

## AINDA SOBRE OS EFEITOS DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL

José Alexandre Zachia Alan\*

*“Mal usada, mesmo a mais dura faca perde o fio.”*  
William Shakespeare.

### 1 Apresentação do tema e considerações iniciais

Este escrito vai elaborado após a leitura de artigo intitulado “O termo de ajustamento de conduta ambiental e os efeitos no exercício da ação penal pública” da autoria de Rômulo Andrade Moreira, colega de Ministério Público, peça publicada na *internet*<sup>1</sup> muito recentemente. A intenção é oferecer algum contraponto às alentadas considerações do ilustrado articulista, especialmente por conta do entendimento de que levar suas conclusões adiante importará, segundo minha limitada compreensão, subvertidos os propósitos do sistema penal. É que para além de buscar resolver problema significativo concernente ao processo dos crimes ambientais, as conclusões avançam também para a esfera material, tudo conforme tentarei expor em seguida.

Antes de partir ao tema, contudo, tenho haja algo cuja consignação é obrigatória. Aprendi com o tempo a guardar disposição para debater apenas

\* Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26218/o-termo-de-ajustamento-de-conduta-ambiental-e-os-efeitos-no-exercicio-da-acao-penal-publica#ixzz2rEGGCYCy>>. Acesso em: 23 jan. 2014. De acordo com a informação constante, o artigo foi publicado no final do ano de 2013.

com os melhores do que sou. Dito isso, gostaria de deixar assentado que, apesar da discordância teórica, guardo imensa admiração pelo colega Rômulo, mesmo não o conhecendo pessoalmente. Isso se dá por conta do contato que tive de seus escritos, que sempre me chamaram a atenção pela qualidade argumentativa e a maneira altiva com que enfrenta temas caros a todos os que apreciam a ciência penal.

## 2 Da prática à teoria. Acerca do ponto no qual direto adjetivo e substantivo se tocam

Gostaria de começar dizendo que não desconheço os problemas práticos enfrentados pelos membros do Ministério Público que se ocupam de manejar com ilícitos civis e penais em matéria ambiental ao terem de propor compromissos de ajustamento. Falo, mais especificamente, da situação incômoda de ter de explicar ao infrator que, chamado ao Ministério Público para firmar ajustamento, os compromissos tomados não lhe livrarão de ação penal no futuro,<sup>2</sup> mas apenas das intervenções cíveis. Faço constar, aliás, já ter perdido o cálculo do número de vezes em que deixei de firmar ajustamentos – e, portanto, deixei garantir o ressarcimento e a recuperação do ambiente em processos negociados e de resolatividade imediata – por conta de não se poder incluir o processamento penal no espectro do objeto acordado. É que em várias situações a

<sup>2</sup> Isso se dá, essencialmente, porque a jurisprudência gaúcha, Estado da Federação onde atuo, é firme ao apontar que a lavratura de compromisso de ajustamento não afasta a responsabilidade penal. Assim, por todos: “Ementa: apelação. rejeição da denúncia. falta de justa causa. art. 395, iii, cpc. inoocorrência. apelo provido. denúncia recebida. Tendo em vista que todos os denunciados administram conjuntamente a empresa, os indícios de autoria recaem sobre todos eles. Logo, a denúncia deveria ser recebida em relação a todos administradores e não apenas quanto ao sócio que firmou o Termo de Ajustamento de Conduta. A celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, segundo firme diretriz desta Câmara Criminal, não repercute na questão afeta à responsabilização criminal. Apelo provido. (Apelação Crime Nº 70027624196, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 04/06/2009).” No mesmo sentido há recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*: “habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. descabimento. competência das cortes superiores. matéria de direito estrito. modificação de entendimento deste tribunal, em consonância com a suprema corte. art. 56, *caput*, da lei nº 9.605/98. arguição de inépcia da denúncia. exordial acusatória que descreve, satisfatoriamente, a conduta, em tese, delituosa. responsabilização penal da pessoa jurídica. possibilidade. termo de ajustamento de conduta. irrelevância. ausência de ilegalidade flagrante que, eventualmente, pudesse ensejar a concessão da ordem de ofício. habeas corpus não conhecido. [...] 6. *Conforme a orientação deste Superior Tribunal, “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, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 03/10/2011). 7. Ausência de ilegalidade flagrante apta a ensejar a eventual concessão da ordem de ofício. 8. Habeas corpus não conhecido.” Sem grifos no original. (HC 187.842/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013)

negociação somente interessa ao infrator caso esteja diante de alternativa que dê conta do todo e não apenas de parte das consequências do ilícito praticado.

