

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM ENSAIO SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO COMO RESPOSTA PENAL MAIS ADEQUADA À TUTELA AMBIENTAL EM VISTA DAS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL.

Marina Lage Pessoa da Costa¹

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro²

RESUMO

O artigo tem por objetivo destacar a reparação do dano como resposta penal mais adequada para a tutela do ambiente e o modelo de justiça restaurativa como aquele capaz de, com menor custo e maior eficiência, refletir, em vista das funções do direito penal, um resultado mais adequado à sociedade, à vítima e ao autor do fato, respeitados, sempre, os postulados da proporcionalidade em prol da maior contração do chamado direito penal das penas privativas de liberdade. O texto tem como marco teórico a proposta de Claus Roxin de inserção da reparação do dano como resposta autônoma a ser dada pelo direito penal, em vista das penas e das medidas de segurança como respostas únicas e tradicionais. Em se tratando da proteção do meio ambiente, que tem caráter transindividual, vale a reflexão do que melhor atende ao objetivo de tutela: a punição de um infrator com uma sanção meramente repressiva, ou a reparação do dano? A legitimação jurídico-penal para aplicação de uma sanção arrefece se seu papel é meramente simbólico, e a reparação do dano como sanção penal autônoma surge como contraponto a este cenário, ao propiciar efetividade e legitimidade ao direito penal, com reforço do seu caráter de *ultima ratio* e de ramo subsidiário do ordenamento jurídico. A pesquisa teórica foi a técnica metodológica escolhida em vista da construção de esquemas conceituais específicos e da utilização de processos discursivos e argumentativos para a demonstração do objetivo proposto. O texto desenvolveu-se a partir da análise da função do direito penal com ênfase na tutela do bem jurídico, do meio ambiente como objeto de tutela

¹ Defensora Pública do Estado de Minas Gerais. Conselheira do Conselho de Criminologia e Política Criminal do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pelo IEC- PUCMINAS – Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC – Escola Superior Dom Helder Câmara (Belo Horizonte).

² Mestre e Doutor em Ciências Penais pela UFMG. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Promotor de Justiça em Belo Horizonte/MG.

do direito penal, da reparação do dano como resposta penal autônoma e da justiça restaurativa como modelo idôneo à maior satisfação da sociedade, do infrator e da própria vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Crime ambiental; Reparação do dano; Justiça Restaurativa; Resposta penal autônoma.

RESTORATIVE JUSTICE: AN ESSAY ON THE REPAIR OF THE CRIMINAL DAMAGE AS MOST APPROPRIATE RESPONSE TO ENVIRONMENTAL PROTECTION IN VIEW OF THE FUNCTIONS OF CRIMINAL LAW.

ABSTRACT

The article aims to highlight the repair of the damage as the most appropriate criminal response for the criminal protection of the environment and the model of restorative justice as one can, with lower cost and higher efficiency, reflecting a view of the functions of criminal law, a result more appropriate to the society, the victim and the author of fact, respected, always, the postulates of proportionality in favor of greater contraction of so-called criminal law custodial sentences. The text is based on the theoretical framework proposed by Claus Roxin insertion of the harm as an autonomous response to be given by the criminal law, in view of imprisonment and security measures as unique and traditional responses. In terms of environmental protection, which has transindividual character, it is reflection of what best serves the purpose of protection: the punishment of an offender with a purely repressive sanction, or repair the damage? The criminal legal legitimacy for imposing a sanction is cooled its role is merely symbolic, and repair the damage as an autonomous criminal sanction comes as a counterpoint to this scenario by facilitating the effectiveness and legitimacy of criminal law, enhancing its character of last ratio and a subsidiary branch of the legal system. The theoretical study was the methodological technique of choice in view of the construction of specific conceptual schemes and use of discursive and argumentative for the demonstration of the proposed objective processes. The text was developed from the analysis of the function of criminal law with an emphasis on protection of the legal interests of the environment as an object of protection of criminal law, compensation for damage response as an autonomous

criminal and restorative justice as an appropriate model for higher satisfaction of society, the offender and the victim herself.

KEYWORDS: Environmental Crime; Compensation for the damage; Restorative Justice; Autonomous criminal response.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal do século XXI é marcado por uma crise existencial, questionado em sua função, eficácia e legitimidade. Quando de sua formação como ramo autônomo, o que remonta ao período do Iluminismo, o direito penal recebeu a função primordial de ser o assegurado de liberdades, a seara do Direito capaz de limitar o poder punitivo do Estado.

Ao Estado é concedido o monopólio do *ius puniendi*, encarregado do poder-dever da persecução penal e da aplicação de sanção, dentro dos limites do devido processo legal. O direito penal, por essência e excelência, volta-se à proteção do cidadão em face deste poder punitivo estatal.

Por ser o maior instrumento de repressão do Estado, o direito penal deve ser limitado às hipóteses que se faça imprescindível seu acionamento, de onde vem a *ultima ratio*.

