



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
4ª Câmara de Coordenação e Revisão
Meio Ambiente e Patrimônio Cultural

NOTA TÉCNICA Nº 01/2016 – 4ª CCR

Assunto: PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 165/2016

1. Introdução

Encontra-se em tramitação no Senado Federal o Projeto de Lei n. 165/2016, que tem por objetivo alterar a Lei dos Crimes Ambientais, acrescentando dispositivos que permitam, mediante acordo com o órgão ambiental competente, impedir o ajuizamento da ação penal, ou mesmo a imposição de penalidades administrativas, isso no tocante às atividades e serviços destinados ao saneamento básico.

Referido Projeto, de autoria do Senador José Serra (PSDB-SP), acrescenta os arts. 28-A, 69-B e 76-A à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, com o seguinte teor:

“Art. 28-A. Nos crimes contra o meio ambiente, abrangidos ou não por esta lei, decorrentes das atividades e serviços referidos no art. 3º, I, 'a' e 'b', da Lei nº 11.445/07, o órgão ambiental licenciador poderá celebrar Termo de Compromisso de Cessação – TCC com os agentes responsáveis, pessoas físicas ou jurídicas.

§ 1º O Termo de Compromisso de Cessação – TCC a que se refere o caput estabelecerá prazos razoáveis e metas progressivas para fazer cessar a infração ambiental constatada.

§ 2º O TCC contemplará cláusula de reparação do dano ambiental, ou, comprovada a impossibilidade de fazê-lo, estipulará composição ambiental substitutiva.

§ 3º A celebração do TCC, nos termos deste artigo, suspenderá o prazo prescricional e impedirá o oferecimento da denúncia em desfavor do agente compromissado.

§ 4º A extinção da punibilidade somente será decretada quando cumprido o TCC, e dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no § 2º deste artigo.

§ 5º Em caso de superveniente impossibilidade de cumprimento das condições estipuladas no TCC, o órgão ambiental licenciador poderá, excepcionalmente, alterá-las.

§ 6º Descumprido o TCC, os benefícios de que trata o § 3º serão revogados, devendo o órgão ambiental, imediatamente, notificar o Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

§ 7º Para efeito deste artigo, considerar-se-á agente responsável, além da pessoa jurídica, o gestor, o administrador ou o funcionário de entidade ou empresa delegatária de prestação de

serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, integrante ou não da administração do seu titular.”

“**Art. 69-B.** Nos crimes definidos neste Capítulo, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, dos agentes responsáveis pela prestação dos serviços referidos no art. 3º, I, 'a' e 'b', da Lei nº 11.445, de 2007, se adotadas providências imediatas que façam cessar ou mitigar as causas do evento.

Parágrafo único. Para efeito desse artigo, considerar-se-á agente responsável o gestor, o administrador ou o funcionário de entidade ou empresa delegatária de prestação de serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, integrante ou não da administração do seu titular”.

“**Art. 76-A.** Nas infrações administrativas contra o meio ambiente, abrangidas ou não por esta lei, decorrentes das atividades e serviços referidos no art. 3º, I, 'a' e 'b', da Lei nº 11.445/07, o órgão ambiental licenciador poderá celebrar Termo de Compromisso de Cessação – TCC com os agentes responsáveis, pessoas físicas ou jurídicas.

§ 1º O Termo de Compromisso de Cessação – TCC a que se refere o caput deverá estabelecer prazos razoáveis e metas progressivas para fazer cessar as infrações administrativas ambientais constatadas.

§ 2º O TCC contemplará cláusula de reparação do dano ambiental, ou, comprovada a impossibilidade de fazê-lo, estipulará composição ambiental substitutiva.

§ 3º A celebração do TCC, nos termos deste artigo, suspenderá o prazo prescricional e as penalidades administrativas em relação ao agente compromissado.

§ 4º A extinção das penalidades administrativas somente será declarada quando cumprido o TCC, e dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no §2º deste artigo.

§ 5º Em caso de superveniente impossibilidade de cumprimento das condições estipuladas no TCC, o órgão ambiental licenciador poderá, excepcionalmente, alterá-las.

§ 6º Descumprido o TCC, os benefícios de que trata o § 3º serão revogados, devendo o órgão ambiental, imediatamente, adotar as providências administrativas cabíveis.

