

JULIANA BUCK GIANINI OCAMPOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E CRIMES AMBIENTAIS DE MENOR
POTENCIAL OFENSIVO**

SANTOS

2016

JULIANA BUCK GIANINI OCAMPOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E CRIMES AMBIENTAIS DE MENOR POTENCIAL
OFENSIVO**

Dissertação apresentada como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental, da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS – Faculdade de Direito, Campos Boqueirão, sob orientação do Prof. Dr. Wallace Paiva Martins Junior.

SANTOS

2016

JULIANA BUCK GIANINI OCAMPOS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA E CRIMES AMBIENTAIS DE MENOR POTENCIAL
OFENSIVO**

Dissertação apresentada como parte da exigência para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental, da Universidade Católica de Santos – UNISANTOS – Faculdade de Direito, Campos Boqueirão, sob orientação do Prof. Dr. Wallace Paiva Martins Junior.

Aprovado em de de 2.016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Wallace Paiva Martins Junior
UNISANTOS

Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas
UNISANTOS

Prof.^a Dra. Renata Soares Bonavides
UNISANTOS

SANTOS

2016

“Procurei examinar a situação actual da humanidade, tanto nas brechas do planeta que habitamos, como nas causas mais profundamente humanas da degradação ambiental. Embora esta contemplação da realidade em si mesma já nos indique a necessidade duma mudança de rumo e sugira algumas acções, procuremos agora delinear grandes percursos de diálogo que nos ajudem a sair da espiral de autodestruição onde estamos a afundar.” (Carta Encíclica Laudato Si’ do Papa Francisco “Sobre o cuidado da Casa Comum”)

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho às pessoas mais importantes da minha vida:

Minha mãe, pelo exemplo de vida.

Meu pai, parceiro de uma vida inteira.

Meus irmãos, Paola e Daniel, pelo incentivo direto e indireto.

Meu grande amor, Pedro, por estar ao meu lado nos melhores momentos de minha vida.

Ricardo, meu maior PRESENTE!

RESUMO

Com a evolução da crise que atinge o tradicional paradigma de gestão dos conflitos penais, estudiosos passaram a canalizar suas inquietações acadêmicas para o debate sobre a necessidade de sistematização e desenvolvimento de novas propostas de responsabilização criminal do infrator. Entre as novas alternativas sancionatórias apresentadas em discussões empreendidas pela doutrina está a Justiça Restaurativa, que idealiza a abertura do diálogo conciliatório entre as partes envolvidas no conflito penal, no intuito de se preconizar a restauração do dano causado ao meio ambiente e a reintegração social do infrator de menor potencial ofensivo. Essa nova proposta de gerenciamento da criminalidade parte inicialmente do entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio oferece um arcabouço normativo para a aplicação do modelo de justiça consensual e restaurativa, em que a Lei dos Crimes Ambientais contém dispositivos que permitem soluções de tal natureza. Identificando-se no instituto da suspensão condicional do processo, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 1.995), o espaço normativo adequado possibilita a recepção das soluções consensuais estabelecidas no acordo restaurativo. No contexto da criminalidade contra o meio ambiente, defender-se-á que o sujeito legitimado para a representação da coletividade no bojo do processo restaurativo é o Ministério Público, que homologará ou não os acordos realizados nas audiências de conciliação por delitos causados ao meio-ambiente de menor potencial ofensivo, junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Lei nº 9.605/98 c/c Lei nº 9.099, de 1995 e Lei nº 10.259, de 2011), viabilizando assim a aplicação da justiça restaurativa e dos métodos alternativos de solução dos conflitos na tutela penal do meio ambiente, os quais ofendem bens jurídicos supraindividuais. Quando os conflitos forem analisados pelo Ministério Público sob a ótica tradicional do direito penal retributivo, o interesse público deverá prevalecer.

PALAVRAS-CHAVE: Ineficiência da Pena Privativa. Justiça Restaurativa. Crimes de Menor Potencial Ofensivo Ambientais.

ABSTRACT

As the traditional paradigm of penal cases handling faces a crippling crisis, thinkers have begun to focus their academic attention towards the establishment and standardization of fresh solutions for criminal accountability against offenders. The Restorative Justice has been proposed by national jurisprudence as a sanction alternative among several others. It promotes opening of conciliatory dialog between both parties involved in a penal conflict, in order to spread creative restitution of damage inflicted upon the environment, as well as socially reintegrate misdemeanor offenders. This new proposal of crime management states that our national judiciary system offers legal support to restorative, consensual justice, and the Law of Crimes against the Environment allows such solution. It is rooted in the conditional suspension of proceedings and it was judicially installed by the Law of Special Criminal and Civil Courts (Federal Law 9009/1995) which properly regulates the acceptance of mutually consensual deals signed on a restorative agreement. As for the violations against the environment, the proposed legitimate party to work as proxy for the community is the Attorney General who is in charge to either probate or not all agreements signed on conciliatory hearings regarding misdemeanors against the environment at Justice Centers for Conflict and Citizenship Resolutions (Federal Laws 9605/98, 9099/1995 and 10259/2011). That procedure enables implementation of restorative justice as well as alternative dispute resolutions in environment-related criminal cases which offend several collective legal interests. Whenever conflicts are analyzed by the Attorney General under the guidelines of traditional retributive penal law, common interest should prevail.

KEYWORDS: Ineffectiveness of Sanctions. Restorative justice. Misdemeanors against the Environment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10/13
1 A CRISE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA: FUNDAMENTOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A PROPOSITURA DE NOVOS MODELOS DE INTERVENÇÃO PENAL	14
1.1 O Poder Judiciário e a (In) eficácia na Resolução de Conflitos	14/22
1.2 A Crise da Pena Privativa de Liberdade e suas Finalidades estabelecidas	22/27
1.2.1 Teorias sobre a Pena e a (in) eficiência de suas finalidades	27/28
1.2.1.1 Teoria Absoluta da Pena (Teoria Retribucionista)	28/31
1.2.1.2 Teoria Relativa da Pena (Teoria Preventiva)	31/32
1.2.1.3 Teoria da Prevenção Geral	32/34
1.2.1.4 Teoria da Prevenção Especial	34/36
1.2.1.5 Teoria Mista ou Unificadora da Pena	36/39
1.2.2 Os fins da pena nos delitos da Lei 9605/98	39/42
2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DA LEI 9.099/95	43/46
2.1 A Justiça Restaurativa como Cultura da Paz	47/49
2.1.1 Abordagem Conceitual e seus principais objetivos	49/52
2.1.2 Princípios (ou valores) informativos da Justiça Restaurativa	52/54
2.1.3 Justiça Restaurativa e Justiça Criminal - (Modelos de Reação ao Delito)	55/59
2.1.4 A Lei nº 9.099/95 - Juizados Especiais Criminais - Mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade penal	59/69
2.1.5 Medidas Despenalizadoras da Lei nº 9.099/95	69/70
2.1.5.1 Composição Civil	70/73
2.1.5.2 Transação Penal	73/75
2.1.5.3 Suspensão Condicional do Processo	75/78

3 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO	79/81
3.1 A Evolução da Tutela Jurídica do Meio Ambiente	82/85
3.2 A Importância da Proteção Penal do Meio Ambiente: o Meio Ambiente como Bem Jurídico Penalmente Relevante	86/89
3.3 O Ministério Público na Tutela Penal do Meio Ambiente	89/92
3.4 A Lei Dos Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98): Aspectos Gerais	92/95
3.4.1 Principais Críticas	95/98
3.4.2 Macro Criminalidade Ambiental	98/100
3.4.3 Micro Criminalidade Ambiental - Crimes Ambientais de Menor Potencial Ofensivo	101/111
3.4.4 Os Princípios da Intervenção Mínima e Insignificância e os crimes ambientais de menor potencial ofensivo	111/116
 4 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE	 117/118
4.1 Vantagens da aplicação dos Meios Alternativos de Conflito na Tutela Penal do Meio Ambiente	118/120
4.2 Mitigação da Indisponibilidade do Bem Coletivo	120/121
4.3 Métodos Alternativos de Solução de Conflito no âmbito Penal ambiental	122/124
4.3.1 Conciliação	125/128
4.3.2 Mediação	128/131
4.3.3 Negociação	132/134
4.3.4 Arbitragem	134/136
4.3.5 Termo de Ajustamento de Conduta	136/140
4.3.6 NECRIM - Núcleo Especial Criminal	140/144
4.3.7 CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflito	144/149
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	 150/153
REFERÊNCIAS	154/163

INTRODUÇÃO

Preocupados com a evolução da crise que atinge o tradicional paradigma de gestão dos conflitos penais, estudiosos do tema sobre dogmática criminal passaram a canalizar suas inquietações acadêmicas para o debate sobre a necessidade de sistematização e desenvolvimento de novas propostas de responsabilização criminal do infrator.

Entre as novas alternativas sancionatórias apresentadas em discussões empreendidas pela doutrina está a Justiça Restaurativa, que idealiza a abertura do diálogo conciliatório entre as partes envolvidas no conflito penal, no intuito de se preconizar a restauração do dano ao meio ambiente e a reintegração social do infrator de menor potencial ofensivo.

Nesta esteira, realizamos no primeiro capítulo pesquisa bibliográfica embasada na doutrina e legislação, propondo reflexões sobre o moderno paradigma de reação ao delito, ponto de partida para nova proposta de gestão da criminalidade que deve ser fixada na discussão a respeito do estado de crise do sistema penal vigente, da falência da pena de prisão e do mito consubstanciado sob a ótica de intimidação e ressocialização.

Essa nova proposta de gerenciamento da criminalidade parte inicialmente do entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio oferece um arcabouço normativo para a aplicação do modelo de justiça consensual e restaurativa, para o qual a Lei dos Crimes Ambientais contém dispositivos que permitem soluções de tal natureza, mediante, sobretudo, com a reparação dos danos provocados pela conduta delituosa e a restauração do meio ambiente.

Neste contexto normativo, o desenvolvimento do tema contempla em sua natureza a forma aplicada de pesquisa, com o objetivo de gerar conhecimentos para aplicação prática e dirigida, por meio da literatura jurídica, da análise dos delitos de menor potenciais ofensivos praticados contra o meio ambiente (revistas especializadas, anuais, comparativo entre legislações, análise jurisprudenciais com referências e análises à jurisprudência focada nos tribunais superiores etc.).

Assim, no segundo capítulo do presente trabalho, discutiremos a viabilidade de aplicação da justiça restaurativa, por meio da conciliação nos crimes contra o meio ambiente de menor potencial ofensivo, na qual tutela-se um bem jurídico de natureza supraindividual, ou seja, quando não é possível, na hipótese da ocorrência de uma infração penal desta natureza, a identificação de uma vítima concreta.

Quanto ao procedimento, grande parte da pesquisa consiste em pesquisa bibliográfica e exploratória, basicamente por meio de obras de autores renomados, com enfoque na busca

por documentação indireta, isto é, fontes primárias (ou pesquisa documental) e fontes secundárias (ou pesquisa bibliográfica, incluindo também a pesquisa na Internet).

No desenvolvimento do capítulo, identificamos o instituto da suspensão condicional do processo, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 1995), o espaço normativo adequado que possibilita a recepção das soluções consensuais estabelecidas no acordo restaurativo. Isto porque a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605, de 1998) ao prever, no seu art. 28, a aplicabilidade de tal instituto aos crimes previstos nesta Lei deixa evidente um manifesto interesse na reparação do dano ambiental, com o que se postula a aproximação do referido diploma normativo com o paradigma de justiça restaurativa.

No contexto da criminalidade contra o meio ambiente, defendemos que o sujeito legitimado para a representação da coletividade no bojo do processo restaurativo é o Ministério Público, que homologará ou não os acordos realizados nas audiências de conciliação por delitos causados ao meio-ambiente de menor potencial ofensivo, junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (Lei nº 9.605/98 c/c Lei nº 9.099, de 1995 e Lei nº 10.259, de 2011).

Visando ampliar a discussão na seara de aplicação de Justiça Restaurativa, analisamos a atuação dos Núcleos Especiais Criminais - NECRIM (Órgão da Polícia Civil do Estado de São Paulo) e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSC (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

No terceiro capítulo, abordamos a evolução da tutela penal ambiental e a questão da Lei dos Crimes Ambientais, Lei n. 9.605, de 1998, que desde a sua entrada em vigor, tem sido objeto de severas críticas, especialmente no que concerne à exorbitante quantidade de tipos penais instituídos.

A crítica a respeito do caráter excessivamente criminalizante do diploma normativo em questão tem assento na alegação de que este - em absoluta afronta aos princípios penais da intervenção mínima e da insignificância – alça à categoria de delito muitos comportamentos que, na verdade, não deveriam passar de meras infrações administrativas, ou, no máximo, de contravenções penais (PRADO, 2005).

Atualmente, os crimes ambientais de menor potencial ofensivo, cuja competência para julgamento é do Juizado Especial Criminal, admite a transação penal, conforme art. 76 da Lei dos Juizados. Porém, o Ministério Público somente poderá formular a proposta se houver a prévia composição do dano ambiental, salvo impossibilidade comprovada de fazê-lo (Lei nº 9.605 de 1998, art. 27).

Neste sentido, o presente trabalho tem como objetivo apresentar a possibilidade e a viabilidade normativa de, por meio de audiência de conciliação, oferecer ao infrator do delito de menor potencial ofensivo ao meio ambiente a possibilidade de que, com devida reparação ambiental exigida pelo artigo 27 da lei nº 9.605, de 1998, Lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente, seja aplicada pelo “Conciliador”, além das penas alternativas descritas na lei nº 9.099-95, o instituto da Justiça Restaurativa, sendo este acordo encaminhado para homologação pelo órgão do Ministério Público, representante dos direitos supraindividuais. Pretendemos extrair a essência da melhor doutrina disponível, visando dar uma visão polida e detalhada sobre o referido tema.

Neste diapasão, embora sofra resistência por parte de alguns estudiosos, a inovadora proposta de trabalho que ora se apresenta não contraria as bases teóricas da Justiça Restaurativa, posto que se funda na ideia de promover o estabelecimento de um diálogo conciliatório entre as partes envolvidas num conflito penal, buscando-se obter a reparação do dano, a responsabilização do infrator e o restabelecimento da paz social perturbada pelo crime, em que o Ministério Público representaria o meio ambiente.

Diante deste quadro, por que não pensarmos em um modelo alternativo de resolução do conflito, mais precisamente quanto a delitos praticados contra o meio ambiente, que tem menor potencial ofensivo?

Se constataremos a inoperância do atual sistema de justiça penal, onde direitos constitucionais básicos são desrespeitados e inviabilizam a ressocialização do apenado, devemos discutir e ampliar modelos mais adequados de justiça penal, ainda mais quando se trata de delitos que ofendam de maneira branda o bem jurídico tutelado.

Em âmbito internacional, diante do aprofundamento teórico e da expansão dos programas de justiça restaurativa no mundo, o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ECOSOC) editou, em agosto de 2012, a Resolução nº 12/2002, instituindo os “princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”. Cuida-se, nos dias atuais, do documento internacional de referência na regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas.

Visando apresentar atualidade do tema proposto neste trabalho, assim como sua relevância, cabe destacar que o Conselho Nacional de Justiça, atento à necessidade de implementação de meios alternativos de solução de conflitos como forma de melhorar a justiça

brasileira, vem tomando diversas iniciativas para fomentar o assunto, como o Projeto "Movimento pela Conciliação" liderado pelo CNJ¹.

Ainda no âmbito nacional, o CNJ editou a Resolução nº 125, de 2010, sobre Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e aponta outras providências, entre as quais estabelece a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria.

A discussão tem ainda maior relevância, após a entrada em vigor da lei 13.140 de 2015, Lei de Mediação, sendo certo que referido diploma legal cumpre o importante papel pedagógico e almeja a necessária mudança cultural na forma de resolução de conflitos no Brasil. Como toda nova norma jurídica, será imprescindível compreendê-la para que seja corretamente aplicada pelos árbitros e juízes.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, no dia 31 de maio deste ano, durante a 232ª Sessão Plenária, a Resolução 225/2016 que contém diretrizes para implementação e difusão da prática da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário.

A referida resolução tem como objetivo conscientizar a Justiça Restaurativa quanto aos fatores e dinâmicas relacionais, institucionais, sociais violentos e desumanos, que se apresentam como motivadores de insatisfações e de outras violências, como a da criminalidade.

No último capítulo discutimos a viabilidade da aplicação da justiça restaurativa e dos métodos alternativos de solução dos conflitos na tutela penal do meio ambiente.

Portanto, o que pretendemos pesquisar é a possibilidade de aplicação do processo restaurativo aos conflitos penais advindos da prática de crimes que ofendam bens jurídicos supraindividuais, na perspectiva do interesse público prevalecer sob a ótica tradicional do direito penal retributivo.

¹O Movimento pela Conciliação do Conselho Nacional de Justiça tem como Missão: Contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da Justiça Brasileira. E como principais objetivos: Colaborar na organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para promover a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, órgãos judiciais especializados na matéria; capacitar em métodos consensuais de solução de conflitos magistrados de todos os ramos da Justiça, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias. Desenvolver relações de cooperação entre os órgãos públicos competentes, instituições públicas e privadas da área de ensino, para promoção da cultura da solução pacífica dos conflitos; Promover e apoiar ações para implementação de práticas auto compositivas junto a empresas públicas e privadas e agências reguladoras; Promover eventos para divulgação de boas práticas na utilização de técnicas e habilidades auto compositivas; Premiar e disseminar boas práticas auto compositivas; Reduzir a taxa de congestionamento do Poder Judiciário.

1 ASPECTOS ESSENCIAIS: A CRISE DO DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA. FUNDAMENTOS QUE CONTRIBUÍRAM PARA A PROPOSITURA DE NOVOS MODELOS DE INTERVENÇÃO PENAL.

Todos os cidadãos têm o direito de exigir que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, se manifeste sobre a pretensão de cada indivíduo, mesmo porque o Estado proíbe que as pessoas façam justiça com as próprias mãos, sob pena de tal ato incidir em crime.

Entretanto, para atingir esse objetivo, atualmente, o Estado tem encontrado grandes dificuldades em atender as pretensões da sociedade, encontrando-se em crise, seja de ordem material, seja de ordem formal.

Neste sentido, Vargas (2009, p.12) explica que

O acesso à Justiça tanto pode ser formal como material ou efetivo. É meramente formal aquele que simplesmente possibilita a entrada em juízo do pedido formulado pela parte. Isto não basta. É importante garantir o início e o fim do processo, em tempo satisfatório, razoável, de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito. O acesso à justiça tem que ser efetivo. Por efetivo entenda-se aquele que é eficaz.

Diante desse quadro, demonstramos, por meio das pesquisas realizadas, os males que afligem o Poder Judiciário e as possíveis soluções na atualidade. Na verdade, o que se observa é que toda a celeuma que incide sob a conjuntura atual se dá em razão da soma de inúmeros fatores que decorrem de falhas institucionais no âmbito dos três poderes da República, não bastando que haja preocupação somente com a consequência, mas que haja efetiva preocupação com as causas do problema, ainda mais quando se trata do meio ambiente.

Assim, diante deste cenário, torna-se necessária a adoção de mecanismos eficazes para que os cidadãos tenham acesso à justiça de forma irrestrita. Nesse sentido, Cléve (2011, p. 671) considera que “não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa”.

1.1 O Poder Judiciário e a (In) eficácia na Resolução de Conflitos.

Atualmente, na sociedade brasileira, a prestação jurisdicional eficiente constitui exigência, não apenas constitucional, mas social. A cobrança social pela melhoria dos serviços prestados pelo Poder Judiciário surge na medida em que a nova realidade social se choca com os antigos resquícios da gestão burocrática da instituição.

A crença de que o aparelho judicial é moroso, inapropriado e dispendioso para os que dele necessitam, constitui relevante questão que atormenta e preocupa a sociedade, pois a demora na prestação jurisdicional acaba estabelecendo uma sensação de injustiça.

A este respeito muito se tem feito e discutido sobre as mudanças do papel do Estado e as respectivas ferramentas a serem adotadas para o estabelecimento de sua organização que se fez presente em todas as reformas do Poder Judiciário, ocorridas até então.

À frente da realidade da evolução da sociedade e da constante judicialização das relações sociais, as instituições judiciárias têm envidado esforços para a adequação de sua estrutura organizacional, com o objetivo de melhorar a entrega da prestação jurisdicional aos seus tutelados por meio de respostas mais rápidas as suas reivindicações.

As mudanças introduzidas pela Constituição Federal de 1988 foram responsáveis pela ampliação do acesso à justiça aos cidadãos. Porém, o Estado não foi capaz de garantir a efetivação desta garantia constitucional, o que tornou evidente a necessidade de avanços que assegurassem à sociedade a efetividade do acesso à Justiça e que isso ocorresse de modo mais célere.

A partir da Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, o princípio da razoável duração do processo foi introduzido no sistema constitucional brasileiro, passando a integrar o conjunto de direitos fundamentais aplicáveis ao processo (art. 5, inciso LXXV, da CF).

O direito à razoável duração do processo propõe um conceito amplo, de um direito à tutela judicial efetiva, posto que ao cidadão seja garantido o acesso à justiça, como meio de alcance de suas pretensões materiais.

Com a Reforma do Poder Judiciário brasileiro, cujo marco inicial deu-se com a publicação da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instaurou plano de metas gerenciais, surgiram medidas para o alcance de maior eficácia na prestação jurisdicional fundadas no princípio da razoável duração dos processos, privilegiando gestão mais eficiente. Contudo, a realidade vivenciada pela sociedade e pelos operadores de direito ainda está muito aquém daquilo que se objetivou com a referida reforma.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realiza o mapeamento quantitativo do Poder Judiciário, por meio do relatório *Justiça em Números*, produzido a partir de 2003². Desde 2008, com objetivo de divulgar e propagar a pesquisa, o CNJ realiza o Seminário Justiça

² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso: 05 de abr. 2016.

em Números. Na sua 8ª edição, em 2012, em observância ao princípio do amplo acesso à informação, o evento foi aberto a diversos segmentos da sociedade e contou com a presença de universidades, centros de pesquisa e dos demais poderes da República. Nestes relatórios, o CNJ disponibiliza para a sociedade importantes informações sobre dados da estrutura endógena do Judiciário brasileiro.

Dentre os vários aspectos analisados pelo Conselho, que expõem eixos estruturais da instituição, há um ponto importante para o Poder Judiciário e de vital interesse para a sociedade, circunstância esta que expomos nesse estudo com análise mais apurada. Trata-se da “taxa de congestionamento”, definida no relatório como “percentual de processos que não foram baixados durante o ano” (CNJ, 2012, p.35)³

Segundo levantamentos realizados por Carnevale (2015) para o relatório *Justiça em números*, referentes aos processos que tramitaram no ano de 2013 (relatório de 2014) na Justiça brasileira, a taxa de congestionamento das ações judiciais foi de 71%, tendo se mantido neste percentual desde 2009. Esse índice significa que cerca de 95 milhões de processos, entre estoque e casos novos, que tramitaram na justiça brasileira, mais de 67 milhões de conflitos por lá ficaram nos seus corredores, para serem decididos no próximo ano (ou não), representando que, de cada 100 processos, 71% não tiveram solução naquele ano (CNJ, 2014, p. 31-37)⁴. Esse número elevado de processos que tramitaram nas serventias do Judiciário em busca de decisão indica que há excesso de judicialização.

Para Barroso (2009, p.3), a “judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas pelo judiciário, e ainda, pode-se citar, o ativismo judicial, como sendo uma atitude, uma deliberada expansão do papel do Judiciário, mediante o uso de interpretação constitucional”. Assim, consideramos que o judiciário vem sendo utilizado para sanar omissões legislativas, suprir lacunas ou determinar que políticas públicas sejam elaboradas, quando previstas na lei, mas ausentes ou ineficientes na prestação destas pelos demais poderes.

É evidente que a ascensão do Judiciário, desde a Constituição de 1988, deu lugar a uma crescente judicialização da vida, em que a sociedade passou a procurar mais seus direitos, invocando a justiça a resolver todos os tipos de questões.

