

OS EFEITOS DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA SOBRE A PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES CONTRA O MEIO-AMBIENTE

the effects of the conduct adjustment agreement (tac) on criminal persecution of environmental offences.

Beatriz Souza Costa

Doutora e Mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Ambiental e de Direito Constitucional da Escola Superior Dom Hélder Câmara – MG. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2016298022505602>. E-mail: biaambiental@yahoo.com.br

Bárbara Augusta de Paula Araujo Myssior

Mestranda em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara. Pesquisadora do CEBID/Dom Hélder Câmara. Pós-graduada em Criminologia pelo IEC - PUC Minas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1263938446706825>. E-mail: barbara.apa@gmail.com

Recebido: 16.06.2017 | Aprovado: 20.10.2017

RESUMO: O presente artigo foi desenvolvido a partir da discussão sobre a tutela penal do bem jurídico meio ambiente. Ao analisar a função da pena e os princípios norteadores do Direito Penal fica claro que estes são deixados de lado quando se trata da proteção ambiental. O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC - tanto como título executivo extrajudicial quanto como acordo firmado entre o órgão estatal e o ajustante, de modo a acelerar o processo decisório e de resolução de contendas, uma vez que a recuperação/preservação do meio ambiente tem caráter de urgência e não suporta a mora típica do processo de cognição tradicional, mostra-se como resposta a um Direito Penal repressivo e vingativo, que não tem sido eficiente na proteção dos bens jurídicos difusos. Desta forma procura-se, com o uso de metodologia jurídica-teórica e do raciocínio dedutivo, através de pesquisa bibliográfica e documental, discutir a necessidade da persecução criminal após a aplicação e, principalmente, o cumprimento integral do TAC, pois enxerga-

mos o princípio da intervenção mínima como essencial ao direito penal moderno, sendo caminho para se atingir a verdadeira realização do direito penal como *ultima ratio*. Desta forma chegamos à conclusão de que tendo sido assinado o Termo de Ajustamento de Conduta antes do oferecimento da denúncia não há justa causa para a ação penal, devendo esta ser extinta.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela Penal. Meio ambiente. Termo de Ajustamento de Conduta. Persecução Criminal. Intervenção Mínima.

ABSTRACT: The present article debates the criminal statutes enforcement as means of environmental legal protection. Analyzing the function of the penalty and guiding principles of Criminal Law it is clear that these are left out when it comes to environmental protection. The Conduct Adjustment Agreement (TAC) is revealed, both as a self-enforceable document in Court, and as an agreement between the state agency, public prosecutors and the alleged violator, in order to accelerate the decision-making process and the resolution of disputes, since recovery/preservation of the environment is urgent and does not support the typical delay of court procedures, it is shown as a response to repressive and vindictive Criminal Law, which has not been effective in protecting modern legal assets. Therefore, using legal-theoretical methodology and deductive reasoning, through bibliographic and documentary research, we discuss the real need of criminal prosecution even when the TAC is signed and, most importantly, the fulfillment of the obligations agreed upon, for the minimal intervention principle is central in modern criminal law and necessary mean to concept criminal enforcement as *ultima ratio*. In this way we come to the conclusion that if the TAC has been signed before offering the complaint there is no just cause for the criminal action, and it should be extinguished

KEYWORDS: Criminal enforcement. Environment. Conduct Adjustment Agreement. Criminal prosecution. Minimal Intervention.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o acórdão da Apelação Criminal nº 1.0471.12.001064-3/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que decide que existindo um Termo de Ajustamento de Conduta celebrado antes do oferecimento de denúncia por crime ambiental, não haveria interesse processual para a persecução criminal.

Com base na análise das teorias da pena e dos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da proporcionalidade, é discutido se a função repressiva e repressora da sanção penal seria adequada à tutela dos bens jurídicos “modernos” tais como o meio ambiente. Seria o Direito Penal a única resposta em vez da “última resposta”? Até que ponto a pena privativa de liberdade seria a ideal para arrefecer o ânimo delitivo daqueles que contribuem para a degradação do meio ambiente?

Todavia, ao se concentrar no estudo do Termo de Ajustamento de Conduta como meio de proteção e preservação ambiental, são eleitos novos caminhos sancionatórios para as práticas danosas ao bem jurídico meio ambiente. Trabalhando bem jurídico tão delicado quanto este fica cada vez mais explícito que o Direito Penal não é o viés que deve ser utilizado na proteção de tal bem jurídico, uma vez que, atualmente, o clamor sensacionalista de mídias cada vez mais populistas tem o condão de transformar uma justiça que deveria ser restaurativa em vingativa.

