada advém da linguagem utilizada na lei autorizando a Administração a editar normas apropriadas para cumprir as finalidades assinaladas na lei. A transferência de poderes normativos também pode estar implícita na linguagem legislativa, ainda que não haja atribuição normativa expressa’. WILLIAM F. FUNK explica: ‘o Congresso legisla e a Administração executa as leis; para que a Administração execute as leis, estas leis devem conter um princípio claro (intelligible principle) para guiar a Administração, já que, do contrário, a Administração estaria legislando por conta própria. (ARAGÃO, 2008, p. 330-331)

Na mesma passagem, o autor explica que recentemente a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu ser constitucional disposição infralegal que estabeleceu padrões mínimos de qualidade do ar para proteger a saúde pública.

A Corte entendeu que havia na lei um princípio inteligível do qual decorria uma disposição suficientemente clara para que o regulamento dispusesse sobre referidos padrões, até mesmo porque o conhecimento científico sobre o caso dependia de conhecimentos técnicos que, além de não serem da sabedoria do legislador, poderiam ser variáveis e mudar constantemente. (ARAGÃO, 2008).

Consoante os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.367), essa parcela do poder normativo do Executivo só pode aludir a “conceitos precisáveis mediante averiguações técnicas, as quais sofrem influxos das rápidas mudanças advindas do progresso científico e tecnológico, assim como das condições objetivas existentes em dado tempo e espaço”, como já ficou demonstrado acima.

Ainda de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p.367), essa imposição só deve ser aceita enquanto for adequada e necessária para se atingir o objetivo da lei e torná-la aplicável, útil e eficaz, não podendo, entretanto, “sacrificar outros interesses também por ela [lei] confortados”.

Feito isso, é necessário verificar se, em matéria de processo ambiental, ocorreu o fenômeno da “deslegalização” e se aquela doutrina é nele aplicável.

4.1.1 Previsão da Deslegalização nas Leis sobre Processo Administrativo Ambiental

Não sendo mais estranho nem o fenômeno da “deslegalização” nem a doutrina dos princípios inteligíveis é indispensável verificar se estas leis fizeram tal previsão para que o Decreto 6514/2008 regulasse o processo administrativo ambiental federal.

Como já foi observado, o Decreto Federal nº 6514/2008 dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, regulamentando a lei 9605/1998.

Ao analisar esta lei, verifica-se que ela dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas ilícitas praticadas contra o meio ambiente, e dá outras providências (BRASIL 1998). O capítulo VI da lei 9605/1998 trata da infração administrativa e o parágrafo 4º do seu artigo 70 dispõe que “as infrações ambientais são apuradas em processo administrativo próprio, assegurado o direito de ampla defesa e o contraditório, **observadas as disposições desta Lei**” (BRASIL, 1998).

Ora, é evidente que a lei 9605/98 determina que o processo administrativo deve observar suas disposições, não fazendo nenhuma transferência de atribuição regulamentadora para instrumentos normativos secundários. No entanto, referida lei só dispõe sobre prazos processuais, não estabelecendo nenhum procedimento para que se realizasse o contraditório e incidissem todos os demais princípios e garantias processuais.

Tal fato, entretanto, não autoriza que a regulação do processo administrativo seja feita por decreto, porque nem a lei autorizou isso. Em momento oportuno, será estudada a existência de decretos autônomos em nosso ordenamento além de se verificar se seria esse o caso do Decreto 6514/2008. (BRASIL, 2008)

Apesar de, em sua parte preambular, esse decreto dispor que o Presidente da República o expedir em razão do previsto no capítulo VI da Lei 9605/98, será demonstrado que não há tal previsão nesta lei.

Acontece que o referido decreto faz remissão à Lei 9784/99 (LGPAF). Ao analisar a referida lei, pode-se observar que o único artigo que poderia ter alguma conexão com o processo administrativo ambiental nele (no Decreto) previsto é o artigo 69 da LGPAF, que prevê a sua aplicação subsidiária em outros processos administrativos específicos que **estivessem regidos por lei própria** (BRASIL, 1999).