Entretanto, no século XX constata-se fluxo contrário, um expansionismo penal. Uma crescente demanda por resposta penal para problemas sociais diversos, o que se espraia ao século XXI. O direito penal de hoje não se caracteriza, como outrora, por ser o instrumento de proteção de liberdades do cidadão, mas de defesa social.

Sobre o tema, há muito já dizia Hassemer que:

Com isso, encontra-se em relação a já citada tendência de que o legislador penal entende esse instrumento menos como *ultima ratio*, mas, sim, como *sola* ou *prima ratio* e que ele o aplica contra os princípios da subsidiariedade, prontamente, em todo lugar, onde um ganho político possa ser visualizado com esse emprego. (HASSEMER, 2007, p. 200)

O Código Penal, catálogo das mais graves condutas sociais não toleradas, já não é suficiente aos anseios sociais, e o crescimento exponencial de leis especiais com a previsão de delitos e cominação de penas chega ao ponto de que mesmo os estudiosos do direito penal desconhecem todos os tipos penais em vigor.

Basta um problema social com repercussão e sem imediata solução social, que a demanda por resposta penal aparece. Acentua-se a função preventiva geral positiva de tal

modo que a legislação torna-se simbólica. Uma aparente resposta, que não corresponde à solução ao problema social subjacente.

Em tempos de expansionismo penal, é difícil responder às perguntas: a que serve o direito penal? Qual a função da pena?

Desde o sistema vicariante há duas formas de respostas penais: as penas e as medidas de segurança. Claus Roxin propõe, no entanto, uma terceira resposta penal autônoma que, em determinados casos, apresenta-se como a melhor: a reparação do dano.

Este é o objeto de análise do presente artigo, que tem foco na reparação do dano como resposta penal autônoma, e por vezes a melhor, em se tratando de crimes ambientais.

Todavia, apresenta-se a reparação do dano como fruto da adoção de processos restaurativos para a solução dos conflitos, mais precisamente aqueles nos quais vítima e ofensor ou mesmo, quando o caso exigir e apropriado for, membros da sociedade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime.

A pesquisa teórica foi a técnica metodológica escolhida em vista da construção de esquemas conceituais específicos e da utilização de processos discursivos e argumentativos para a demonstração do objetivo proposto. Assim é que, debruçado sobre dados primários e secundários, o texto desenvolveu-se a partir da análise da função do direito penal com ênfase na tutela do bem jurídico, do meio ambiente como objeto de tutela do direito penal, da reparação do dano como resposta penal autônoma e da justiça restaurativa como modelo idôneo à maior satisfação da sociedade, do infrator e da própria vítima.

Ao final, o artigo conclui que o direito penal deve permitir-se inovar e abrir-se a novas perspectivas, capazes de atender a uma sociedade contemporânea, que não possui as mesmas características e dilemas da sociedade que marcou a aplicação do direito penal clássico. A reparação do dano ambiental como resposta penal autônoma é um dos meios dos quais deve dispor o direito penal para a maior e melhor tutela ambiental.

2 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL: A TUTELA DO BEM JURÍDICO

Como revela Paulo Queiroz (2008, p. 28), em princípio, como ramo do direito que é, o direito penal tem uma função não muito ambiciosa, qual seja, a de permitir a convivência social por meio da pacificação de conflitos. Todavia, tal ponderação não diferencia o direito penal dos demais ramos do direito, motivo pelo qual há que se investigar qual é a tarefa específica deste ramo do direito, o que longe está de ser uma unanimidade na doutrina.

Nesse aspecto, convém dizer que autores como Bettiol (1976, p. 179) sustentam que o direito penal deve orientar-se pela ideia de retribuição justa, o que acentua o caráter ético de suas considerações, aproximando-o de Welzel, para quem, a partir da distinção entre valor do resultado e valor da ação, a função do direito penal é proteger os mais elementares valores éticos-sociais da ação (WELZEL, 1993, p. 5).

Noutra senda, Jakobs ressalta que o direito penal obtém sua legitimação material na garantia de vigência das expectativas normativas essenciais, quais sejam aquelas das quais depende a configuração ou mesmo a própria identidade da sociedade. Para ele, a missão do direito penal é a proteção da vigência da norma (JAKOBS, 1997, p. 44-45). Noutro aspecto, sustenta Christoph Burchard (2013, p. 42-46) que o direito penal deve atrelar-se à ideia de proporcionalidade, na medida em que deve incutir no julgador o atento exame da coerência entre os fatos e consequências jurídicas decorrentes do próprio direito penal. Estaria, portanto, assentada sua teoria, que se baseia em decisões do Tribunal Constitucional Alemão, no sentido de que a função do direito penal está alicerçada na orientação pelo respeito ao princípio da proporcionalidade na análise do caso concreto.