É importante, também, apontar a dificuldade agravada de tal acomodação de coisas dado o modelo de direito penal do ambiente adotado em nosso país. Refiro-me à circunstância de que o rol de tipificações, a bem de toda a verdade, constitui verdadeiro decalque da listagem de comportamentos proibidos administrativamente. Há, ao fim e ao cabo, verdadeira superposição dos direitos administrativo e cível e direito penal.<sup>3</sup>

Tampouco penso que a ideia de se obstaculizar o trâmite de ações penais por conta dos compromissos de ajustamento firmados deva decorrer de apego indistinto a algum valor de sentido que se dê ao conteúdo do princípio da obrigatoriedade. Importa mencionar que em mais de uma oportunidade lancei opinião de que o regime de obrigatoriedade é ponto a ser mais bem equilibrado em nosso ordenamento jurídico em reformas futuras.

Com efeito, penso que a mitigação do princípio em questão é nó essencial a ser desatado caso se pretenda enfrentar verdadeiramente os problemas da demora e de eficiência da prestação jurisdicional. Refiro-me à necessidade de se inaugurarem outras formas de mitigação para além das atualmente presentes, quais sejam, medidas despenalizadoras da Lei dos Juizados Especiais Criminais<sup>4</sup> e da figura da delação premiada constante em vários diplomas criminais, essencialmente na recente Lei do Crime Organizado.<sup>5</sup>

Minha resistência ao raciocínio do artigo, na verdade, se imbrica muito menos com objeções de caráter prático e bastante mais com determinada compreensão teórica dos institutos do direito. E a despeito do tema se enquadrar na esfera do direito processual penal, os motivos da minha discordância tocam muito mais sensivelmente à compreensão dos limites e dos fundamentos do direito penal sob sua perspectiva material.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Para o aprofundamento, recomendo a leitura de SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 57 e segs.

<sup>4</sup> A Lei 9099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais, a despeito de ser diploma cujos dispositivos possuem característica essencialmente adjetiva, possuem ao menos quatro institutos inovadores de caráter penal, a saber: a inclusão da representação por condicionante de alguns delitos, a composição civil por pré-requisito a ser levado em conta para efeito de procedibilidade, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Ao menos no que concerne às três últimas há certa mitigação no princípio da obrigatoriedade caso ocorrido o substrato de fato bastante a gerar efeitos no processamento da ação penal.

<sup>5</sup> Lei 12.850/2013.

<sup>6</sup> A esse respeito, convém recordar a noção quase unânime de que as condições da ação, a despeito de se inserirem num espaço de direito processual, encontram significativa ligação com o direito material colocado em disputa. A esse respeito, por todos: LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1985. p. 77.

É que para dar sustentação à sua ideia, o autor do escrito criticado apontou, por primeiro, reforma recente do Código de Processo Penal na qual incluída expressamente a possibilidade de que a ação penal seja rejeitada caso ausente alguma das condições da ação.<sup>7</sup> Em seguida, aponta a ocorrência da ausência de interesse de agir no caso dos compromissos de ajustamento, calcando-se, para tanto, na lição de Afrânio Jardim, a apontar essa condição da ação ocorreria nas vezes em que “[...] o processo é condição única para satisfação da pretensão deduzida, para que o autor alcance o bem da vida desejado”.<sup>8</sup>

Por terceiro disparo, o autor relaciona as disposições do artigo 8º, Lei 9.605/98,<sup>9</sup> a dizer que todos ou quase todos os resultados sancionatórios ali lançados podem ser alcançados por disposições negociadas no âmbito dos termos de ajuste de conduta. A conclusão que lança, pois, é que lavrado o compromisso de ajustamento, o processo penal não mais se faria útil, uma vez que as possibilidades de resultado na seara criminal poderiam ser obtidas a partir da negociação dos ajustamentos.

A dar fundamentação ao seu raciocínio, o autor socorre-se, por entre outros, de Fred Didier que, ao tratar da condição do interesse processual, lecionou: “[...] 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’.”