Não obstante a previsão da aplicação subsidiária da lei geral do processo administrativo federal, essa dar-se-á segundo a própria lei, se os outros processos estiverem previstos **em lei em sentido formal** ou em decretos que tiverem sido recepcionados pela nova ordem constitucional com o *status* de lei. Não se está aqui defendendo que a lei geral não possa ser aplicada subsidiariamente em Decretos. Entretanto, a justificativa apresentada no preâmbulo do Decreto 6514/98 (BRASIL, 1998) de que ele estaria sendo expedido em razão do disposto na lei geral do processo administrativo demonstra motivação equivocada, o que já é o bastante para afirmar que mais uma vez não há transferência da atividade regulamentadora de lei para o decreto que pretendeu disciplinar o processo administrativo ambiental.

Ademais, o artigo 95 do Decreto 6514/2008 ao fazer referência à Lei Geral do Processo Administrativo Federal apenas nos remete aos princípios e critérios previstos no artigo 2º desta lei.

De igual modo, a referência às leis 9.873/1999 e 6.938/1981 não valida nem torna eficaz o decreto que regulamenta o processo administrativo ambiental. A primeira lei dispõe exclusivamente sobre prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração. Já a segunda dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, mas em todos os casos as disposições são de natureza material, não fazendo referência alguma a processo e muito menos a suas regulamentações por decreto.

Portanto, a análise das leis até agora declinadas permite afirmar que não há nelas nenhuma transferência de atividade normativa da lei para decreto.

Entretanto, há naquele decreto referência à Lei 8005/90 (BRASIL, 1990). Tal lei dispõe sobre a cobrança de créditos do IBAMA e seu artigo 6º prevê que “o Presidente do IBAMA **baixará portaria** disciplinando o procedimento administrativo para autuação, cobrança e inscrição na dívida ativa dos débitos a que se refere esta lei, assegurados o contraditório e o amplo direito de defesa” (BRASIL, 1990, grifos nossos). Há aqui expressa transferência de atividade regulatória da lei para ato normativo secundário. Entretanto, questiona-se se seria o caso de aplicação da doutrina dos princípios inteligíveis? Essa transferência de função foi válida?

Quando do estudo da *Intelligible Principle Doctrine*, demonstramos que esta só pode ser utilizada quando houver necessidade de se fazer a previsão de determinadas matérias que exigissem conhecimentos técnicos estranhos à atividade e competência do legislador, bem como quando houvesse a necessidade de se dar uma pronta resposta às constantes modificações ocorridas nas relações sociais, mas sem que houvesse em um e outro caso inovação na ordem jurídica.

É possível perceber que a previsão de um processo para a constituição de multas ambientais não exige conhecimentos técnicos que sejam estranhos ao legislador. Ao contrário, exige atuação ativa deste, pois o modo de ser do processo revela a preferência política de um determinado Estado, bem como visa a assegurar e a efetivar direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Ademais, por mais que o processo também tenha que acompanhar a realidade social sobre a qual o Direito se sustenta, a rapidez de que fala a doutrina dos princípios inteligíveis tem a ver com a mudança de critérios científicos que exigem constantemente a alteração da norma, o que não é o caso do processo.

Pode-se ressaltar ainda que não se pode falar que a referida lei traz em seu bojo todos os princípios inteligíveis que vão direcionar a criação complementar a ser realizada pelo administrador. A lei 8005/90 (BRASIL, 1990) só faz referência ao contraditório e à ampla defesa que, apesar de serem princípios estruturais do processo ao lado da isonomia, não traduzem toda a realidade de um processo que deve ser constitucional e democrático.

Não há previsão, v.g. sobre legitimidade, fases processuais, decisões, recursos, necessidade ou não de representação por advogado e uma gama de outros princípios e regras que deveriam estar presentes para que também a lei 8005/90 fosse inteligível a ponto de permitir a regulação de processo administrativo por meio de decreto. Basta olhar a constituição para verificar a generosidade com que ela prevê princípios e garantias processuais.