O Direito Ambiental está primordialmente voltado para a prevenção do dano, ou para sua reparação da forma mais rápida e integral possível, caso este já tenha ocorrido. Por outro lado, é preciso conciliar desenvolvimento econômico e preservação, promovendo o desenvolvimento sustentável, sendo que o Termo de Ajustamento de Conduta é, hoje, o instrumento mais adequado para se alcançar estes fins.

Desta forma fica claro que, sendo o Direito Penal ineficaz na proteção a este tipo de bem jurídico e focando na interdependência das esferas jurídicas a fim de evitar uma tríplice responsabilização, a melhor técnica é considerar a assinatura e possível cumprimento dos termos do TAC anteriores ao oferecimento da denúncia como repressão suficiente, extinguindo, assim uma ação penal que, por isso, estará vazia de interesse.

2. A APELAÇÃO CRIMINAL Nº 1.0471.12.001064-3/001 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS:

O acórdão objeto de análise deste trabalho versa sobre fato ocorrido na comarca de Pará de Minas. O proprietário da “Fazenda Jaraguá” foi denunciado em 2011 por destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, artigo 38, da Lei nº 9.605/98 por ter, de acordo com a inicial, desmatado uma faixa de aproximadamente 10 metros de comprimento por 2 metros de largura de mata ciliar, às margens de um açude, com utilização de trator de esteiras, danificando, assim, área de preservação permanente.

Ao recusar a suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público, foi o réu beneficiado pela decisão judicial que trancou a ação penal por ausência de justa causa, uma vez que este celebrou Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público e o cumpriu integralmente, antes da denúncia. O Ministério Público recorreu alegando que há independência entre as esferas cível, administrativa e penal, não havendo qualquer relação entre a reparação do dano e a ação penal na qual a reparação do dano ambiental possui natureza cível, segundo entende o STJ. O Juízo de segunda instância negou provimento ao recurso e manteve a decisão de primeira instância.

O desembargador Amauri Pinto Ferreira da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relator da Apelação Criminal que gerou o acórdão, afirma que uma vez tendo sido reparado o dano ambiental e inexistindo infrações ambientais posteriores, o cumprimento das condições fixadas pelo Termo de Ajustamento de Conduta pode sim impedir que a ação penal continue por ausência de um dos elementos da ação que é a justa causa.

Apesar do STJ perceber que há a independência entre as esferas, o desembargador entendeu desnecessário o uso do Direito Penal como elemento restaurador da conformidade legal por não mais existir o dano ambiental e tendo o infrator engendrado todos os esforços para sanar o prejuízo e demonstrado arrependimento.

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME AMBIENTAL - ARTS. 38,
DA LEI Nº 9.605/98 - AJUSTAMENTO DE TAC COM O MI-
NISTÉRIO PÚBLICO ANTERIOR AO OFERECIMENTO DA

DENÚNCIA - CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES PELO DENUNCIADO - DECISÃO QUE TRANCA A AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA - RECURSO NÃO PROVIDO.

- Considerando a fragmentariedade e o caráter intervencionista mínimo do Direito Penal, sua atuação deve ser reservada às situações em que os demais ramos do ordenamento jurídico demonstrem-se ineficazes para a proteção de bens jurídicos essenciais.

- Havendo a celebração de TAC com o Ministério Público anterior ao oferecimento da denúncia, tendo o réu reparado o dano ambiental, cumprindo todas as condições estipuladas, tenho que, de fato, falece justa causa para ação penal

(TJMG - Apelação Criminal 1.0471.12.001064-3/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 03/03/2015, publicação da súmula em 10/03/2015)

Ademais, há que se considerar os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade e da intervenção mínima no Direito Penal, sendo este reservado quando os outros ramos do direito sejam ineficazes na proteção de um bem jurídico essencial como é o caso do meio ambiente. Desta forma, o Direito Penal é considerado a *ultima ratio* não devendo ser utilizado a todo momento e, muito menos, existindo um Termo de Ajustamento de Conduta firmado antes da denúncia, quando ausente qualquer indício de dolo preexistente de que o compromissário não cumprirá as condições estabelecidas.

