

O Termo de Ajustamento de Conduta Ambiental e os Efeitos no Exercício da Ação Penal Pública¹

Rômulo Moreira
Procurador de Justiça MP/BA

Surgiu no âmbito do Ministério Público da Bahia, especialmente entre os Promotores que atuam na área ambiental², a questão que ora enfrentaremos a partir da ótica das condições para o exercício da ação penal, ainda que sabedores que somos do caminho movediço que passamos a trilhar, sobretudo em razão da categoria jurídica que representam as condições da ação penal. Não as desconhecemos.

Inicialmente, observamos não restar dúvida que no Brasil ainda vige o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, bem claro no art. 24 do Código de Processo Penal, onde se lê que, “*nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público*” (grifamos). Obviamente que este princípio sofre uma importante mitigação com a possibilidade, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, da transação penal (art. 76 da Lei nº. 9.099/95), pois o Ministério Público, ainda que haja lastro probatório mínimo para o oferecimento da peça acusatória (justa causa), deverá (e não poderá), presentes o pressuposto e os requisitos exigidos por lei, “*propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta*”.³ Aliás, na Lei dos Crimes Ambientais, só será admitida a transação penal após a composição prévia do dano ambiental, salvo absoluta impossibilidade (art. 27).

¹ **Rômulo de Andrade Moreira** é Procurador de Justiça na Bahia. Foi Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais. Ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS, na graduação e na pós-graduação (Especialização em Direito Processual Penal e Penal e Direito Público). É Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela Universidade Salvador-UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor J. J. Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal, da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Integrante, por duas vezes consecutivas, de bancas examinadoras de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, do Curso JusPodivm e do Curso IELF. Autor das obras “Direito Processual Penal”, “Comentários à Lei Maria da Penha” (em co-autoria) e “Juizados Especiais Criminais” – Editora JusPodivm, 2008, além de organizador e coordenador do livro “Leituras Complementares de Direito Processual Penal”, Editora JusPodivm, 2008. Participante em várias obras coletivas. Palestrante em diversos eventos realizados na Bahia e no Brasil.

² Discussão suscitada durante a VIII Oficina Ambiental, cujo tema central foi: “*Mata Atlântica: Uma História de Devastação. É Possível Reverter?*”. O evento realizou-se em Salvador, no Hotel Pestana, no dia 21 de agosto de 2009. Este trabalho é fruto de nossa exposição, naquela oportunidade, após convite formulado pelo Promotor de Justiça, Dr. Antonio Sérgio Mendes, Coordenador do Núcleo Mata Atlântica - NUMA.

³ Sobre o tema, veja-se o nosso “Juizados Especiais Criminais”, Salvador: Editora Podivm, 2ª. ed., 2009.

Outrossim, por força de mandamento constitucional, é função institucional do Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.*” Ainda introdutoriamente, atentemos que nos crimes ambientais a ação penal é sempre pública incondicionada, por força do disposto no art. 26 da Lei nº. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais).

Pois bem.

Como se sabe, com a Lei nº. 11.719/2008 foram alterados alguns dispositivos do Código de Processo Penal relativos à suspensão do processo, **emendatio libelli**, **mutatio libelli** e aos procedimentos⁴, passando o art. 395 a estabelecer que uma das causas de não recebimento da denúncia ou queixa será a falta de “*pressuposto processual⁵ ou condição para o exercício da ação penal.*”⁶

Agora interessa-nos questionar se a lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta seria um óbice ao Ministério Público para o exercício da ação penal por crime ambiental, exatamente pela ausência de interesse de agir (interesse-utilidade); não esqueçamos, com Afrânio Silva Jardim, que o “*interesse de agir existe quando o processo é condição única para satisfação da pretensão deduzida, para que o autor alcance o bem da vida desejado.*”⁷

É cediço que o Termo de Ajustamento de Conduta (também) está previsto na Lei nº. 7347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor,

⁴ Sobre a reforma do Código de Processo Penal, veja-se o que comentamos em nosso Direito Processual Penal, Salvador: Editora JusPodivm, 2007.