Porém, a crise institucional da Justiça, impulsionada por morosidade e ineficiência, origina insegurança jurídica, como também gera o comprometimento da imagem do Poder

³ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>>. Acesso: 05 de abr. 2016.

⁴ Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso: 05 de abr. 2016.

Judiciário. A mora judicial prejudica diretamente os cidadãos, ávidos por respostas às questões submetidas ao crivo da Justiça.

Neste cenário, devido à “onda” da sociedade em busca destes direitos, atribui-se culpa pelo excesso de judicialização de qualquer conflito. No entanto, em uma apreciação crítica, os números dos relatórios do CNJ apontam quadro diverso. Visando ilustrar esse entendimento Carnevale⁵ realizou um estudo sobre os *100 Maiores Litigantes do País em 2011*⁶. Demonstrou quais são os maiores litigantes em nível nacional, indicando que estão envolvidos nos processos o setor público federal (38%), bancos (38%), setor público estadual (8%), empresas de telefonia (6%), setor público municipal (5%), e outros litigantes (5%).

Sobre esses números, o DPJ-CNJ informa ainda que, do total, estão no polo ativo, ou seja, como autores das ações, o setor público federal (33%), bancos (45%), setor público estadual (28%), empresas de telefonia (22%), setor público municipal (97%) e outros litigantes (49%).

Segundo o Relatório, do total das ações em nível nacional entre estoque e casos novos, 33% foram execuções fiscais. No entanto, se analisarmos apenas os estoques de processos, ou seja, aqueles casos que lá ficaram nas serventias para seguir a sua tramitação no ano seguinte, este percentual é maior para a Justiça Estadual. Os indicadores do relatório de *Justiça em Números* do CNJ, 2014 (dados de 2013) demonstram que 43% (31,8 milhões) de processos são de execuções fiscais no primeiro grau, apontando que os litigantes são o Estado e o Município, que tem a iniciativa de ação e não o cidadão, que apareceu como réu⁷. Esse percentual é mais acentuado no Rio de Janeiro, pois do total 62% são de execuções fiscais, e em São Paulo, 52%. Logo o que contribui para emperrar a máquina judiciária estadual é o Poder Público.

Essa hipótese se confirma se verificarmos que, na Justiça Federal, 39% (4,4 milhões), do total de 11,4 milhões de processos (estoque + casos novos), também são execuções fiscais, mantendo-se a mesma linha dos Estados e Municípios. Esses dados permitem mostrar que o litigante cidadão não é exatamente aquele que congestionava o funcionamento judiciário, mas o Poder Executivo, em todos os seus níveis, cobrando imposto.

⁵Artigo Publicado na Revista do Advogado Ano XXXV, dezembro de 2015, nº 128. 10 anos do CNJ. Associação dos Advogados de São Paulo.

⁶Estudo realizado pelo Departamento de Pesquisa Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (DPJ-CNJ), intitulado de 100 Maiores Litigantes do País. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 02 mai. de 2016.

⁷ Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em: 03 mai. de 2016.

Neste sentido, Carnevale (2015, p. 78) conclui que,

Os dados desta parte da pesquisa do CNJ permitem demonstrar que o que congestionava o funcionamento do Judiciário brasileiro não é o alto volume de cidadãos litigantes, como inicialmente se tem levantado, mas sim o grande volume de ações promovidas pelo Poder executivo na área fiscal, geralmente tendo no polo passivo os cidadãos, ou empresas que, finalmente, também são compostas por pessoas. A leitura dos dados demonstra que a justiça em geral tem uma evidente função arrecadatória, provocada pelo Poder Executivo, em qualquer dos seus níveis. Mas também demonstra que os principais ramos da economia, bancos e telefonia utilizam, agressivamente, o Poder Judiciário, sendo responsáveis por milhares de processos, como litigantes no polo ativo dos conflitos, contribuindo para o congestionamento do Judiciário.

Para mudar este cenário, é importante romper com sistemas viciados e estar aberto a novas soluções para a modernização do Judiciário e encontrar formas alternativas para solução de conflitos.

Outra questão relevante, neste momento em que se encontra a sociedade brasileira, no que diz respeito ao Poder Judiciário, versa sobre a confiança na justiça. Pesquisa elaborada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), Direito SP, com base no Índice de Percepção do Cumprimento das Leis (IPCL-Brasil)⁸ traz importantes informações.

É senso comum afirmar que o brasileiro não respeita as leis, ou que no Brasil muitas leis são criadas e poucos as obedecem. É fácil constatar que produzimos muitas leis. No período de dez anos, de 2000 a 2010, 75.517 novas leis estaduais e federais foram aprovadas⁹.

Outra afirmação comum é que no país há “leis que pegam”, ou seja, são seguidas, e “leis que não pegam”, ou viram letra morta. Essa situação de baixa deferência à lei não é típica apenas do Brasil, ela acontece em graus diferenciados em outros países.

Segundo o Índice de Percepção do Cumprimento das Leis (IPCL-Brasil), mensurado pela Fundação Getúlio Vargas Direito - SP, a confiança do brasileiro no Judiciário e em diversas instituições caiu no primeiro trimestre de 2015, na comparação com o último relatório lançado, em março de 2014¹⁰.

⁸ Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13729/Relat%C3%B3rio_IPCLBrasil_1%C2%BA%20Trimestre%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 mai. de 2016.

⁹ A cada dia, 18 novas leis no país. Jornal *O Globo* 19/06/2011. Reportagem disponível em:

<http://www.xclipping.com.br/spic/impressos/2011_6_19_O_Globo_47964_A_cada_dia,_-01.jpg>. Acesso em: 04 mai. de 2016.

¹⁰ A população-alvo da pesquisa é composta de habitantes, com 18 anos ou mais, de oito unidades federativas (UF) brasileiras: Amazonas, Pernambuco, Bahia, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e Distrito Federal, que juntos constituem aproximadamente 55% da população do país com 18 anos ou mais, segundo dados do Censo 2010. Essa população foi estratificada por UF e a amostra foi alocada de forma a ter um mínimo de 150 entrevistas por UF, procurando-se ao mesmo tempo manter minimamente a proporcionalidade com relação ao número de habitantes dentro desta faixa etária. Utilizou-se um método de seleção amostral não probabilístico denominado amostragem por cotas, e foram consideradas as seguintes variáveis de controle: sexo, rendimento mensal domiciliar, escolaridade, faixa etária e condição econômica (indivíduo economicamente ativo ou não).

O IPCL-Brasil é composto por dois subíndices. O primeiro, o subíndice de Percepção, é composto por quatro indicadores: legitimidade, instrumentalidade, controle social e moralidade. O outro componente do ICPL-Brasil é o subíndice de Comportamento, formado por questões que buscam avaliar a frequência com que os entrevistados disseram ter realizado condutas que violam regras de convivência social e a lei.

O indicador de legitimidade avaliou a opinião dos entrevistados quanto à importância de se obedecer à lei, aos policiais e aos juízes. Uma das conclusões a que se chegou é que 80% dos brasileiros reconhecem que é fácil desobedecer às leis no Brasil. O mesmo percentual concorda que, sempre que possível, o cidadão brasileiro apela para o “jeitinho”.

Para compor o indicador de instrumentalidade, a pesquisa procurou saber qual a percepção da população sobre a probabilidade dos entrevistados serem punidos se cometerem determinadas condutas. Para 80% dos entrevistados, levar itens baratos de uma loja sem pagar muito provavelmente acarretará em punição, e 80% dos entrevistados consideraram que, se dirigirem após consumir bebida alcoólica, serão punidos. Por fim, 79% dos respondentes afirmaram que é possível sofrer uma punição se estacionarem em local proibido.

O indicador de controle social revela o quanto pessoas próximas aos entrevistados desaprovam sua postura caso tivessem realizado alguma conduta ilícita. A de maior reprovação, com 89% das respostas, é a de levar itens baratos de uma loja sem pagar, seguida por dirigir depois de consumir bebida alcoólica, com 87%, e dar dinheiro a um policial ou outro funcionário para não ser multado, com 82% de reprovação.

O último indicador que compõe o subíndice de percepção questiona sobre a moralidade de algumas condutas, ou seja, se o cometimento de faltas em algumas situações é certo ou errado. As situações que foram apontadas por 99% dos entrevistados como erradas ou muito erradas são “dirigir depois de consumir bebida alcoólica”, “jogar lixo em local proibido” e “levar itens de uma loja sem pagar”, todos com um indicador de moralidade de 99%.

O IPCL-Brasil referente ao primeiro trimestre de 2015 resultou em uma nota de 7 em uma escala de 0 a 10.

Segundo Luciana Gross Cunha¹¹, “a nota sete não deve ser interpretada como se mais de 50% da população respeitam as normas. Significa que a percepção do brasileiro em relação

Dessa forma, um determinado número de entrevistas foi estabelecido para cada uma das categorias dessas variáveis e procurou-se entrevistar pessoas pertencentes à população-alvo até atingir tal número de entrevistas em cada cota. As cotas foram distribuídas proporcionalmente à população, segundo os dados do Censo 2010 e da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios do IBGE (PNAD) 2009. Além do controle de cotas de tais variáveis econômico-demográficas, controlou-se também a mesorregião do Estado, distribuindo-se as entrevistas proporcionalmente, segundo dados do Censo 2010.

¹¹ Luciana Gross Cunha Coordenadora do IPCL-Brasil, FGV DIREITO SP, 1º Trimestre de 2015.

ao cumprimento das leis chegou a 7,0 pontos em uma escala de 0 a 10, sendo 10 total comprometimento com o cumprimento das leis”.

O indicador de baixa confiança no Poder Judiciário pela sociedade pode ser externado na necessidade de recorrer das decisões judiciais, nas críticas que são produzidas pela sociedade, em especial na morosidade das decisões, bem como no próprio sentimento de desestímulo dos magistrados e dos servidores, conforme apontou o Índice de Confiança na Justiça brasileira – ICJ Brasil¹², que apontou queda na confiança da população no Poder Judiciário no segundo semestre de 2015.

Visando apresentar uma resposta à sociedade e melhorar a eficiência na prestação jurisdicional, várias ações já foram iniciadas, em destaque pelo Conselho Nacional de Justiça.

No ano de 2012, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito¹³, durante a 147ª Sessão Plenária do CNJ, declarou que “a magistratura de base é a porta de entrada do judicante; o que há de mais importante no Judiciário”.

O Ministro já demonstrava preocupação com a magistratura de primeira instância¹⁴, uma realidade até o momento, pois o Conselho Nacional de Justiça continua o processo de valorização do primeiro grau, com a instituição, no ano de 2014, da Política Nacional de

¹² O Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJ Brasil – é um levantamento estatístico de natureza qualitativa, realizado em sete estados brasileiros, com base em amostra representativa da população. O seu objetivo é acompanhar de forma sistemática o sentimento da população em relação ao Judiciário brasileiro. Retratar a confiança do cidadão em uma instituição significa identificar se o cidadão acredita que essa instituição cumpre a sua função com qualidade, se faz isso de forma em que benefícios de sua atuação sejam maiores que os seus custos e se essa instituição é levada em conta no dia-a-dia do cidadão comum. Nesse sentido, o ICJ Brasil é composto por dois subíndices: (i) um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público; e (ii) um subíndice de comportamento, pelo qual procuramos identificar se a população recorre ao Judiciário para solucionar determinados conflitos. Sob a coordenação da Prof. Luciana Gross Cunha, o ICJ Brasil é publicado trimestralmente, por meio dos seus relatórios, pela DIREITO SP. No 2º Semestre de 2015 os dados apresentados nesse relatório correspondem às coletas realizadas nos meses de julho a dezembro de 2015. Esse período corresponde ao sétimo ano de realização do ICJ Brasil. Nesse período, foram entrevistadas 3.300 pessoas distribuídas pelo Distrito Federal e por sete Estados: Amazonas (301), Bahia (400), Minas Gerais (600), Pernambuco (300), Rio de Janeiro (400), Rio Grande do Sul (300), São Paulo (698) e Distrito Federal (301). O ICJ Brasil, para 2015, é de 4,5 pontos. O subíndice de comportamento é de 8,2 pontos e o subíndice de percepção é de 2,9 pontos. Esses resultados revelam uma queda no valor do índice e do subíndice de percepção em relação ao ano anterior. Nos 2º e 3º trimestres de 2014, o ICJ Brasil era de 4,6 pontos, e o subíndice de percepção, 3,1 pontos. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16539/Relato%CC%81rio%20ICJBrasil%20-%202%C2%BA%20sem%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 22 de agosto de 2016.

¹³ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58713-ayres-britto-1-instancia-e-que-ha-de-mais-importante-no-judiciario>>. Acesso em: 13 de mai. 2016.

¹⁴ Analisando os números do relatório *Justiça em números* – 2015, se extrai que, no ano de 2014, tramitaram 89,3 milhões de processos na primeira instância; sendo que, desse total, 42,5 milhões de processos na fase de execução; e aproximadamente 9,9% de processos tramitaram nos tribunais superiores, segundo grau, turmas recursais e turmas regionais de uniformização, com um total de 90% dos processos concentrando-se em primeiro grau. Aqui entendo que cai um mito, pois se 90% dos processos encontram-se na primeira instância, é certo que o problema da morosidade do processo não está na existência de recursos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 13 mai.de 2016.

Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição, firmada através da Resolução n.º 194/2014¹⁵, que visa fomentar o direcionamento de recursos – de pessoal, orçamento, de infraestrutura e tecnologia – e esforços para a primeira instância, como também estabeleceu diretrizes para a distribuição equitativa de orçamento entre primeiro e segundo graus.

Outra ideia inovadora para resolver os problemas do Poder Judiciário foi apresentada pela Corregedora Nacional de Justiça, Ministra Nancy Andrighi, em evento no Estado de Pernambuco. A corregedora debateu com os juízes a necessidade da criação da figura do “gerente judicial”, que seria responsável pelas questões administrativas dos tribunais, possibilitando aos magistrados, em todos os níveis, dedicarem-se prioritariamente ao trabalho judicial. Nesse sentido, a Ministra Nancy Andrighi justificou a sua proposta, considerando que “o juiz é uma mão de obra especializada e cara para o Estado. Tem que se dedicar a jurisdição e não perder tempo com o acúmulo de tarefas administrativas. O gerente judicial, com formação especializada para a função, tiraria esse peso dos ombros dos magistrados”.

Buscando nova forma para enfrentar o problema, o CNJ instituiu a Resolução n.º 198/2014¹⁶ que traçou a estratégia judiciária para 2020, bem como apresentou as metas para o ano de 2015, que foram cumpridas pelos tribunais, além de dar ênfase aos trabalhos para aumentar a mediação, arbitragem e conciliação no Poder Judiciário, ressaltando a importância da efetividade na prestação jurisdicional, apontando como cenário desejado: justiça mais acessível, desjudicialização e descongestionamento do Poder Judiciário.

Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125/2010¹⁷ e recentemente também publicou a Recomendação n. 50/2014¹⁸ para estimular e apoiar os tribunais na adoção das técnicas consensuais de resolução de conflitos, tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente para Conciliação.

Evidencia-se, dessa forma, a atuação do Poder Judiciário, auxiliando na preservação e restauração de vínculos entre pessoas e melhorando seu desempenho social. A pacificação social decorrente desta política é notória, na medida em que, sob o foco da mediação, se

¹⁵Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n194-26-05-2014-presidencia.pdf>. Acesso em: 13 de mai. de 2016.

¹⁶Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61853-resolucao-institui-estrategia-judiciaria-ate-2020>>. Acesso em: 13 de mai. de 2015.

¹⁷ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf> Acesso em: 14 mai. de 2016.

¹⁸Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_50_08052014_09052014145015.pdf> Acesso em: 14 mai. de 2016.

conciliadas, as partes deixam de gerar novas demandas e ganham confiança no sistema de justiça.

1.2 A Crise da Pena Privativa de Liberdade e suas Finalidades estabelecidas.

Atualmente, é forte a corrente doutrinária que sustenta a falência da pena privativa de liberdade. A comprovação deste fracasso pode ser observada diante dos efeitos deletérios produzidos no ambiente carcerário, além de outros fatores negativos.

É digno de nota que a pena privativa de liberdade vem se mostrando, ao longo dos últimos séculos, essencialmente ineficaz no combate à criminalidade, embora tal sanção tenha sido considerada, em meados do século XIX, o principal instrumento punitivo e que poderia atingir os fins precípuos de ressocialização do condenado.

As críticas quanto a esse sistema foram iniciadas com o Programa de Marburgo, em 1882, por Franz Von Liszt, que passou a reprovar as penas detentivas de curta duração, afirmando que da forma como costumam ser aplicadas, “elas não corrigem, não intimidam, nem põem o delinquente fora do estado de prejudicar e, ao contrário, muitas vezes encaminham para o crime o delinquente novel”.

Liszt (2003, p. 153) defende a exigência de que o legislador substitua as pequenas penas de prisão por outras medidas adequadas, apontando como exemplos o trabalho forçado sem encarceramento, as penas principais relativas à honra, a proibição de frequentar as tavernas, a prisão doméstica e até os castigos corporais.

A respeito das condições penais, Carrara (2002, p. 135) rejeita qualquer modo de punição que avilte ou corrompa o condenado ou “lhe torne mais difícil à volta ao bom caminho”. Nesse sentido, considera o encarceramento promíscuo “como fonte indiscutível de desmoralização” e que desejaria que o mesmo fosse banido de todo o Estado político, não só por considerá-lo danoso, mas também como “radicalmente injusto”¹⁹.

Ao justificar a sua posição, Carrara (2002, p. 94) considera que

Entre os direitos do delinquente existe também o de não ser constrangido pela autoridade social a uma situação que o leve à necessidade de se corromper

¹⁹Carrara mantinha posição favorável à detenção celular dos condenados (cada um em sua própria cela), sustentando que a promiscuidade dos detentos fomentava a corrupção. O sistema carcerário brasileiro, além de promíscuo, sofre as consequências da superlotação. A superlotação é talvez o mais básico e crônico problema que atinge o sistema penal brasileiro. Segundo o diretor do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça, Clayton Alfredo Nunes, dois mil presos chegam, por mês, às penitenciárias brasileiras. “Seria necessário construir quatro ou cinco unidades prisionais a cada trinta dias para atender à demanda”, destaca em entrevista concedida à Agência MJ de Notícias, em Recife quando participou do XV Fórum Nacional de Secretários de Justiça. (Disponível em: <<http://www3.mj.gov.br/noticias/2003/dezembro/RLS021203-penas.htm>>). Acesso em: 10 de set. de 2016.

mais do que já está corrompido: é esta a situação em que a autoridade coloca o delinquente, quando o atira à sentina do cárcere promíscuo.

Ao considerar a prisão como um desafio político global, Foucault (2005, p. 253) pondera que o problema não é saber “se ela será não corretiva; se os juízes, os psiquiatras ou os sociólogos exercerão nela mais poderes que os administradores e guardas”, pois acredita estar no que ele denomina “alternativa prisão ou algo diferente de prisão”.

Começam, então, na história da humanidade, as primeiras constatações das falhas no sistema prisional, a justificar, por si só, medidas punitivas menos opressivas ao cidadão. Mas, é importante frisar que a pena de prisão começou, efetivamente, entrar em declínio pouco tempo depois do início do século XX, quando se inicia, então, a busca por alternativas ao regime fechado.

No entendimento de que a pena privativa de liberdade representa séria crise quanto aos fins a que se destina, Bitencourt (1999, p. 2) explica a sua posição,

Sua incapacidade para exercer influxo educativo sobre o condenado, sua carência de eficácia intimidativa diante do delinquente entorpecido, o fato de retirar o réu de seu meio de vida, obrigando-a abandonar seus familiares, e os estigmas que a passagem pela prisão o deixam recluso são alguns dos argumentos que apoiam os ataques que se iniciam no seio da União Internacional de Direito Penal (Congresso de Bruxelas de 1889).

Para Bitencourt (2016), a prisão consiste num sistema social onde predominam as seguintes características: i) o sistema social carcerário é muito rígido, não permitindo uma fuga do preso ao comportamento e usos sociais predominantes neste sistema interno, além da dificuldade em haver mobilização vertical dos papéis exercidos pelos reclusos; ii) o recluso sofre enorme influência do sistema social interno desde o momento em que ingressa na instituição.

Sendo assim, uma série de fatores, desde a omissão estatal até a tolerância da sociedade quanto à dignidade e respeito ao preso, considerando ainda os efeitos negativos que a prisão produz sobre o condenado, culmina inegavelmente na visão pessimista sobre a eficácia da prisão em tempos atuais.

No entendimento de Ferrajoli (2006), a prisão é uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, que perverte, corrompe, deforma, avilta e embrutece, sendo uma sucursal do inferno, drasticamente lesiva para a dignidade do ser humano, penosa e inutilmente aflitiva, considerada, ainda, verdadeira fábrica de reincidência e indústria do crime.

Entretanto, embora se constate essa falência da pena privativa de liberdade, ela ainda é universalmente considerada como resposta penal básica ao delito.

Para Greco (2013), a crise carcerária é o resultado principalmente da inobservância do Estado de algumas exigências indispensáveis ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade. A superlotação carcerária é um mal que corrói o sistema penitenciário.

O movimento de Lei e Ordem²⁰, ou seja, a adoção de um direito penal máximo, a cultura da prisão como resolução dos problemas sociais, tem contribuído, enormemente, para este fenômeno.

²⁰ Convém destacar os três principais movimentos político-criminais contemporâneos: 1 - O Abolicionismo: O movimento abolicionista possui bases nas ideias humanitárias que, devido aos horrores presenciados pelo mundo na época da Segunda Guerra Mundial, ganharam novo fôlego. O fundamento do abolicionismo é que punir penalmente não resolve os problemas sociais. Então, se as sanções penais são cruéis e pioram a sociedade, contribuindo para a criminalidade, devem ser abolidas. Os doutrinadores adeptos do abolicionismo, cujas origens são atribuídas ao professor italiano Fillipo Gramatica, defendiam a perda de legitimidade do poder punitivo exercido pelo sistema penal vigente, devendo o mesmo, então, ser abolido e substituído por outros modelos de solução de conflito. Tal conclusão fundou-se em severas críticas dirigidas ao Direito Penal, visto como um sistema ineficaz e cruel. Em síntese precisa, o professor Rogério Greco entende que: “A crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções atribuídas às penas (reprovação e prevenção), a característica extremamente estigmatizante, a cifra negra correspondente às infrações penais que não foram objeto de persecução pelo Estado, a seleção do que deve ou não ser considerado como infração penal, bem como a possibilidade de os cidadãos resolverem, por meio de outros ramos do ordenamento jurídico (civil, administrativo, etc.), os seus conflitos interindividuais, levaram um grupo de autores a raciocinar, definitivamente, com a tese abolicionista”. (GRECO, 2006, p. 10). 2 - O Movimento de Lei e Ordem: Em sentido oposto à corrente abolicionista, encontra-se a tese do Movimento de Lei e Ordem, que defende um discurso do Direito Penal Máximo, no qual esse Direito é visto como a solução primordial para a resolução dos problemas que afligem a sociedade. Ao invés de se embasar em dados empíricos que demonstrem uma efetiva diminuição da criminalidade ou a solução eficaz dos problemas sociais que visa resolver, tal discurso é sustentado pela mídia sensacionalista que dissemina o medo generalizado na sociedade. Amedrontada, acuada pela insegurança e convencida por ideias preconceituosas, a população passa a clamar por uma resposta enérgica do Estado em face da criminalidade aparente e da violência urbana, sem perceber, de fato, os erros inerentes a um discurso que prega o endurecimento irracional das normais penas e flexibilização dos direitos fundamentais. Os postulados pregados pelo discurso do Movimento de Lei e Ordem começam a ganhar apoio na década de 90, figurando-se como exemplo significativo o movimento denominado “Tolerância Zero”, instituído na cidade de New York pelo então prefeito Rudolph Giuliani. Tal movimento recebeu duras críticas por parte da doutrina penal, sendo considerado uma maneira cruel de perseguição aos pobres e marginalizados nos espaços públicos, servindo mais como maneira de tentar acalmar a população de classe média e alta e como manobra eleitoral do que como medida eficaz de combate e prevenção à criminalidade. Outra vertente do Movimento de Lei e Ordem que ganhou projeção mundial é o denominado “Direito Penal do Inimigo”, preconizado pelo alemão Gunther Jakobs. Em brevíssima síntese, tem-se que Jakobs procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão, no qual seriam observados todos os princípios fundamentais garantistas inerentes ao Direito Penal moderno, e o Direito Penal do Inimigo, destinados a um grupo específico de delinquentes que deliberadamente desrespeitam o Estado de Direito, os quais não poderiam, portanto, ter direito à observância dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos. 3 - O Direito Penal Mínimo: No meio entre as duas radicais correntes acima abordadas, situa-se o Direito Penal Mínimo. Baseado na ideia do que foi chamado de garantismo penal, desenvolvido principalmente por Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão*, “o direito penal mínimo, que dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e certeza” (FERRAJOLI, 2006, p. 102). A concepção minimalista do Direito Penal implica a adoção de diversos princípios que deverão ser observados tanto pelo legislador na criação e revogação de tipos penais, quanto pelos aplicadores da lei penal. Dentre tais princípios indispensáveis a um Direito Penal Mínimo, garantidor dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos em face do ius puniendi estatal, podem ser destacados: intervenção mínima; lesividade; adequação social; insignificância; individualização da pena; proporcionalidade; responsabilidade pessoal; limitação das penas; culpabilidade e legalidade. Em suma, tem-se que, no discurso minimalista, o Direito Penal é tido como instrumento importante de controle social, mas cuja utilização legítima só pode se dar em um juízo de ultima ratio, ou seja, quando falharem instrumentos menos drásticos de controle social, nos quais se incluem sanções impostas pelo direito civil e administrativo, bem como o controle social não formal, exercido, por exemplo, pela família, escola e instituições religiosas.