Todavia, é na proteção, fragmentária e lacunosa, ao bem jurídico, que se assenta a posição doutrinária majoritária a respeito da função do direito penal, o que se tem por premissa neste trabalho não apenas por ser ele, bem jurídico, o orientador da conduta do legislador ao selecionar, em face do caráter subsidiário e seletivo do direito penal, aqueles bens que são efetivamente dignos de tutela penal, como também por legislar com vistas à proteção deste bem jurídico em face de eventuais e futuras lesões ou ameaça de lesões a ele. Sustenta Roxin, nesse sentido, que o bem jurídico é digno de dupla proteção: através e ante o direito penal (1993, p. 28) e que, de forma a afastar com que este se ocupe de condutas meramente imorais, o bem jurídico serve como parâmetro político-criminal à crítica legislativa, decorrendo, disso, “que o legislador só pode sancionar penalmente a violação ou a exposição a perigo de bens jurídicos” (ROXIN, 2013, p. 290).

Adotada, então, a teoria do bem jurídico como parâmetro para a própria justificativa de atuação do direito penal, cumpre perquirir, para efeito de direcionar o diálogo para a proteção ambiental proposta, se o bem jurídico coletivo, como o meio ambiente, encontra-se na esfera de proteção penal. Nesse sentido, imperiosas as considerações de Figueiredo Dias no sentido de que compete ao direito penal, e não o contrário, adequar-se ao advento de uma forma de sociedade, que deve assumir a ruptura epocal com um passado não muito distante³,

³ No qual, em nível de direito penal, cultuava-se a proteção exclusiva de bens jurídicos individuais.

ante aos riscos globais, atômicos, àqueles proporcionados pela engenharia genética, pelo superaquecimento, pela criminalidade organizada, e que fazem com que o direito penal não possa ignorar a existência de tais bens jurídicos. Nas palavras do Catedrático de Coimbra, os bens jurídicos coletivos

devem ser antes aceitos, sem tergiversações, como autênticos bens jurídicos universais, transpessoais ou supraindividuais. Que também esta categoria de bens jurídicos possa reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa, eis o que não será lícito contestar. O carácter supraindividual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se veem prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva inclusivamente à extinção de alguma espécie rara, também aí pode verificar-se a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização por parte do homem. Não parece possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza. E todavia, as aves referidas, se bem que não «utilizáveis» por quem quer que seja, já nascido ou ainda não nascido, constituem um património de todos. Se as não protegermos as gerações futuras não terão a possibilidade de as apreciar, apesar de que nós tenhamos podido fazê-lo! (DIAS, 2003, P. 1131)

2.1 O Bem Jurídico Meio Ambiente

As parcas linhas que delimitam o conteúdo do trabalho não têm por objetivo, e nem mesmo poderiam ter ante a envergadura do assunto, tratar efetivamente da recepção do modelo de crime como ofensa a bem jurídico, mesmo porque, como visto acima, longe está o tema de obter um consenso doutrinário. Todavia, desde o primeiro desenvolvimento da teoria da proteção de bens jurídicos com Birnbaum em 1834 (*Über das Erforderniss einer Rechtsverletzung zum begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkänkung*) afastou-se a ideia de que o conteúdo do crime deveria ser buscado não na violação de direitos subjetivos – o que, convenhamos, dotava o ilícito de conteúdo eminentemente individualista –, mas na ofensa a valores reconhecidos pela sociedade.

Diante disso, o conteúdo do ilícito passa a valorar interesses vitais não apenas do indivíduo, mas da comunidade como um todo. Todavia, como bem acentua Cláudio do Prado Amaral (2005, p. 65), não é a ordem jurídica que cria o interesse, mas sim a vida, cabendo ao legislador a tarefa de selecionar aqueles que, de uma forma mais peculiar, importam à vida. Nesse contexto, é na Constituição, como instituidora e conformadora da ordem jurídica, que devemos buscar os valores supremos, dignos de uma maior tutela. E é ali, no texto constitucional, que deparamos com o meio ambiente como um conjunto de condições que

abrigam e regem a vida em todas as suas formas⁴. Não por acaso extrai-se do artigo 225, *caput*, da Constituição – cujo comando incriminador é extraído do seu parágrafo terceiro – que, dada a envergadura e a importância do ambiente,

todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

É, portanto, da própria Constituição que se extrai a importância suprema do meio ambiente e o próprio comando incriminador, que deve orientar a dogmática penal, e não o contrário, à tutela do bem coletivo. Independentemente de qualquer concepção, antropocêntrica, ecocêntrica ou mista, do bem ambiental, discussão esta cujo desenvolvimento foge aos propósitos do texto, trata-se o caso, para além Kaufmann (1992, p.72-73), não apenas de deveres do homem perante a natureza, mas também de direitos da própria natureza. Afinal, como há muito já ressaltava Hans Jonas,

a busca não só do bem humano mas também do bem extra-humano implica ampliar o reconhecimento de fins em si mesmos para além da esfera humana e incorporar ao conceito de bem humano o cuidado daqueles. (JONAS, 1994, p. 35)

Todavia, extrai-se claramente do texto constitucional, que se busca a preservação ambiental para as presentes e futuras gerações, e dele ressaí nítido o propósito mantenedor do ambiente. Para além de toda e qualquer pena, trata-se de referencial imperativo a ideia de reparação do dano, a quem se deve atribuir a prognose de substituir a modificação do paradigma crime-castigo, para aquele mais humano, educativo, muito menos estigmatizante e tutelador do bem jurídico lesado ou ameaçado, da ofensa-reparação, o que será tratado, doravante, com considerações acerca da inserção da reparação do dano como adequada via de tutela do ambiente no direito penal.