§ 7º Para efeito deste artigo, considerar-se-á agente responsável, além da pessoa jurídica, o gestor, administrador ou funcionário de entidade ou empresa delegatária de prestação de serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, integrante ou não da administração do seu titular.”

Segundo a Justificativa apresentada para o PL 165/2016, “a manutenção da Lei de Crimes Ambientais em sua configuração atual contraria não só o arcabouço legal existente, mas também o interesse público. O Plano Nacional de Saneamento Básico, aprovado em 2013, tem como meta a universalização dos serviços somente em 2033, razão pela qual não se pode, no momento atual, simplesmente imputar crimes ambientais à operadora do serviço de saneamento básico ou a seus empregados, administradores, prepostos ou gerentes, sem que a estes sejam dadas soluções alternativas”.

Em que pese a Justificativa apresentada, o referido PL apresenta vícios de inconstitucionalidade que merecem ser analisados, de forma a não se viabilizar sua aprovação no

Congresso Nacional, conforme se observará a seguinte.

2. Da ofensa ao Princípio da Vedação do Retrocesso

O Princípio da Vedação do Retrocesso constitui um princípio fundamental do Direito Ambiental, uma vez que tem como objetivo proteger os progressos obtidos visando salvaguardar o meio ambiente, não cabendo, portanto, atitudes contrárias, que poderiam colocar em risco a sadia qualidade de vida das futuras gerações.

Os avanços no âmbito da proteção ambiental não podem ser alvo de mudanças que configurariam atraso normativo, sob pena de vulnerar o piso mínimo de proteção ecológica para a qualidade de vida.

Sobre o tema, afirma o ilustre Ministro Luis Roberto Barroso:

"Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior" (O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas, 5ª. Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2011, pag. 158/159).

O Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamin, afirma que a proposição nada tem de recente. Esclarece que não é de hoje que se defende "que a civilização moveu-se, move-se e se movera numa direção desejável", conforme resume J. B. Bury, em sua clássica obra de início do Século XX; ou que a humanidade avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo". Sob a cobertura política dessa ideia-chave, surge o princípio jurídico da proibição de retrocesso, que expressa uma "vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, e concretização da norma", constitucional ou não, "que trate do núcleo essencial de um direito fundamental" e, ao fazê-lo, impedir, dificultar ou inviabilizar "a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios". Princípio esse que transborda da esfera dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental. (BENJAMIN, Antônio Herman, Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. In: SENADO FEDERAL, Comissão De Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle, Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental. Brasília: Senado, 2012. p. 57).



Referido princípio se manifesta, portanto, a partir da leitura conjunta das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental, justificando ser invocado para o controle de constitucionalidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado, portanto, é um direito fundamental, impondo-se ao Poder Público o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Trazendo o enfoque do Princípio da Vedação de retrocesso para o caso em análise, observa-se que o projeto de lei reflete em verdadeira ofensa ao princípio da vedação do retrocesso na medida em que, ao impedir o ajuizamento de ação penal sobre condutas tipificadas na Lei dos Crimes Ambientais, mediante acordo prévio com o Órgão ambiental, acaba por inviabilizar a própria atribuição do Ministério Público de promover a defesa do Meio Ambiente por meio da Ação Penal competente.

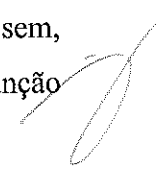
Sob o enfoque contemporâneo, onde vemos cada vez mais o meio ambiente ameaçado por parte de grandes empreendimentos e normas paulatinamente mais brandas em favor dos infratores que cometem ilícitos ambientais, a inclusão do citado projeto de lei no sistema normativo agravaria o panorama existente, onde se colocaria a proteção ao meio ambiente num aspecto inferior ao qual a Constituição Federal estabeleceu, sendo, portanto, inviável, permitir que o Projeto de Lei 165/2016 ofusque as conquistas ambientais consolidadas no país, por meio da legislação e dos princípios ambientais vigentes.

3. Da violação ao Princípio Da Independência das Instâncias

Uma conduta pode ser classificada ao mesmo tempo como ilícito penal, civil e administrativo. Nesse sentido, poderá haver a condenação em todas as esferas ou não, ou seja, na ação civil poderá ser condenado e na ação penal absolvido, pois vale a regra da independência e autonomia das instâncias.