Não se pode olvidar que o direito ambiental material é campo fértil para a aplicação da doutrina dos princípios inteligíveis, quando determina, v.g, níveis de emissão de gases, de dejetos, volume do som para assegurar o direito de tranquilidade e sossego, espécies animais em extinção e etc. Todas estas situações são complementares ao direito **material** e dependem de conhecimentos técnicos que demandam rápida resposta. Entretanto, esse não é o caso do processo ambiental.

Assim, não há campo para, com base nas leis citadas pelo Decreto 6514/2008, se permitir a previsão de processo administrativo ambiental por meio de regulamento. Entretanto, no vestibulo do decreto há referência aos incisos IV e VI, alínea “a do artigo 84 da Constituição da República.

Não fosse o bastante, o parágrafo único do artigo 94 do referido Decreto dispõe que o objetivo do seu capítulo VI é dar unidade às normas esparsas que versem sobre “procedimentos ambientais”, bem como “nos termos do que dispõe o art. 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição, disciplinar as regras de funcionamento pelas quais a administração pública federal, de caráter ambiental, deverá pautar-se na condução do processo” (BRASIL, 2008).

Em razão disso, é necessário analisar os incisos IV e VI do artigo 84 da Constituição da República, para verificar se a previsão de processo administrativo ambiental por meio de decreto é possibilitar a “fiel execução de lei” ou se dizem respeito à organização da atividade da Administração Pública.

4.2 O Decreto no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo da função do regulamento prevista na Constituição de 1988 (BRASIL,1988) pode encerrar a questão da possibilidade ou não de processos administrativos serem previstos por meio de decretos, uma vez que já foram apontadas as limitações impostas às leis no deslizamento de suas funções.

A lei e o legislador não podem abdicar de suas atribuições, porque tais obrigações estão previstas e são concedidas pela Constituição, e somente ela pode fazer exceções aos seus mandamentos.

Os decretos são atos normativos secundários, inferiores às leis, e que servem de veículo para os regulamentos, cuja natureza jurídica é de ato administrativo de eficácia externa. Sua principal função é complementar a lei e a competência para a sua expedição é exclusiva dos Chefes do Executivo das entidades federativas.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2011), o *nomen juris regulamento* não é uníssono na doutrina jurídica mundial, cumprindo fins diversos em cada ordenamento jurídico, possuindo como denominador comum apenas sua abstração e generalidade, bem como o fato de não ser elaborado pelo Legislativo. Vale, porém, chamar atenção para existência de decretos individuais e concretos, como aqueles que nomeiam ou exoneram servidores ou que declaram a desapropriação de um imóvel.

Entretanto, a principal diferença entre a lei e o decreto não é o fato de se originarem de Funções Estatais distintas (legislativa e executiva, respectivamente), nem o fato de a lei ser superior ao decreto (como será pontuado, há casos em que o decreto pode se contrapor a uma lei), mas o fato de só a lei poder inovar na ordem jurídica. Somente ela é ato normativo primário (à exceção da medida provisória, que tem força de lei) com aptidão para criar direitos e obrigações, o que é bem diferente de se permitir a execução da lei.

Traçadas essas linhas gerais, constata-se que a Constituição da República de 1988 faz previsão do Decreto e suas funções especialmente no artigo 84, incisos IV e VI. No primeiro caso, temos os decretos regulamentares ou de execução. No segundo caso, há necessidade de se pesquisar sua natureza jurídica a fim de verificar se é possível falar, no direito brasileiro, nos decretos autônomos reconhecidos na teoria geral do direito constitucional.

Dito isto, pode-se proceder ao estudo dos incisos IV e VI do artigo 84 da Constituição Brasileira (BRASIL, 1988).

4.2.1. O Decreto regulamentar ou de execução.

A previsão constitucional do decreto regulamentar reside no inciso IV da Constituição de 1988, que dispõe ser da competência do Chefe do Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução da lei (BRASIL 1988).

A doutrina costuma traduzir essa “fiel execução da lei” na complementação da lei pelo regulamento. Assim é que o decreto de execução orienta a aplicação da lei, aclarando, explicando, facilitando e explicitando seus mandamentos.