3 A REPARAÇÃO DO DANO COMO RESPOSTA PENAL AUTÔNOMA

Claus Roxin, consagrado professor da Universidade de Munique, entende que os fins de pena são de prevenção – geral e especial –, incumbindo ao direito penal a proteção seletiva de bens jurídicos de lesões ou perigo de lesões. Ele defende que:

⁴ Trata-se da leitura constitucional do artigo 3º, I, da Lei 6938/81.

a função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIN, 2006, p.16-17).

Nesse contexto, a reparação do dano como medida penal autônoma no âmbito das penas e medidas de segurança (respostas penais tradicionais), funda-se no princípio da subsidiariedade do direito penal e no emprego necessário e proporcional de medidas menos gravosas, que atendam, todavia, aos fins do direito penal e aos interesses da vítima, de forma a reservar a sanção mais gravosa, a pena privativa de liberdade, para as hipóteses de *ultima ratio*, ou seja, para os crimes mais graves e intoleráveis.

Assim como a medida de segurança substitui a pena em razão do princípio da culpabilidade, a reparação do dano substituiria ou atenuaria por completo a pena para os casos em que convenha aos melhores fins do direito penal e às necessidades da vítima, em razão do princípio da subsidiariedade. (ROXIN, 1992, p. 155)

Segundo Roxin, quando o sistema penal possibilitar ao infrator a reparação do mal que causou, por sua própria vontade, não haveria necessidade da pena, considerando que a reparação voluntária demonstra que o infrator alcançou os fins de prevenção geral e especial que a pena haveria de cumprir.

Para ele, então, a reparação do dano deve consistir em resposta autônoma do direito penal que tangencia o direito civil, na medida em que compensa o dano e ainda atinge os fins da pena.

Deve-se advertir, no entanto, que defender a reparação do dano como resposta penal autônoma pode soar, num primeiro momento, a defesa de uma própria descaracterização do direito penal, considerando ser a função reparatória reservada ao direito civil. Essa é, contudo, uma ideia que advém da era de afirmação da autonomia entre direito civil e direito penal, segundo a qual o primeiro visa à composição do dano à vítima – interesse individual –, e o segundo à aplicação de uma punição estatal ao infrator da norma – interesse social.

A evolução do sistema e da dogmática penal introduziu a preocupação com a vítima, o que contribuiu para a cientificidade da vitimologia decorrente da frustração com um modelo de justiça penal que não considera(va) a vítima no processo penal, salvo como meio de prova.

Destarte, o dogma da reparação como função exclusiva do direito civil vem se relativizando, com a introdução da preocupação com a vítima na justiça penal, em face, principalmente, de uma maior atenção com as formas de reparação do dano causado pela infração.

Esse pensamento reaproxima o direito penal do direito civil e tem por finalidade aproximar o sistema jurídico da realidade social. É preciso despir-se da convicção de necessária separação ontológica entre direito civil e direito penal do século XVIII para discutir o efetivo alcance social do sistema jurídico para as demandas da sociedade do século XXI.

Nas palavras de Cláudio do Prado Amaral (2005, p. 141), “esse conceito de reparação penal, diferentemente da civil, tem não só um componente material que consiste na indenização, mas sobretudo um componente ideal e interativo consistente no mencionado restabelecimento da paz jurídica”.

Não se defende o fim da autonomia entre as searas civil e penal, mas sim que a dogmática enfrente a discussão dos pontos de intercessão entre as áreas de responsabilização. Observe-se que é a voluntariedade na reparação do dano pelo infrator que traz a tônica de distinção da indenização civil do dano e justifica a caracterização de resposta penal autônoma, dado que representa a real assunção de responsabilidade pelo infrator, concretizando as funções preventivas especiais da pena.

A crise do modelo de justiça penal pela insuficiência do caráter repressivo traz à tona a discussão da índole reparatória:

Hodiernamente, o ressurgimento do interesse na reparação da vítima de crime encontra-se relacionado à crise de legitimação da política criminal tradicional – crise do modelo penal fundado em sanções de caráter repressivo, mormente na pena privativa de liberdade – bem como, com uma crise do modelo de ressocialização. De modo que a sociedade é ‘induzida a procurar novos modelos de instrumentos sancionatórios’. Donde, indubitavelmente, diversos fatores concorrem, no mesmo tempo histórico, para impulsionar uma política criminal de índole reparatória. (CÂMARA, 2008, p. 198)

É de se convir que a reparação do dano não será possível para todas as hipóteses delitivas, e, ademais, por ser ato voluntário, dificilmente se verificará nos casos em que o acusado refuta a prática infracional. Para tais hipóteses, a resposta estatal deve permanecer calcada naquelas já tradicionalmente conhecidas: pena e medida de segurança, isso, é claro, se necessárias forem.