⁵ A saber: um órgão investido de jurisdição, competente e imparcial; partes com capacidades jurídica, processual e postulatória; demanda; observância ao respectivo procedimento e ausência de perempção, litispendência e coisa julgada. (Sobre o assunto, Fredie Didier Jr., “Pressupostos Processuais e Condições da Ação”, São Paulo: Saraiva, 2005).

⁶ Aqui também estão abrangidas as denominadas condições específicas para o exercício da ação penal, como a representação e a requisição do Ministro da Justiça. Atentar que a chamada possibilidade jurídica do pedido, menos do que uma condição para o exercício da ação penal, confunde-se mesmo com o mérito e deve ensejar um julgamento antecipado, nos moldes do art. 397, III, coberto pela coisa julgada material. As outras causas são: quando a peça acusatória “*for manifestamente inepta*; por exemplo: não observou os requisitos exigidos pelo art. 41: “*II - faltar “III - faltar justa causa para o exercício da ação penal*”, ou seja, o lastro probatório mínimo que deve lastrear uma peça acusatória, a saber: indícios suficientes e razoáveis da autoria e prova da existência do crime. Tais hipóteses não se confundem com a sentença absolutória prevista no novo art. 397. Aqui, trata-se de uma decisão interlocutória que não fará coisa julgada material, nada impedindo, portanto, que a ação penal seja mais uma vez iniciada, caso sejam observados os requisitos legais, presentes as condições da ação (ressalvada a possibilidade jurídica do pedido – atipicidade, causas excludentes de criminalidade, culpabilidade e extintivas da punibilidade, que dizem respeito ao interesse de agir – interesse-utilidade), além dos pressupostos processuais (ressalvadas a perempção, coisa julgada e litispendência). O recurso cabível para combatê-la é o recurso em sentido estrito (art. 581, I, CPP).saber: um órgão investido de jurisdição, competente e imparcial; partes com capacidades jurídica, processual e postulatória; demanda; observância ao respectivo procedimento e ausência de perempção, litispendência e coisa julgada. (Sobre o assunto, Fredie Didier Jr., “Pressupostos Processuais e Condições da Ação”, São Paulo: Saraiva, 2005).

⁷ Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 10ª. ed., 2001, p. 96.

a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Esta lei, no seu art. 5º, § 6º., estabelece que o Ministério Público (além de outros órgãos públicos) poderá *“tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”*

A Professora Geisa de Assis Rodrigues indica como antecedente normativo do ajuste de conduta o parágrafo único do artigo 55 da Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº. 7.244/84), segundo o qual, *“valerá como título executivo o acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, referendado pelo órgão competente do Ministério Público.”* Para ela, a partir daí permitiu-se *“que se imaginasse uma nova amplitude para a atuação do Ministério Público. De outro modo, influenciou sobremaneira o legislador de processo, estando hoje prevista não só na Lei de Juizados Especiais norma de mesmo conteúdo, como também no elenco de títulos executivos extrajudiciais do artigo 585, inciso II, do CPC.”* Também de acordo com a autora, *“muitas vezes, a mera instauração do inquérito civil resulta na solução do conflito, ou por que a conduta lesiva nem se inicia, ou por que os seus efeitos maléficos são plenamente reparados, tornando ausente o interesse jurídico de se propor ação judicial. Assim, o exercício do inquérito civil público contribuiu para a conformação normativa do instituto ao demonstrar a potencialidade da solução extrajudicial para a composição desses conflitos.”* Diz ela *“a concessão de eficácia executiva ao invés de diminuir a importância da atividade jurisdicional a revaloriza, posto que a satisfação da executividade contida no título só se dá através da jurisdição executiva, reservando, igualmente, os esforços do sistema para a atividade de conhecimento nas situações em que realmente há um litígio mais complexo.”*⁸