Não se estará indo de encontro ao Princípio do “ne bis in idem”, o qual estabelece a impossibilidade de que alguém seja responsabilizado mais de uma vez pela prática de um determinado crime, uma vez que as instâncias, são, em princípio, independentes.

O Princípio da Independências das Instâncias permite que elas atuem juntas, sem, contudo, afetarem-se, de modo a prejudicar a punição daquele que, supostamente, mereça sanção por ato ilícito, sendo este cível, penal ou administrativo.



As únicas exceções que vinculam as instâncias são: a) existência de uma sentença penal absolutória resultante do reconhecimento da inexistência de autoria do fato ou da inocorrência material do próprio evento, nos termos do artigo 386, incisos I e IV do CPP, situações que implicam absolvição, também, nas demais esferas do Poder Público; b) existência de uma sentença penal condenatória com a devida comprovação da prática do ilícito e de seu autor.

Verifica-se, destarte, que o Projeto de Lei 165/2016 inova no ordenamento jurídico, tendo em vista que permite a interferência administrativa no âmbito da esfera judicial, de forma a inviabilizar a própria persecução penal e, com isso, impedir a responsabilização do infrator e a tutela do meio ambiente.

Conclui-se que a proposta normativa encontra-se nitidamente contrária ao princípio da independência das instâncias, impedindo a persecução penal em prol da celebração de termo de compromisso com o órgão ambiental administrativo licenciador, não havendo qualquer subterfúgio que garanta a harmonia de tal artigo, inerente ao projeto de lei, com o ordenamento jurídico vigente.

4. Da violação ao Princípio Da Independência entre os Poderes

O princípio da Independência ou Separação dos Poderes encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico, no artigo 2º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Esse princípio atesta a ausência de qualquer relação de subordinação ou dependência no que se refere ao exercício funcional dos aludidos três Poderes, ao mesmo tempo em que estabelece um mecanismo de controle mútuo entre eles (*checks and balances*).

Nesse sentido, compete exclusivamente ao Poder Judiciário, regulado pela Constituição Federal em seus artigos 92 a 126, exercer a jurisdição e aplicar o direito ao caso concreto, decidindo pela existência ou não do ilícito penal.

Ao mesmo tempo, a própria Constituição Federal, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, atribui-lhe as funções de promover, privativamente, a ação penal pública e também de promover a ação civil pública para a proteção do meio ambiente.

Ou seja, no caso da Ação Penal Pública, é o próprio MP que se apresenta como titular da Ação, cabendo a este, portanto o ajuizamento da Ação quando observados seus pressupostos e suas condições.

Ora, se o projeto de Lei visa obstar o ajuizamento da ação penal mediante um acordo firmado com o Órgão ambiental competente, tem-se tanto uma supressão de jurisdição do Estado,

como do próprio poder de Ação do MP, concretizando-se uma verdadeira violação ao princípio da independência entre os Poderes.

Cabe destacar que já existem critérios de flexibilização do ajuizamento da Ação Penal quando presentes os pressupostos da Lei dos Juizados Especiais, mas que, em nenhum momento, retirou-se do Ministério Público a função institucional de conduzir esse processo e, muito menos, do judiciário, de fazer o devido controle de sua aplicação.

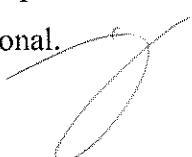
Adicionalmente, ao se possibilitar que órgão da Administração Pública transacione em matéria criminal, estar-se a violar o artigo 129, I da Constituição Federal de 1998, que atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública incondicionada.

A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, mesmo a transação no âmbito do Poder Judiciário, em matéria criminal, não pode ser realizada sem a atuação do *Parquet*. Vejamos:

Recurso extraordinário. 2. **Transação criminal proposta e ratificada em audiência a que não compareceu o Ministério Público, embora previamente houvesse pedido transferência do ato, o que foi indeferido.** 3. **Ofensa ao art. 129, I, da CF/88.** 4. Parecer da P.G.R. pelo provimento do recurso. 5. O MP é o titular da ação penal pública incondicionada. A lei reserva ao MP a iniciativa de propor a transação com a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa a ser especificada na proposta. Se aceita pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz, a teor do art. 76 e seu § 3º, da Lei n.º 9.099/95. Acolhendo a proposta do MP, aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, consoante o § 4º do mesmo art. 76. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido para anular a audiência em que proposta e ratificada pelo Juiz a transação, sem participação do MP, bem como o processo, a partir desse ato, sem prejuízo de sua renovação, se ainda não extinta a punibilidade, o que será verificado no juízo de origem. (RE 296185 / RS - RIO GRANDE DO SUL, Min. NÉRI DA SILVEIRA, 20/11/200, Segunda Turma)