A proposta da reparação do dano como resposta autônoma ainda joga luz para a vítima do delito, papel este que, em nível de direito penal tradicional, esteve limitado, em vista da maior preocupação com a persecução penal e a punição do infrator.

Entretanto, este viés reparador não repercute apenas no interesse da vítima, pois atende também aos anseios sociais de efetividade e legitimidade do direito penal, uma vez que, há tempos, já restou demonstrada a falência da pena de prisão e do sistema meramente

punitivo. Acerca disso, aliás, sustentam Zaffaroni e Nilo Batista que o cárcere vem sendo, e sempre foi, inadequadamente, a resposta (des) esperada dos legisladores, segundo uma lógica repressora emergencial. Segundo os consagrados autores:

[...] a história do poder punitivo é a das emergências invocadas em seu curso, que sempre são sérios problemas sociais [...] o poder punitivo pretendeu resolver o problema do mal cósmico (bruxaria), da heresia, da prostituição, do alcoolismo, da sífilis, do aborto, da religião, do anarquismo, do consumismo, da dependência de tóxicos, de destruição ecológica, da economia informal, da especulação, da ameaça nuclear etc. Cada um desses conflitos problemas dissolveu-se, foi resolvido por outros meios ou não foi resolvido por ninguém, mas nenhum deles foi solucionado pelo poder punitivo. Entretanto, todos suscitaram emergências em que nasceram ou ressuscitaram as mesmas instituições repressoras para as quais em cada onda emergente se apelara, e que não variam desde o século XII até a presente data (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, P. 68).

A voluntária reparação do dano como uma possível resposta penal concretiza a função de pacificação social do direito penal, ao mesmo tempo em que alcança a ressocialização do agente e reconhece e reforça a norma em seu sentido material. Assim:

(...) A reparação como alternativa às sanções convencionais não entra em cena apenas em função dos interesses da vítima. Leva-se em consideração, também, os interesses do próprio agente, que ao consciencializar-se da importância em reparar a sua vítima, tenderia a reconhecer e aceitar a valência do direito de modo mais apropriado, tudo a contribuir para a ressocialização. Ultrapassa-se, assim, concepções teóricas mais recuadas que tendiam a perspectivar a reparação de forma unidirecional, isto é, centrada tão-somente nos interesses da vítima, e, assim em última análise, em gravame para o infrator. Atende, demais disso, aos interesses da própria sociedade, porquanto, em que pese em um primeiro momento orientar-se para as necessidades mais imediatas das vítimas, em passo subsecutivo, colabora para 'reafirmar os valores sociais violados pelo delito'. (CÂMARA, 2008, p. 198).

4 A REPARAÇÃO DO DANO COMO RESPOSTA PENAL PARA OS CRIMES AMBIENTAIS

Uma das fontes da atual crise que sofre o direito penal advém da demanda por proteção de determinados bens jurídicos que eram inimagináveis de serem tutelados por ele quando da formulação das clássicas teorias do crime, tais como o meio ambiente.

A sociedade contemporânea, tratada por Beck (2003, p. 24) como sociedade do risco⁵, com seus diferentes e ampliados medos, busca no direito penal o controle das atividades perigosas, o que o desnatura.

⁵ Beck sustenta um certo incremento do risco, em face da referência à sociedade hodierna do risco como de segunda modernidade - que se contrapõe a uma primeira modernidade, mais limitada ao seio das comunidades-

O meio ambiente que sempre existiu vive agora um momento de valor social diverso (SANTIAGO, 2011, p.80). O nível de degradação ambiental, os impactos decorrentes da ação humana e a escassez de bens antes abundantes trouxeram reflexões que culminaram com uma maior preocupação com a tutela ambiental.

As previsões legais relativas ao meio ambiente de cunho notadamente econômico começam a ceder lugar e a conviver com uma ainda recente regulamentação normativa holística, que tem por fim a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim é que o mandamento constitucional estabeleceu que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, o que significa tratar-se de um direito metaindividual.

Visando à proteção e preservação deste bem fundamental, a própria Constituição estabeleceu, no §3º do artigo 225, que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais”.

Desse comando normativo extrai-se que a incidência da seara penal para a tutela do meio ambiente foi uma escolha constitucional; todavia, o direito penal ainda tateia para descobrir qual o seu papel na defesa do meio ambiente e, se papel há, qual é a melhor resposta para tutelá-lo. Por isso, pergunta-se: a condenação de um infrator a uma pena privativa de liberdade, ainda que substituída por medida alternativa ao cárcere, é a melhor forma de defender o meio ambiente? E ainda: o que mais bem atende ao interesse da sociedade: a punição de um infrator ambiental ou a reparação do dano?