Da mesma forma, o uso indiscriminado de privação cautelar de liberdade, ou seja, de pessoas que aguardam presas seu julgamento, dá uma contribuição decisiva à situação atual de superlotação do sistema carcerário. Muitas vezes, essas pessoas que aguardaram presas o seu julgamento são absolvidas, ou seja, foram privadas ilegalmente do seu direito de liberdade.

Na mesma linha de pensamento, a inflação legislativa, fruto de um Direito Penal simbólico, permite que fatos de pequena ou nenhuma importância sejam julgados pela Justiça Criminal, contribuindo assim para que o sistema fique superlotado com pessoas que poderiam ter sido punidas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, como, por exemplo, o civil e o administrativo.

A consequência da superlotação é a exasperação da violência, as insistentes tentativas de fugas e as rebeliões quase cotidianas. No mais, as cadeias e os presídios públicos encontram-se, atualmente, em estado de miséria, com instalações precárias, que propiciam todo o tipo de degradação.

Segundo Greco (2013), o problema carcerário nunca ocupou a pauta de preocupações administrativas do governo. Geralmente, o tema vem à tona em situações de crises agudas, ou seja, quando há alguma rebelião, quando movimentos não governamentais trazem a público as mazelas existentes no cárcere, enfim, não é uma preocupação dos governos a manutenção de sistemas carcerários que cumpram a finalidade para as quais foram construídos.

Isso porque, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, o orçamento destinado ao sistema penitenciário quase nunca é suficiente para suprir suas necessidades básicas, de modo que os direitos mais elementares, como, por exemplo, a possibilidade de se alimentar dignamente, de tomar banho, poder utilizar a energia elétrica, enfim, situações que, de algum modo, importariam em regalias para o preso, são desprezados, fazendo com que o sistema carcerário mais se pareça com as masmorras do período medieval.

Na verdade, o comportamento dos governantes é o reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos. Como a população em geral gostaria que, na maioria dos casos, os presos sofressem além da condenação que lhes foi imposta na sentença, os governantes não se preocupam com a causa carcerária, como se não houvesse problema algum a ser resolvido.

No que diz respeito aos funcionários do sistema carcerário, o que vemos é uma junção perigosa entre estes e os condenados, criando uma rede de corrupção e tudo passa a ser permitido no sistema, como, por exemplo, o ingresso de drogas, armas, telefones celulares e, até mesmo, saídas indevidas. Nas considerações de Greco (2013) não é incomum que os funcionários cometam violências sexuais contra os presos ou seus familiares, até mesmo como

forma de favorecimento para ingresso de algo que seria normalmente proibido.

Um dos argumentos que mais se mencionam quando se fala na falência da prisão é o seu efeito criminógeno. Considera-se que a prisão, em vez de frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade. Não traz nenhum benefício ao apenado, ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações.

Bitencourt (2011) afirma que a maioria dos fatores que dominam a vida carcerária imprime a esta um caráter criminógeno. Esses fatores podem ser classificados em materiais, psicológicos e sociais. Um dos dados frequentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento.

O elevado índice de reincidência dos criminosos é a comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou como remédio eficaz para a ressocialização do delinquente. Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliada ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença por parte da sociedade e do Estado ao readquirir sua liberdade.

O ambiente penitenciário perturba ou impossibilita o funcionamento dos mecanismos compensadores da psique, que são os que permitem conservar o equilíbrio psíquico e a saúde mental.

Para Bitencourt (2011), tal ambiente exerce uma influência tão negativa que a ineficácia dos mecanismos de compensação psíquica propicia a aparição de desequilíbrios que podem ir desde uma simples reação psicopática momentânea até um intenso e duradouro quadro psicótico, dependendo da capacidade de adaptação do indivíduo.

Diante do exposto, consideramos que o sistema prisional está em crise, principalmente porque, na maioria dos países, não consegue cumprir com os objetivos para os quais foi criado e resulta ofensivo à dignidade da pessoa humana.

A resposta para o problema encontra-se em um conjunto de ações, não bastando somente tentar melhorar a vida do preso dentro do sistema penitenciário. A partir de então, analisamos as finalidades a serem desempenhadas decorrentes das penas impostas aos delitos e, posteriormente, se essas finalidades se adéquam aos crimes cometidos contra o meio ambiente, tendo como foco o bem jurídico coletivo.

Segundo Turessi (2015), o Direito Penal clássico, tradicionalmente voltado à tutela de bens jurídicos individuais, resiste em aceitar, também, a necessidade da tutela de bens

jurídicos coletivos, tensão que coloca em xeque até a sua própria eficiência. O autor sustenta que há quem proponha, inclusive, que a tutela dos bens coletivos se faça por meio do denominado "Direito de Intervenção" ou Direito Penal de segunda velocidade, com a previsão de sanções diversas da pena privativa de liberdade.

Inicialmente indicaremos as justificativas da atuação do Estado no ato de punir os infratores, sob as teorias da retribuição, prevenção geral e especial, bem como o simbolismo da pena e suas particularidades no âmbito do Direito Penal dos interesses difusos.

1.2.1 Teorias sobre a pena e a (in) eficácia de suas finalidades.

Entre os meios de controle social existentes, o Direito Penal representa o cume de todas as instâncias de controle. Por ser dotado de sanções de especial gravidade aos direitos fundamentais, o poder punitivo estatal exige princípios limitadores do *ius puniendi* para intervir de forma mínima, fazendo-o em atenção aos princípios de *ultima ratio*, de subsidiariedade, de fragmentariedade, de exclusiva proteção dos bens jurídicos, de legalidade, de culpabilidade e de proporcionalidade.

O debate sobre as finalidades das penas nunca perdeu relevância nas reflexões metajurídicas, filosóficas ou ético-políticas sobre o Direito Penal. Ao apresentar as questões do se, como, quando e por que punir, Ferrajoli (2006, p.197) expõe que

As várias culturas jurídico-filosóficas tiveram sempre uma direta incidência prática na configuração das formas e das estruturas das instituições punitivas e de reflexo na ciência jurídico-penalista [...] Vale, igualmente, para outras tradições éticas positivas, idealistas e espiritualistas - que exercitaram influências não menos profundas e duradouras, seja na ciência seja na legislação e na prática penal.

O autor conclui que a evolução e a reflexão do Direito Penal basearam-se nas doutrinas ético-políticas, filosoficamente caracterizadas sobre o objetivo da pena, servindo como teorias justificadoras metajurídicas, filosóficas ou ético-políticas.

O Estado, desde que adquiriu o monopólio da punição, sempre buscou justificativas para garantir a legitimidade de aplicação da pena estatal, prévia e legalmente determinada. Para cumprir essa função, as finalidades das penas se deparam com diferentes cenários em diversos modelos de Estado e, como Direito Penal, espelham as modificações sociais²¹.

²¹ MIR PUIG (1999, p. 28-29) sustenta que “las funciones propias del Estado Social y Democrático de Derecho han de condicionar la función a asignar al Derecho penal. La pena es un instrumento que puede utilizarse con fines muy diversos. En el Estado moderno se considera monopolio del Estado, por lo que su función dependerá de los cometidos que se atribuyan al Estado”.

Nesse sentido, surgem teorias que creditaram à pena pública determinados fins, visando alcançar seu verdadeiro propósito na sistemática do Direito Penal. No Direito contemporâneo, duas grandes vertentes político-criminais são abertas no que tange à análise dos fins da pena ou do Direito Penal: as teorias legitimadoras e as teorias deslegitimadoras.

Prado (2005) reconhece sob os mais diversos fundamentos (absolutos, relativos ou mistos) a legitimação do Estado para intervir na liberdade dos cidadãos, por meio do Direito Penal. As teorias deslegitimadoras consideram a intervenção do Direito Penal desnecessária, o que ocorre de forma imediata, numa perspectiva abolicionista, ou mediata, numa perspectiva minimalista radical.

No presente estudo abordamos as principais teorias legitimadoras do Estado na intervenção dos cidadãos por meio do Direito Penal. Com base no atual Direito Penal expansionista, analisamos a proteção dos bens jurídicos difusos com especial relevância para a análise das finalidades das penas.

De acordo com Machado (2005), as características desta regulação no ordenamento jurídico sob a ótica do direito ambiental – a acessoriedade administrativa, os crimes de perigo abstrato, a pluralidade de atos e a questão da reparação do dano junto ao Estado – apontarão a necessária reflexão sobre as justificativas para a imposição da sanção penal referente aos bens jurídicos coletivos, em especial aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo.

1.2.1.1 Teoria Absoluta da Pena (Teoria Retribucionista)

A pena e o Estado são conceitos intimamente relacionados entre si. Para melhor compreensão da sanção penal, deve-se analisar o modelo socioeconômico e a forma do Estado em que se vai desenvolver determinado sistema de penas.

Entende-se que a função do Direito Penal depende da função que se atribui à pena e de que forma ela será executada pelo Direito Penal. De acordo com os retribucionistas, a pena seria uma grave, porém necessária, realidade social, que deve ser imposta para que seja possível o convívio em sociedade.

De acordo com os ensinamentos de Prado (2008), a pena seria uma retribuição ao mal causado pelo crime, uma espécie de compensação. Grandes pensadores como Kant e Hegel eram adeptos da Teoria Absoluta, ou seja, a pena deveria existir para punir o delinquente por ter praticado um crime.

Para Kant, a pena se justificava pelo simples fato de retribuir (justamente) um crime praticado. A pena constituía, então, uma reação estatal legítima à ação ilegítima do indivíduo,

independentemente de considerações de caráter utilitário, razão pela qual era de todo irrelevante investigar se a pena seria ou não capaz de motivar ou dissuadir delinquente e, assim, prevenir, em caráter geral ou especial, novos delitos.

A teoria da retribuição tem como princípio fundamental a ideia de que a culpa do autor do delito seja compensada com a imputação de uma pena. A pena, portanto, para essa teoria, seria apenas a compensação do “mal” do crime pelo “mal” da sanção, não havendo nenhuma outra justificativa para a reprimenda que não seja a pura realização de um ideal de justiça. Não há preocupação com o futuro (prevenção), havendo apenas uma retribuição moral pelo passado (CAMARGO, 2002, p.40).

Sendo assim, para a posição retributiva a pena tem um “fim em si mesmo”, devendo existir “apenas para que a justiça impere” (ROXIN, 1998, p. 16).

Kant (2003, p. 176) nos dá a noção da teoria da retribuição, por meio de seu famoso exemplo.

Mesmo que uma sociedade civil tivesse que ser dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros (por exemplo, se um povo habitante de uma ilha decidisse se separar e se dispersar pelo mundo), o último assassino (criminoso) restante na prisão teria, primeiro, que ser executado, de modo que cada um a ele fizesse o merecido por suas ações, e a culpa sangüinária não se vinculasse por ter negligenciado essa punição, uma vez que de outra maneira o povo pode ser considerado como colaborador nessa violação pública da justiça.

Hegel (1986) sustenta a pena como sendo a negação da negação do direito, no sentido retribucionista de que o crime é “aniquilado, negado, expiado pelo sofrimento da pena que, desse modo, restabelece o direito lesado”.

Segundo Queiroz (2005, p. 21), Hegel explica o delito como “uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é a sua afirmação)”.

Sendo assim, a sanção, por meio de um processo dialético, restaura o ordenamento jurídico afrontado pelo delito. A visão hegeliana da pena se aproxima da visão kantiana quanto ao caráter retributivo da reprimenda, mas dela se afasta, pois tem fundamentação jurídica, visando à reafirmação da vigência do ordenamento jurídico de forma proporcional com a intensidade da negação desse ordenamento, por meio da retribuição; enquanto para Kant a fundamentação é ética, objetivando a vingança proporcional do mal do crime por meio do mal da pena (CAMARGO, 2002, p. 40-41).

A visão kantiana se aproxima do princípio de Talião (olho por olho, dente por dente), praticamente irrealizável, enquanto Hegel substitui esse princípio pela equivalência entre delito

e pena, focando o restabelecimento da ordem jurídica atacada pelo crime (ROXIN, 1997, p. 83).

Como a teoria da retribuição não confere à pena qualquer fim (a não ser o fim em si mesmo, de caráter compensatório, que seria a própria consequência do crime), ela é considerada uma teoria absoluta, ou seja, aquela na qual o fim da pena independente e desvinculado de qualquer efeito social (ROXIN, 1997, p. 82).

Segundo Prado (2004, p. 145), nessa teoria qualquer eventual efeito preventivo é alheio à sua essência. Por essa lógica, de acordo com Bitencourt (2011), a pena não pode nunca fomentar outro bem, seja para o próprio delinquente (prevenção especial), seja para a sociedade civil (prevenção geral), mas deve ser imposta porque o agente delinuiu, pois o ser humano nunca pode ser usado como meio, senão para si mesmo, não podendo ser tratado como objeto na busca de fins alheios à sua existência, sob pena de ser reduzido a uma mera coisa, desprovida de dignidade. Sendo assim, na teoria da retribuição a pretensão de embasar o direito de castigar o delinquente em supostas razões de utilidade social não seria permitida, sob o ponto de vista ético.

O retribucionismo foi a característica do período clássico, fundamentado no livre arbítrio (atributo de todo homem desenvolvido e saudável) e na responsabilidade moral. Kant e Hegel foram os mais expressivos, mas não os únicos defensores das teorias absolutas da pena. Na doutrina internacional há opiniões semelhantes. Em caráter meramente enunciativo nos ocuparemos de algumas dessas concepções.

Carrara (2002), escreveu que “o fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade”. Essa concepção de Carrara aproxima-se muito da defendida por Hegel. O delito, na visão de Carrara, “agrava a sociedade ao violar suas leis e ofende a todos os cidadãos ao diminuir neles o sentimento de segurança”, de forma que, para evitar novas ofensas por parte do delinquente, a pena deve ser aplicada para poder “reparar este dano com o restabelecimento da ordem, que se vê alterada pela desordem do delito”.

Tanto Carrara quanto Ferrajoli, como outros representantes da escola clássica italiana, insistiram na importância das teorias retributivas com o intuito de garantir que a imposição de pena estivesse sempre vinculada à reprovação de culpabilidade ante a prática de um delito, de acordo com a máxima *nulla poena sine crimine*.

Diante desta teoria, não há nenhum objetivo senão a punição do condenado pela conduta indevida realizada. Não procura a ressocialização do condenado para reparar o dano cometido, mas para castigar e punir aquele que violou o dispositivo legal.

Mir Puig (2007, p.87-90), ao situar a tese da retribuição na “arraigada convicção de que o mal não deve ficar sem castigo e o culpável deve encontrar nele o seu merecido”, fraciona os fundamentos da teoria em razões religiosas, éticas e jurídicas. Segundo esse esquema retribucionista é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça. A pena tem como fim fazer justiça e nada mais.

Segundo Roxin (1998), a culpa do autor deve ser compensada com a imposição de um mal, que é a pena e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre arbítrio, entendido como capacidade de decisão do homem, para distinguir o justo do injusto. A pena assim constitui uma retribuição ética que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada e do castigo que a ele é imposto, devendo ser aplicada unicamente porque houve a infração à lei. Atualmente, esta teoria encontra-se defasada, visto que é notório que o simples ato de castigar o criminoso não é suficiente para acabar com a delinquência.

1.2.1.2 Teorias Relativas da Pena (Teorias Preventivas)

As teorias relativas fundamentam-se na necessidade de evitar a prática de futuros delitos, agindo como um instrumento preventivo de garantia social. A teoria da prevenção geral preconiza que a pena deve instaurar o medo e, assim, impedir o surgimento de crimes. Uma vez tipificada a conduta, ela deve desmotivar o cidadão de cometer delito.

Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido, mas prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque o delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir (Bitencourt, 2011).

Ou seja, a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua justificação deixa de estar baseada no fato passado e passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos. Por isso as teorias relativas também são conhecidas como teorias utilitaristas ou como teorias preventivas.

As teorias preventivas reconhecem que a pena é um mal para quem deve cumpri-la. Entretanto, este não pode ser o único objetivo, sem que haja um sentido social positivo. A finalidade preventiva da pena divide-se em duas direções bem-definidas: prevenção geral e prevenção especial. Essas duas grandes vertentes da prevenção se diferenciam em função dos destinatários da prevenção: o destinatário da prevenção geral é o coletivo social, enquanto o destinatário da prevenção especial é aquele que delinuiu.

Segundo Ferrajoli (2006), além disso, essas duas vertentes da prevenção são atualmente subdivididas em função da natureza das prestações da pena, que podem ser positivas ou negativas. Assim, adotando a classificação proposta por Ferrajoli, há basicamente quatro grupos de teorias preventivas: teoria da prevenção geral, teoria da prevenção geral negativa, teoria da prevenção geral positiva, teoria da prevenção especial e teoria da prevenção especial positiva e negativa.

De acordo com Bitencourt (2011), para um adequado entendimento das teorias preventivas da pena é necessário realizar uma exposição vinculada à evolução do pensamento preventivo. Por isso, começaremos com a exposição das teorias preventivas que prevaleceram à época da escola clássica e da escola positiva, indicando como evoluíram com o tempo.

1.2.1.3 Teoria da Prevenção Geral

A prevenção geral, tradicionalmente identificada como intimidação, atualmente tem a função pedagógica de inibir a realização de práticas criminosas em geral. Em síntese, Prado (2011) esclarece que “a prevenção geral tem como destinatária a totalidade dos indivíduos que integram a sociedade, e se orienta para o futuro, com o escopo de evitar a prática de delitos por qualquer integrante do corpo social”.

Considera que as teorias de prevenção geral conferem “à pena o poder de coação psicológica e moral sobre o indivíduo e a coletividade, intimidando o homem ante a ameaça de punição ou infundindo na coletividade um sentimento de respeito às normas”. Enquanto os defensores das teorias retributiva acreditam que a finalidade da pena seja a realização da Justiça, compensando o crime com o mal, os defensores da prevenção geral entendem a pena com uma finalidade preventiva para o futuro.

A pena constitui, portanto, um instrumento político criminal destinado a atuar psicologicamente sobre a generalidade dos membros da comunidade, com as afirmações de convicções jurídicas fundamentais. A prevenção geral postula que os indivíduos não realizarão condutas infratoras por medo de serem submetidos a uma pena aplicada pelo Estado. A sanção não é considerada um castigo frente a infração, mais um instrumento a prevenir delitos futuros, com efeito inibidor intimidatório e exemplificativo.

Ferrajoli (2006) afirma que, quanto ao modo de alcançar este fim, as teorias da prevenção geral são classificadas atualmente em duas versões: de um lado, a prevenção geral negativa ou intimidatória, que assume a função de dissuadir os possíveis delinquentes da prática de delitos futuros, por meio da ameaça de pena, ou predicando com o exemplo do castigo eficaz;

e, de outro lado, a prevenção geral positiva que assume a função de reforçar a fidelidade dos cidadãos à ordem social a que pertencem.

Desta feita, seguindo a doutrina dos autores acima citados, iniciamos a exposição da teoria da prevenção geral negativa ou intimidatória, porque esta corresponde, cronologicamente, à concepção mais antiga da prevenção geral e, em seguida, a exposição da teoria da prevenção geral positiva, porque temporalmente corresponde a uma etapa posterior da evolução do pensamento penológico.

De acordo com a teoria da prevenção geral negativa, a pena deve intimidar a sociedade, impedindo que os possíveis delinquentes cometam qualquer delito.

Segundo Bitencourt (2016), Feuerbach foi o formulador da “teoria da coação psicológica”, uma das primeiras representações jurídico-científicas da prevenção geral.

A intimidação penal, fundamentada nesta teoria, espera desestimular as pessoas de praticarem crimes. A pena torna-se uma ameaça, uma coação psicológica que busca evitar o cometimento de crimes, uma vez que a iminência de uma punição dissuadiria o indivíduo de praticar tal ato. A pena seria uma forma de luta contra os impulsos e motivos que pressionariam o sujeito a praticar o delito, exercendo coerção psicológica perante os motivos contrários ao ditame do direito.

Entretanto, os críticos afirmam que o que se observa é justamente o contrário. Os delinquentes não temem a pena e isto é facilmente verificado pela grande quantidade de crimes bárbaros que se repetem na justiça brasileira. Essa teoria não leva em consideração a confiança do delinquente em não ser descoberto. Para Bitencourt (2011), “disso se conclui que o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo”.

A prevenção geral pode encontrar problemas como o desconhecimento da norma jurídica, ou ainda a falta de clareza sobre a produção das leis. Pode-se notar que a linguagem utilizada na elaboração dos códigos não é direcionada para a população em geral. É importante ressaltar ser indispensável que a norma penal motive sua aplicação. Afinal, o simples conhecimento da norma não é suficiente para que ela seja cumprida.

Na opinião de Roxin (1998), a prevenção geral não é capaz de outorgar fundamento ao poder estatal de aplicar sanções jurídico-penais e também não pode estabelecer os limites necessários para as consequências desta atividade. Além disso, sob o ponto de vista da política criminal, a prevenção geral é questionável, carecendo igualmente de legitimação, segundo os fundamentos do ordenamento jurídico.

A sociedade não pode ser considerada como um todo homogêneo, mas composta por diversos grupos sociais. Desta forma, a ação delituosa deveria ser reprovada pelo meio em que o infrator estivesse inserido, não existindo condutas boas ou ruins, antecipadamente.

Não há como legitimar a exemplaridade da pena, nem que a existência da pena seja capaz de dissuadir o delinquente da prática do delito. Na teoria da prevenção geral positiva a pena deveria servir como reforço à validade das normas diante da comunidade e confirmar a confiança no Estado. A vinculação de uma atitude delituosa a algo desagradável faria o cidadão não agir daquela forma.

Em linhas gerais, três são os efeitos principais que se vislumbram no âmbito de atuação de uma pena fundada na prevenção geral positiva: em primeiro lugar, o efeito da aprendizagem, que consiste na possibilidade de recordar ao sujeito as regras sociais básicas cuja transgressão já não é tolerada pelo Direito Penal; em segundo lugar, o efeito de confiança, que se consegue quando o cidadão vê que o Direito se impõe; e, por último, o efeito da pacificação social, que se produz quando uma infração normativa é resolvida por meio da intervenção estatal, restabelecendo a paz jurídica.