3. DIREITO PENAL COMO *ULTIMA RATIO* – OS PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA, DA FRAGMENTARIEDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

A história do Direito Penal confunde-se com a história da vingança. O próprio Código de Hamurabi e a Lei de Talião¹, por mais bárbaros que pareçam são, na verdade, um avanço diante das sangrentas vinganças de uma terra sem lei, pois portam o embrião da proporcionalidade entre ação e consequência, conduta e sanção,

delito e pena. Mas, hodiernamente, fato é que o Direito Penal é a garantia que o cidadão tem contra os arbítrios estatais.

Kant vê o Direito Penal como um ideal de justiça que se exprime na certeza da pena. A pena, para ele, é um imperativo categórico, sendo uma retribuição moral categoricamente necessária. (QUEIROZ, 2005, p. 19). Para Hegel a pena seria a negação da negação, ou seja, a pena nega o delito que, por sua vez nega o Direito e, assim, ao negar o delito a pena confirma o Direito. A pena “restaura a razão do direito, anulando a razão do delito”. (QUEIROZ, 2005, p. 21)

Essas teorias são conhecidas como teorias absolutas da pena, mas têm diversas falhas, como, por exemplo, enxergar a pena como meio de pacificação social. Outra crítica é o fato de não explicarem a necessidade da imposição da pena, sendo que há outras alternativas. A Justiça pode ser feita de outras formas, até mesmo através do perdão, podendo ser reparatória, compensatória, terapêutica, tendo a pena como apenas uma de suas possibilidades.

Para os autores das teorias relativas ou prevencionistas a pena não é um fim em si mesma, mas como um meio para atingir determinado fim. A pena é útil, serve para prevenir novos delitos e só em último caso, quando essa determinação falha, para reprimir delitos já praticados. Diz-se prevenção geral quando esta é direcionada a todas as pessoas e especial quando apontada àqueles que já delinquiram. A prevenção geral positiva visa buscar fortalecer os valores ético-morais da sociedade, valores estes positivados pela norma. A prevenção geral negativa busca “desencorajar a generalidade das pessoas da prática de delitos” (QUEIROZ, 2005, p. 33). Já a prevenção especial busca atuar sobre o ânimo do delinquente, impedindo-o de praticar novos delitos.

No entanto, a pena tem uma função social na medida em que a sua aplicação é tida como reação ao delito praticado, restaurando o tecido social e mantendo ativa a consciência coletiva. (QUEIROZ, 2005, p. 37).

Já a teoria unitária ou mista apresenta uma visão unitária e utilitarista da pena, que reuniu as teorias anteriores. Ela visa reunir o caráter retributivo e prevencionista da sanção, buscando traduzi-la em critérios de necessidade e utilidade. Nesta visão a pena é útil para restituir o sentimento de paz e segurança ao cidadão e

necessária na medida em que pune o autor do fato delituoso na esperança de sua ressocialização.

A partir do momento em que a pena é vista como necessária e útil e sua função como preventiva e ressocializadora (ou que atue no ânimo do agente para que ele não mais delinqua), percebe-se que a mudança de paradigma no Direito Criminal é urgente. A inflação legislativa torna a atuação tanto do poder público quanto do advogado complicada.

O princípio da intervenção mínima orienta que a criação de um novo tipo delitivo só é justificável se for o único meio para a proteção de um bem jurídico essencial. Caso outros ramos do Direito tenham meios de proteger tal bem jurídico de forma efetiva não seria recomendável a criminalização de uma conduta que possa feri-lo. A justificativa seria o dano social sofrido pelo delinquente com a aplicação da pena podendo, este sim, ser irreparável. (BITTENCOURT, 2007, p. 13).

O cidadão tem cada vez mais dificuldade de trafegar em meio a tantas mudanças e recrudescimento de condutas e a legislação tem dificuldade em alcançar a evolução social, mantendo normas penais inúteis e, no entanto, severas. A pena de prisão não é mais a resposta para muitas das condutas que protegem bens jurídicos essenciais.

O Direito Penal “como última resposta” ficou esquecido diante do clamor popular e da farsa da produção de leis como demonstrativo de trabalho árduo dos representantes do povo. O Direito Penal moderno abre mão de ser o ator principal para se sentar confortavelmente nos bastidores enquanto os outros ramos do direito sanam os danos resultantes de condutas típicas, mas para as quais a pena de prisão não traria nenhum benefício na reparação do bem jurídico danificado.

Nesse sentido há que se aplicar o princípio da proporcionalidade, pois na relação entre o delito e a pena deve haver um equilíbrio, mas sempre tendo em mente a razoabilidade da punição imposta. Desta forma, há a necessidade de investigar se, no caso concreto, pode ser aplicada outra sanção menos desvantajosa para o cidadão que a pena de prisão.