A adoção da reparação de danos como resposta penal autônoma, apesar de complexa para a atual realidade do sistema jurídico, o que demanda ajustes dogmáticos vitais, notadamente na teoria da pena, não é distante de nossa realidade legislativa.

Isso porque, para os delitos de menor potencial ofensivo, de ação privada ou pública condicionada à representação, a composição civil entre infrator e vítima é causa de extinção da punibilidade, a teor do parágrafo único do art.74 da Lei n.º 9.099/95, conjugado com art. 107 do Código Penal.

Outrossim, a reparação do dano ambiental também não é novidade para a legislação brasileira que já a trabalha como causa de atenuação de pena no inciso II, do art.14, da Lei n.º 9.605/1998, como condição para proposta de transação penal, salvo impossibilidade (art.27,

que se caracteriza por uma mudança nas relações sociais, fruto da globalização, da intensificação tecnológica e da crise ecológica.

Lei n.º 9.605/1998), e para a extinção da punibilidade na hipótese de suspensão condicional do processo (art.28, I, Lei n.º 9.605/1998).

Entretanto, as hipóteses acima destacadas, além de limitadas a certos delitos, não apresentam a reparação do dano como resposta penal autônoma.

A proposta de Roxin, de adoção da reparação do dano como resposta penal, insere-se num contexto de maior tutela do ambiente, porquanto recomposto será ele por obra do próprio infrator, sem prejuízo de aplicação, quando proporcional⁶ for à agressão ao bem jurídico provocada pela conduta, da pena privativa de liberdade. Estabelece-se, assim, a reserva de *ultima ratio* não apenas para o direito penal, mas também à própria pena corporal, instrumento mais grave que é de sancionamento estatal, de modo a que seja aplicada apenas para as hipóteses de crimes mais graves do chamado “núcleo duro do direito penal”.

Vê-se, portanto, que não há razão para que se deva restringir a reparação do dano ambiental aos delitos de menor potencial ofensivo, mas sim para se trabalhar seu efetivo alcance também, e principalmente, para outros crimes ambientais, sempre que proporcional for a resposta à dimensão do dano causado⁷.

Lado outro, as previsões da Lei n.º 9.605/1998 da composição e/ou reparação do dano como condição para medidas despenalizadoras não estimulam o reconhecimento do conteúdo proibitivo da norma (função preventiva especial), sendo apenas um meio para se alcançar um direito. A efetiva restauração do conflito, através da reparação voluntária do dano (ou a adoção de medidas para evitá-lo) materializa a função da norma penal, o que torna despidianda a pena nos moldes tradicionais e oferece maior e melhor tutela ao meio ambiente.

A privação de liberdade não possui o mesmo alcance (se é que possui algum) da voluntária reparação do dano no que diz respeito à função preventiva especial. O maior protagonismo e responsabilização do agente infrator pelas consequências de seu ato, ao

⁶ Proporcionalidade no sentido de “domesticação dos poderes governamentais quando interferem em direitos individuais” (WINTER, 2013, p. 59), e, ainda, de proibição de qualquer proteção deficiente.

⁷ Nesse sentido, cumpre dizer que há louvável posição que sustenta que o chamado “termo de compromisso ambiental”, previsto no art. 79-A da Lei n.º 9.605/98 (que é, inegavelmente, uma espécie de composição civil), pode, segundo parte da doutrina, ter reflexos em sede de responsabilidade penal. Dissertam, sobre o tema, Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel (2011, p. 303): “Sobre o assunto, poderíamos resenhar as seguintes correntes: (a) o ato de firmar o compromisso já significaria falta de justa causa para a persecução penal em curso; (b) o compromisso (TAC ou TCA) constituiria causa supralegal de exclusão da ilicitude; (c) o compromisso (TAC ou TCA) não teria nenhum reflexo penal se o compromissário desse continuidade aos atos criminosos (STJ, HC 61.199-BA, j. 04.10.2007, rel. Min. Jane Silva); (d) se a reparação do dano acontecesse antes do recebimento da denúncia, ocorreria uma causa de extinção da punibilidade (tal como no crime tributário); (e) o compromisso (TAC ou TCA) não tem nenhum reflexo penal (autonomia das instâncias)”.

responder pela efetiva reparação do dano que causou, gera mais respeito à norma e possibilita a prevenção de reincidência em maior medida que a mera retribuição pela sanção privativa de liberdade.

Selma Pereira de Santana (2011, p.74) defende que, além de trazer efetivo benefício à vítima, a reparação do dano é eficaz forma de ressocialização:

O autor de um delito, enquanto privado de sua liberdade, fica impossibilitado de fazer algo para reparar o dano causado, embora as investigações empíricas tenham constatado, em muitos delinquentes, a necessidade de realizar a reparação. Tem-se observado, ainda, que a vontade de reparar na vítima vai desaparecendo no decorrer do cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Quanto à pena de multa, tem-se constatado que muitos delinquentes que já efetuaram o pagamento da multa rejeitam a possibilidade de proceder a uma reparação, pois, dessa forma, se sentiriam duplamente punidos.