Por derradeiro, aponta que tal entendimento importaria pudesse o Estado e, essencialmente, o Ministério Público dedicar-se com mais afinco a outra sorte de criminalidade, mais grave, o que acarretaria mais-valia social.

Muito bem. Tenho que a ideia do artigo estudado pode ser criticada por várias frentes. Num primeiro termo, resisto veemente nesta e em outras situações à possibilidade de se lançar mão de visão utilitária por forma de organização das persecuções penais. Em outras palavras, penso não seja válido o raciocínio de que se deve deixar de processar estes em função da mais-valia decorrente de que haja tempo ou recursos a que processados aqueles sem que tais

<sup>7</sup> A esta altura convém lembrar que em momento anterior à reforma comentada, ditada pela Lei 11.719/2008, a doutrina já apontava a submissão das ações penais a regime de condições da ação e de pressupostos processuais identificados pela teoria geral do processo. Para tanto, apontava-se por fonte a regra do artigo 43, hoje revogada, Código de Processo Penal, combinada com o disposto no artigo 267, Código de Processo Civil. Por todos: BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002. p. 93.

<sup>8</sup> *Direito Processual Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 96.

<sup>9</sup> Art. 8º As penas restritivas de direito são: I – prestação de serviços à comunidade; II – interdição temporária de direitos; III – suspensão parcial ou total de atividades; IV – prestação pecuniária; V – recolhimento domiciliar.

escolhas passem por critério construído democraticamente a determinar como essas escolhas se darão e em que condições tudo haverá de se operar.

Por segundo, há equívoco conceitual, ao menos pelo que compreendo, de identidade de respostas decorrentes dos ajustamentos e de eventual ação penal. A esse respeito, mesmo não se indo longe, basta dizer que nos casos de compromissos de ajustamento no mais das vezes se alcança apenas a pessoa jurídica, sendo que na esfera criminal a situação ideal faz com que a pessoa física seja chamada obrigatoriamente à responsabilidade.

Todavia, nenhum desses fundamentos anima esta pequena reflexão. Com efeito, essas linhas vão lançadas a discutir outro ponto. Falo da ideia de que a utilidade dos processos penais e, via de consequência, das sanções penais decorrentes em caso de condenação possa mesmo ser encontrada nos processos cíveis.

Explico. É certo, por um lado, que a tutela cível e administrativa do meio ambiente, terreno onde se localizam compromissos de ajustamento, se movimenta de modo a que garantida a proteção ao meio ambiente sob os aspectos de prevenção de novos danos, de restauração do ambiente ao *status quo ante* nos casos em que isso se faz possível e do pagamento de indenizações por parcelas não recuperáveis.

Acontece, contudo, que se o resultado dos ajustamentos pode ser tido por bastante a obstar o processamento penal, há de se concluir que o fundamento, a finalidade e a utilidade – ou seja, o porquê das criminalizações – há de se cingir a esses aspectos. E se de fato há tal identidade, com a devida vênia, os motivos a justificar a criminalização num primeiro momento vão mesmo colocados em xeque.

Ou seja, qual o motivo para que condutas sejam criminalizadas se as providências cíveis se fazem bastantes para que alcançadas as mesmas finalidades perseguidas pelo direito penal? Em resumo, qual o fundamento, a finalidade e a utilidade de um direito penal do ambiente?

### **3 Sobre a função do direito penal do ambiente. Leituras acerca de seu fundamento, finalidade e utilidade**

A fundamentação do direito penal e, essencialmente, da aplicação de uma determinada pena constituem um dos temas mais caros aos que estudam essa área do conhecimento. Além disso, é talvez a discussão acerca da qual se está mais distante de encontrar consenso.

Publicou-se há algo como um ano artigo interessantíssimo do recentemente falecido Winfried Hassemer acerca de tais questionamentos. Em tal peça,

o doutrinador enfrenta com absoluta maestria o questionamento acerca da fundamentação das punições.<sup>10</sup>

Num primeiro giro, cuida de separar as teorias de fundamentação de aplicação da pena em dois grandes grupos. Num primeiro termo, há o que chamou de teorias clássicas. Para tal posicionamento, a punição há de servir para a expiação do pecado do criminoso, assentando-se, também, na necessidade de retribuição do mal causado. A primeira das características a destacar acerca de tais teorias é a circunstância de que a aferição da necessidade da sanção – notadamente da sanção corporal – não é tarefa “terrena”. Ou seja, não há modo de se aferir a partir de estudo da realidade se esta ou aquela sanção penal de fato serviu a que o pecado tenha sido expiado ou o mal devidamente retribuído.