Na Alemanha, o princípio originou-se no direito de polícia do século XIX, quando os tribunais desenvolveram a doutrina se-

gundo a qual o exercício do poder de polícia, a fim de garantir a ordem pública, não deve interferir em direitos individuais para além do necessário a assegurá-la. Isso implicou dois testes: primeiro, a medida menos invasiva deve ser escolhida; segundo, ela não pode ser desproporcional ao problema a ser solucionado. Gradualmente o princípio tornou-se mais diferenciado e foi desenvolvido como uma verificação geral de ação administrativa discricionária e até mesmo como um princípio constitucional de controle do Poder Legislativo quando uma lei intervém em direitos básicos. No Direito Administrativo francês, observa-se um desenvolvimento parecido, embora mais ligado ao Direito Administrativo setorial. (WINTER, 2013, p. 58)

A moderna teoria da pena caminha a passos largos para a sua utilização mínima, senão sua abolição, pelo menos a da pena de prisão para os delitos cuja repreensão seria mais eficaz por meio de medidas administrativas ou cíveis, como multas e reparação dos danos.

Um exemplo dessa afirmação é a crescente mudança jurisprudencial no que concerne à punição dos delitos contra o meio ambiente, em especial no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que aponta a preponderância da reparação do bem jurídico afetado sobre a aplicação da lei penal. A assinatura e consequente cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta mostra-se um instrumento poderoso na preservação ambiental e na resolução de conflitos entre as esferas do Direito.

4. O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO E PRESERVAÇÃO DO MEIO-AMBIENTE.

O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC - é um meio alternativo para a resolução de conflitos derivado da Ação Civil Pública sendo disciplinado no art. 5º, § 6º da Lei 7347/85:

Art. 5º, § 6º - Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. §§ 4º, 5º e 6º acrescentados pela

Como título executivo extrajudicial pode ser executado caso a parte deixe de cumprir com alguma das obrigações, o que é vantajoso, pois “evita todo o desgaste do processo de conhecimento, com sua conhecida morosidade, assim como afasta a incerteza do provimento jurisdicional (...)”. (AKAOUI, 2015, p. 81)

Há três correntes básicas em se tratando do tema natureza jurídica do Termo de Ajustamento de Conduta. A primeira entende o TAC como transação bilateral, a segunda como acordo em sentido estrito e a terceira o classifica como ato administrativo. Podemos chamar as duas primeiras correntes de contratualistas e a última de administrativista. (FERNANDES, 2008, p. 56)

A hipótese contratualista se divide em duas: a que vê o TAC como transação bilateral e a que o coloca como acordo unilateral.

A vertente que o coloca como transação bilateral adota as bases da transação civil, mas, como o TAC envolve direito difuso e, portanto, indisponível, o que é negociado nele é “a situação periférica de resguardo” do meio ambiente e não o direito ao meio ambiente em si. (FERNANDES, 2008, p.57)

Tanto Nery Júnior quanto Milaré (apud FERNANDES, 2008, p. 58) afirmam que o TAC seria uma forma peculiar de transação civil na qual seria proibida a disponibilidade do direito material. As partes se comprometeriam quanto ao prazo e o modo de cumprimento de obrigações derivadas de um dano causado, mas não poderiam dispor do direito ao meio ambiente.

Por outro lado, Fernando Reverendo Vidal Akaoui (2015, p. 82) entende que o TAC configura hipótese de acordo em sentido estrito, pois

[...] envolvendo o objeto do compromisso de ajustamento de conduta, no mais das vezes, direitos indisponíveis, entendemos que a utilização do termo transação não seja adequada a demonstrar o que de fato ocorre, na medida em que margem alguma de disponibilidade (leia-se concessões mútuas) é conferida aos colegitimados a tomar o compromisso de ajustamento de conduta. E, ainda que o objeto se trate de direito disponível, o colegitimado não detém poderes para deixar de pleitear algo aos titulares do direito protegido.

Afirma, ainda, que o ajustamento de conduta deve contemplar todos os pedidos de eventual ação civil pública, ficando “a liberdade do órgão público restrita apenas à forma pela qual se darão as medidas corretivas e ao tempo, porém sempre após análise criteriosa da melhor forma, bem como do tempo mais exíguo possível”. (AKAOUI, 2015, p. 84)

Para Hugo Nigro Mazzilli (2009, p. 408) o TAC é verdadeiro ato administrativo negocial, “(...) por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título”.