Mir Puig (2007) ressalta que um Estado democrático deve apoiar seu Direito Penal em consenso com seus cidadãos, pois a prevenção geral não pode ser alcançada por meio da intimidação, prevista aos possíveis delinquentes. Um direito penal democrático poderá prevenir, não só com o medo ao castigo, mas colocando a pena a serviço do sentimento jurídico do povo.

No Direito Penal, em um Estado liberal, a pena teria tanto a função de prevenir os delitos, como retribuição pelo mal cometido a sociedade fundamentada por um contrato social.

Mir Puig se apóia na teoria de Kant para quem a pena não deveria ter como objetivo a proteção da sociedade, para que o castigo ao delinquente não fosse para o benefício da sociedade, causando uma “instrumentalização do indivíduo”. Para Hegel, a pena só seria justa quando tratasse o homem como um ser racional, convertida a pena em um “direito” ao delinquente.

1.2.1.4 Teoria da Prevenção Especial

A prevenção especial se apoia na periculosidade individual. Para Roxin (1998) a prevenção especial poderia ser entendida como uma forma de intimidação ao condenado a não reincidir, mantendo “a sociedade segura deste pelo menos durante o tempo de permanência na prisão”.

Bitencourt (2016, p. 154) considera que

Os fins da prevenção especial não seriam a busca pela intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado, visando apenas àquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Os partidários da prevenção especial preferem falar em medidas e não em penas.

Importante ressaltar o aspecto da medição da pena, pois a prevenção especial concentra-se na personalidade do delinquente, levando em conta as características e situações que levaram o indivíduo a cometer o fato delitivo.

A prevenção especial, por sua vez, consiste na atuação sobre a pessoa do delinquente, para evitar que volte a delinquir no futuro.

Assim, enquanto a prevenção geral se dirige indistintamente à totalidade dos indivíduos integrantes da sociedade, a ideia de prevenção especial refere-se ao delinquente concretamente considerado. Manifesta-se como advertência ou intimidação individual, correção ou emenda do delinquente, reinserção social ou separação, quando incorrigível ou de difícil correção.

Bitencourt (2016), referindo-se à classificação sugerida por Ferrajoli, afirma que as teorias da prevenção especial podem ser formalmente divididas em teorias da prevenção especial positiva, dirigidas à reeducação do delinquente, e teorias da prevenção especial negativa, voltadas à eliminação ou neutralização dos delinquentes perigosos.

Vale ressaltar que essas vertentes da prevenção especial não foram apresentadas de forma contraposta, nem se excluem entre si, podendo concorrer mutuamente para alcançar o fim preventivo, de acordo com a personalidade corrigível ou incorrigível daquele que delinque.

O mesmo autor entende que a classificação sugerida por Ferrajoli é mais adequada à descrição da evolução das teorias da prevenção especial e muito mais condizente com a realidade da aplicação da pena, especialmente se levarmos em consideração a necessidade de recordar os aspectos negativos do fim de eliminação ou neutralização.

Não se pode ignorar que a justificativa da atrocidade das penas com o fim de intimidação, ou de defesa social, não pertence somente ao passado, pois em diversas partes do mundo ainda se aplicam sanções como a prisão perpétua, a pena de morte, as penas corporais, a lapidação ou o apedrejamento.

A prevenção especial positiva representa o objetivo ressocializador da pena, buscando a readaptação do delinquente à vida em sociedade. Enquanto a prevenção especial negativa pretende intimidar o delinquente, para que ele não volte a delinquir. Tal teoria é baseada na premissa de que o isolamento do delinquente produziria segurança social, ou seja, o condenado teria suas ações e condutas neutralizadas pelos limites da prisão. As linhas mestras deste

pensamento surgiram com Von Liszt (1995), na Alemanha, teoria conhecida como o “retorno a Von Liszt”.

A necessidade da pena, segundo esse autor, mede-se com critérios preventivo-especiais, segundo os quais a aplicação da pena obedece à ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis. A função da pena e do direito penal era a proteção dos bens jurídicos por meio da incidência da pena na pessoa do delinquente, com a finalidade de evitar delitos posteriores. Essa tese pode ser sintetizada em três palavras: intimidação, correção e inocuização.

Um dos maiores obstáculos à ideia de ressocialização é como colocá-la em prática. Deve-se buscar, com o tratamento, o respeito ao condenado, por meio de um conjunto de atividades voltadas à reeducação e reinserção social e individual.

Von Liszt, expoente da escola jurídico-penal sociológica na Alemanha, partindo de um conceito de pena final justa, correta e necessária ao caso concreto, distinguiu as categorias de infratores com base na sua personalidade. Na sua concepção, os condenados eram considerados como: infrator ocasional, infrator não ocasional, mas corrigível, infrator habitual incorrigível.

Para cada perfil de infrator determinou diferentes formas de atuação jurídico-penal, que variavam entre a intimidação do mero infrator ocasional – passível de ser inibido a cometer posteriores delitos – e a correção ou socialização do infrator não ocasional, mas corrigível, ou, nos casos mais radicais, seu isolamento mediante clausura para inocuização do infrator habitual, não passível de correção ou intimidação (MIR PUIG, 2007).

Este modelo de instrumento “flexível e polifuncional” de variação de medidas aplicáveis aos infratores provocou divisão didática entre prevenção especial positiva ou de correção destinada a readaptação, reinserção e ressocialização do infrator para que, com intenção e capacidade, respeite as leis após um tratamento individualizado; e prevenção especial negativa de intimidação ou inocuização, compreendida como a eliminação ou neutralização do infrator, visto como despreparado para a convivência social (FERRAJOLI, 2006).

1.2.1.5 Teoria mista ou unificadora da pena.

A teoria mista ou unificadora tenta agrupar em conceito único os fins da pena. Esta corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Merkel foi, no começo do século XX, o iniciador desta teoria eclética na Alemanha, e, desde então, é a opinião mais ou menos dominante.

Mir Puig (2007) entende que a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial, são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno, que é a pena.

As teorias unificadoras partem da crítica às soluções monistas, ou seja, às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena.

Este é um dos argumentos básicos que ressaltam a necessidade de adotar uma teoria que abranja a pluralidade funcional. Assim, esta orientação estabelece marcante diferença entre fundamento e fim da pena.

Bitencourt (2011), em relação ao fundamento da pena, sustenta que a sanção punitiva não deve “fundamentar-se” em nada que não seja o fato praticado, ou seja, o delito. Com esta afirmação, afasta-se um dos principais equívocos das teorias preventivas: a prioridade outorgada à justificação externa da pena — por que se pune — sem antes oferecer resposta à questão da sua justificação interna — quando se pune.

Com efeito, sob o argumento da prevenção geral negativa, a intimidação por meio da pena, inibindo o resto da comunidade de praticar delitos, não é capaz de explicar por que a prática de um delito por um sujeito culpável é condição necessária da pena.

O autor argumenta ainda que a teoria da prevenção geral positiva não é capaz de oferecer justificativa da pena com base em valores que imponham limites tangíveis ao exercício do *ius puniendis* estatal. Contudo, sob o argumento preventivo-especial da pena é possível explicar satisfatoriamente quando é legítimo punir, pois para esta teoria, como já vimos, a pena tem como base não a prática de um fato passado, mas aquilo que o delinquente “pode” vir a realizar se não receber o tratamento a tempo.

A teoria unificadora é vista como a mais adequada no contexto-jurídico penal contemporâneo, uma vez que visa a um só tempo evitar os excessos unilaterais do poder punitivo e a dirigir os diversos fins das penas para vias socialmente construtivas, alcançando o equilíbrio dos princípios, por meio de restrições recíprocas.

Nesse sentido, Dias (1999, p. 135) defende os seguintes pontos.

- i) toda a pena serve a finalidades exclusivas de prevenção, geral e especial; ii) a pena concreta é limitada, no seu máximo pela medida da culpabilidade; iii) dentro deste limite máximo ela é determinada no interior de uma moldura de prevenção geral de integração, cujo limite superior é oferecido pelo ponto ótimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; iv) Dentro desta moldura de prevenção geral de integração, a medida da pena é encontrada em função de exigências de prevenção especial, em regra positiva ou de socialização, excepcionalmente negativa ou de intimidação ou seguranças individuais.

A teoria unificadora pretende superar as diversas antinomias existentes entre as demais teorias supra delineadas. Assim, procuramos combiná-las ou unificá-las ordenadamente, a fim de explicar e justificar o fenômeno punitivo em toda a sua complexidade.

Nesse sentido, a teoria mista objetiva agrupar em um conceito único os fins da pena, tentando recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas. Assim, a pena representaria: (a) retribuição do injusto realizado mediante, a compensação ou expiação da culpabilidade; (b) a prevenção especial positiva mediante correção do autor pela ação pedagógica da execução penal, além da prevenção especial negativa como segurança social pela neutralização do autor; (c) prevenção geral negativa através da intimidação de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral positiva como manutenção/reforço na ordem jurídica etc. (SANTOS, 2005).

Hoje, as teorias mistas ou unificadas predominam na legislação, na jurisprudência e na literatura ocidental, a exemplo do Código Alemão e do Código Penal Brasileiro. O último consagra as teorias unificadas ao determinar a aplicação da pena “conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (Código Penal artigo 59).

A reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade, enquanto a prevenção do delito abrange as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuída à pena criminal.

Conforme Prado (2004), “o termo próprio apropriado, mais consentâneo para exprimir a retribuição vem a ser a neo-retribuição ou neo-retribucionismo” e não propriamente retribuição, “já que tem fundamento próprio, diverso da noção clássica, e relativizado”.

Registre-se que, para as teorias unitárias, a pena se funda primordialmente no delito praticado e no propósito de evitar que novos delitos sejam cometidos. O crime praticado deve operar como fundamento e limite da sanção, por isso “proporcional à magnitude do injusto e da culpabilidade” (PRADO, 2004).

Nesse aspecto, as teorias unitárias da pena são mais consonantes com as exigências de um Estado democrático e social de Direito²².

²²Digno de nota colocar ainda em evidência que, quando de sua origem, as teorias unificadoras limitavam-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a doutrina passou a buscar outras construções que permitiram unificar os fins preventivos gerais e especiais, a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução), como a da Teoria Dialética Unificadora, encetada por Claus Roxin. Roxin entende que a intenção de sanar os defeitos das teorias preventivas gerais e especiais e da retribuição justapondo simplesmente as três concepções distintas tem de fracassar, pois a simples adição não destrói a lógica imanente da concepção, além de aumentar o âmbito de aplicação da pena, que se converte em meio apto a qualquer emprego. Assevera que os efeitos da cada teoria não se suprimem entre si, mas, ao contrário, se

O texto constitucional brasileiro abriga, nesse prisma, “a noção do ser humano, como pessoa livre e capaz, dotada de responsabilidade e no âmbito social, opondo-se firmemente a qualquer possibilidade de sua eventual utilização como meio a serviço de finalidades político-criminais” (CF, preâmbulo e artigos 1º, III, e 5º, caput).

1.2.2 Os fins da pena nos crimes da Lei 9605/98.

Se os fins tradicionais e declarados oficialmente apresentam deficiências, quando isoladamente considerados, no âmbito da proteção penal ambiental deve existir, necessariamente, uma função ulterior que justifique a intervenção estatal na proteção deste bem jurídico difuso. Este é o objeto do presente tópico.

Alenza García (2002), em análise específica sobre Direito Penal na seara ambiental, indica quatro funções gerais das penas previstas para os crimes contra o meio ambiente: repressiva, preventiva, reparadora e simbólica.

A primeira é a função repressiva, verificável como forma de punir as infrações já ocorridas, contrárias ao ordenamento. Configura uma resposta às condutas que vulneram os mandatos e proibições legais, sem garantir em contrapartida benefícios ao meio ambiente. A função repressiva equivale à teoria retributiva da sanção penal.

A segunda é a função preventiva, que, na mesma direção da teoria preventiva, cinde-se em duas vertentes principais (prevenção geral e prevenção especial), com o objetivo de evitar futuros delitos, seja por intimidação geral da comunidade, seja pelo medo individual do sujeito que sofreu a pena. A função preventiva corresponde, grosso modo, à teoria preventiva da sanção penal.

Contudo, Alenza García apresenta mais duas funções que podem ser estendidas às penas ambientais e que merecem comentários.

A função reparadora, própria do âmbito civil, ganha expressividade no Direito Penal frente à importância de princípios essenciais no Direito Ambiental: preservação; poluidor-pagador; e restaurabilidade.

Nos crimes de menor potencial ofensivo, além das medidas normalmente impostas, os juízes ou tribunais, quando da suspensão condicional do processo, exigem laudo de constatação

de reparação do dano ambiental para a declaração de extinção de punibilidade, conforme disposto, por exemplo, no art. 28 da Lei 9.605/98.

Dúvidas ainda perduram em relação ao significado dos termos de ajustamento de conduta (TAC) no âmbito penal, tanto sobre sua natureza jurídica quanto sobre o grau de vinculação existente entre as esferas administrativa e penal. Diante do princípio da indisponibilidade do processo na ação penal pública, o Superior Tribunal de Justiça²³ tem reiterado o entendimento de que o TAC não impede a instauração da ação penal, não sendo considerado causa de extinção da punibilidade²⁴ em razão da independência entre as esferas administrativa e penal.

O que merece destaque neste tópico é a última função indicada por Alenza García (2002): a simbólica. Ainda que pareça próxima à função preventiva, a função simbólica da sanção penal se sobressai nos escritos doutrinários contemporâneos²⁵.

Embora exista divergência sobre seu exato conteúdo, em linhas gerais, a função simbólica se exprime pela utilização do Direito Penal como meio de sublinhar a importância de determinadas condutas na sociedade e elevar a consideração de determinados bens jurídicos. Com esse objetivo, vale-se de efeitos latentes da pena, não declarados, que se sobrepõem aos efeitos manifestos da sanção penal.

Embora reitere a ausência de um conceito preciso sobre Direito Penal simbólico, Hassemer (1991, p. 28) afirma que o simbólico está diretamente associado com o engano, de caráter negativo: “trata-se de uma oposição entre ‘realidade’ e ‘aparência’, entre ‘manifesto’ e ‘latente’, entre o ‘verdadeiramente querido’ e o ‘aplicado de outra forma’; e se trata sempre dos feitos reais das leis penais”.

²³Ver como exemplo acórdão do Superior Tribunal de Justiça: HC n. 82911/MG. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Quinta Turma. Julgamento: 05 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 12 jun.de 2016.

²⁴Alguns entendem ser o TAC causa extralegal de exclusão de antijuridicidade; outros o interpretam como forma de afastar a própria tipicidade da conduta, direcionando-se no sentido de trancamento da ação penal nos casos em que é verificado o acordo do infrator com o representante do Ministério Público, com o intuito de reparar o dano ambiental criado. Ressalta-se o posicionamento de Freitas (2005, p.158-159) ao defender a reparação do dano ambiental como causa de extinção da punibilidade, quando o Estado não apresenta mais interesse na punição do agente: “Assim, com relação ao meio ambiente, a adoção de idêntica causa [extinção da punibilidade pela reparação] seria muito importante, não só pelo que em si representa, como e principalmente, para solucionar uma questão que vem causando uma grande polêmica, ou seja, quando o agente cumpre o acordo firmado no compromisso de ajustamento de conduta firmado para reparar o dano, reparando-o integralmente e assim mesmo tem de ser submetido ao processo criminal”.

²⁵Dentre a ampla gama de autores que já trataram do tema destacam-se HASSEMER (1991), BUSTOS RAMÍREZ (1991) e DÍEZ RIPOLLÉS (2003).

O autor indica uma classificação das diversas formas simbólicas de Direito, apresentando um rol de quatro alternativas: leis de declaração de valores; leis com caráter de apelação (moral); respostas substitutivas do legislador; e leis de compromisso.

Para o primeiro caso, Hassemer exemplifica com o aborto a lei de declaração de valores, que expressa qual o valor que se sobrepõe e será protegido pela norma, diante do conflito entre o direito de autodeterminação do corpo da mulher e o direito à vida de um futuro ser humano.

Na classificação da lei de caráter de apelação (moral), destaca-se o Direito Penal do meio ambiente, pois sua missão é transmitir aos sujeitos uma conscientização sobre a importância de determinado valor na sociedade. No caso das leis penais ambientais, sinaliza-se para a valorização da preservação ambiental.

As respostas substitutivas do legislador, também chamadas de leis de crises, são entendidas como preceitos normativos utilizados como subterfúgio para conter o medo e os protestos públicos, como se dá com a legislação contra o terrorismo. Por último, estão as leis de compromisso, expressadas por cláusulas penais gerais, que, segundo Hassemer, “sempre têm um núcleo central para satisfazer a ‘necessidade de atuar’ do Estado”²⁶.

Uma vez estabelecidas as linhas de definição do efeito simbólico no Direito Penal, importa averiguar seu efeito no que tange às penas dos crimes contra o meio ambiente.

Desse modo, a sociedade acaba por internalizar os valores dos bens jurídicos ambientais, localizando-os na mesma hierarquia dos bens jurídicos individuais, para reafirmar e aceitar o disposto no ordenamento, por cumprimento voluntário.

Aludindo a esses efeitos ético-sociais, Silva Sánchez (2002) expõe, no mesmo sentido, uma função promocional do Direito Penal, alicerçada em uma técnica legislativa que valoriza o caráter educativo das normas criminais. Forçosamente, o legislador “pedagogo” precisa criar delitos sobre bens jurídicos que não foram, por ora, apropriados pelo mínimo ético da sociedade como passíveis de tutela essencial do Direito Penal, apesar de previstos constitucionalmente.

²⁶No Brasil, em linha semelhante à Hassemer, Costa (2010, p. 125-132) destaca, de forma didática, as formas de manifestação do Direito Penal simbólico como: (i) reconhecimento de um valor pelo legislador; (ii) leis com caráter de apelo (moral); (iii) reações substitutivas do legislador; e (iv) leis de compromisso ou de acordo. No primeiro grupo, de reconhecimento de um valor pelo legislador, o objetivo consiste em expressar uma escolha valorativa do legislador, com o fim de reforçar tais conceitos na sociedade. No segundo, de leis com caráter de apelo (moral), criam-se leis de caráter pedagógico que visam mais exprimir um determinado valor que alterar os comportamentos. Nas “reações substitutivas do legislador”, o escopo é apresentar uma resposta rápida do legislador para conter os ânimos exaltados da população em relação a algum tema midiático. E, por último, as leis de compromisso ou de acordo, oriundas de posicionamentos conflitantes que acarretam a criação de uma legislação problemática quanto à sua viabilidade de aplicação e execução.

Assim, as normas criminalizadoras assumem em primeiro lugar um papel formativo, de ordenamento comunicativo e informativo à sociedade, antes ainda de ocuparem uma função de efetiva proteção do meio ambiente.

Entretanto, Costa (2010, p. 125-132) pondera que haja certo sucesso nesta abordagem.

O legislador transborda aqui sua tradicional limitação aos bens socialmente consagrados como merecedores de tutela penal, para passar a desempenhar funções de promoção. [...] a tipificação, na forma em que se produziu na Espanha, de delitos como o crime fiscal ou contra o meio ambiente responderam, não em pouca medida, à vontade de gerar na coletividade, ou em determinados âmbitos da mesma, uma ‘ética fiscal’ ou uma ‘ética ecológica’ até então inexistente.

Desta feita, tendo em vista a degradação que ameaça o bem-estar e a qualidade de vida, mostrou-se necessária a proteção jurídica do meio ambiente como forma de assegurar um bem essencial para a sobrevivência digna do ser humano.

Sendo assim, consideramos que a tutela jurídica deve-se ao surgimento da legislação ambiental, cujo escopo fundamental é o combate às formas de perturbação à qualidade do meio ambiente para a preservação do patrimônio ambiental global, visando uma “ética ecológica”, com o objetivo de tutelar a qualidade de vida, como direito fundamental da pessoa humana, criando-se assim uma malha legal relacionada a diversos ramos do Direito, mas com forte tendência ao Direito Público, em virtude da contundente presença do poder público no controle do equilíbrio ecológico.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E AS SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITO NO ÂMBITO PENAL

A imprescindível reflexão sobre a justiça na modernidade conduz (ou deveria conduzir) à conclusão de que se trata de modelo histórico de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema (ROLIM, 2006).

Todavia, quando se fala em falência deste modelo punitivo que elegeu a prisão como principal instrumento de resposta ao delito, não se está referindo à falência recente. As crises da utilização da prisão como pena remontam à época de seu surgimento.

Segundo Zehr (2008), é interessante observar que as críticas à prisão apareceram muito cedo, já anunciando o grande fracasso da justiça penal. Pouco tempo depois da implantação das prisões, já havia movimentos para a reformulação do sistema prisional, em razão dos males causados pelo encarceramento. O posterior reconhecimento (parcial) da inadequação e mau uso das prisões levaram à busca de alternativas.

Ao longo da existência do modelo retributivo, portanto, inúmeras alterações buscaram “consertar” suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, não havendo correlação entre gravidade do delito e na pena imposta. Posteriormente, com o Renascimento, introduziu-se o critério da proporcionalidade entre o ato e a pena correspondente o que tornou a aplicação da pena mais “racionalizada”.

Desde então, as prisões popularizaram-se e configuraram-se de forma “científica” de aplicar punição. Mais recentemente, na primeira metade do século XX, surgiu a ideia de reabilitação, que em seguida (em torno de 1960) cairia em descredito por sustentar um modelo terapêutico com sentenças indeterminadas e discricionárias. Além destas alterações ou reformas, também as penas alternativas figuraram como tentativas de salvar o paradigma punitivo, estatuidando formas alternativas de castigo (ZEHR, 2008, pp. 89-90).

Contudo, esta tentativa de reforma mais recente que introduziu penas alternativas ao encarceramento, ao invés de resultar numa substituição da pena de cárcere por uma pena alternativa, acabou por aumentar o campo de atuação do controle formal, somando a nova “pena alternativa” à antiga pena privativa de liberdade, sem introduzir mudanças significativas na racionalidade do sistema penal.

Neste sentido aponta Zehr (2008, p.62 e 173)

As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as “alternativas” também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender as necessidades essenciais da vítima e ofensor.

Segundo Saliba (2009), o sistema penal continua a jogar seu foco sobre os dominados, excluídos, marginalizados, e as penas alternativas, sejam elas restritivas ou pecuniárias, ou as medidas alternativas, em nada abrandaram o rigor da dominação. A pena continua como o remédio amargo a ser ministrado, como se não existisse outra resposta melhor.

Porém, para esse autor, em que pese os fatores prejudiciais, as restritivas de direitos representam uma resposta a resgatar parcialmente a legitimidade, por minimizar os problemas apresentados pelas demais formas de punição, mas desde que aplicadas com adequação e proporcionalidade, em respeito aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

O movimento de penas alternativas se apresentou como opção legitimadora do sistema penal, aquele que não mais causaria dor e possibilitaria a reinserção social. A restrição do cárcere aos casos necessários e a adoção de penas não privativas são os grandes pilares desse projeto. Todavia, há tímida diminuição na taxa de encarceramento a partir da perspectiva comunitária, visto que não tem por fim eliminar a privação da liberdade e tampouco permite romper com as perspectivas da modernidade.

A expansão da rede e a ineficácia das alternativas para alterar a situação do sistema penal, acontecem, na opinião de Zehr, porque tanto a pena de prisão quanto as alternativas se apoiam na mesma compreensão de crime e justiça, que abrange os seguintes pressupostos: a culpa deve ser atribuída, a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor, a justiça é medida pelo processo, a violação da lei define o crime.

Indo além, Bitencourt (2016, p.103) chama a atenção para a impotência das inúmeras reformas que tentam salvar a prisão, uma vez que esta, sem dúvida, falhou em seus propósitos declarados:

Todas as reformas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foram suficientes para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas.

Assim, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos (anos 90) com Braithwaite, e em pouco tempo é difundido pelo continente europeu (CID, 2001).

Ainda no período inicial de divulgação das ideias de Braithwaite, questionava-se se este autor seria um continuador da teoria do etiquetamento ou fundador de nova proposta (a justiça restaurativa).