De outro lado, estão as teorias que Hassemer identificou por relativistas. Para tais, a única justificativa – fundamento, finalidade ou utilidade – para a aplicação de uma determinada pena é a possibilidade de prevenção. Fala-se, como sabido, das antigas prevenções geral – efeitos de “exemplaridade” da sanção, ou seja, pune-se o sujeito a que sirva de exemplo aos demais – e especial – compreendida por intervenção corretiva do Estado na vida do delinquente.

Feitos esses desates primeiros, não faltarão vozes a dizer que a pura e simples aplicação da sanção penal por expiação ou retribuição sofre crise ética insuperável. Ou seja, fala-se da impossibilidade de se sustentar a aplicação de um direito penal motivado exclusivamente pela expiação ou pela retribuição do mal ocorrido, uma vez que inexistente motivo eticamente adequado a explicar qual a legitimação do Estado a devolver o mal para um sujeito ou mesmo que tipo de raciocínio serve considerar o sofrimento do condenado por pagamento pelo sofrimento infligido a semelhante.

O que talvez não seja dito com a mesma frequência é que, bem ou mal, as perspectivas de prevenção também não estão livres de críticas fortes e praticamente irrespondíveis.<sup>11</sup> De se ver que a fundamentação da pena para os funcionalistas sistêmicos, a apontar a prevenção geral positiva por único mote,<sup>12</sup> esbarra na tradicional objeção da impossibilidade de que uns sejam instrumentalizados em função de outros. Vale dizer, não é possível, pena de ferimento de dignidade da pessoa humana, a justificativa da punição de um a que, simplesmente, seja estabelecido exemplo para os demais.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> *Punir no estado do direito*: Direito Penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de dezembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 335.

<sup>11</sup> Para exame melhor dessas críticas: ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004. p. 15 e segs.

<sup>12</sup> Assim, por todos: JAKOBS, Gunther. *Tratado de Direito Penal*: teoria do injusto e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 61.

<sup>13</sup> A respeito da impossibilidade de instrumentalização de uns em função de outros, indispensável a leitura de: KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2009.

Daí se conclui que a fundamentação do direito penal apenas a partir da perspectiva das teorias relativas, a importar se tenha defender um direito penal unicamente “terreno”, não se faz viável. É que se a perspectiva a sobrar se arrima unicamente na necessidade ou possibilidade de recuperação da conduta humana de um delinquente, o direito penal daria às costas a uma série de verificações cuja importância não se cogita descartar, tais como o apontamento de um modelo geral de conduta ilícita, da verificação hipotética da gravidade das condutas e assim em diante. De modo a tudo carregar para situação prática, caso o direito penal se firmasse unicamente na tentativa estatal de reforma do indivíduo, bastaria que o delinquente quisesse se reformar a que não mais houvesse necessidade de juízo acerca do fato, vale dizer, processo e condenação. E, com efeito, tal possibilidade nos gera inequívoco aviltamento.

Superadas essas críticas, é certo que entre avanços e retrocessos, a melhor compreensão dos mecanismos de legitimação das penas somente pode ser deduzida a partir de reconstrução do raciocínio retributivista de Hegel, combinando-o com as exigências das teorias relativas, tudo conforme leciona Rodrigues<sup>14</sup> com brilhante precisão. Falo de ideia a partir da qual o papel a ser desempenhado pela pena se assenta em duas perspectivas absolutamente distintas, mas que, de alguma forma, se ocupam de combinar o “terreno” suscitado pelas teorias relativistas e o “não-terreno” reclamado pelas teorias absolutas.

Com efeito, há de se colocar em espaços de compreensão distintos o conceito de pena, o que pode ser apontado por fundamentação propriamente dita, e suas finalidades, o que inclui a ideia geral de utilidade. Sob a perspectiva conceitual, a resposta criminal há de se revestir de características de justiça, depreendidas da previsão legal e das quais se deduz a obrigatoriedade de afirmação anterior do caráter ilícito da conduta, da necessidade de proteção a um determinado bem jurídico. Ainda a partir dessa característica de justiça é que se impõe a proporcionalidade geral para a cominação hipotética da sanção.