Fato é, também, que não se deve ignorar que nos crimes ambientais a vítima é a sociedade, a coletividade, por ser o meio ambiente de ordem difusa, um bem metaindividual. A composição dos danos a este bem não se dará em prol de pessoa específica, mas sim da sociedade apresentada pelo Ministério Público e por órgãos públicos que integram o sistema nacional do meio ambiente - SISNAMA - correlatos à situação concreta sob análise, que orientarão a forma de reparação do dano causado.

5 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MECANISMO VIÁVEL DE REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL

Valendo-nos do teor da Resolução n.º 2002/12 da Organização das Nações Unidas sobre os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, dela extraímos, como terminologia, que o processo restaurativo significa qualquer processo no qual vítima e ofensor ou mesmo, quando o caso exigir e apropriado for, membros da sociedade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, podendo nele incluir, como métodos, dentre outros, a mediação⁸ e a conciliação, sendo que nesta, ao contrário da primeira, o terceiro, conciliador, também participa da resolução do conflito que, em síntese, representa a reparação do dano causado.

⁸ Espécie de heterocomposição a ser buscada por um terceiro desinteressado que tem por missão estabelecer a comunicação e a negociação entre as partes para a resolução do conflito. Citando Jorge Pesqueira Leal, Eduardo Bauché sustenta, em sua 'Teoría general del derecho processal' que 'la mediación resulta un procedimiento capaz de producir cambios significativos en la percepción que la personas tienen de sus conflictos y de cómo abordarlos. Su práctica nos demuestra cómo a través del contacto interpersonal los protagonistas de la confrontación toman conciencia de las consecuencias de su conducta y son capaces de establecer compromisos que hace que las relaciones existentes sean preservadas' (2011, p. 39).

A Resolução, que busca incitar os Estados ao incremento de práticas restaurativas sem prejuízo de direitos e garantias individuais e coletivas dos envolvidos, aponta, em preâmbulo, as vantagens das práticas restaurativas no âmbito criminal, na medida em que propicia uma oportunidade para que as vítimas obtenham a reparação do dano e, aos ofensores, de forma educativa, para que possam compreender e manter um imediato contato com as causas e consequências de seu comportamento e assumir a responsabilidade de forma efetiva⁹.

Observa-se, pois, que a justiça restaurativa proporciona não apenas um contato direto entre vítima e agressor, mas também uma oportunidade de, de forma célere, barata e muito mais pragmática, reparar o dano causado. Contudo, inobstante seja celeiro de práticas mais educativas e eficientes em flagrante prejuízo ao uso abusivo de práticas carcerizadoras, três questões se colocam em evidência: 1) a de como introduzi-las em nosso ordenamento; 2) se pode ela representar violação à ideia da proibição da proteção deficiente e 3) a de como aplicar as práticas restaurativas para a reparação do dano causado ao bem metaindividual, como o meio ambiente.

Quanto à primeira questão, já restou dito alhures que a Lei n.º 9.099/95 permite que práticas compositivas sejam móvel de extinção de punibilidade sem que sequer se cogite de aplicação de pena corporal. É certo que a extinção de punibilidade não se aplica, todavia, aos crimes nos quais, por lei, procede-se mediante ação penal pública incondicionada, restando a reflexão acerca do acima dito para que, seja a nível legislativo, seja a nível de práticas judiciais, reste a reparação do dano como medida mais recomendável e apta a, inclusive, consistir na resposta penal, e a mais adequada, dentro do contexto da situação fática apresentada.

No tocante à segunda questão, deve-se ter em vista a máxima de que as práticas restaurativas não poderão ensejar violação ao critério de proporcionalidade que deve orientar o julgador (que assumirá o papel de mediador/conciliador na forma como já prevista em nosso ordenamento pela Lei n.º 9.099/95), exatamente aquele que tem por missão não permitir qualquer tipo de proteção insuficiente ao bem jurídico afetado. Caso se entenda como necessária a aplicação de pena, que sirva a reparação do dano, no entanto, como já permitido em nosso ordenamento nos artigos 16, 59 e 65, III, “b”, todos do Código Penal, como medida

⁹ Extrai-se do excelente texto de Paul H. Robinson, Professor da Universidade da Pensilvânia, retirado do Social Science Research Network, no sentido do texto, que: “the restorative processes advance other valuable interests, beyond those normally held to be the charge of the criminal justice system: providing restitution to the victim (normally the charge of civil tort law); giving victims a direct involvement in the disposition process, thereby providing an emotional sense of restoration and justice done; and putting a human face on the offender, thereby reducing the victim's generalized fear of victimization and perhaps giving the victim some appreciation of how the circumstances may have brought the offender to commit the offense”. (ROBINSON, 2003, p. 376)

apta a, respectivamente, diminuir a pena, ensejar a fixação da pena-base em patamares mínimos ou mesmo atenuar a reprimenda a ser aplicada.