Braithwaite perguntava-se sobre os efeitos da etiqueta no posterior comportamento delitivo e suas ideias a este respeito foram brevemente resumidas por Cid e Larrauri (2001, p. 222).

Em países onde há pouca criminalidade, como o Japão, o controle da criminalidade tem caráter público e moral. Isso ocorre porque a etiqueta como infrator, a visibilidade da punição, a exposição social do fato criminoso, produzem efeito preventivo porque as pessoas temem os efeitos dessas punições públicas [Tradução Livre].

A ideia de Braithwaite era substituir o estigma decorrente da etiqueta de desviante (que impedia que este se (re) integrasse à sociedade) por gestos que demonstrassem que o desviante poderia se reintegrar à sociedade e que seria bem-vindo. Assim, para que as penas tivessem efeito preventivo, deveriam ser reintegradoras (fazendo com que o infrator enfrentasse os danos por ele causados), e não excludentes.

Braithwaite também teve suas ideias aproximadas com as dos abolicionistas. Um dos pontos compartilhados por ambas as tendências é o objetivo de superar o processo penal contemporâneo e outorgar à vítima e à comunidade maior participação no processo, para que o infrator não seja apenas punido, mas compreenda o dano por ele produzido.

No entanto, para esse autor, há importantes diferenças de política criminal entre a justiça restaurativa e o abolicionismo. Enquanto a justiça restaurativa admite a utilização do cárcere para um reduzido número de delitos e segue conferindo importância à conservação das garantias processuais e penais, o abolicionismo propõe não só uma alternativa à pena de prisão, mas total substituição do atual processo penal e, em uma concepção mais extrema, uma alternativa ao sistema penal.

Neste sentido, Larrauri (2004, pp. 439-464) considera que a justiça restaurativa dialoga mais com o modelo vigente do que as propostas abolicionistas e esclarece

Que deve haver princípios reguladores da justiça restaurativa e os juízes criminais devem supervisionar os acordos alcançados, e que seja discutido o problema de quando e quais casos serão encaminhados para a justiça restaurativa, havendo preocupação com os riscos de violação dos direitos processuais que as conferências podem originar, e que finalmente que seja admitido que podem coexistir a justiça restaurativa com a justiça penal, e que esta pode se tornar mais eficaz, alcançando-se o acordo restaurativo [Tradução Livre].

Tal justiça, portando, é fruto de uma conjuntura complexa, pois recebeu influência de diversos movimentos: o que contestou as instituições repressivas e mostrou seus efeitos

deletérios (como o abolicionismo²⁷); o que (re) descobriu a vítima (vitimologia²⁸); e o que exaltou as comunidades, destacando suas virtudes.

Não há dúvidas de que as ideias abolicionistas foram importantes em razão de apresentarem críticas às formas de reação ao delito de caráter punitivo e, também, impulsionarem reformas no sistema penal. Entretanto, o radicalismo de suas ideias, tidas como utópicas deu lugar a outras críticas por parte de criminológicos céticos que não acreditam no poder da resolução de conflitos da comunidade e por parte de juristas que alegam que tal modelo suprime os direitos e garantias do acusado existentes no processo penal (LARRAURI, 2004, pp. 439-464).

No que tange à vitimologia, cabe destacar que a vinculação da justiça restaurativa com o movimento das vítimas e a vitimologia, não é total. Não há dúvidas de que existem pontos de contato, como, por exemplo, o incentivo à mediação e à reparação do dano. Contudo, a relação entre esses movimentos deve ser analisada com cautela.

Segundo Jaccoud (2005), essa proximidade deve ser vista com cuidado, pois o “movimento vitimista inspirou a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossou seus princípios nem participou diretamente de seu evento”. Ou seja, não é correto afirmar que a justiça restaurativa seja um movimento restrito às vítimas, visto que se preocupa com elas, mas também com o ofensor e a comunidade envolvida no conflito.

²⁷Segundo LARRAURI (2004, p. 440), as ideias abolicionistas, de maneira ampla, pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, problemas, casualidades, etc. e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda o autor do delito e a vítima. O abolicionismo, portanto, busca a substituição do modelo tradicional de justiça penal, defendendo a recuperação do conflito pela vítima e ofensor, prevendo em alguns casos a intervenção de terceiros como mediadores, sendo estes apenas mediadores vicinais. Propõe que a comunidade recupere sua capacidade de solucionar conflitos ou possa encaminhá-los para o âmbito do direito civil. Uma das críticas feita ao abolicionismo se refere ao fato de que este deixa de participar da tentativa de reformar o direito penal, pugnando somente por sua extinção, o que acarreta o afastamento do movimento abolicionista de outros setores que também compartilham as críticas ao sistema penal, mas tentam propor sua melhoria e limitação por acreditar na impossibilidade de sua extinção. Entretanto há que se referir que este afastamento não permaneceu por completo. Às críticas abolicionistas ao sistema penal acrescentaram propostas de alternativas e outros modelos de regulação de conflitos, com a inclusão da vítima na negociação para resolver o conflito e a busca da reforma do ofensor.

²⁸O que a vitimologia trouxe a tona é que o atual sistema de justiça penal ignora a vítima e suas necessidades, já que as vítimas, muitas vezes, querem apenas que o dano seja ressarcido, que o ofensor lhe dê explicação para que possa compreender o ocorrido, ou, ainda que receba um pedido de desculpas e, com isso, atue de forma a revitimizá-la, deixando-lhe a única saída: recorrer ao processo penal e pedir a punição do ofensor e com isso satisfazer-se, mesmo sem ter participado ou contribuído para o processo e seu desfecho, pois, “cultural o simbolicamente sentirá que se hizo justicia si es que la sentencia es favorable” (NEUMAN, 2005, p.33).

2.1 Teorias da Justiça Restaurativa e seus principais objetivos

Partindo-se da constatação de que o problema da violência e da criminalidade está aumentando em virtude de uma multiplicidade de fatores, tais como: desigualdade social, falta de oportunidade, insuficiência do Estado (ausência de controle da natalidade, educação, saúde etc.) e que o sistema penal convencional não está apto a resolver tais demandas, foi preciso buscar alternativas, ou seja, fazer algo melhor do que o Direito Penal, ao invés de fazer do Direito Penal algo melhor.

Um dos fatores explicativos da crise de legitimidade do sistema penal reside na evidente incapacidade para dar resposta satisfatória aos requerimentos da coletividade e das vítimas frente ao conflito delitivo, bem como nas consequências destrutivas, tanto físicas quanto mentais, que geram a pena de prisão nas pessoas condenadas. Atrelado a estes fatores, surge novo paradigma de justiça penal (Justiça Restaurativa), como forma alternativa de resolução de conflitos.

Diante de tais demandas, em 1977 foi publicado o artigo *Conflicts as Property*²⁹ de Nils Christie³⁰, em que ele argumentava a necessidade de estabelecer uma alternativa ao sistema penal tradicional que permitisse uma solução diferente em relação aos conflitos.

Este trabalho teve consequências importantes que motivaram reformas legais na Noruega, país onde foi lançada a obra, bem como nos demais países do mundo, com o aparecimento do movimento Justiça Restaurativa. Christie defendia em sua obra a ideia de uma alternativa, onde as partes em conflito pudessem participar ativamente no processo, encontrando solução para seus problemas. Ele fortalecia a ideia de revitalizar a comunidade como instrumento de pacificação e participação cidadã nos conflitos comunitários.

²⁹ Publicado em janeiro de 1977, no *The British Journal of Criminology*, o artigo é uma apresentação inicial e breve de ideias que seriam desenvolvidas em seus trabalhos futuros. A ideia central do artigo trata do afastamento dos conflitos do âmbito dos envolvidos, em razão da sociedade, devido a sua organização moderna, sustentar uma estrutura que mascara a ocorrência de conflitos e concede o monopólio de seu controle aos profissionais (no caso, aos advogados e criminologistas). Christie desenvolve sua ideia de afastamento de conflito apresentando um pequeno julgamento ocorrido na Tanzânia. São cinco os pontos importantes tirados dessa experiência; As partes eram o centro das atenções; falavam frequentemente e eram ouvidas; Existiam pessoas próximas a eles que interferiam sem, entretanto, tomar posse da discussão; Existia uma interação do público no geral; Os juízes eram extremamente passivos, reconhecendo que não possuíam o conhecimento específico das relações daquele conflito. CHRISTIE, Nils. **Conflicts as property**. The British Journal of Criminology. Volume 17, n. 1, jan. 1977. In: SANTOS, Claudia. **Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 71, mar/abr., 2008, p. 32.

³⁰Nils Christie, sociólogo e criminologista, norueguês, professor emérito de Criminologia na Faculdade de Direito de Oslo. É autor de mais de 30 livros relacionados à criminologia e sociologia. Os principais temas abordados pelo autor referem-se ao conceito de crime e ao controle de criminalidade, na perspectiva de análise social.

Em seguida, surgiram outros trabalhos, como *Retributive Justice, Restorative Justice, Alternative Justice Paradigm* (1985)³¹, escrito por Howard Zehr, apresentando o modelo de Justiça Restaurativa como paradigma alternativo de Justiça, com os benefícios para as vítimas e para os delinquentes, pressupondo a admissão da responsabilidade do fato e a reparação do dano causado.

Zehr (2008) não desenha uma teoria articulada, ainda que proponha determinadas ideias sensibilizadoras. Para ele, o modelo concreto atual de justiça penal é retributivo e baseado na afirmação de que o delito é uma ofensa contra o Estado. Desta forma, questiona tal modelo, propondo mudança de paradigma, tendo em conta exemplos do passado, do sistema japonês e diversas experiências de reconciliação. Portanto, para construir uma nova realidade deve-se entender o delito primeiramente como uma ofensa contra uma pessoa. O elemento fundamental da sua proposta é uma Justiça Restaurativa, que constitui a busca da reparação da vítima, junto com a atenção às necessidades e responsabilidades do infrator e da comunidade.

Nesse sentido, Marshall (2004) afirma que a Justiça Restaurativa parte das premissas de que o crime é originado das condições sociais e das relações dentro da comunidade; que a prevenção do crime depende em parte da assunção de responsabilidade pelas comunidades em conjunto com os governos competentes pelas políticas sociais adotadas; que as consequências do crime não podem ser totalmente resolvidas pelas partes sem que seja facilitado o envolvimento pessoal delas; que as medidas de justiça devem ser flexíveis o suficiente para responder a exigências particulares, necessidades pessoais e com potencial de ação em cada caso; que a parceria e objetivos comuns entre as agências de justiça e delas com a comunidade são essenciais para otimizar a eficiência e eficácia; e que a justiça consiste em uma abordagem balanceada na qual um objetivo único não pode dominar os outros³².

Para esse autor, um dos pontos mais significativos da Justiça Restaurativa envolve a mudança na visão do crime, que deve ser entendido em seu contexto social. Propõe-se, assim,

³¹ HOWARD, Zehr (1985). "**Retributiva Justiça, Justiça restauradora.**" **Novas Perspectivas sobre Crime e Justiça**. Akron, PA: Escritório do Comitê Central Menonita de Justiça Criminal. Disponível em <<http://www.justiciarestaurativa.org/www.restorativejustice.org/articlesdb/articles/1051>>. Acesso em: 05 ago. de 2016.

³² MARSHALL considera que a Justiça Restaurativa não compreende uma prática específica, mas um conjunto de princípios orientadores para diversas experiências de qualquer agência ou grupo em relação ao crime. Destaca os seguintes princípios: (a) criação de espaço para o envolvimento pessoal dos principais interessados, notadamente o ofensor e a vítima, mas também seus familiares e comunidades; (b) a visão do crime em seu contexto social; (c) a resolução do conflito orientada para o futuro; e (d) flexibilidade da prática restaurativa. Marshall *apud* LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ALVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004. págs. 439-464

o distanciamento da visão tradicional de crime como violação das regras impostas pelo Estado, passando-se a focar nas pessoas envolvidas e nos danos gerados por esse conflito social. A orientação da resolução do conflito volta-se, portanto, para o futuro e não mais para o passado, como retribuição por ato passado, que prevalece na justiça tradicional.

Em linhas gerais, a justiça restaurativa guia-se a partir das seguintes premissas: (a) crime causa danos e a justiça deve focar na reparação deles; (b) as pessoas mais afetadas pelo crime devem ter a oportunidade de participar da sua resolução; (c) a responsabilidade do Estado é manter a ordem e o da comunidade é construir paz.

Os objetivos principais da justiça restaurativa envolvem atender necessidades da vítima, em seus aspectos material, financeiro, emocional e social; estimular que o ofensor assuma responsabilidade por suas ações; e buscar a pacificação social por meio de mecanismos não-violentos.

Marshall aponta ainda, como objetivo do modelo restaurativo, recriar uma comunidade que dê suporte à reabilitação de ofensores e vítima e que seja ativa na prevenção de crimes. A prevenção e diminuição da reincidência são apontadas como um dos objetivos primários da justiça restaurativa, como reparação e possibilidade de transformação da situação futura.

No entanto, Zehr (2008) sustenta de forma enfática que esses não são os objetivos do modelo. Apresenta a visão do processo restaurativo a partir de três pilares que devem ser considerados: o dano cometido; as necessidades e as obrigações decorrentes do ato lesivo; e o engajamento e a participação dos envolvidos.

Assim, o foco primeiro deve estar no dano vivenciado pela vítima, mas com atenção às causas que deram origem a ele. Outra preocupação do processo restaurativo está na imputação e responsabilização do autor do dano, de modo que ele compreenda as consequências de seu comportamento e assuma a responsabilidade de reparar o dano, na medida do possível.

Por fim, mas não menos importante, é imprescindível no processo a participação e envolvimento de todas as partes afetadas pelo dano (vítimas, ofensores e membros da comunidade), no sentido de chegarem a uma solução e dar fiel cumprimento às medidas acordadas.

2.1.1 A Proposta da Justiça Restaurativa como Cultura da Paz.

A esse respeito, Rolim (2006) levanta algumas questões.

E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento do sistema punitivo? Se, em vez de

reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamento tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de justiça criminal? Seria possível imaginar uma justiça que estivesse apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores à sociedade? Seria possível imaginar uma justiça que, atuando além daquilo que se convencionou chamar de ‘prática retributiva’, trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? Os defensores da justiça restaurativa acreditam que sim.

Nesta lógica, a justiça restaurativa, embora embasada em pressupostos de teorias abolicionistas, não é o abandono do modelo punitivo tradicional. A aceitação da justiça restaurativa passa por uma necessária quebra do paradigma punitivo no tocante à ideia da existência de uma necessária intervenção penal em todas as situações conflito por ele tuteladas.

A proposta do modelo de justiça restaurativa propõe uma reapropriação do conflito pelos sujeitos envolvidos e tradicionalmente alijados do processo da solução do problema.

Importante destacar que não se pretende a substituição de um sistema punitivo por um modelo novo de justiça, mas a sugestão de se conciliar instrumentos de ambos, no intento de dar sustentáculo a uma nova forma de se “retribuir” ou ressocializar o autor de um fato tido como criminalmente reprovável.

Para Sica (2007, p.34)

É importante frisar que a justiça restaurativa não é um modelo substituto ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações - limite.

Por outro lado, deve-se ter em mente que para que haja inserção de uma justiça alternativa, admitindo a sua coexistência com o atual modelo punitivo, este deverá dar margem ao rompimento do seu padrão atual, no que diz respeito à sua política de enfrentamento e punição da criminalidade, mudando de maneira substancial o seu conjunto de norma previamente estabelecida.

Assim, segundo este autor, sugere-se a reformulação das técnicas e experiências empreendidas como tentativa de restabelecer a paz e regular a convivência humana. Mostra ser conveniente, portanto, a quebra de métodos e vias de soluções da justiça punitiva, em nome de uma justiça reparativa, casuística, coletiva e conciliadora, que seja capaz de buscar soluções para os diversos conflitos existentes na sociedade, procurando reforçar o sentimento coletivo de segurança e paz sociais.

A quebra do atual paradigma não importaria dizer que suas bases metodológicas estariam fadadas ao desaparecimento, mas sim a uma completa reformulação em sua concepção, enquanto instrumento repressor para dar lugar a uma justiça criminal participativa.

Contudo, não é uma tarefa fácil empreender uma mudança nos postulados de uma justiça estruturalmente enraizada, haja vista a existência de alguns fatos que dificultam a implantação de novo modelo jurídico cultural.

Aliás, conforme preconiza Sica (2007, p. 25),

O que se percebe é a preocupação com a (re) legitimação do sistema de justiça: (...); a informalização no sentido de evitar as cerimônias degradantes do processo penal e a liturgia incompreensível para a população e, principalmente, o estabelecimento de uma linguagem, de um procedimento comunicativo de integração, não de distanciamento.

Portanto, embora o modelo restaurativo proponha um novo paradigma de justiça criminal, rompendo com a lógica do modelo anterior, ela não o nega e o desconstitui na medida em que é viável a coexistência de ambos. Tal fato evita discussões em torno da necessidade de manutenção do tradicional sistema penal. Portanto, qualquer tentativa de argumentação contra a justiça restaurativa nesta linha de raciocínio será desprovida de sentido.

Entende-se a justiça restaurativa como um modelo de justiça que procura formular soluções para os inúmeros problemas gerados pelo fenômeno criminal, utilizando-se de um processo voluntário, consensual, onde infrator e vítima, e comunidade, participam ativamente objetivando construir soluções para reparar o mal causado pela prática do ilícito, restaurando, conseqüentemente, a paz social.

A justiça restaurativa parte da noção de democratização na gestão pública do crime, ainda propicia a reinserção da comunidade na discussão em torno da administração da justiça. E ainda há que se considerar que o modelo restaurativo está em perfeita consonância com a finalidade buscada pelo sistema penal, que é a garantia da convivência pacífica e harmônica entre os indivíduos.

No que tange aos delitos praticados contra o meio ambiente, a aplicação de métodos restaurativos, em complementação as penas alternativas da Lei 9099-95, proporcionará, como já dito, a reconexão dos laços sociais rompidos pela prática da conduta em desfavor ao meio ambiente, dando-se a oportunidade de ouvir os envolvidos no conflito, onde o meio ambiente será representado pelo Promotor de Justiça, viabilizando a construção de uma solução mais adequada para o meio ambiente fragilizado.

Assim, entende-se que a proposta de justiça restaurativa é plenamente compatível com o propósito penal buscado em um Estado Democrático de Direito, não existindo a princípio razão para limitar a sua prática aos delitos ambientais, viabilizando a cultura da Paz social.

Mas o que se pode entender por cultura da paz?

Aqui empregamos a definição da ONU sobre cultura da paz, por sua completude, como sendo:

Conjunto de valores, atitudes, comportamentos e modos de vida que rejeitam a violência e previnem os conflitos, atacando suas causas para resolver os problemas através do diálogo e negociação entre indivíduos, grupos e nações³³

Em relação ao modelo de Justiça Restaurativa, o próprio instituto, se é que se pode chamar assim, é denominado de “cultura da paz”, significando, no Brasil, a busca de uma espécie de conciliação entre vítimas e agressores em casos de crimes de pouco poder ofensivo.

Com este cuidado, a Justiça Restaurativa associada à “Cultura de Paz” há de ser considerado um caminho seguro e efetivo para sua implantação transformadora, em especial aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, eis que os princípios fundantes da Justiça Restaurativa mesclam-se com os princípios norteadores da Cultura de Paz.

2.1.2 Abordagem Conceitual e seus Princípios (ou valores) informativos.

A justiça restaurativa, mesmo após pouco mais de 20 anos de experiências e debates, não tem um conceito definido. O mais correto, frente a sua diversidade de orientações, práticas e fins, é considerá-la como um modelo “eclodido” (JACCOUD, 2005). As mesmas dificuldades e complexidade observadas na definição da justiça restaurativa também atingem os objetivos deste modelo, direcionados à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção e a reincidência³⁴.

A falta de definição e a variedade de objetivos promovem duas críticas pertinentes: (1) cria-se o risco de que práticas que não respeitem os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e (2) dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles.

Larrauri (2004) afirma que a despeito da dificuldade conceitual existe algum consenso entre boa parte dos autores que trabalham sobre o tema, no que diz respeito à definição apresentada por Marshall (2004). Segundo esse autor, a “justiça restaurativa é um processo pelo

³³ RESOLUÇÕES DA ONU A/RES/52/13: Cultura de Paz, e A/RES/53/243. Declaração e Programa de Ação Sobre uma Cultura de Paz.

³⁴ Como argumenta Pallamolla (2009, p. 53), a grande discussão é travada com relação à avaliação da redução ou não da reincidência como um objetivo da justiça restaurativa. Robinson e Shapland argumentam que seria inútil esperar que a utilização de encontros restaurativos reduza a reincidência. Assumir tal meta também poderia retirar a importância de outros objetivos mais importantes desta justiça, como os que se centram nas necessidades das vítimas. Pode-se, contudo, considerar a justiça restaurativa como um meio que facilita e encoraja o ofensor a não voltar a cometer delitos sem, todavia, estabelecer esse desfecho como uma finalidade ou objetivo da justiça restaurativa.

qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa juntam-se para resolvê-la coletivamente e tratar suas implicações futuras”.

Jaccoud (2005) define a justiça restaurativa de outra perspectiva, apontando para a participação das partes e para os fins pretendidos por um processo restaurativo: trata-se de uma aproximação para os fins pretendidos por um processo restaurativo: trata-se de uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.

Vale lembrar que toda nova ideologia traz em seu bojo as dificuldades de definição, aplicabilidade e aceitação. A conceituação da Justiça Restaurativa não é tarefa fácil. Conforme mencionam, muito apropriadamente, Slakmon, De Vitto e Gomes Pinto (2013), que o conceito de justiça restaurativa, como paradigma novo, ainda é algo inconcluso, que só pode ser captado em seu movimento de construção.

Não há uma definição exata do que é a Justiça Restaurativa, haja vista este ser um modelo relativamente novo³⁵, ainda em construção, que não tem um padrão único consolidado. Tem-se apenas uma gama de valores e princípios típicos que devem ser observados para que se possa afirmar que determinado projeto está situado num contexto restaurativo.

Os autores acima citados afirmam tratar-se de um conceito intrinsecamente complexo e aberto. Porém, avançam com um conceito preliminar, ou seja, que a justiça restaurativa pode ser definida como um procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a restauração dos traumas e perdas causados pelo crime.

Nesta perspectiva a Justiça Restaurativa pressupõe dois aspectos centrais.

Primeiramente, a mudança no procedimento de se lidar com o crime, para que o processo penal não promova a exclusão e a estigmatização, mas, pelo contrário, para que ele seja um instrumento de inclusão e empoderamento das partes, sempre atento às garantias e direitos fundamentais.

Em segundo, implica na alteração dos valores que fundamentam o sistema penal, para que ele não seja conduzido pelo desejo de vingança e retribuição do mal, porém pelo anseio de

³⁵Jaccoud (2005, p. 166) nos ensina que, a partir da metade dos anos 70, houve as primeiras experiências piloto de aplicação do modelo restaurativo no mundo, as quais foram institucionalizadas na década de 80, tendo a fase de expansão da Justiça Restaurativa se dado apenas na década de 90. Daí, concluímos que, de fato, a Justiça Restaurativa é um movimento relativamente novo.

reconciliação e reparação. Pressupõe-se que acrescentar um mal a outro mal não o transforma em bem, sendo preferível primar por um ambiente de reconstrução social.

Saliba (2009), neste sentido, entende que um conceito é necessário, apesar de toda a problemática que ele apresenta, mas visando a abertura de um processo crítico. Assim, para esse autor, a justiça restaurativa pode ser conceituada como: processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação. A Organização das Nações Unidas – ONU – define Justiça Restaurativa da seguinte forma.

A Justiça Restaurativa refere-se ao processo de resolução do crime focando em uma nova interpretação do dano causado às vítimas, considerando os ofensores responsáveis por suas ações e, ademais, engajando a comunidade na resolução desse conflito. A participação das partes é uma parte essencial do processo que enfatiza a construção do relacionamento, a reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor. (...) Através deles, a vítima, o ofensor e a comunidade recuperam controle sobre o processo. Além disso, o processo em si pode frequentemente, transformar o relacionamento entre a comunidade e o sistema de justiça como um todo [Tradução livre]³⁶.