Assim, conclui Rodrigo Fernandes (2008, p. 78):

[...] o ajustamento de conduta responde satisfatoriamente à natureza jurídica de contrato administrativo típico, resultando na avença consensual, geralmente preventiva de litígio, na qual a Administração buscará a reparação do bem ambiental lesado e a restauração do equilíbrio da qualidade de vida, observadas as peculiaridades do caso e da perícia técnica que conferirão maior ou menor grau de discricionariedade na estipulação das cláusulas obrigacionais, bem como da valoração do interesse público e sua satisfação para a propositura ou não da ação civil pública.

Argumenta Fernandes que a corrente que defende o TAC como transação bilateral erra ao atribuir caráter de direito privado à hipótese do ajustamento de conduta, o que vai de encontro à natureza indisponível dos direitos difusos. Por outro lado, quem vê o Termo de Ajustamento de Conduta como acordo em sentido estrito também erra, afinal, a despeito de acentuar o interesse público, este ocasiona insegurança jurídica por causa da precariedade do ajuste, que não gera obrigação alguma para o órgão público. E, finalmente, o ato administrativo negocial difere do TAC, pois aquele apenas confere direitos, não impondo obrigações, como ocorre neste. Portanto, o TAC seria um contrato administrativo simples.

Como o objetivo do TAC é readequar a conduta do degradador, ou do potencial degradador à norma vigente no ordenamento jurídico brasileiro para, desta forma, reparar o dano já ocorrido

ou afastar o perigo de dano, e considerando que o órgão público legitimado deverá englobar no TAC todos os pedidos que devem ser feitos em uma potencial Ação Civil Pública, acredita-se ser a corrente que coloca o Termo de Ajustamento de Conduta como acordo em sentido estrito a corrente que melhor explica a natureza jurídica deste.

O Termo de Ajustamento de Conduta busca a reparação ambiental do dano ou sua prevenção, mas não há como superar a discricionariedade e a interpretação caso a caso na aferição do dano, assim como suas consequências e formas de reparação. Portanto, cabe ao órgão do poder público, ao estipular as obrigações no TAC optar por aquelas que entender mais vantajosas para o interesse público, uma vez que as condutas exigíveis podem ser a restituição integral do dano, a compensação ecológica ou a indenização. (FERNANDES, 2008, p. 122)

Além da fixação da obrigação em pormenores como tempo, modo e lugar de cumprimento, deve o título, sob pena de nulidade, estipular cominações para o caso de não cumprimento do compromisso sendo que a cominação pecuniária é a mais comum, fixada em patamar diário, devendo levar em consideração o teor do dano e a condição financeira do degradador para não perder o caráter intimidatório. (AKAOUI, 2015, p. 141)

Frise-se que os legitimados para a tomada do Termo de Ajustamento de Conduta são os mesmos legitimados para a instauração da Ação Civil Pública segundo o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, 7347/85, quais sejam, o Ministério Público, a Defensoria, a União, os Estados e os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações interessadas, pré-constituídas há pelo menos um ano. Se houver desistência infundada ou abandono da ação, será facultado ao representante do Ministério Público dar prosseguimento à demanda, em substituição ao titular originário. (BRASIL, 1985)

Uma vez assinado o termo e caso o compromisso seja tomado pelo Ministério Público antes da propositura da Ação Civil Pública (ajuste preliminar), poderá arquivar-se totalmente ou parcialmente o inquérito civil ou as peças de informação. Já no caso de ajuste no bojo da ação competente, a formação de título executivo depende de homologação judicial.

Estabelecida a aplicabilidade e a importância do TAC como instrumento eficaz na prevenção e, principalmente, na reparação de danos causados ao meio ambiente, é cogente questionar a necessidade da aplicação da lei penal considerando os princípios penais analisados no item anterior. A dúvida sobre a interdependência ou a independência das esferas força a apreciação da necessidade de aplicação de uma tríplice punição a estas condutas.

5. A PERSECUÇÃO PENAL APÓS CUMPRIMENTO INTEGRAL DO TAC

A persecução penal após a assinatura do Termo de Ajustamento de condutas desperta acalorados debates. De início há duas posições bem definidas sobre o tema. Há a corrente que, baseada no parágrafo 3º do artigo 225 da Constituição Federal² (BRASIL, 1988), defende que as esferas cível, administrativa e penal são independentes, de modo que a propositura da ação penal não pode ser vinculada à assinatura de um TAC e a segunda corrente defende certa interdependência entre as esferas e, com isto, a assinatura do TAC refletiria na persecução penal.