Num segundo giro, haverá de se agregar as finalidades da resposta penal, sendo que aí se inserem, após consumado o convencimento de que a pena se faz necessária, as utilidades de aplicação da sanção, unicamente de caráter preventivo especial.

Em resumo, de modo a que superadas as críticas de oposição entre as teorias relativistas e clássicas, houve-se por bem combiná-las de modo a que a retribuição fosse redesenhada e passasse a ser compreendida por similar à prevenção geral que constava da fundamentação das teorias relativas.

Assim, a prevenção geral deixa de ser efeito útil da pena, passando a figurar por integrante do conceito fundamentador da resposta penal adequada a um

---

<sup>14</sup> RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 174.

crime hipoteticamente previsto. Essa modificação vai extensamente explicada por Roxin, sendo que a migração do conceito se faz notar pela agregação de qualificativo à velha prevenção geral, que passou a ser identificada por “prevenção geral positiva”.<sup>15</sup> Esse deslocamento, ao menos a princípio, lhe livra da crítica – bem lançada, ao meu juízo – de instrumentalização do indivíduo por ocasião da aplicação da sanção.

De acordo com tal construção, apenas num segundo giro, após a escolha da conduta a criminalizar, é que se parte à aferição da utilidade da pena aplicada, o que se fará unicamente com base em critérios de prevenção especial.

Nesse contexto há de se estabelecer que a prevenção necessária a que haja pena criminal não pode, evidentemente, ser a mesma balizada a partir da perspectiva da intervenção cível. Ou seja, caso se considere bastante a tomada de medidas cíveis para a prevenção de lesões futuras, seja sob a perspectiva geral ou especial, a criminalização da conduta não ultrapassará seu teste de validade. Falo, evidentemente, do reconhecimento de que aquela conduta especificada não se reveste de características bastantes a que seja considerada carecedora de tutela penal.

Nesse sentido, aliás, a lição interessantíssima de Silva Sanchez:<sup>16</sup>

[...] no que respeita ao Direito Civil de ressarcimento por danos, é mais que discutível que ele, dada a sua tendência à objetivização da responsabilidade, possa expressar a reprovação que necessário manifestar diante de determinados fatos. Algo que está patenteado de modo particular na evolução do Direito indenizatório, desde um ‘modelo de responsabilidade’ até um ‘modelo de seguro’. De fato, a partir desse modelo, é de duvidar que o Direito Civil esteja em condições de garantir dois aspectos, a meu juízo fundamentais, de sua função político-jurídica clássica. Assim, por um lado, se o dano está segurado, é quase inevitável que diminuam os níveis de diligência do agente, pois a seguradora responderá pelo montante da indenização, sendo sua repercussão individual, na pior das hipóteses, correspondente a um aumento geral de valores de prêmios de seguros.

A guisa de resumo desta parte, afirmo que a questão relacionada à fundamentação do direito penal e da aplicação de sanção penal tem sido compreendida a partir da ideia de que a pena possui um conceito a servir por reclamo de necessidade – ou seja, criminaliza-se esta ou aquela conduta a afirmar-lhe contrária aos interesses da comunidade – e de finalidade – modificação na vida do sujeito que praticou a conduta proibida.

<sup>15</sup> Por força de tal inclusão, aliás, Roxin defende se haver abandonado completamente a ideia original de retribuição. Assim: ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*. tomo 1, Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997. p. 98. Há, contudo, pensamento a dizer que o tal “abandono” é mero disfarce da retribuição. Assim, RODRIGUES, op. cit., p. 335.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 60.

#### **4 Da aferição prática da necessidade da pena e sua insuficiência a que se dispense a utilização do instrumento criminal**

Conforme apontei acima, a arrumação das teorias clássicas e relativas num modelo único de legitimação da pena, separando-as por objeto de conceitualização e finalidade, estabeleceu mecanismo de dupla face para determinar por que, ao final de todas as contas, as sociedades modernas criminalizam condutas. De um lado, a vertente é de necessidade de afirmar que determinada conduta é proibida e, de outra, fala-se da finalidade “terrena” de aplicação da sanção, para, ao fim e ao cabo, reformar a conduta desviada de um determinado sujeito.

Feitos esses destaques, importa se diga que a ideia apresentada no artigo criticado, de que a superação da utilidade, ou seja, da função “terrena” da pena, é suficiente para obstaculizar o andamento de processo criminal não é nova.