Analisando as definições acima descritas, percebemos que, sob as lentes da Justiça Restaurativa, como já brevemente exposto, o crime não é concebido como um evento que viola o Estado, a sociedade – em seu sentido abstrato – ou a ordem jurídica, mas como lesão às pessoas e às suas relações intersubjetivas.

Nesse sentido, a proposta da Justiça Restaurativa é a construção de um sistema que trabalhe no processo de busca de alternativas capazes de promover a reparação dos danos ou “cura” das feridas causadas pela situação danosa, com enfoque em todas as partes afetadas, ou seja, em vítima, ofensor e comunidade.

³⁶No original: “Restorative justice refers to a process for resolving crime by focusing on redressing the harm done to the victims, holding offenders accountable for their actions and, often also, engaging the community in the resolution of that conflict. Participation of the parties is an essential part of the process that emphasizes relationship building, reconciliation and the development of agreements around a desired outcome between victims and offender. (...) Through them, the victim, the offender and the community regain some control over the process. Furthermore, the process itself can often transform the relationships between the community and the justice system as a whole” (UNITED NATIONS. **Office on Drugs and Crimes. Handbook of Restorative Justice Programmes.** Criminal Justice Handbooks Series). Disponível em: <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf> Acesso em 03 de set. de 2016.

2.1.3 Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva - Modelos de reação ao Delito.

Posteriormente à conceituação da justiça restaurativa e os valores que o sustentam, é preciso discutir esse modelo como da justiça retributiva com vistas a ponderar se ambos são totalmente excludentes e possuem formas absolutamente diferentes de lidar com o delito, ou se possuem pontos de aproximação, podendo-se utilizar a justiça restaurativa dentro do sistema de justiça criminal ou somente fora dele.

A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo está embasada no saturado sistema penal, ante sua crise e a consequente deslegitimação. Hodiernamente, o regime penal se caracteriza por consagrar o sistema retributivo baseado no delito como ofensa à seguridade social ou existência do Estado, e não como ofensa a pessoas e sua convivência pacífica.

O sistema penal retribucionista, como argumenta Rolim (2006), tem uma dinâmica que potencializa a problemática situação atual que envolve o delito, resposta estatal e sociedade.

A justiça criminal não funciona. Não porque seja lenta ou – em sua opção preferencial pelos pobres – seletiva. Mesmo quando rápida e mais “abrangente” ela não produz justiça pois sua medida é o mal que oferece àqueles que praticam o mal. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado as representa porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso o centro das atenções é o réu, a quem é facultativo mentir em sua defesa. A vítima não será de fato conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de suas ações.

Para Zehr (2008), essa forma de fazer “justiça”, típica da modernidade, identifica determinada conduta como crime partir de pressupostos que conferem base à reação do delito. Estes pressupostos largamente presentes nas sociedades contemporâneas vinculam-se ao paradigma da justiça retributiva e apresentam a seguinte ideia de crime e de justiça: a justiça deve vencer, e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime.

Apesar de hoje ser sustentado por alguns que a justiça restaurativa não está em plena oposição ao modelo de justiça criminal, como supunha Zehr na década de 90 ao escrever *Changing Lenses*, ainda é válida sua análise quanto às características fundamentais do modelo retributivo no que tange as suas noções de crimes e justiça, referidas acima.

Assim com relação ao estabelecimento da culpa, Zehr refere que esta é o fulcro do processo penal. As regras do processo e sua rigidez são voltadas para o perfeito estabelecimento da culpa, mas depois desta ter sido estabelecida, as garantias processuais e os direitos são

negligenciados, resultando em menor atenção ao desfecho do processo (pena). Ademais, a preocupação direcionada a culpabilização do infrator é voltada para o passado, pois se tenta “reconstruir” o fato pretérito para saber se o sujeito cometeu delito, para então estabelecer sua culpa.

A abolição do sistema, todavia, não é defendida, e sequer aceita como possível, porque numa época de “modernidade tardia” ou “pós-modernidade” os conflitos sociais exigem medidas amargas para pacificação e manutenção da liberdade dentro dos grupos sociais. Ainda não se vislumbra algo melhor que o Direito penal, porém se pode vislumbrar medidas alternativas e complementares como indispensáveis ao Estado Democrático de Direito.

Segundo Saliba (2009), a justiça restaurativa é uma das opções ao sistema penal tradicional, que não o elimina, mas que mitiga seu efeito punitivo e marginalizador, em respeito à dignidade da pessoa humana e aos Direitos humanos.

Para esse autor a modernidade afastou qualquer consenso ou participação da comunidade nas decisões da justiça penal, com raras e limitadas exceções³⁷, sob o argumento da cientificidade dos julgamentos penais. Houve dentro desse projeto a negação de todas as demais formas de justiça, aceitando-se só aquela ditada, monoliticamente, pelo Estado.

O cerne do embate entre a proposta restaurativa e o sistema tradicional encontra-se na afirmação dos defensores do primeiro pensamento de que no segundo se processa a um “roubo do conflito” entre as pessoas envolvidas na questão criminal. Essa expressão é original do sociólogo e criminólogo norueguês, Nils Christie, mais especificamente no bojo de um artigo seu publicado sob o título “*Conflicts as Property*” (2008, p. 32).

Todo fundamento crítico está na ideia de que o crime é essencialmente um conflito intersubjetivo, “interpessoal”, de forma que a solução deve ser procurada entre essas pessoas envolvidas e não advir de uma autoritária e heterônoma intervenção estatal.

Segundo Pallamolla (2009), a resposta do processo penal dicotomiza e simplifica a realidade na medida em que somente poderá haver a condenação ou absolvição de um cidadão. A culpa e a inocência, portanto, serão sempre excludentes. A todos estes problemas relativos a culpa, somam-se as questões do estigma e a visão moralista a respeito do infrator. Ter cometido um delito passa a ser uma qualidade da pessoa, que se torna um criminoso. Esta etiqueta

³⁷O procedimento do Tribunal do Júri é apontado como exceção de participação direta da sociedade na decisão da justiça penal, sendo inclusive denominado por Tribunal Popular. Todavia, o procedimento de exposição e marginalização das partes é acentuado, pois o desviante, não raras vezes, é exposto à sociedade em uniformes prisionais que o despersonalizam, acompanhado de agentes policiais que lhe transferem uma ideia de periculosidade e num teatro punitivo provocador de sua morte social. A complexidade e as técnicas usadas no procedimento afastam ainda mais a compreensão social, restando um limitado campo de participação consciente.

permanecerá aderida à pessoa mesmo depois desta ter cumprido sua pena, ou seja, ter “pago sua dívida” com a sociedade.

Esta forma de fazer justiça por meio de simplificações também relaciona a justiça diretamente com a imposição de dor. O delito é visto como dívida moral que deve ser paga à sociedade por meio da justiça e da punição por ela estabelecida. “É como se existisse uma balança metafísica no universo que foi desequilibrada e precisa ser corrigida” (ZEHR, 2008).

A função preventiva da pena de prisão também é um argumento utilizado e repetido desde longa data pelos penalistas para legitimar o sistema penal e a pena de prisão, sem que, contudo, tenha a criminologia obtido êxito em provar que a pena previne delito. Nesse sentido, esclarece Larrauri (1997).

Na verdade, uma das questões mais questionáveis e discutidas é a capacidade do direito penal para prevenir crimes e possibilidade de comprovar empiricamente que qualquer diminuição da criminalidade devido à existência ou gravidade de um em vez de, valor social cultural, econômico outra ou natureza³⁸ [Tradução Livre]

Ademais, o processo penal afasta da justiça a vítima, o ofensor e a comunidade afetada pelo delito. O foco não está no dano causado à vítima ou na experiência desta e do ofensor no momento do delito, mas sim na estrita violação à lei, já que a vítima passa a ser o próprio Estado que detém o poder exclusivo de reagir.

Assim, com base na análise feita por Zehr a respeito da forma retributiva de ver o delito, nas características do modelo restaurador estabelecidas pelo mesmo autor, bem como nos apontamentos feitos por Johnstone³⁹, quanto ao modelo retributivo, enumera-se as principais características da justiça retributiva, em contraposição ao modelo da justiça restaurativa:

- a) foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos;
- b) analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime;
- c) Estado passa a ser vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não queira. Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor;
- d) terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. É-lhe imposta

³⁸ Original: “en efecto, una de las cuestiones más dudosas y discutidas es la capacidad del derecho penal para prevenir delitos y la posibilidad de comprobar empiricamente que cualquier disminución del delito obedece a la existencia o severidad de una pena en vez de a factores sociales, culturales, económicos o de otra índole”. LARRAURI, Elena. **Criminología crítica: Abolucionismo y garantismo**. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Boletín Oficial del Estado, n. L, jan. 1997, pp.133-168.

³⁹ JOHNSTONE, 2003, p.9-11 *apud* ROLIM. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. 2016, pp.239-240.

alguma perda ou sofrimento;

e) este processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável da reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente por toda a vida, mesmo depois de ter 'pago sua dívida com a sociedade';

f) em razão dos danos causados por esta resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças;

g) os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa.

Assim, a questão é se realmente a justiça restaurativa encontra-se, em plena oposição à justiça retributiva, e se essa dualidade é ainda pertinente.

A esse respeito, Roche (2007) considera que a polarização entre justiça restaurativa *versus* justiça retributiva pode ocasionar uma série de problemas: a desconsideração da complexidade dos processos de punição fora do sistema de justiça; a simplificação do modelo retributivo – que igualmente não é uniforme –, que fica reduzido à vingança, mas na verdade está adstrito a limites, ademais de atuar, em muitos países, com a justiça restaurativa inserida no sistema de justiça criminal; o incentivo à conclusão de que tudo que não for justiça restaurativa é ruim; a crença na possibilidade de se extinguir qualquer retribuição e punição do sistema de justiça; etc.

Nesse sentido o autor adverte para o fato de que, a justiça restaurativa também representa uma forma de punição, pois ainda que o ofensor possa optar pelo sistema de justiça criminal tradicional ou pelo restaurativo, ele não pode optar por não responder de alguma forma ao delito/dano cometido. Assim, a voluntariedade do ofensor em participar de um processo restaurativo tampouco é suficiente para afastar o caráter impositivo da reparação, pois o ônus suportado pelo ofensor permanece.

Soma-se a isto o fato de que algumas pesquisas, segundo Roche (2007), apontam que nem sempre as conferências restaurativas alcançam a reconciliação, podendo propiciar, também, oportunidades para que as pessoas punam e magoem umas às outras, havendo evidências que apontam que ambas as partes participantes se percebem envolvidas num processo de punição.

Apesar da diferença entre a imposição da punição pela justiça criminal tradicional e a negociação da sanção reparadora pelas partes na justiça restaurativa, esta última para Roche, também é retributiva, na medida em que se ocupa de forma prioritária a responder ao delito cometido, e uma vez que a reparação representa uma maneira de comunicar, uma atitude escusatória por erro que ocorreu.

Este mesmo autor afirma que até mesmo Zehr, alguns anos após a publicação de *Changing Lenses*, chegou a reconhecer alguns pontos de conexão entre a justiça restaurativa e

a retributiva. Refere o autor que tanto uma justiça quanto a outra se assentam sobre o juízo moral de que o 'equilíbrio' foi quebrado pelo delito. Por isso a vítima merece algo e o ofensor deve algo. E ainda, afirma que ambos os modelos também referem que deve haver proporcionalidade entre o ato cometido e a responsabilidade decorrente dele.

No entanto, é oportuno destacar que Zehr acertadamente mantém a distinção entre as duas justiças quando analisa a resposta de cada uma ao delito.

A justiça retributiva acredita que a imposição da pena (sofrimento) irá vindicar a vítima, quando na verdade ela é contraproducente tanto para a vítima quanto para ofensor. Já a justiça restaurativa acredita que o que realmente vindica a vítima é o reconhecimento de suas necessidades e danos, somados ao encorajamento do ofensor para assumir a responsabilidade pelo ato, reparar o dano e apontar os motivos de seu comportamento.

O que de fato pode-se esperar da justiça restaurativa, segundo Braithwaite, é que através do empoderamento dos cidadãos participantes (que deveria ser um valor mais importante do que o não-punitivismo) aqueles punitivistas tornem-se menos punitivos, uma vez que a justiça restaurativa, na sua visão, permite resultados punitivos, desde que não excedam os limites impostos pela lei e não violem direitos humanos (PALLAMOLLA, 2005, pag. 78).

2.1.4 A Lei nº 9.099/95 - Juizados Especiais Criminais - Mitigação ao Princípio da Obrigatoriedade penal.

Devidamente delimitados os aspectos essenciais concernentes à Justiça Restaurativa, bem como seus princípios e fundamentos ideológicos básicos, resta-nos sinalizar as possibilidades de aplicação desse modelo de justiça no sistema brasileiro de resolução de conflitos.

Diante das mudanças sociais, das novas tecnologias, da quantidade excessiva de tipos penais, do fracasso do caráter ressocializador das penas privativas de liberdade, da morosidade do Poder Judiciário, da falta de respostas para os problemas e, portanto, da crise do Direito e do Sistema Penal, têm-se buscado novas soluções e alternativas para revolucionar o controle igualitário no panorama jurídico brasileiro.

Segundo Sica (2007), o Brasil não possui uma opção político-criminal solidamente pensada e definida. Ao mesmo tempo em que adota medidas duras, demonstrando a sua

influência por doutrinas autoritárias, como do Movimento de Lei e Ordem⁴⁰, por outro lado, também constrói mecanismos e institutos processuais que espelham a busca por uma ordem penal consensual, com vistas a, entre outros, oportunizar que a vítima seja inserida no processo penal, reparar os danos causados, diminuir a aplicação de penas privativas de liberdade.

Basta verificarmos, por exemplo, que, a partir dos anos 90, vimos surgir uma série de medidas que se caracterizaram pela sua tendência, segundo Gomes e Molina (2006, p. 453), “paleorrepressivas”, como a edição da lei de crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990), a de combate ao crime organizado (Lei n. 9.034/1995), o endurecimento das penas, novas tipificações penais, o agravamento da execução penal – em 2003, com a edição da Lei n. 10.792, foi instituído o controvertido regime disciplinar diferenciado –, entre outras.

Compreendemos que esse endurecimento penal se deu pela escolha de uma política criminal influenciada pela ideologia que, diante do atual cenário de exacerbação dos índices de violência, apenas por meio do rigorismo penal, é possível ser propiciada a sensação de segurança à população.

Para tanto, o Estado tem adotado medidas de cunho fortemente estigmatizante, que cada vez menos se preocupam com a legitimação da intervenção penal. Contudo, de forma diametralmente oposta, o Brasil tem também desenvolvido medidas que aparentam tentar dar um retorno às reivindicações lançadas pela moderna criminologia, que tem denunciado a falência das penas de prisão, a necessidade de se construir um modelo menos vindicativo e mais comunicativo e resolutivo, a urgência de se prever mecanismos que facilitem a reparação dos danos sofridos pela vítima, entre outros.

Refletem essa política criminal atenta aos anseios criminológicos a edição das Leis n. 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Criminais e submeteu a um rito diferenciado os crimes considerados de menor potencial ofensivo, possibilitando, por exemplo, que procedimentos conciliatórios causem a extinção da punibilidade; a Lei n.º 9.714/1998, que estendeu o rol das penas restritivas de direito e aumentou as possibilidades de sua aplicação em substituição às privativas de liberdade; bem como a edição da Lei n. 10.259/2001, que ampliou o leque de crimes considerados de menor potencial ofensivo.

⁴⁰Segundo Andrade (2007, p. 8), esses movimentos “respondem ao problema da criminalidade violenta, seja individual ou organizada e da ‘segurança pública’ (‘alarme da criminalidade’), especialmente nos grandes centros urbanos, com a demanda pela radicalização repressiva. Que vai, se acrescente, desde um incremento do discurso da retribuição e prevenção geral negativa (aumento do quantum das penas, restrição de garantias processuais, maximização do aparelho policial etc.) até o apelo à prevenção especial negativa (neutralização e incapacitação dos criminosos mediante prisão de segurança máxima, prisão perpétua e pena de morte).

Apesar de não ser o objetivo da presente pesquisa discorrer sobre a temática, tais apontamentos, embora superficiais, são suficientes para demonstrar que o Brasil tem guiado a sua forma de intervenção penal por duas ideologias, aparentemente antagônicas: uma que prega o rigorismo penal e outra que clama por um direito penal menos estigmatizador e mais resolutivo.

Neste sentido, é nesta última corrente que se insere a Justiça Restaurativa. Conforme preconiza a Organização das Nações Unidas, os programas restaurativos podem estar situados dentro do sistema criminal estatal ou paralelo a ele⁴¹. A opção por um desses modelos dependerá de questões políticas e culturais, como, por exemplo, a aceitação e o apoio das agências penais, a existência de organizações comunitárias com respaldo social, as diretrizes da política de segurança pública seguida pelo governo, entre outros.

Os programas restaurativos inseridos no sistema criminal estatal e os situados fora dele têm seus pontos fortes e suas limitações. Enquanto os projetos incorporados ao sistema penal podem, por exemplo, ter seus princípios desvirtuados, como a mitigação da autonomia das partes face às características centralizadoras do Estado, os programas sem vínculo com o sistema penal, por sua vez, podem ter um déficit de legitimidade perante a comunidade que inviabilize o seu sucesso.

Assim, muito embora não tenhamos a pretensão de nos posicionarmos sobre qual das alternativas mostra-se mais adequada para a realidade brasileira, frisamos que, ao menos em tese, os programas restaurativos podem ser inseridos no sistema criminal aos delitos de menor potencial ofensivo da Lei 9099/95, mais precisamente nos delitos de menor potencial ofensivo nos crimes ambientais da Lei 9605/98.

Assim, convém destacar que o legislador constituinte ao elaborar a Constituição de 1988 inseriu um dispositivo⁴² que aponta para uma conclusão incontestável: é necessário instituir mecanismos diferenciados de resolução de conflitos no sistema brasileiro, como forma de proporcionar uma maior satisfação aos demandantes, independentemente da natureza do conflito.

Nesse sentido, abordamos a experiência legislativa que causou impacto significativo na forma como o Estado brasileiro administra os conflitos penais na contemporaneidade:

⁴¹ UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. **Handbook of Restorative Justice Programmes**. p. 44.

⁴² Art. 98, CF/1988: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e Leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

nomeadamente, os casos da Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Com a sua entrada em vigor, houve a instituição de um mecanismo informal de administração de conflitos que, ao regulamentar a simplificação do procedimento legal de apuração de delitos, objetivava acelerar a resolução do caso e oportunizar o entendimento entre a vítima e o ofensor, inserida em um contexto de minimização do direito penal, que tinha como objetivo reduzir a incidência do direito penal em casos envolvendo delitos de reduzida potencialidade ofensiva.

Pautados pela informalidade e pela celeridade no processamento de delitos de menor potencial ofensivo, os juizados especiais criminais alteraram o panorama da política criminal brasileira⁴³ e proporcionaram aos atores jurídicos envolvidos que atuassem de forma menos repressiva, priorizando a conciliação entre as partes.

Os juizados especiais criminais (JECrim), implementados no Brasil a partir da Lei n. 9.099/95 (em cumprimento a mandamento constitucional), significaram, conforme Ada Pellegrini Grinover (2005), a adoção pelo Direito Penal brasileiro das tendências internacionais de utilização da prisão como último recurso, e a ampliação das penas e medidas alternativas.

Recepcionado como “depositário de expectativas de transformação de um obsoleto, seletivo e estigmatizante sistema de justiça criminal”, e como um dos maiores avanços em termos de política criminal, por trazer consigo diversas propostas despenalizadoras, os JECrim são competentes pelo processamento e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo, definidos como aqueles cujas penas máximas não ultrapassem dois anos de prisão⁴⁴, trazendo consigo “as promessas de reduzir a morosidade da justiça, aumentar a aplicação de medidas despenalizadoras e reduzir a impunidade” (GIACOMOLLI, 2006).

Para esse autor, não houve apenas a instituição de uma categoria específica de crimes mais leves, mas a regulamentação de um novo processo penal, específico para estes delitos, com a criação de “um microsistema dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não totalmente independente, pois se aplicam, subsidiariamente, as normas do Código Penal e do

⁴³ AMARAL, Cláudio do Prado. **A Lei n. 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a mulher**. In: REALE JUNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁴⁴ A Lei n. 9.099/95 previa que os crimes de menor potencial ofensivo eram aqueles cuja pena máxima não ultrapassasse um ano de prisão. Esta definição foi modificada pela Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais na Justiça Federal e ampliou este conceito, passando a considerar como de menor potencial ofensivo os crimes cujas penas não ultrapassassem dois anos. Posteriormente, em 2006, a Lei n. 11.313 alterou o dispositivo da Lei n. 9.099/95 e consolidou em dois anos a pena máxima para que um crime seja considerado de menor potencial ofensivo.

Código de Processo Penal”.

Assim, desde a sua concepção, a Lei dos JECrim:

Converge para a expectativa da aplicação razoável do direito penal, ou seja, uma aplicação em condições de respeitar a realidade social, reagindo proporcionalmente aos fatos merecedores de sanção penal e deixando de reagir aos fatos que carecem de dignidade penal, porque podem ser resolvidos sem a aplicação da sanção penal formal e estatal (GIACOMOLLI, 2006, p. 114).

Embora ainda haja alguns entraves para a aplicação de métodos alternativos no âmbito processual penal, reitera-se que a nossa Carta Magna e a Lei 9099/95 avançaram no sentido de permitir a aplicação da justiça restaurativa, mesmo que não explicitamente, nas situações onde vigora o princípio da oportunidade.

Assim é que nos crimes de ação penal de iniciativa privada, sendo disponível e inteiramente a critério do ofendido a provocação da prestação jurisdicional, é possível para as partes optarem pelo procedimento restaurativo e construírem outro caminho, que não o judicial, para lidar com o conflito. O Juizado Especial Criminal é regido, dentre outros, pelo princípio da oportunidade, norteador da ação penal privada.

A lei 9099/95 prevê a composição civil (art.74 e parágrafo único), a transação penal (art.76) e a suspensão condicional do processo (art.89).

Nos termos da referida lei, conforme se demonstrará nesta pesquisa, tanto na fase preliminar quanto durante o procedimento contencioso é possível a derivação para o processo restaurativo, sendo que, nos crimes de ação penal privada e pública condicionada, há possibilidade de despenalização por extinção da punibilidade através da composição civil e, nos casos de ação penal pública, utilizando-se o encontro para, além de outros aspectos da solução do conflito, se discutir uma sugestão de pena alternativa adequada, no contexto do diálogo restaurativo.

Disso resulta que a experiência restaurativa pode ser aplicada na conciliação e na transação penal, a partir do espaço de consenso por ela introduzido, que permite o diálogo restaurativo, inclusive ampliado para contemplar outros conteúdos – emocionais por exemplo – trazidos pelas partes e que podem ser colocados.

Nesta seara, Damásio de Jesus (2005) no artigo científico “A Justiça Restaurativa no Brasil” afirma que

Do modo como o instituto vem sendo aplicado dia-a-dia da Justiça Criminal brasileira, ainda se está longe de atingir o objetivo do legislador. Muitas audiências são realizadas sem a presença efetiva de um Juiz de Direito, e as propostas de transação penal costumam ser padronizadas, na maioria das vezes, consistem no pagamento de cestas básicas a instituições carentes ou assistenciais. Com vontade política e treinamento pessoal especializado, a

par de uma conscientização dos agentes estatais envolvidos no processo, talvez seja possível a utilização dos Juizados Especiais Criminais como porta de entrada para a Justiça Restaurativa no Brasil.

Visando padronizar os procedimentos dos Juizados Criminais e aumentar a qualidade da prestação jurisdicional o Departamento Penitenciário Nacional, em parceria com Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento, elaborou o Manual de procedimentos: Transação Penal, Suspensão Condicional do Processo e Suspensão Condicional da Pena Privativa de Liberdade, no âmbito de Consultoria Nacional Especializada para Formulação de Modelo de Gestão para as Alternativas Penais⁴⁵.