Transação penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público: nulidade: **violação do art. 129, I, da Constituição Federal.** 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal - que a fundamentação do leading case da Súmula 696 evidencia: HC 75.343, 12.11.97, Pertence, RTJ 177/1293 -, que a **imprescindibilidade do assentimento do Ministério Público quer à suspensão condicional do processo, quer à transação penal, está conectada estreitamente à titularidade da ação penal pública, que a Constituição lhe confiou privativamente (CF, art. 129, I).** 2. Daí que a transação penal - bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. (RE 468161 / GO - GOIÁS, Min.SEPÚLVEDA PERTENCE, 14/03/2006, Primeira Turma).

De se concluir, com o exposto, que o Projeto de Lei 165/2016 viola o princípio da independência entre os poderes ao que o órgão ambiental do Poder Executivo, por meio da celebração de termo de compromisso de cessação – TCC, impeça a atuação jurisdicional.



5. Violação ao Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal

O Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal informa o dever de agir do Ministério Público, não lhe conferindo discricionariedade para se valer de quaisquer critérios de oportunidade e conveniência na propositura de ação penal.

Estando o Ministério Público diante de indícios de materialidade e de autoria criminal, este tem o dever legal de propor ação penal pública, ou seja, presentes os pressupostos legais que permitam a propositura da ação, deverá oferecer, obrigatoriamente, a denúncia.

Nesse sentido é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

“Significa não ter órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia.” (NUCCI, 2008, p. 47-48).

O Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, bastante consolidado em nosso ordenamento jurídico, também encontra-se ameaçado por meio do Projeto de Lei 165/2016.

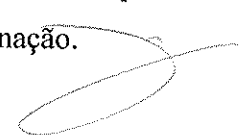
Em seu artigo 28-A, § 3º, dispõe que *“a celebração do TCC, nos termos deste artigo, suspenderá o prazo prescricional e impedirá o oferecimento da denúncia em desfavor do agente compromissado.”*

Mais uma vez, além da evidente interferência da esfera administrativa na esfera judicial, denota-se que o Ministério Público, que tem a obrigação de apresentar denúncia quando verificados os indícios de materialidade e autoria do crime, não poderá mais fazê-lo, haja vista o impeditivo constante da proposta normativa supracitada.

Destarte, reveste-se de incoerência que o PL, além de permitir a interferência administrativa na esfera judicial, obste a atribuição primária do Ministério Público de apresentar a respectiva denúncia quando configurados os pressupostos legais para tanto.

Novamente resta verificado o enfraquecimento da persecução penal e, conseqüentemente, da sanção estatal caso a mesma seja facultada em prol da celebração de termo de compromisso com o órgão administrativo licenciador, conforme delineado no projeto de lei.

Por tal motivo, resultará bastante dificultosa a garantia de proteção do meio ambiente, considerando que os infratores que ocasionam danos ambientais podem se valer de um artifício administrativo para não incorrerem em uma possível condenação.



6. Da violação ao Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário

A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5º, inciso XXXV, inserido no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula de acesso à justiça, ou do direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A todos é garantido o pleno acesso à Justiça. Não apenas a lei, mas tampouco os atos administrativos ou judiciais podem excluir a apreciação pelo Poder Judiciário.

O Projeto de Lei 165/2016 viola o citado princípio haja vista que cria uma instância administrativa obrigatória, não permitindo que o Poder Judiciário decida acerca de determinada conduta, sem que antes o órgão administrativo (no caso o órgão ambiental licenciador) promova o respectivo acordo, visando extinguir a punibilidade do infrator.

Percebe-se que, além de impedir o regular exercício do Poder Judiciário, a instância administrativa irá decidir acerca das infrações penais no lugar daquele Poder. Caso o TCC seja cumprido pelo infrator, este estará absolvido.

Tendo em vista a comprovada “invasão de competências”, não merece prosperar o respectivo projeto de lei, considerando a flagrante inconstitucionalidade do mesmo, deturpando o ordenamento jurídico, bem como os princípios jurídicos consolidados.