A lei não desce a minúcias da matéria que disciplina, devendo o regulamento fazê-lo. Entretanto, essa função regulamentar encontra limites, como já visto: não pode se arvorar da função legislativa criando direitos e obrigações, excedendo sua função complementar. Portanto, o regulamento é sempre subordinado e acessório da lei, desempenhando uma tarefa de caráter administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que todas essas expressões são muito vagas e imprecisas, não revelando, em sua plenitude, as estritas delimitações do poder regulamentar. Aponta o autor, de forma precisa, os propósitos do regulamento:

*(i) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) *concretizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos* cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores, ou elementos configuradores a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia*

do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (ii) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém. (MELLO, 2011, p. 370).

O regulamento tem grande valia na área da discricionariedade administrativa, pois permite a operacionalização técnica e a densificação da lei, aptas a conduzir a um tratamento isonômico dos cidadãos. Importante ressaltar que aquele não pode estar sujeito ao humor e aos caprichos do administrador.

Nunca é demais reforçar: a lei não desce a minúcias. O regulamento deve apenas complementar a lei, explicitando o que está implícito, sem que isso importe na criação de direitos e obrigações ou na invasão de área reservada à lei, pois tal expediente representaria usurpação da função legislativa e ofensa ao princípio da legalidade na sua expressão maior: na reserva de lei.

Acontecendo tal fato, a própria Constituição prevê a reação contra essa inconstitucionalidade, pois o Congresso Nacional deve “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar [...]”, consoante o disposto no inciso V do artigo 49 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

Entretanto, o que se percebe é que o Decreto 6514/2008, em matéria de processo, não complementou a lei 9605/98. Além de ela dizer que o processo administrativo observaria suas disposições, referido Decreto não aclarou ou orientou a aplicação da lei de crimes e infrações ambientais.

Ficou criado, em verdade, todo o arcabouço processual para a constituição das multas ambientais, extrapolando *ultra legem* suas funções.

Nem se fale seja o caso de decreto autônomo, não existente no direito brasileiro e que ao fazer a previsão de processo administrativo por meio de decreto estar-se-ia organizando o funcionamento da administração pública. Tal entendimento era possível quando ainda não se vislumbrava a autonomia científica do processo administrativo, sendo este considerado mero apêndice do Direito Administrativo material, algo já superado como visto acima.

Bandeira de Mello (2011, p. 365) defende que o regulamento tem lugar “sempre que necessário um regramento procedimental para a regência da conduta que órgãos e agentes administrativos deverão observar e fazer observar, para cumprimento da lei (...)” e quando se instaurarem relações entre Administração e administrados, principalmente quando for possível certa discricionariedade, exemplificando com o regulamento do imposto de renda

que dispõe sobre o modo de apresentação de lançamentos tributários, horário de entrega das declarações e etc.

Ademais disso, legislar sobre processo administrativo ambiental é inovar no ordenamento jurídico, pois há a criação de direitos e obrigações para as partes processuais, o que exige a observância do princípio da legalidade (inciso II do artigo 5º da CR/88). O descumprimento de uma norma processual pode gerar prejuízo à parte, o que é muito diferente de dar fiel execução à lei ou organizar a atividade administrativa (incisos IV, “a” e IV do artigo 84, respectivamente). Como já se afirmou, é tão íntima a relação entre o processo, o modo de atuação estatal e sua legitimidade; entre ele, a Constituição e os direitos e garantias fundamentais, que sua previsão por ato normativo secundário o desprestigia institucional e democraticamente.

Assim, a previsão da garantia do devido processo não só legal, mas constitucional, quando dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, BRASIL 1988) na Constituição de 88 reforça e reafirma tudo o quanto foi dito até agora sobre a impossibilidade da constituição de multas ambientais se dar sem processo ou por meio de processo, cuja previsão não seja legal. A disciplina relativa à liberdade e patrimônio das pessoas deve vir prevista em lei e não em regulamento.

Assim, é forçoso repetir e aqui se insiste á derradeira: a processualização é um imperativo do Estado Democrático de Direito de modo que as multas ambientais devem ser constituídas por meio de um processo administrativo, que tenha previsão em lei, por mandamento da própria Constituição, que exige um devido processo, pelo menos, **legal**.