Quanto à terceira questão, a que diz respeito à aplicabilidade das práticas restaurativas visando à reparação do dano causado ao bem jurídico metaindividual, não vemos qualquer problema nisso, principalmente se levado em conta o fato de que, no direito penal tradicional, o Ministério Público já representa o interesse da sociedade, atingida que é, mediata ou imediatamente, pela prática delitiva. Ademais, como resposta penal ao delito, as medidas restaurativas não devem ser vistas apenas sob a ótica de autor e vítima, mas também da própria sociedade. Afinal, é a natureza penal da medida reparatória que faz com que a destinatária maior da almejada composição seja a sociedade como expectadora do ato reparatório, segundo uma concepção de prevenção geral ou mesmo especial, e não apenas o autor e a vítima da infração. De mais a mais, a proposta restaurativa pressupõe, dentro do contexto subsidiário e fragmentário do direito penal, a voluntariedade, que pode ser mediatizada pela opção do agente de valer-se de benefícios que derivam de sua positiva conduta, minimizando os efeitos da prática delitiva e da própria resposta penal tradicional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal clássico, do século XVIII, sofreu mutações ao longo do tempo em razão do movimento expansionista que, ainda no século XXI, tenciona e pressiona os limites deste ramo que, por natureza, deve ser restrito e reservado como última medida.

Apesar da angústia provocada pela crise, é dela que advirão respostas capazes de resguardar do direito penal e sua função primordial, mesmo porque o direito penal do século XVIII não trará respostas à sociedade do século XXI.

As tradicionais fronteiras entre o direito civil e o direito penal não se concebem mais de modo rígido. Como dito, não se defende o fim da autonomia entre as searas civil e penal, mas que a dogmática enfrente a discussão dos pontos de intercessão entre as áreas de responsabilização para algumas hipóteses, notadamente a ambiental, com vistas a alcançar a melhor tutela do meio ambiente e a aproximação do sistema jurídico às demandas da sociedade contemporânea.

A voluntária reparação do dano como resposta penal autônoma para os crimes ambientais é um destes pontos de intercessão que representam, à luz da teoria do bem jurídico como núcleo das discussões que orientam o direito penal ao cumprimento de suas funções primordiais, a assunção do maior interesse da sociedade na reparação do dano ambiental do

que, propriamente, uma desmesurada e desproporcional aplicação de pena privativa de liberdade.

As práticas restaurativas de composição dos conflitos são perfeitamente aplicáveis às demandas coletivas que envolvem, no polo passivo, a tutela de um bem supraindividual, sendo elas um importante mecanismo de reparação de danos na seara criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela Reparação dos Danos: a terceira Via**. Leme: J.H.Mizuno, 2005.

BAUCHÉ, Eduardo Germán. **Teoría general del derecho procesal**. 2 ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 2011.

BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. Introdução ao direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo. v.1, p. 14-48. Abr./jun. 1999.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale**. 9 ed. Padova: CEDAM, 1976.

BURCHARD, Christoph. O princípio de proporcionalidade no ‘direito penal constitucional’ ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. *In* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERREIRA, Lucas César Costa. A reparação de danos nos delitos patrimoniais: a terceira via em sintonia com a contemporânea política criminal. **Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 7, p. 369-416, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación**. Tradução de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JONAS, Hans. **El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica**. Tradução de J. Fernandez Retenaga. Barcelona: Editorial Herder, 1994.

HASSEMER, Winfried. **Direito penal libertário**. Tradução de Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

KAUFFMANN, Arthur. Gibt es Rechte der Natur? **Spendel-FS**: Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1992.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES, José Roque Nunes. A Constituição Federal e o meio ambiente. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 9, p. 26-31, 2000.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROBINSON, Paul H. **The virtues of restorative processes, the vices of restorative justice**. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=661123 Acesso em 05 jul. 2014.

ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño**: de los delitos y de las víctimas. Tradução de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

_____. **A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Veja, 1993.

_____. O princípio da proteção do bem jurídico e seu significado para a teoria do injusto. *In* **Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha**. AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SANTANA, Selma Pereira de. A racionalidade penal moderna versus a reparação à vítima do delito como terceira via. **Revista Mestrado em Direito**: Direitos Humanos fundamentais. Osasco, v. 17, n. 2, p.67-88, ago./dez. 2011.

_____. Selma Pereira. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. *In* **Direito Penal Secundário**. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Víncius Sporleder de (coord.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Coimbra, 2006.

SANTIAGO, Alex Fernandes. Compreendendo o papel do Direito Penal na defesa do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v. 16, n. 61, p.77-107, jan./mar. 2011.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de J. Bustos Ramirez y Sergio Yánes Pérez. 4 ed. Santiago: Jurídica do Chile, 1993.

WINTER, Gerd. Proporcionalidade “eco-lógica”: um princípio jurídico emergente para a natureza? **Revista Veredas do Direito**. Belo Horizonte: Escola Superior Dom Helder Câmara, v. 10, n. 20, jul./dez. 2013, p. 55-78.

ZAFFARONI, Eugenio; BATISTA, Nilo. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.