Fernando Reverendo Vidal Akaoui defende a primeira corrente e enfatiza a autonomia das esferas do direito:

[...] dentre aqueles que sustentam a completa autonomia entre as esferas de responsabilidade ambiental, e observamos que o legislador, ao determinar na Lei de Crimes Ambientais que a reparação do dano ambiental é pressuposto para a obtenção da transação penal (art. 27) e para a suspensão condicional do processo (art. 28), já demonstrou sua intenção de não fundir os âmbitos de responsabilização. (AKAOUI, 2015, 148)

Dessa forma, sendo as esferas autônomas, o compromisso cível não tem o poder de frear o direito penal diante de condutas típicas. Existindo indícios de materialidade e autoria, existe justa causa e, com isso não há que se falar em dispensa da ação penal. Mesmo a legislação penal ambiental tendo optado precipuamente pela reparação do dano, esta reparação tem viés cível e não se confunde com a sanção penal não afastando o interesse processual.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu no mesmo sentido:

O acórdão recorrido, todavia, diverge do entendimento do STJ, no sentido de que a assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal (HC 82.911/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 15/06/2009).

E ainda,

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. QUADRILHA OU BANDO. 1. MATERIAL PROBATÓRIO DA AÇÃO PENAL PRODUZIDO EM INQUÉRITO CIVIL. POSSIBILIDADE. 2. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA QUE NÃO IMPEDE A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS DOS JUÍZOS CÍVEL E CRIMINAL. 3. ACORDO DE LENIÊNCIA. ART. 35-C DA LEI 8.884/94. DISPOSITIVO QUE NÃO ALCANÇA OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. 4. QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. 5. ORDEM DENEGADA.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o inquérito civil público, previsto como função institucional do Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição Federal, pode ser utilizado como elemento probatório hábil para embasar a propositura de ação penal.

2. A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera cível, que é independente da penal.

[...]. (RHC 24.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 03/10/2011).

Contudo, deve se ter em mente que o Direito Ambiental está voltado primordialmente para a prevenção do dano, ou para sua reparação da forma mais rápida e integral possível, caso este já tenha ocorrido. Por outro lado, deseja conciliar desenvolvimento

econômico e preservação, promovendo o desenvolvimento sustentável, sendo que o Termo de Ajustamento de Conduta é, hoje, o instrumento mais adequado para se alcançar estes fins, pois:

[...] apresenta notórias vantagens sobre a ação civil pública ou coletiva, porque permite uma solução negociada para grande parte das lesões transindividuais, ajudando a descongestionar a Justiça, bem como garantindo mais eficaz acesso dos lesados à tutela individual e coletiva de seus interesses (MAZZILLI, 2008, p. 203)

Ademais o TAC mostra-se excepcional uma vez que:

[...] dá-se uma oportunidade ao infrator de retomar a trilha da legalidade, em moldes factíveis, evitando-se uma disputa judicial, que poderá atingir a sua imagem (pessoal ou institucional) perante a comunidade, além de acarretar-lhe os inerentes custos, e que, no mais das vezes, apenas protelará a realização de atos, que já são por ele reconhecidos como exigidos por lei. (PROENÇA, 2001, p. 140)

É concebido o Direito Penal reparador com a Lei nº. 9.605/1998 (BRASIL, 1998). O próprio legislador interligou as esferas de responsabilização por meio da reparação, no artigo 9º da lei³ o que é, obviamente, contrário à obrigatoriedade da tríplice responsabilização. Milaré sinaliza esta evolução ao afirmar que “(...) a obrigatoriedade da ação penal não pode, de forma alguma e em nenhuma situação, suprimir ou adiar condutas e atividades de cunho preventivo ou reparador, dado que estas últimas visam a preencher melhor a finalidade de resguardar os recursos naturais e a qualidade ambiental”. (MILARÉ, 2015, p. 85) Desta forma parece claro que sendo o TAC efetivamente cumprido, ou seja, regularizada a atividade ou reparado integralmente o dano, a ação penal com vistas a apurar o crime ambiental perderia o sentido.

Dessa forma fica provado que utilizar o Processo Penal com o único fim de aplicar o Direito Penal contraria o princípio da intervenção mínima. Ora, o Direito Penal deve ser fragmentário e subsidiário, por todas as implicações dele decorrentes, cabendo, com isso, ao operador do Direito minimizar a importância deste

na solução dos conflitos, sobremaneira nos casos em que os demais ramos do Direito são mais adequados para a proteção do bem jurídico. Imaginar que o cumprimento integral do TAC, seja com a adequação da atividade, seja com a reparação do dano, possa resultar em responsabilização criminal, tornaria a pena um fim em si mesma e desestimularia o ajuste de conduta.