5. CONCLUSÃO

Para que a proteção do meio ambiente seja eficaz é necessário que a constituição e cobrança de multas ambientais se dê de forma válida e legítima, pois do contrário, a anulação de multas por inobservância do devido processo legal pode levar à impunidade e deixar o meio ambiente sem um de seus principais mecanismos de proteção. A constituição de multas administrativas deve se dar por meio de um processo que garanta à parte a observância de seus direitos e garantias fundamentais. A processualização é um imperativo do Estado Democrático de Direito, sendo que este fenômeno é explicado e justificado tanto pela

autonomia do processo administrativo, quanto pela relação entre direitos fundamentais, Constituição e processo.

Não obstante a necessidade de processo para a constituição de multas ambientais, onde seja assegurado à parte todos os direitos e garantias fundamentais, seja os de índole material, seja os de índole formal, a disciplina processual deve se dar por meio de lei em sentido formal. O Decreto federal nº 6514/2008 é ilegal e inconstitucional, porque não se está diante da aplicação da novel doutrina dos princípios inteligíveis, bem como por não existir no direito brasileiro os denominados decretos autônomos ou independentes. Em nosso ordenamento os regulamentos só podem dar fiel cumprimento à lei ou dispor sobre o funcionamento e organização da Administração Pública, o que é bem diverso de disciplinar um processo administrativo para se constituir multas ambientais, por estar em jogo o patrimônio (propriedade) e liberdades fundamentais do cidadão. Nestes casos, somente podem vir previsto por meio de decreto normas de apoio ao processo. Portanto, a constituição das multas ambientais deve ser feita à luz e sob a regência da lei do Processo Administrativo Federal (9784/99), até que uma lei específica discipline a matéria.

E assim deve ser, pois a lei traz maiores garantias ao cidadão do que o Decreto, sendo indispensável que haja um processo administrativo para a constituição de multas ambientais e que essa disciplina se dê por lei formal, para que se tenha por atendido o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo :Malheiros Editora, 2008. 669 p.

AMARAL, Paulo Adyr Dias do . **Motivação do Lançamento Tributário**. Rio de Janeiro: Lumen Jures. 224 p.

AMARAL, Paulo Adyr Dias do. **Processo Administrativo Tributário e o problema da supressão do contraditório**. Belo Horizonte: Del Rey. 2011, 500p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2008, 610, p.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984. 408p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Lei 9.784 , de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm > Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Decreto 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm> Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais administrativas derivadas de condutas e atividades Lesivas ao meio ambiente , e dá outras providências. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelecendo o processo administrativo federal para apuração dests infrações, e dá outras providências. Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm> Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.005, de 22 de março de 1990. Dispõe sobre a cobrança e a atualização dos créditos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) e dá outras providências .Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8005.htm> Acesso: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Lei 9.873, de 23 de novembro de 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm> Acesso: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em 28 de mar. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 d a Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações

administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm . Acesso em 19 de setembro de 2012.

Relatório e Parecer Prévio sobre as Contas do Governo da República. BRASIL, 2010. Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/contas_10/index.html . Acesso em 19/09/2012.

BRASIL . Supremo Tribunal Federal. ADIN 4568/DF. Plenário. Relatora Min. Carmen Lúcia (DJe 30/03/2012) Disponível em : <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1870956>. Acesso em: 20/09/2012

BUENO ,Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil.** Tutela antecipada .tutela cautelar. Procedimentos cautelares específicos. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. V. 4. 359p.

DINAMARCO , Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 14ª ed.São Paulo: Editora Malheiros, 2009. 400 p.

FAZZALARI, Elio **Instituições de direito processual.** Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 781p.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** São Paulo Editora. Revista dos Tribunais. 2008. 238 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 15ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. 464 p

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29ª Ed. São Paulo: Malheiros editores. 2011. 1032 p.

MERKL, Adolfo. **Teoría General Del Derecho Administrativo.** México: Editoria Nacional, 1975. 496 p.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Agências reguladoras, In: **Mutações do direito administrativo**, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007, 400 p

PASSOS, J. J. Calmon de. **Cidadania tutelada.** Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3196>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito:** Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros editores, 2005, 191, p.