Neste documento foi apresentado um modelo de gestão para os institutos da transação penal, da suspensão condicional do processo e da suspensão condicional da pena privativa de liberdade, considerando na sua elaboração a metodologias, fluxos e rotinas de trabalho, via Central Integrada de Alternativas Penais, com o sistema de justiça e as redes parceiras.

Com visão crítica sobre as possibilidades de abordagens descriminalizadoras previstas em lei e estabelecidas com práticas comunitárias como a justiça restaurativa, foram analisadas cada uma das medidas ou condicionalidades previstas nos institutos penais da transação penal, suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo, inclusive em seus aspectos críticos quanto à sintonia destes tipos penais com os princípios constitutivos do campo das alternativas penais⁴⁶.

Segundo Leite (2015), coordenador do “Modelo e Gestão para as Alternativas Penais”, com o advento da Lei 9.099/05 abriu-se a possibilidade, a partir das medidas despenalizadoras, para a utilização de mecanismos como a mediação e a justiça restaurativa como via de resolução de conflitos sem a propositura de uma ação penal.

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/modelo-de-gestao-para-alternativas-penais-transacao-e-suspensao-condicional.pdf>>. Acesso em: 03 de out. 2016. (Projeto BRA/011/2014 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro)

⁴⁶ Segundo apontado no referido documento, as possibilidades que a lei 9.0099/95 trazem para a utilização de institutos conciliatórios encontram entraves legais, mas a resistências dos aplicadores em promoverem essas instâncias e admitirem acordos firmados entre partes como suficientes para por fim ao processo penal é o que de fato impossibilita uma mudança imediata que promova novos paradigmas. O que as experiências de mediação penal e justiça restaurativa junto aos JeCrim’s demonstram, via de regra, é a tendência à subordinação e burocratização destas práticas, que são rapidamente adequadas ao tempo e regras de um processo penal, deslegitimando a autonomia e condução pelos técnicos que conduzem a prática; deslegitimando a capacidade das pessoas em construir as respostas para os conflitos vivenciados, além de agregarem aos acordos estabelecidos entre as partes outras medidas (restritivas de direitos) e/ou condicionalidades. Destacou-se ainda que as restritivas de direitos e condicionalidades em casos de transação e suspensão condicional do processo, além de serem aplicadas sem o devido processo penal e condenação que as sustentem (o que pode ser questionável por ferir direitos constitucionais); em nada se referem ao conflito trazido aos juizados, além de na prática serem em sua grande parte inadequados também para o estado, que não possui na maioria das comarcas do Brasil, mecanismo de acompanhamento e garantia de cumprimento. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/modelo-de-gestao-para-alternativas-penais-transacao-e-suspensao-condicional.pdf>. Acesso em: 03 de out.2016.

Segundo este autor estas práticas podem ser viáveis pelas aberturas dadas pela lei, pouco se viu de experiências capazes de alterar a forma tradicionalmente constitutiva do processo penal punitivista no Brasil e que as abordagens conciliatórias demandam uma mudança do paradigma litigioso tradicionalmente depositado no sistema penal, que desconsidera o protagonismo das partes na construção das soluções.

Na prática o que se viu com os JeCrim's foi o aumento sistemático de aplicação de penas alternativas sem que este fator tenha significado redução da população carcerária, impondo o questionamento se as penas substitutivas se firmaram apenas como uma forma de complementariedade ao sistema penal, estendendo o controle através das penas substitutivas para além dos muros da prisão⁴⁷.

No atual sistema penal brasileiro, os institutos penais alternativos à prisão são determinados na legislação a partir da quantidade de pena aplicada e isso determina também a composição das estruturas do sistema judiciário que deverão atuar sobre os tipos penais: i) os crimes com pena máxima aplicada em até dois anos considerados de menor potencial ofensivo, serão recebidos pelos Juizados Especiais Criminais (JECRIM) e para eles poderão ser aplicados a transação penal e a suspensão condicional do processo. ii) os crimes com pena máxima aplicada em até dois anos, com ou sem violência, poderão receber suspensão condicional da pena. iii) os crimes com pena máxima aplicada em até quatro anos, sem violência ou grave ameaça, poderão receber uma pena restritiva de direito.

⁴⁷ O modelo de Gestão para as alternativas penais elaborado em parceria com o Ministério da Justiça faz uma importante conclusão que merece destaque: “Os institutos da mediação de conflitos e da justiça restaurativa, apesar de não possuírem previsão legal, vêm sendo utilizados principalmente em algumas experiências nos JeCrim's, e passam a ser acolhidos às alternativas penais de maneira transversal como métodos capazes de alterar um vício estrutural do processo penal, o de se apropriar dos conflitos desconsiderando os interesses das pessoas neles envolvidas. As práticas de mediação de conflitos ou justiça restaurativa desenvolvidas fora do sistema penal indicam que os conflitos sociais podem e devem se resolver fora de qualquer instância criminal, em soluções estabelecidas entre os envolvidos e considerando a rede de apoio às partes e a rede de inclusão social. Por tanto, programas com esta natureza podem e devem ser fomentados por organizações da sociedade civil, por instâncias de governo, pelo sistema de justiça não punitivo ou como porta de entrada no sistema penal buscando conter e interromper o processo penal. As práticas de Justiça Restaurativa têm que se manter como movimento social. O estado não pode delas se apropriar, mas, absorvendo seus fundamentos, construir experiências que respeitem seus métodos, tempo de abordagem e sobretudo sua vasta abrangência comunitária considerando os conflitos, violências e criminalidades também em suas dimensões sociais, e principalmente acolhendo os seus resultados como suficientes, em muitos casos, para interromper o processo penal. Se o estado penal meramente pretender ‘aplicar o método’, mantendo suas rígidas regras litigiosas, sua temporalidade e sua necessidade por aplicar uma pena/medida/condicionalidade, para além do acordo firmado entre as partes, estará mais uma vez enquadrando, engessando, esterilizando a experiência e a sua raiz. Em produto específico desenvolvemos as metodologias de conciliação, mediação e práticas de justiça no sistema penal e em relação com o sistema penal”. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/modelo-de-gestao-para-alternativas-penais-transacao-e-suspensao-condicional.pdf>> pág.16/17. Acesso em: 06 out. de 2016.

Importante passo deu o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – ao firmar a recente Resolução 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, instrumento que afirma a necessidade de mudança de paradigma e avança indicando os passos a serem trilhados para a implantação e consolidação desta via.

A Resolução destaca:

- Que os artigos 72, 77 e 89 da Lei 9.099/95 permitem a homologação dos acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal que tramitam perante os Juizados Especiais Criminais ou nos Juízes Criminais (CNJ, 2016, p. 2);
- A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer em forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade (CNJ, 2016, p. 5);
- São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (CNJ, 2016, p. 5);
- Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial (CNJ, 2016, p. 5);
- É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo (CNJ, 2016, p. 5);
- Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento (CNJ, 2016, p. 5);
- O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterá obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos (CNJ, 2016, p. 6);
- Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa como prova (CNJ, 2016, p. 11);
- Quando os procedimentos restaurativos ocorrerem antes da judicialização dos conflitos, fica facultado às partes diretamente interessadas submeterem os acordos e os planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis pela Justiça Restaurativa, na forma da lei (CNJ, 2016, p. 12);
- Os facilitadores deverão submeter-se a curso de aperfeiçoamento permanente, realizado na forma do Capítulo VI, o qual tomará por base o que

declinado pelos participantes das sessões restaurativas, ao final destas, em formulários próprios (CNJ, 2016, p. 13);

- São atribuições do facilitador restaurativo: (...) abrir e conduzir a sessão restaurativa, de forma a propiciar um espaço próprio e qualificado em que o conflito possa ser compreendido em toda sua amplitude, utilizando-se, para tanto, de técnica autocompositiva pelo método consensual de resolução de conflito, própria da Justiça Restaurativa, que estimule o diálogo, a reflexão do grupo e permita desencadear um feixe de atividades coordenadas para que não haja reiteração do ato danoso ou a reprodução das condições que contribuíram para o seu surgimento (CNJ, 2016, p. 13);

- É vedado ao facilitador restaurativo: I) Impor determinada decisão, antecipar decisão de magistrado, julgar, aconselhar, diagnosticar ou simpatizar durante os trabalhos restaurativos; II) prestar testemunho em juízo acerca das informações obtidas no procedimento restaurativo; III) relatar ao juiz, ao promotor de justiça, aos advogados ou a qualquer autoridade do Sistema de Justiça, sem motivação legal, o conteúdo das declarações prestadas por qualquer dos envolvidos nos trabalhos restaurativos, sob as penas prevista no art. 154 do Código Penal (CNJ, 2016, p. 14); - Será admitida a capacitação de facilitadores voluntários não técnicos oriundos das comunidades, inclusive indicados por instituições parceiras, possibilitando maior participação social no procedimento restaurativo e acentuando como mecanismo de acesso à Justiça (CNJ, 2016, p. 15);

- (...) poderão os tribunais certificar como aptos ao atendimento extrajudicial de autocomposição de conflitos, os espaços de serviço mantidos por organizações governamentais ou não governamentais, que atendam aos qualificativos estabelecidos nesta Resolução (CNJ, 2016, p. 17);

- Fica acrescido o seguinte parágrafo ao art. 3 da Resolução CNJ 128/2011: Na condução de suas atividades, a Coordenadoria Especial da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar deverá adotar, quando cabível, processos restaurativos com o intuito de promover a responsabilização dos ofensores, proteção às vítimas, bem como restauração e estabilização das relações familiares. (CNJ, 2016, p. 17)

Neste sentido, deve-se vislumbrar a necessidade de um novo olhar alternativo sob a perspectiva da justiça restaurativa, como uma poderosa ferramenta na sistemática penal brasileira dos Juizados Especiais Criminais, disposta a concretizar a paz. Em consonância com a abordagem, Elias Luiz Augusto Veiga (2010, p.7) afirma o seguinte:

A restauração, a solução de problemas e a prevenção de males ulteriores devem ser enfatizadas no programa. A ideia é buscar restaurar os relacionamentos dar ênfase nos danos, ao invés de simplesmente concentrar-se na determinação de culpa. É uma Justiça Criminal comunitária, participativa, solidária e de promoção da dignidade e dos Direitos Humanos. Assim, o movimento restaurativo é recente, tendo florescido nos últimos quinze ou vinte anos - e nessa perspectiva ele é algo novo.

Neste diapasão, segundo Pinto (2005, p. 21), a Justiça Restaurativa disponibiliza um novo modelo de justiça criminal – que constitui um salto quântico em termos de política penal, diante da evidente necessidade de que o sistema de justiça criminal ofereça não apenas uma, mas várias respostas adequadas a esse fenômeno – sistema de multiportas.

Embora não haja dispositivo específico que ressalte a prática restaurativa, convém

observar no diploma legal a existência de uma visão integrativa. Parte do critério de que tanto o juizado quanto a prática restaurativa visam à reparação do dano, bem como os Juizados emergem do critério da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, com fulcro no artigo 2º⁴⁸ da Lei 9.099/95.

Observando as semelhanças entre o atual microssistema jurídico da Lei 9099/95 e a proposta restaurativa, convém mencionar que o princípio da oportunidade é janela ímpar à acomodação sistemática da prática restaurativa no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. É evidente que haverá a necessidade legislativa⁴⁹ aprimorando as lacunas do atual texto normativo, inserindo nas bases⁵⁰ a completude da prática restaurativa.

Ainda cabe explorar com muita veemência a lição de Ellias (2010, p.7).

Os casos indicados para uma possível solução restaurativa, segundo critérios estabelecidos, após parecer favorável do Ministério Público, seriam encaminhados para os Núcleos de Justiça Restaurativa, que os retornaria ao Ministério Público, com um relatório e um acordo restaurativo escrito e subscrito pelos participantes. A Promotoria incluiria as cláusulas ali inseridas na sua proposta, para homologação judicial, e se passaria, então, à fase executiva, com o acompanhamento integral do cumprimento do acordo, inclusive para monitoramento e avaliação dos projetos-piloto e, futuramente, da Justiça Restaurativa institucionalizada como ferramenta disponibilizada universalmente aos cidadãos e às comunidades.

Diante do exposto, estaria, pois, a prática forense da justiça restaurativa, oferecendo a oportunidade de retornar ao convívio da comunidade, utilizando forma mais simples de ressocialização do autor, bem como os demais envolvidos, promovendo uma justiça criminal participativa. Resume-se em um modelo informal de conciliação, transformação dos sentimentos de ódio, vingança a serem substituídos por sentimentos de empatia, e compreensão

⁴⁸O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação.

⁴⁹Destaca-se o Projeto de Lei 7.006/06 que altera dispositivos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de Justiça Criminal, em casos de crimes e contravenções penais. Dentre as principais inovações abarcadas pelo texto do projeto, destacam-se as seguintes: i) definição de princípios e regras a serem observadas nas práticas restaurativas; ii) possibilidade de criação de núcleos de justiça restaurativa junto a varas e juizados especiais criminais, para onde casos de determinadas naturezas poderão ser encaminhados; iii) possibilidade de suspensão da ação penal enquanto não concluído o processo restaurativo; iv) introdução do cumprimento do acordo restaurativo no rol das causas de extinção de punibilidade; v) homologação judicial do acordo restaurativo enquanto marco de interrupção do prazo prescricional. Em que pese se tratar de louvável iniciativa, uma vez que se busca a fundamental regulamentação normativa da justiça restaurativa no ordenamento jurídico pátrio, o Projeto de Lei n. 7006/2006 foi objeto de severas críticas por respeitável parcela da doutrina. Neste sentido, Leonardo Sica (p. 225-228) e Rafaella Pallamolla (p. 179-192). O projeto foi apresentado em 05/05/2005, recepcionado pela Câmara dos Deputados, e na data de 09 de março de 2016 apensado ao Projeto de Lei 8045/2010 - Código de Processo Penal - atualmente encontra-se na Comissão Especial do Senado destinada a proferir parecer. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em: 16 set.2016.

⁵⁰ Refira-se aos artigos 72-74 da Lei 9.099/95, referentes à audiência preliminar que têm como escopo a reparação do dano civil, a transação penal, e o artigo 89 que trata da suspensão condicional do processo.

do outro.

No próximo tópico procedemos à análise sistemática do conceito de medidas despenalizadoras, bem como de suas espécies: composição cível, transação penal e suspensão condicional do processo, institutos do sistema jurídico pátrio, previstos na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, nº. 9.099/95, nos artigos 74, 76 e 89, respectivamente.

2.1.5 Medidas Despenalizadoras na Lei 9099-95.

Conforme já explanado nesta pesquisa, a justiça criminal tradicional se baseia em um modelo dissuasório caracterizado por um tipo de intervenção punitivista que propõe agregar dois resultados: a reprovação do ato a partir da cominação de uma pena à pessoa que infringiu a lei e a prevenção de novos delitos pelos membros da sociedade que se sentiriam desestimulados a delinquir a partir da verificação da real punição dos infratores.

O crescimento exponencial da população criminal no Brasil fere este entendimento⁵¹, uma vez que prender, sempre mais e mais, não desestimula a reincidência e tampouco evita que milhares de novos indivíduos sejam arrancados da convivência social e lançados nas prisões brasileiras a cada ano.

Há o terceiro modelo que se soma ao campo das alternativas penais e que defendemos ser um modelo integrador e conciliatório, que propõe princípios e diretrizes visando à promoção de uma mudança da cultura punitivista em voga no Brasil, a partir da intervenção penal mínima, desencarceradora e restaurativa, que prima pela dignidade, liberdade e protagonismo das pessoas envolvidas no conflito.

Defende-se a partir deste entendimento, a necessidade de considerar a readequação das respostas aos conflitos e violências por parte do Estado, principalmente a partir de ações de descriminalização de condutas que possam e devam ser reguladas em outros campos do direito, bem como primar por modelos de resolução dos conflitos e violências de forma consensual, fundadas, sobretudo em métodos extrajudiciais.

A partir de uma crítica contundente ao modelo penal que tem no encarceramento o seu método hegemônico, surgem as penas alternativas à prisão.

No Brasil, este instituto passa a ser utilizado, sobretudo, a partir da lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, tendo como grande êxito a introdução de algumas

⁵¹ Em 1995, ano de edição da lei 9.099/95, a população prisional equivalia a 148.760. Em 2015, segundo dados consolidados pelo Ifopen (2015), o Brasil chegou a um total de 615.933 pessoas presas.

medidas despenalizadoras, que ainda são palco de polêmicas e divergências tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, mas que representam grande avanço no tratamento da pequena e média criminalidade.

Tais medidas modificaram parcialmente o perfil do tratamento ora dado ao processo penal, transformando-o em um processo conciliatório, rápido e eficaz.

As grandes inovações trazidas pela referida lei para o Direito Processual Penal constituem-se nas medidas despenalizadoras que são fundadas no consenso. Tal consenso depende em parte da vontade do infrator e do acusador no caso da transação penal e da suspensão condicional do processo e em parte da vontade da vítima ou do autor do fato no caso da composição dos danos civis.

A Lei 9099/05 promoveu a institucionalização das medidas consideradas despenalizadoras, sendo estas de caráter processual ou penal, com vistas a se evitar uma pena de prisão. São elas a conciliação, a transação penal, a representação e a suspensão condicional do processo.

Há de se reconhecer que, com a edição da Lei 9.099/05, expandiu-se a possibilidade a partir das medidas despenalizadoras acima explanadas. Porém, deve-se frisar a existência de controvérsias relativas a tais tipos penais, uma vez que podem ser considerados como antecipação da pena.

Neste sentido, destacamos, sobretudo, a necessidade de que se avance no sentido de buscar consolidar métodos extrajudiciais de resolução de conflitos como a conciliação, a mediação e práticas de justiça restaurativas, devendo ser acolhidas pelo sistema penal como mecanismos capazes de reduzir a esfera penal e verdadeiramente contribuir para a redução da população carcerária no Brasil.

2.1.5.1 Composição Civil

Em regra, a infração penal praticada ofende dois bens jurídicos tutelados: um consiste na ofensa a bem ou interesse tutelado pela tipificação penal que é de natureza penal e outro é relativo à lesão que a conduta típica pode produzir na vítima e que pode causar-lhe danos morais ou materiais ou ambos que é de natureza civil.

No entanto, a composição dos danos civis que deriva de delitos considerados de menor potencial ofensivo pode abranger tanto danos materiais quanto danos morais ou apenas danos materiais.

O efeito despenalizador, que reside na renúncia tácita, pela vítima, ao direito de representar ou oferecer queixa contra o autor do fato dá-se com o acordo que envolve danos materiais provenientes do ilícito penal. Esta medida despenalizadora é possível tanto no caso de ação penal privada, quanto de ação penal pública condicionada à representação.

Homologada a composição vale como título executivo judicial a ser executado no próprio Juizado Especial Cível se o valor da causa não ultrapassar, no âmbito da Justiça Estadual, 40 salários mínimos (art. 3º da lei). Agora, se exceder este valor a execução se processará no Juízo Cível competente.

Ressalta-se que no caso de ação penal privada tanto a conciliação quanto a satisfação do dano implicarão a renúncia ao direito de queixa, desde que devidamente homologada. Da mesma forma, no caso de ação penal pública condicionada a representação o acordo celebrado entre as partes e também devidamente homologado implica renúncia ao direito de representação. Em ambos os casos deve o Magistrado julgar extinta a punibilidade.

No entanto, não ocorrendo à composição dos danos civis o processo segue normalmente nos termos do art. 75⁵² da referida lei. O referido artigo trata do insucesso na tentativa da composição dos danos quando decorrentes de crimes onde é cabível ação penal pública condicionada à representação.

Assim, não havendo êxito na composição dos danos civis poderá a vítima ou seu representante, de imediato, exercer, verbalmente e, posteriormente reduzida a termo, o direito de representar contra o autor dos fatos. Tal situação permite ao membro do Ministério Público, oferecer denúncia oral, dando início ao procedimento sumaríssimo.

De fato, conforme já explanado acima a Lei dos Juizados Especiais, em seu art. 74, parágrafo único, viabilizou a extinção da punibilidade pela composição dos danos civis, prevendo, para os casos de crimes de menor potencial ofensivo, de ação penal privada ou pública condicionada, a renúncia do direito de queixa ou representação como efeito imediato da homologação de acordo entre autor do fato e vítima.

Tal previsão implica rompimento de um forte paradigma do Direito Penal clássico, que lhe impingia caráter eminentemente repressivo, totalmente dissociado da ideia de solução de conflitos e da reparação dos danos suportados pela vítima.

⁵² Art. 75: Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em Lei.

A esse respeito, Amaral (2005) observa que o modelo que objetiva a reparação do dano causado à vítima “já não tem mais a exclusiva preocupação de atender à pretensão punitiva do Estado (castigar e punir). Antes, irá buscar a satisfação dos danos sofridos pela vítima ‘sempre que possível’”. Assim já não mais se sustenta a ideia de que a composição civil dos danos é matéria estranha à persecução penal. A solução dos conflitos existentes entre as partes envolvidas no delito (autor do fato e vítima) é hoje reconhecida como uma das funções a serem desempenhadas pelo Direito Penal.

Nos procedimentos de competência dos Juizados Especiais, apesar da composição civil, em regra, somente produzir efeitos concretos nos casos de crimes de ação privada ou pública condicionada à representação, a busca pela reparação dos danos sofridos pela vítima é princípio basilar, a ser observado mesmo nos procedimentos de ação penal pública incondicionada, como se pode extrair do disposto no art. 62 da Lei n. 9.099/95⁵³.

É imperioso salientar que a composição dos danos significou a implementação, no Brasil, pelo menos a nível embrionário, da chamada “terceira via do direito penal”. Passou-se, para além da pena e da medida de segurança, a trabalhar a reparação do dano como resposta penal satisfatória, tanto do ponto de vista de cumprimento da função do Direito Penal de proporcionar pacificação social, como do ponto de vista da vítima em ter, já na seara penal, reparado o dano que sofreu, o que revela ser de muita importância na questão ambiental.

Segundo Amaral (2005 p.142), a reparação do dano como terceira via impõe condicionantes para que se autorize a incidência do modelo penal clássico, confira-se:

A reparação do dano como “terceira via” do direito penal é também um aporte do princípio da subsidiariedade e implica, seguindo posições plurais – especialmente a de Roxin – a legitimação da sanção penal com sentido de prevenção geral somente quando esta resulte absolutamente necessária para a proteção de bens jurídicos.

Tais dispositivos, interpretados extensivamente e com base na diretriz hermenêutica do art. 5º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro⁵⁴, são normas permissivas e que legitimam a ilação de que esse procedimento pode ser encaminhado a um Núcleo de Justiça Restaurativa.

Se presentes, num caso considerado, os pressupostos de admissibilidade do processo restaurativo, sob o ponto de vista jurídico (requisitos objetivos e subjetivos a serem definidos

⁵³ Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

⁵⁴ Art. 5º “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em 08 out.de 2016.

em consonância com a lei penal), seria o mesmo encaminhado ao Núcleo de Justiça Restaurativa, para avaliação multidisciplinar e, convergindo-se sobre sua viabilidade técnica, se avançaria nas ações preparatórias para o encontro restaurativo.

Segundo Renato Sócrates⁵⁵ vale destacar um ponto que pode ensejar controvérsia relevante: o parágrafo único, do art. 74, da Lei 9.099/95, dispõe que o acordo de que trata o *caput* importa em renúncia ao direito de queixa ou representação, nos casos de crime de ação penal privada ou pública condicionada.

Como um dos princípios da Justiça Restaurativa é revogabilidade do acordo restaurativo, a pergunta que emerge é a seguinte: Como o acordo extingue o direito de queixa ou representação, e se o infrator descumprir o acordo restaurativo? Como fica o resultado restaurativo estabelecido anteriormente?