Gilberto Passos de Freitas propõe, exceto para os danos insignificantes, em que estaria excluída a tipicidade material, que seja feita:

[...] uma alteração legislativa que, partindo da importância da reparação do dano ambiental prevista na Constituição brasileira de 1988 e considerando o princípio da obrigatoriedade da ação penal, proceda à adequada conjugação das soluções consagradas no nosso ordenamento jurídico e [...] preveja como causa de extinção da punibilidade a reparação integral do dano ambiental antes do recebimento da denúncia, assim como a suspensão do prazo prescricional para os casos em que a reparação do dano demande certo tempo. (FREITAS, 2005, p. 170)

Essa solução baseia-se no Direito Penal Tributário, nos dispositivos que regem o pagamento e parcelamento do pagamento de tributos constantes nas Leis 9.249/1995 e 9.964/2000.

O artigo 34 da Lei nº. 9.249/1995⁴ diz que o pagamento efetuado antes da denúncia ser recebida extingue a punibilidade dos crimes tributários nele definidos (BRASIL, 1995), e o artigo 15 da Lei nº. 9.964/2000⁵ regula a suspensão da pretensão punitiva do Estado e do prazo prescricional enquanto o infrator estivesse incluído em programa de parcelamento do débito tributário antes do recebimento da denúncia, e a extinção da punibilidade quando do pagamento integral também antes do recebimento da denúncia. (BRASIL, 2000)

E segundo o artigo 9 da Lei 10.684/2003:

“Art. 9 É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.” (BRASIL, 2003)

A medida proposta é adequada ao Direito Ambiental, pois a reparação do dano costuma se estender no tempo podendo prejudicar o interesse público se o ajustante descumprir o termo após certo período por causa da prescrição da pretensão punitiva, uma vez que as penas destinadas aos crimes ambientais são muito brandas, o que inviabilizaria a persecução penal.

O STF proferiu o seguinte julgado esclarecendo que, caso o agente não estivesse reiterando sua conduta infratora, o entendimento adotado seria o de se extinguir a punibilidade em relação a algumas das imputações por causa do cumprimento do TAC:

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. HABEAS CORPUS PARA TUTELAR PESSOA JURÍDICA ACUSADA EM AÇÃO PENAL. ADMISSIBILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA: INOCORRÊNCIA. DENÚNCIA QUE RELATOU a SUPOSTA AÇÃO CRIMINOSA DOS AGENTES, EM VÍNCULO DIRETO COM A PESSOA JURÍDICA CO-ACUSADA. CARACTERÍSTICA INTERESTADUAL DO RIO POLUÍDO QUE NÃO AFASTA DE TODO A COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA ORDEM DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM DENEGADA. [...] V - Em crimes ambientais, o cumprimento do Termo de Ajustamento de Conduta, com conseqüente extinção de punibilidade, não pode servir de salvo-conduto para que o agente volte a poluir. [...].

(HC 92921, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-03 PP-00439 RJSP v. 56, n. 372, 2008, p. 167-185)

Já o TJMG considera que a simples formalização do ajuste an-

tes da denúncia já extingue a punibilidade da conduta:

“Nos crimes ambientais, a assinatura de termo de compromisso de ajustamento de conduta junto aos órgãos competentes, antes do oferecimento da denúncia obsta a propositura da ação penal, tendo em vista a falta de justa causa para a persecução criminal, ante a desconstituição da matéria penal. Ordem concedida” (TJ/MG, HC 1.0000.468818-3, rel. Antônio Armando dos Anjos, DOE 03.04.2008).

PENAL - “HABEAS CORPUS” - CRIME AMBIENTAL - DENÚNCIA OFERECIDA DEPOIS DE FIRMADO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COM O ACUSADO - DENÚNCIA QUE SE LIMITA A REPRODUZIR O MESMO CONTEXTO QUE RESULTOU NO TAC VALIDAMENTE FIRMADO - CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL DO AGENTE EM JUÍZO - ORDEM CONCEDIDA PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL.

I. Firmado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o Ministério Público e o agente causador do dano ambiental, possibilita-se o oferecimento de denúncia pela prática de crime dessa natureza apenas caso o acusado permaneça praticando atos atentatórios contra o meio ambiente, pois o TAC não pode servir como salvo-conduto para a prática de novas infrações. Precedentes do STF e do STJ.