Ora, pensamos nós que, lavrado o Termo de Ajustamento de Conduta, o ajuizamento de uma ação penal em razão do ilícito ambiental praticado, e objeto do acordo, perde completamente o sentido e, especialmente, a utilidade, pois, como afirma Fredie Didier Jr., *“há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, por sua natureza, verdadeiramente se revele – sempre em tese – apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente”*.⁹

Não esqueçamos que o art. 7º. da Lei dos Crimes Ambientais permite (e mesmo impõe) que as penas restritivas de direitos substituam as sanções penais privativas de liberdade quando se tratar de crime culposo ou quando for aplicada pena privativa de liberdade inferior a quatro anos, sempre que a *“culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a substituição seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime.”* (sic).

Aliás, não se diga que o suposto autor do crime ambiental teria direito ao processo para obter uma declaração de inocência, visto

⁸ Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁹ Pressupostos Processuais e Condições da Ação – O Juízo de Admissibilidade do Processo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 282.

que, como lembra José Antonio Paganella Boschi, *“afora o absurdo de alguém pretender ter o direito de ser processado ou condenado, jamais devemos esquecer que o processo é fonte de ansiedade – devendo ser sempre evitado quando não houver efetivo interesse social na perseguição.”*¹⁰

Veja-se, outrossim, que o art. 8º. da referida lei enumera como penas restritivas de direitos (ainda que algumas sejam, na verdade, restritivas - e não privativas - da liberdade), a prestação de serviços à comunidade¹¹, a interdição temporária de direitos¹², a suspensão parcial ou total de atividades¹³, a prestação pecuniária¹⁴ e o recolhimento domiciliar¹⁵. Não há dúvida que tudo isso (ou quase tudo) pode ser conseguido com o ajustamento de conduta, sem a necessidade (e isso é fundamental) de se iniciar a ação penal, com todos os custos dela decorrentes, seja para o acusado (que se livraria das “cerimônias degradantes” do processo penal¹⁶), seja para o Ministério Público (que passaria a se preocupar com ilícitos ainda mais graves). A propósito, vejamos a lição de Maurício Zanoide de Moraes:

*“O estudo do critério da utilidade vem mostrando seu benefício não apenas no tocante ao interesse de agir, mas, cômicos dos autos custos de todos os atos processuais, os doutrinadores vêm aplicando-o até mesmo com maior proveito na detecção da multiplicidade de interesses processuais.”*¹⁷

¹⁰ Ação Penal, Rio de Janeiro: AIDE Editora, 3ª. d., 2002, p. 129.

¹¹ *“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.”*

¹² *“As penas de interdição temporária de direito são a proibição de o condenado contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou quaisquer outros benefícios, bem como de participar de licitações, pelo prazo de cinco anos, no caso de crimes dolosos, e de três anos, no de crimes culposos.”*

¹³ *“A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às prescrições legais.”*

¹⁴ *“A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator.”*

¹⁵ *“O recolhimento domiciliar baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado, que deverá, sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer atividade autorizada, permanecendo recolhido nos dias e horários de folga em residência ou em qualquer local destinado a sua moradia habitual, conforme estabelecido na sentença condenatória.”*

¹⁶ O conceito **status-degration ceremony** foi introduzida em 1956 por H. Garfinkel para indicar os procedimentos ritualizados nos quais uma pessoa é condenada e despojada de sua identidade, recebendo outra, dita degradada.

¹⁷ Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 87.