7. Da Ofensa aos Princípios da Prevenção/Precaução

Busca o Direito Ambiental se antecipar à ocorrência de danos, muitos dos quais irreparáveis ao meio ambiente. Visa garantir a efetividade da norma constitucional e a sadia qualidade de vida, que deve ser preservada e protegida, para as presentes e futuras gerações. Nesse contexto, a Administração Pública deve atuar balizada pelos princípios da prevenção e precaução. Deve agir utilizando-se de cautela antes da efetiva execução de atividades potencialmente poluidoras e que possam causar danos ao meio ambiente.

Enquanto o Princípio da Prevenção está atrelado a uma noção de risco certo, o Princípio da Precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este Princípio afirma que a ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano.



Nesse passo, observa-se que o Projeto de Lei em discussão, ao normatizar a possibilidade de reparação e composição ambiental na esfera administrativa, notadamente no §2º do artigo 28-A, possibilita que o infrator vislumbre o preço a pagar por um crime a ser cometido.

Tal proceder viola tanto o princípio da Prevenção, na medida em que autoriza o infrator a negociar um dano já existente, como também o da Precaução, no ponto em permite, como anteriormente dito, ao infrator vislumbrar a prática de um dano e, posteriormente, negociar o preço por esse dano causado.

Dessa forma, em razão da violação clara a Princípios do Direito Ambiental, o Projeto de Lei também não deve ser aprovado.

8. Da incoerência contida na justificativa do PL 165/2016

Compulsando a justificativa apresentada para o PL 165/2016, não se vislumbram motivos aptos a validar a alteração normativa proposta pelo ilustre Senador José Serra.

Tratam-se as possíveis deficiências no âmbito do saneamento básico como subterfúgio para garantir que as respectivas empresas operadoras sejam colocadas em grau de exceção, ao ponto de não serem julgadas por crimes ambientais, sejam eles quais forem.

Em determinado ponto, o senador afirma que “ *a lei de crimes ambientais não se encontra em consonância com essa realidade de escassez dos sistemas de saneamento básico. Ainda assim, essa lei imputa às operadoras de saneamento básico (...) penalidades por infrações que fogem ao campo de atuação desses atores, na medida em que há regramento a longo prazo para implementação de ações voltadas para o saneamento (...)*”.

Ora, ainda que existam propostas e projetos para melhorias do sistema de saneamento básico a longo prazo, não se pode permitir que as empresas operadoras do sistema recebam “anistia” de uma instância administrativa para praticar crimes ambientais.

No âmbito do Direito Penal, configurada a conduta e a autoria, resta configurado o crime. A eficácia da lei deve ser dirigida a todos.

Se o agente pratica o tipo penal e a norma determina que o mesmo deve se submeter a todo um processo no intuito de constatar a ocorrência do crime, e sendo esta uma função exclusivamente judicial, não pode lei posterior colocar a instância administrativa em grau de órgão julgador, facultando a punição estatal à formalização de termo de compromisso.

Os problemas afetos ao saneamento básico não devem ser utilizados como escopo



para a impunidade ambiental. Desta forma, não se apresenta viável a aprovação do citado projeto de lei, posto que o mesmo vai de encontro a inúmeras normas e princípios constitucionais vigentes, afetando consideravelmente a proteção ao meio ambiente.

9. Conclusão

O Projeto de Lei 165/16, ao acrescentar os arts. 28-A, 69-B e 76-A à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, altera por completo a sistemática vigente acerca da persecução penal, bem como da independências das esferas, em flagrante violação à Constituição e aos princípios constitucionais explícitos.

A justificação do PL não encontra respaldo fático ou jurídico, e o seu conteúdo fragiliza a proteção do meio ambiente, diminuindo drasticamente ou até mesmo eliminando o padrão de proteção ambiental atualmente proporcionado pela legislação em vigor.

A modificação proposta – e seus reflexos analisados nessa Nota Técnica – contraria frontalmente as disposições constitucionais que tratam das obrigações do Poder Público para dar efetividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, se aprovada pelo Congresso Nacional, colocará em risco não somente o equilíbrio ambiental, mas o bem-estar de toda a população, desta geração e das futuras.

Brasília, 24 de agosto de 2016.



NÍVIO DE FREITAS SILVA FILHO
Subprocurador-Geral da República
Coordenador da 4ª CCR