II. Por outro lado, inadmissível que o Ministério Público ofereça denúncia contra o agente em concomitância com a assinatura do TAC sem que nenhum fato novo aconteça, mormente quando as condições do termo venham sendo regularmente cumpridas. [...] (TJMG - Habeas Corpus Criminal 1.0000.09.494459-2/000, Relator(a): Des.(a) Jane Silva, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/06/2009, publicação da súmula em 31/07/2009)

O moderno Direito deve se preocupar não apenas com a punição pela punição, a teoria absoluta que enxerga a pena como retribuição está superada. O Direito Penal não existe por si mesmo, ele vem ao encontro de uma necessidade de proteção de bens jurídicos fundamentais que, por outro meio, estariam desprotegidos. No entanto, estando esses bens jurídicos amparados por outras espécies normativas, outros ramos do Direito, o Direito Penal torna-se

desnecessário, pois seu caráter meramente punitivo foi há muito superado pela necessidade de reparação e proteção que os novos bens jurídicos transgeracionais possuem.

6. CONCLUSÃO

No presente trabalho é analisado um acórdão referente à Apelação Criminal nº 1.0471.12.001064-3/001 do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Segundo este acórdão a ação penal proposta em casos de crime contra o meio ambiente estaria vazia de justa causa ou interesse processual se houvesse a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta anterior ao oferecimento da denúncia.

Ainda que contrária à jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça esta é uma decisão que vem aos poucos ganhando força, uma vez que fortemente amparada pelos princípios da intervenção mínima (ou subsidiariedade), da fragmentariedade e da proporcionalidade, princípios estes que dão escopo a todas as teorias de aplicação da sanção penal.

Sendo o TAC instrumento moderno e suficiente para a prevenção e a repressão de condutas lesivas ao meio ambiente fica difícil imaginar que seu cumprimento integral pode não ser o bastante para afastar a instauração da Ação Penal. A aplicação do Direito Penal nesse caso é inócua e fere os fins da pena transformando-a de sanção em vingança.

Dessa forma, nada mais justo que, sendo cumprido ou estando em cumprimento o Termo de Ajustamento de Conduta, seja ele preventivo ou reparador, amparado no princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade, afaste-se a instauração do procedimento criminal por falta de justa causa.

7. NOTAS

(ENDNOTES)

1. O Código de Hamurabi é um conjunto de leis criadas na Mesopotâmia, por volta do século XVIII a.C e é baseado na lei de talião, “olho

por olho, dente por dente”.

2. Art. 225, § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. (BRASIL, 1988)
3. Art. 9º A prestação de serviços à comunidade consiste na atribuição ao condenado de tarefas gratuitas junto a parques e jardins públicos e unidades de conservação, e, no caso de dano da coisa particular, pública ou tombada, na restauração desta, se possível. (BRASIL, 1998)
4. Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. (BRASIL, 1995)
5. Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. (BRASIL, 2000)

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BITTENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. 11ª ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. **Ação Civil Pública. Lei nº 7347 de 1985**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em 18 de abril de 2017.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 1940. Instituiu o Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-

-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 de abril de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 de abril 2017.

BRASIL. **Lei dos Crimes Ambientais. Lei nº 9605 de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 23 de março de 2017.

BRASIL. **Lei nº 9249 de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9249.htm>. Acesso em 23 de março de 2017.

BRASIL. **Lei nº 9964 de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nºs 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9964.htm>. Acesso em 23 de março de 2017.

BRASIL. **Lei nº 10684 de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.684.htm>. Acesso em 23 de março de 2017.

BRASIL. **TJMG**. Em <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

BRASIL. **STJ**. Em <<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

BRASIL. **STF**. Em <<http://stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 10 de abril de 2017.

FERNANDES, Rodrigo. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental: fundamentos, natureza jurídica, limites e controle jurisdicional**. São Paulo: Renovar, 2008.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PIGNATARI, Nínive. **Como escrever textos dissertativos**. São Paulo: Ática, 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. 2 ed., rev., ampl., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal: Legitimação *versus* Deslegitimação do Sistema Penal**. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Revista dos Tribunais, 2005.

WINTER, Gerd. Proporcionalidade “Eco-lógica”: um princípio jurídico emergente para a natureza? **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.10, n.20, p.55-78, Julho/Dezembro de 2013.