Observamos, ademais, que o Termo de Ajustamento de Conduta pode antecipar aquele valor mínimo a título de reparação pelo dano ambiental causado, a que se refere o art. 20 da Lei dos Crimes Ambientais (c/c art. 387, IV, do Código de Processo Penal). Ora, como afirmava Liebman, *“o interesse de agir, existe, quando há para o autor necessidade e utilidade de conseguir o recebimento de seu pedido, para obter, por esse meio, a satisfação do interesse (material), que ficou insatisfeito pela atitude de outra pessoa.”*¹⁸ Será que com o ajustamento de conduta o interesse do Ministério Público (e da própria sociedade) já não foi satisfeito? Ressalte-se que *“não basta à satisfação do interesse de agir o requisito do interesse necessidade. Ainda é mister que o provimento invocado seja útil para a obtenção do bem da vida que o autor pretende. O interesse-utilidade significa que o Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta do direito material, bem como à justiça da sujeição da parte contrária ao provimento jurisdicional”*, como afirma Ada Pellegrini Grinover.¹⁹

Diante do exposto, concluímos que o Termo de Ajustamento de Conduta impede a propositura da ação penal pública por crime ambiental, afastando a incidência, **in casu**, do Direito Penal, pois só assim ele (o Direito Penal) terá *“um papel bastante modesto e subsidiário de uma política social de largo alcance, mas nem por isso menos importante. Uma boa política social (inclusive ambiental, diríamos nós), ainda é, enfim, a melhor política criminal”*, como afirma Paulo de Souza Queiróz.²⁰

À guisa de conclusão, transcrevemos uma parábola feita por Eugenio Raúl Zaffaroni, em conferência realizada no Brasil, no Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001:

“O açougueiro era um homem que tinha uma loja de carnes, com facas, facões e todas essas coisas necessárias para o seu comércio. Um certo dia, alguém fez uma brincadeira e pôs vários cartazes de outras empresas na porta do açougue, onde se lia: ‘Banco do Brasil’, ‘Agência de Viagens’, ‘Consultório Médico’, ‘Farmácia’. O açougueiro, então, começou a ser visitado por outros fregueses que lhe pediam pacotes turísticos para a Nova Zelândia, queriam depositar dinheiro em uma conta, queixavam-se de dor de estômago, etc. O açougueiro, sensatamente, respondia: ‘Não sei, sou um simples açougueiro. Você tem que ir para um outro lugar, consultar outras pessoas’. E os fregueses, então, se enojavam: ‘Como é que você está oferecendo um serviço, têm cartazes em sua loja que oferecem algo e depois não presta o serviço oferecido?’. Então, o açougueiro começou a enlouquecer e a pensar que realmente ele era capaz de vender pacotes para a Nova Zelândia, fazer o trabalho de um bancário, resolver problemas de estômago, etc. E, mais tarde, tornando-se ainda

¹⁸ **Apud** Rogério Lauria Tucci, Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 93.

¹⁹ Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 69 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 185.

²⁰ Direito Penal – Parte Geral, 4ª. ed., 2008, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 103.

mais louco, e começou a fazer todas aquelas coisas que ele não podia e não tinha capacidade para fazer, e os clientes acabavam com buracos no estômago, outros perdendo todas as suas economias, etc. Mas, se os fregueses também ficassem loucos e passassem novamente a procurá-lo e a repetir as mesmas coisas, o açougueiro acabaria realmente convencido que tinha a responsabilidade de resolver tudo.” Concluiu, então, o Mestre portenho e Juiz da Suprema Corte Argentina: “Bem, eu acho que isto aconteceu e continua acontecendo com o penalista. Colocam-nos responsabilidade em tudo.” (Tradução livre).²¹

²¹ “*El canicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al canicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: ‘Banco de Brasil’, ‘Agencia de viajes’, ‘Médico’, ‘Farmacia’, y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el canicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: ‘tengo dolor de estómago, que puede hacer?’.* Y el canicero sensatamente respondería: ‘no sé, yo soy canicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas’. Y los feligreses se enojarían: ‘Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice?’. Entonces tendríamos que pensar que el canicero se iría volviendo loco y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al canicero; el canicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo.” Conclui, então, o mestre portenho: “*Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo.*”