O próprio Hassemer no artigo mencionado acima<sup>17</sup> traz para luz caso interessantíssimo a gerar enormidade de reflexões. O saudoso doutrinador aponta para a situação dos criminosos alemães de guerra processados muitos anos depois do final do armistício e que já possuíam idade avançada na ocasião da condenação.

Naquela altura, realizado o exame de tudo, considerando-se apenas a porção terrena de utilidade do remédio penal, haveria justos motivos a que a pena não lhes fosse aplicada. É que, num primeiro giro, já se havia passado enormidade de anos e os homens já se encontravam idosos, não havendo qualquer possibilidade de intervenção a que se ressocializassem. A bem de toda a verdade, passado todo aquele tempo, os homens não haviam mais cometido qualquer outro ilícito penal, o que, também ao juízo dos que defendiam a inutilidade da pena, contraindicava intervenção. Por terceiro, observando-se tudo sob a perspectiva da prevenção geral, agora positiva, alocada no momento da determinação hipotética da necessidade de uma pena por resposta a um comportamento, fazia-se certo que o risco de que o Estado alemão retornasse ao nacional socialismo era mesmo nulo.

A solução para essa sorte de conflito, ao menos na minha opinião, não poderá indicar para a circunstância de que os processos sejam obstaculizados e para que se afaste a viabilidade da aplicação de sanção penal.

Isso se estabelece porque o fundamento da pena não há de ser considerando unicamente por utilidade do resultado. Há de se levar em conta, outrossim, a perspectiva de valorização da prevenção geral positiva, aquela que, na arrumação atual havida para a composição entre as teorias absolutas e relativas,

---

<sup>17</sup> Op. cit., nota 9, p. 337.

reclama afirmação pública de que se está diante de conduta proibida. Tal afirmação é tomada por estritamente necessária no momento em que o legislador decide que as demais formas de prevenção possíveis no contexto do ordenamento jurídico não se faziam bastantes.

Em outras palavras, o fazer ceder o resultado penal em situações como as comentadas em certa medida desconsidera a circunstância geral de necessidade da utilização do instrumento penal arbitrada pelo legislador. Ou seja, diz-se que o caráter intimidatório geral não era, ao fim e ao cabo, necessário, uma vez que tudo se resumia às intervenções realizadas na vida do delinquente. Assim, levando em conta essa leitura parcial do instrumento penal, faz-se dele menos do que deveria ser ou faça dura que perdeu o fio.

Daí adiante surgem pelo menos dois problemas bastante sérios. O primeiro deles se cinge à circunstância de que, bem ou mal, a necessidade de mensagem de intimidação geral, vincada à criminalização de uma determinada conduta, se assenta no momento anterior à prática do crime. Então, a lógica de sua percepção, ao menos de acordo com a arrumação mencionada acima, há de se dar numa lógica desvinculada dos fatos ocorridos e que são objeto do processo. Então, salvo haja previsão legal específica de mitigação, a é lógica de tudo ou nada. Ou se estabelece a necessidade do caráter intimidatório geral e há, também, a necessidade de intervenção penal ou, então, se reconhece que a conduta nada significa para os efeitos do direito penal.

Em sendo tudo assim, é certo afirmar que o condicionamento da resposta penal à não lavratura de compromisso de ajustamento defrauda a avaliação da mensagem de intimidação geral determinada pelo legislador, o que, bem ou mal, se justifica por conta da prática hipotética da conduta e independentemente do comportamento do infrator no contexto do enfrentamento do fato.

Com efeito, essa conclusão somente se faria diferente caso o legislador houvesse, expressamente, assentado que a lavratura de acordo importaria desnecessidade de providência de intimidação geral. Todavia, nesse caso, a problema restaria deslocado para outro plano. Haveria de se discutir, a exemplo do que se realiza nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 3002, Supremo Tribunal Federal, se a proteção jurídica oferecida pelo legislador ao bem jurídico ambiental é suficiente.<sup>18</sup>

O segundo problema a apontar é a circunstância de que o desprezo ao fundamento da pena vincado na prevenção geral e a confusão entre o cumprimento das finalidades “terrenas” com outras providências de natureza cível co-

<sup>18</sup> A esse respeito: STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

loca em xeque mesmo o reconhecimento da necessidade da intervenção penal. Em outras palavras, se tudo de fato pode ser alcançado com providências estranhas extrapenais, haverá de se concluir que a proteção penal ao bem jurídico em questão é mesmo despicienda.

Não faltam, aliás, críticos da criminalização na esfera do ambiente a sustentar esse mesmo argumento. Entre todos, destaco o trabalho de Sousa Mendes, dada a excelência de seus argumentos:

Já sabemos que a maior parte da estratégia da qualidade ambiental passa pelo satisfatório desempenho, por parte da Administração, da sua função de acompanhamento das atividades industriais, cuidando de garantir a adoção pelas empresas de padrões de instalação e laboração mais amigáveis em relação ao ambiental e depois fiscalizando-as a respeito disso. Que pode fazer-se para reprimir e, através do exemplo, também prevenir as práticas recalcitrantes das empresas e empresários contra as determinações ambientalmente motivadas que as entidades administrativas competentes acaso lhes impuserem? Se quisermos pensar agora apenas em instrumentos jurídicos de carácter sancionatório, então só podemos, presentemente, acreditar nas virtualidades do direito de mera ordenação social para lidar com estes problemas. Não cremos que o direito penal tenha aqui qualquer espécie de préstimo.<sup>19</sup>

Este, então, o quadro de tudo: caso se venha a reconhecer que a firmatura de ajustamento esgota a utilidade – vocábulo aqui compreendido por fundamento, finalidade e utilidade propriamente dita – está a se reconhecer, ao menos ao meu juízo, de que a prática em questão não reclama haja carácter intimidatório geral. Ou seja, admite-se, mesmo que por via transversa, que aquela conduta não merece ser tutelada penalmente.

## **5 Considerações finais**

Por conclusão, parece-me, num primeiro giro, importante reconhecer o problema prático e mesmo de eficiência vertido na impossibilidade de que os eventuais ajustamentos possam também tratar do não processamento penal.

Todavia, parece-me que admitir essa possibilidade sem que haja reforma do sistema penal importa admissão implícita de que os comportamentos criminalizados que sejam alcançados por tal compreensão não se preenchem de dignidade bastante à invocação da proteção penal.

É que o simples recurso à inexistência de utilidade “terrena” na aplicação da pena, para além de constituir raciocínio cuja validade pode ser questionada, desconsidera de um modo significativo parcela da fundamentação estatal a que determinado comportamento seja erigido à condição de crime.

---

<sup>19</sup> SOUSA MENDES, Paulo. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* 1ª reimpr. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 77.

Falo, mais especificamente, do reconhecimento conceitual de que a punição criminal, não raramente a importar a aplicação ou mesmo a ameaça de penas corporais, não há de ser apenas útil – o que se verte na possibilidade de prevenção especial, atuação do Estado por sobre o comportamento do delinquente – mas também há de importar o reconhecimento de que a sanção decorre de afirmação estatal de que o comportamento em questão é grave, merece ser proibido e que o desatendimento da norma há de significar consequência fixada de modo proporcional que parte de reconhecimento de que as providências extrapenais não se fazem suficientes.

Esse recuo na aplicação somente poderia se nos casos em que a lei assim determinasse, hipótese em que a proteção penal oferecida ao bem jurídico haveria de ser medida a partir da constatação hipotética e desprendida do comportamento individual de um ou outro delinquente.

Por derradeiro, ainda que a discussão deste escrito possa ser compreendida por mera defesa do princípio da obrigatoriedade da ação penal, seu verdadeiro mote é afirmar que o reconhecimento de eventual inutilidade dos providimentos penais sem que haja fundamento legal melhor importa afronta ao fundamento das criminalizações, postura que, com o devido respeito, atenta contra a necessária utilização do direito penal por instrumento de defesa do bem jurídico ambiente.

## Referências

- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Ação penal: denúncia, queixa e aditamento*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Punir no estado do direito: direito penal como crítica da Pena*. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário em 2 de dezembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 335-344.
- JAKOBS, Gunther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- JARDIM, Afrânio. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2009.
- LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Fabris, 1985.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O termo de ajustamento de conduta ambiental e os efeitos no exercício da ação penal pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3834, 30 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26218>>. Acesso em: 27 jan. 2014.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 165.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

\_\_\_\_\_. *Derecho penal, parte general*. tomo 1, Fundamentos, la estructura de la teoria del delito. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUSA MENDES, Paulo. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* 1ª reimpr. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

STRECK, Lenio. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