Teoricamente, então, seria juridicamente inviável o encaminhamento para a mediação restaurativa os casos de crimes de ação privada ou pública condicionada, o que consubstancia uma gritante incoerência, pois se a mediação restaurativa é viável nos crimes de ação penal pública por que não o seria para os crimes de ação penal pública condicionada ou de ação privada?

De acordo com Renato Sócrates, trata-se de um falso problema, pois não há nenhum impedimento legal para a proposta de encaminhamento desses casos para o procedimento restaurativo, desde que a vítima seja informada de maneira clara e inequívoca de que acordo importará em renúncia ao direito de queixa ou representação, de sorte que lhe restará apenas a busca da reparação cível negociada.

2.1.5.2 Transação Penal

A transação penal, medida despenalizadora inspirada no *plea bargaining anglo-saxão*⁵⁶, é prevista pelo art. 76 da Lei dos Juizados Especiais para os casos de ação penal pública

⁵⁵Slakmon, C., R. De Vito, e R. Gomes Pinto, org., 2005. **Justiça Restaurativa** (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD). Disponível em: http://www.undp.org/content/dam/aplaws/publication/en/publications/democratic-governance/dg-publications-for-website/justica-restaurativa-restorative-justice-/Justice_Pub_Restorative%20Justice.pdf. Acesso em: 24 ago. de 2016.

⁵⁶ O *plea bargain* (ou barganha) é um instituto do Direito norte-americano – aplicado hoje em diversos outros países - que consiste em um acordo, uma negociação entre as partes, no qual o réu aceita se declarar culpado de uma acusação em troca de alguma concessão pelo Ministério Público. Assim, o réu – por intermédio de seu advogado – declara-se culpado e o Ministério Público, em troca lhe garante a redução da duração ou da severidade da pena a ser imposta; ou ainda, promete que não irá denunciá-lo por outro delito; ou assume o compromisso no sentido de que a pena aplicada será fixada em patamar mínimo, tudo isso para evitar a instrução processual e a necessidade de produção da prova. Tal instituto não encontra correspondência na legislação penal brasileira, eis

incondicionada ou para os de ação penal pública condicionada em que restou frustrada a composição civil e que, portanto, houve representação.

Em tais casos, deve o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Sica (2006) tece severas críticas a tal instrumento de despenalização, ao argumento de que a transação é imposta (e não proposta), sem que se possa aferir nem mesmo os seus requisitos com um mínimo debate processual, o que a transforma em verdadeira condenação sumária, em nítida ofensa ao princípio do devido processo legal. Some-se a isso a cultura utilitarista ainda comum entre operadores do Direito, que faz com que, no intuito de reduzir processos a qualquer custo, sempre se busque forçar uma solução, ainda que não seja a mais adequada.

Contudo e apesar de em certa medida pertinentes, tais críticas cedem aos argumentos de que o autor do fato é livre para não aceitar a proposta, caso se julgue inocente, e, ainda, de que a sistemática da transação penal permite a adoção de uma solução consensual e não imposta. Aliás, o próprio autor do fato pode atuar propositivamente, sugerindo a aplicação da pena que julgar mais pertinente e possível de ser cumprida.

Demais disso, a possibilidade de transação penal é prevista expressamente pela Constituição Federal, em seu art. 98, I, pelo que não há falar em inconstitucionalidade por suposta ofensa ao princípio do devido processo legal.

Este, aliás, é o entendimento de Dinamarco (2010, p. 289).

A Constituição Federal, ao permitir que os Juizados Especiais Criminais realizassem a transação penal e adotassem os procedimentos oral e sumaríssimo, deixou o legislador ordinário à vontade para estabelecer o devido processo legal e este é o descrito no art. 76.

A Constituição Federal estabeleceu o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV e art. 98, I) que permitiu ao legislador ordinário estabelecer como seria a transação.

Ultrapassada tal discussão, tem-se que a transação penal está sujeita a requisitos de ordem objetiva e subjetiva, previstos no § 2º do art. 76 da Lei dos Juizados Especiais, quais sejam, inexistência de anterior condenação a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, e não utilização do mesmo benefício nos últimos cinco anos (requisitos objetivos),

que aqui a aplicação da pena privativa de liberdade exige o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, proferida ao final do devido processo penal garantista que busca encontrar a “verdade real” dos fatos. O STF já se posicionou, afirmando, expressamente (Nesse sentido HC 80.828/SP, julgado em 12/12/2001) que a transação penal não corresponde ao *plea bargain*. O direito de “negociar a confissão” não encontra respaldo em nossa legislação. Nem mesmo nos institutos da confissão espontânea ou na delação premiada se reconhece uma natureza própria do *plea bargain*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/182956>. Acesso em: 06 out.2016.

bons antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como adequação da adoção da medida, nas circunstâncias do caso concreto (requisitos subjetivos).

Importante pontuar, na questão ambiental que o art. 27 da Lei de Crimes Ambientais impõe um requisito adicional para a realização da transação penal: a prévia composição dos danos ambientais, salvo comprovada impossibilidade.

Milaré (2009, p. 1151), Freitas (2006, p. 314), entre outros, advertem que composição civil não se confunde com reparação do dano. O que se exige, para a transação penal, é que o infrator tenha se comprometido formalmente a reparar o dano. A efetiva reparação, que, em boa parte dos crimes ambientais, pode demandar um considerável lapso temporal, conduziria, assim, à eternização do processo, situação de todo incompatível com a celeridade exigida nos procedimentos de competência dos Juizados Especiais.

Há que se registrar que alguns doutrinadores, como Gomes e Maciel (2011, p. 106), consideram viável a transação penal após celebração de termo de ajustamento de conduta entre o infrator e o órgão ambiental ou o Ministério Público, não obstante o art. 27 da Lei de Crimes Ambientais faça expressa alusão ao art. 74 da Lei n. 9.099/95, que estabelece a homologação judicial como requisito para a composição civil.

2.1.5.3 Suspensão Condicional do Processo.

Outra janela para a alternativa restaurativa é o instituto da suspensão condicional do processo, para crimes em que a pena cominada for igual ou inferior a um ano, para qualquer tipo de crime e não apenas aos crimes cuja pena máxima seja de 2 anos, e constitui-se na possibilidade de suspensão do processo por dois a quatro anos (período de prova) mediante imposição de uma série de condições. Tal dispositivo está descrito no artigo 89, da lei 9.099/95⁵⁷.

⁵⁷Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

A suspensão do processo fundamenta-se em dois princípios: a autonomia da vontade do acusado que tem liberdade de recusá-la, e da desnecessidade da pena de prisão.

Quando a lei surgiu muitos doutrinadores diziam que a suspensão condicional do processo seria um direito subjetivo do acusado e assim mesmo diante da recusa do Ministério Público poderia ser concedida de ofício pelo juiz a suspensão.

Hoje, a posição que prevalece é que se o Ministério Público não concede a suspensão cabe ao juiz aplicar por analogia o art. 28 do CPP (remessa dos autos ao procurador geral) – Súmula 696 do STF⁵⁸.

Aceita a proposta, aplica-se o período de prova, em cujo transcurso não corre prescrição, e sob a condição de reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequência a determinados lugares e comparecimento pessoal e obrigatório em juízo mensalmente para prestar informações ou outras condições reputadas necessárias.

A suspensão revogar-se-á obrigatoriamente em caso de novo processo por crime ou não reparação injustificada do dano, e facultativamente em caso de processo por contravenção ou descumprimento das condições, havendo opinião pela possibilidade de prorrogação do período de prova, embora inaplicáveis a advertência ou exasperação.

Com a revogação retoma-se o curso do processo. Vencido o período de prova sem revogação do benefício extingue-se a punibilidade. É indubitavelmente uma das mais expressivas medidas da nova lei, evitando-se as degradantes cerimônias do processo e realçando o esforço de ressocialização do delinquente.

Portanto, também para as situações que admitam a suspensão condicional do processo pode ser feito o encaminhamento ao Núcleo de Justiça Restaurativa, pois a partir das condições legais obrigatórias para a suspensão do processo, o § 2º permite a especificação de outras condições *judiciais* - tais condições poderiam perfeitamente ser definidas no encontro restaurativo.

Mas é preciso ter sempre presente que o procedimento restaurativo não é, pelo menos por enquanto, expressamente previsto na lei como um devido processo legal no sentido formal.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

⁵⁸ Súmula 696 STF: Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

A aceitação, pelas partes, da alternativa restaurativa, por essa razão, não pode ser imposta, nem direta, nem indiretamente.

As partes devem ser informadas, de forma clara, que se trata de uma ferramenta alternativa posta à disposição delas, e sua aceitação, que pode ser revogada a qualquer momento, deverá ser sempre espontânea. A participação deverá ser estritamente voluntária.

Por outro lado, devem ser rigorosamente observados todos os direitos e garantias fundamentais de ambas as partes, a começar pelo princípio da dignidade humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, da adequação e do interesse público. Certos princípios fundamentais aplicáveis ao direito penal formal, tais como o da legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade, culpabilidade, entre outros, devem ser levados em consideração.

Na fase preparatória afigura-se aconselhável se consultar primeiramente o acusado de sorte a se assegurar sua concordância em participar e se vislumbrar a real possibilidade de um resultado efetivo do caminho restaurativo, no que toca ao infrator. Somente após essa consulta se indagaria da vítima se ela concorda. Nesse momento é muito importante não criar expectativas e tensão entre acusado e vítima.

É de primordial importância que a audiência restaurativa transcorra num ambiente informal, tranquilo e seguro e os mediadores ou facilitadores devem estar rigorosamente atentos, observando se não há qualquer indício de tensão ou ameaça que recomende a imediata suspensão do procedimento restaurativo, como em casos de agressividade ou qualquer outra intercorrência psicológica, para se evitar a revitimização do ofendido ou mesmo a vitimização do infrator, no encontro.

Como a implantação da Justiça Restaurativa envolve gestão concernente à administração da Justiça, as partes têm o direito de terem um serviço eficiente (princípio constitucional da eficiência – art. 37), com facilitadores realmente capacitados e responsáveis, com sensibilidade para conduzir seu trabalho, respeitando os princípios, valores e procedimentos do processo restaurativo, pois é uma garantia implícita dos participantes a um, digamos, devido processo legal restaurativo.

No Estado de São Paulo, o programa poderia funcionar no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC, ou Centros Integrados de Cidadania, onde seriam instalados núcleos de justiça restaurativa, que teriam uma coordenação e um conselho multidisciplinar, e cuja estrutura compreenderia câmaras restaurativas onde se reuniriam as partes e os mediadores/facilitadores, com o devido apoio administrativo e de segurança.

Os núcleos de justiça restaurativa deverão atuar em íntima conexão com a rede social de assistência, com apoio dos órgãos governamentais, das empresas e das organizações não

governamentais, operando em rede, para encaminhamento de vítimas e infratores para os programas indicados para as medidas acordadas no plano traçado no acordo restaurativo.

É perfeitamente possível utilizar estruturas já existentes e consideradas apropriadas, mas devem ser preferencialmente usados espaços comunitários neutros para os encontros restaurativos.

Os casos indicados para uma possível solução restaurativa, segundo critérios estabelecidos, após parecer favorável do Ministério Público, seriam encaminhados para os núcleos de justiça restaurativa, que os retornaria ao Ministério Público, com um relatório e um acordo restaurativo escrito e subscrito pelos participantes.

A Promotoria incluiria as cláusulas ali inseridas na sua proposta, para homologação judicial, e se passaria, então, à fase executiva, com o acompanhamento integral do cumprimento do acordo, inclusive para monitoramento e avaliação dos projetos-piloto e, futuramente, da Justiça Restaurativa institucionalizada como uma ferramenta disponibilizada universalmente aos cidadãos e às comunidades.

3 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A Carta Constitucional e o ordenamento jurídico brasileiro asseguram e estabelecem garantias instrumentais jurisdicionais específicas e expressas para a concretização do direito ao meio ambiente. O estudo da tutela penal ambiental, uma das formas de preservação do meio ambiente equilibrado, será realizado neste momento da pesquisa a partir de uma estrutura própria, indicada pela Constituição Federal de 1988.

Os pilares da tutela penal ambiental, traçados em normas constitucionais, não são necessariamente coincidentes com os diplomas e conceitos clássicos de direito material e processual ordinário. Isso porque o surgimento de novos bens jurídicos, de natureza supraindividual, passou a demandar uma nova visão sobre o direito criminal que pudesse atender de forma efetiva à tutela dos direitos difusos (FIORILLO, CONTE, 2012).

Para os autores referidos acima, o direito penal ambiental tem características peculiares, entre as quais destacam a prospecção ou caráter preventivo (e não apenas retrospectivo/repressivo, isto é, que surge somente após o dano), o que leva à antecipação da tutela penal, vale dizer, à criação de crimes de perigo concreto e, principalmente, de perigo abstrato⁵⁹, de mera conduta⁶⁰, de normas penais em branco⁶¹, à existência de elementos normativos dos tipos (para a caracterização dos delitos ambientais) etc.

É importante destacar que boa parte da legislação ambiental foi estabelecida dessa forma para evitar danos irreversíveis que tornassem inócua a tutela penal ambiental. Ademais, o princípio da prevenção norteia a proteção constitucional do meio ambiente, incluindo a tutela penal.

Além das características supramencionadas, a Constituição Federal de 1988 inovou ao prever a punição não apenas da pessoa física, mas também da pessoa jurídica (de direito público ou privado), como opção de política criminal, conhecida como sociedade do risco.

⁵⁹ Os crimes de perigo se diferenciam dos crimes de dano. Crimes de dano são os que se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico. Exs.: homicídio, lesões corporais etc. Crimes de perigo são os que se consumam tão só com a possibilidade de dano. (...) O perigo pode ser: 1. Perigo Presumido (ou abstrato) – quando é considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão. 2. Perigo concreto: é aquele não presumido, isto é, que precisa ser investigado e comprovado.

⁶⁰ “Trata-se de uma das classificações dos crimes quanto ao seu resultado. Nos crimes de mera conduta (ou de simples atividade) a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente. Não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta” (MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de Direito Penal – Parte Geral. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v. 1, p. 120).

⁶¹ São aquelas que necessitam de complementação advinda de outras normas ou regulamentações.

O direito criminal ambiental apresenta, ainda, sanções penais aplicáveis especificamente aos tipos de condutas perpetradas. Referidas sanções são estabelecidas conforme o texto constitucional e aplicadas de acordo com a natureza do agente, em atendimento ao princípio da individualização da pena. Por esse princípio deverá existir estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, visando atingir as finalidades das penas, quais sejam: prevenção (sobretudo) e repressão.

Assim, as infrações penais ambientais e suas respectivas sanções visam assegurar o direito ao meio ambiente em sentido amplo, isto é, o direito à vida em todas as suas manifestações.

Vale lembrar que a questão ambiental e, sobretudo, a tutela penal do meio ambiente ganharam destaque com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com a edição da Lei n. 9.605/98⁶². Referida lei é complementada por inúmeras normas penais e administrativas, que preenchem as chamadas normas penais em branco, além de outros regulamentos federais, estaduais e municipais e resoluções internas de órgãos encarregados da gestão ambiental, porém objeto de muitas críticas que serão retratadas a posteriori.

Na área penal, a Constituição se voltou para diversas formas de criminalidade (econômica, social, financeira, popular e ambiental).

Quando tratamos da análise da tutela penal do bem ambiental se faz necessária a verificação de alguns conceitos, como o de bem jurídico, o de delito e o de lesividade, pois serão eles, associados aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade, que darão legitimidade à intervenção penal nessa nova era de pretensões jurídicas da qual faz parte o direito ao meio ambiente.

Conforme Fiorillo e Conte (2012), os bens são valores essenciais à manutenção da convivência harmônica e pacífica dos homens em sociedade, atrelados ao critério de utilidade, com relevância identificada pelo Estado, que opta pela tutela jurídica desses bens, transformando-os em bens jurídicos. Assim, a ciência do Direito Penal é importante para uma racional concretização, seleção e individualização dos interesses mercedores de proteção penal.

Há evidente diferença – fundamento do princípio da fragmentariedade – entre tutelar um bem da vida e incluí-lo no seletor dos bens jurídico-penais.

⁶² Também é importante salientar que diversas outras leis esparsas foram promulgadas a partir de 1988 para tratar de questões relacionadas ao meio ambiente e suas mais variadas formas: Lei n. 7.679/89 – dispõe sobre a proibição da pesca; Lei n. 7.802/89 – agrotóxicos; Lei n. 7.803/89, que alterou a Lei n. 4.771/65; Lei n. 7.804/89, que alterou a Lei n. 6.938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente; Lei n. 7.805/89, que alterou o Decreto-Lei n. 227/67 – Código de Minas; Lei n. 8.974/95 – patrimônio genético.

A imprescindibilidade da tutela penal deve ser observada, tendo em vista a proporcionalidade entre a relevância do bem jurídico protegido e as consequências sociais estigmatizadoras, inexistentes nos outros ramos do Direito.

Conforme Lopes (2000), a Constituição Federal é o instrumento legitimado para ajudar a concretizar o conceito de bem jurídico, não apenas orientando o legislador, mas com força vinculante limitativa do poder punitivo do Estado.

Sobre o tema, Costa Andrade (1992) apresenta os pressupostos de “dignidade penal” e “carência de tutela penal” como legitimadores da eleição de um bem jurídico para ser merecedor de tutela penal.

Segundo as lições do referido autor, por “dignidade penal” devemos entender que as interferências do direito penal devem ser reservadas a valores ou interesses sociais e constitucionalmente relevantes, orientados sempre pela dignidade da pessoa humana, o que também homenageia o princípio da fragmentariedade, já comentado.

A “carência de tutela penal”, por sua vez, refere-se ao princípio da subsidiariedade, ou seja, a criminalização só é legítima quando não é suficiente a proteção do bem jurídico feita por nenhum dos outros ramos do direito.

Nesse sentido, Milaré (2005, p. 844) indica que

(...) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, na sua concepção moderna, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que, por si só, justifica a imposição de sanções penais às agressões contra ele perpetradas, como extrema ratio. Em outro modo de dizer, a *ultima ratio* da tutela penal ambiental significa que esta é chamada a intervir somente nos casos em que as agressões a valores fundamentais da sociedade alcancem o ponto do intolerável, ou seja, objeto de intensa reprovação do corpo social.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que a missão do Direito Penal no Estado Democrático e Social de Direito é a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes contra condutas inconciliáveis com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos.

No tocante aos bens jurídicos ambientais, essa tutela se faz legítima, tendo em vista que o meio ambiente está relacionado à dignidade da pessoa humana e representa as diversas manifestações de vida.

Assim, a importância dos bens ambientais para a sociedade fez com que a Constituição determinasse a proteção criminal, levando à relevância do bem jurídico em análise, que se traduz na necessidade de sua proteção em âmbito penal.

3.1 A Evolução da Tutela Jurídica do Meio Ambiente no Direito Brasileiro

Apresentamos, a seguir, a evolução jurídica de proteção ao meio ambiente, segundo as lições de Araújo (2007), que divide a evolução jurídica em três fases, retratando desde o descobrimento do Brasil até os dias atuais.

Na primeira fase, que se dá desde o ano de 1500 até mais ou menos a metade do século XX, observamos um período de completo vácuo legislativo na proteção deste importantíssimo bem jurídico para a sociedade, configurando uma fase exploratória totalmente desregrada, sem comando algum do Estado, atividade fiscalizada pelo completo índice de desrespeito à natureza, manipulada pela primazia da ideia de proteção à propriedade e à livre iniciativa. Ou seja, ao longo da história brasileira, verifica-se uma ausência estatal exacerbada.

Avançando em sua etapa evolutiva, a legislação ambiental partiu para sua segunda fase, que ocorreu posteriormente à República, mais especificamente com o advento do Código Civil de 1916, sendo denominada esta etapa, pelo doutrinador acima citado, de fase fragmentária, observando-se no ordenamento uma maior atenção à preservação de certas categorias de recursos naturais, que em regra, eram vinculados às áreas de interesses econômicos, de forma a particularizar a proteção dos bens.

O verdadeiro cuidado com o meio ambiente, no que tange à legislação, era observado de maneira secundária, condicionados a temas como a saúde pública e preservação dos recursos naturais indispensáveis à vida humana, não se atrelando ao meio ambiente como uma primazia para a sobrevivência do ser humano, sendo observado com “bons olhos” somente o desenvolvimento econômico.

Já na terceira etapa, quando se começou a substituir o termo crescimento econômico por desenvolvimento econômico, abriu-se uma preocupação para com a proteção do meio ambiente.

Em meados de 1970, o ordenamento ambiental brasileiro passou a ser observado de maneira importante pelo país, tendo em vista a devastação da natureza (florestas, águas, minério, etc.), bem como as catástrofes (seca, inundações, desabamentos, etc.), avanço desmesurado da poluição e vários outros fatores. Neste período realizou-se a Conferência de Estocolmo de 1972, onde foi firmada em dois pilares maiores: desenvolvimento sustentável e solidariedade inter-geracional, produzindo como fruto maior a Declaração do Meio Ambiente, composta de diversos princípios que enunciam uma maior proteção do meio ambiente, produzindo reflexos plausíveis em nossa Constituição Federal de 1988.

Retratando nosso ordenamento infraconstitucional, tal fase influenciou a elaboração da nossa Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6938/81), sendo que tal estatuto deu

uma especial atenção ao meio ambiente como um segmento importante para a sociedade, observado de maneira valorativa e objeto de especial proteção.

Assim como ocorreu na esfera legislativa ordinária, em âmbito constitucional, o meio ambiente também passou por diferentes previsões em nossas Cartas, conforme observamos em seguida.

Vale ressaltar, conforme referido acima, que os constituintes anteriores a Constituição Federal de 1988 não tiveram a preocupação devida com o meio ambiente, se apegando mais ao crescimento econômico do país sem vinculação à sustentabilidade do desenvolvimento.

A Constituição Imperial de 1824 prezou pela ausência total de proteção ao meio ambiente, não fazendo referência alguma à natureza. Vale ressaltar que apesar de a natureza neste período não ter sido protegida constitucionalmente, o país era um grande exportador de produtos primários não manufaturados, dependendo totalmente do meio ambiente.

A Constituição Republicana de 1891 teve como única referência ambiental o artigo 34, inciso 29⁶³, que previu a atribuição da União para legislar sobre minas e terras, sendo mínima a referência em relação à temática ambiental, apesar de, na época terem sido feitas várias tentativas na busca de preservação ambiental, inclusive na esfera internacional, como muito bem observa Magalhães (2002, p. 41).

No início da República, podemos destacar medidas importantes no campo ecológico. Assim logo no ano de 1895, o Brasil foi signatário do convênio das Egretes, celebrado em Paris, o qual foi responsável pela preservação de milhares de garças que povoavam rios e lagos da Amazônia. Ainda no campo internacionais fomos signatários de outros convênios, em 1902, cuja finalidade era proteger as aves úteis a agricultura. Em 1911, por força do Decreto nº 8.843 de 26 de junho, demos um significativo passo em matéria ambiental. Foi criada a primeira reserva florestal do Brasil, situado no antigo Território do Acre.

A Constituição República de 1934 teve como característica sua natureza essencialmente intervencionista na ordem econômica e social. Após tal ato constitucional, vale enfatizar que tivemos um pequeno avanço na legislação ambiental, principalmente com a promulgação do Código Florestal e Código de Águas, ambos na mesma data (Decreto n. 23.793 de 10 de julho de 1934).

Em 1937, com a promulgação da “Constituição Polaca” houve uma manutenção das proteções estabelecidas pela CF de 1934, não se alterando praticamente quase nada, sendo

⁶³ BRASIL. Constituição República Federativa do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.> Acesso em 05 nov. de 2016.

previsto no bojo da mesma algum escrito relacionado ao tema ambiental, conforme podemos verificar no artigo 16, inciso XIV, bem como no artigo 34⁶⁴.

Posteriormente, já em 1946, sob o horizonte de um regime democrático, foi promulgada nova Constituição Federal, que também não alterou substancialmente o regime de proteção constitucional do meio ambiente, repetindo praticamente todos os textos anteriores, conforme nos relata Magalhães (2002, pp. 45-46).

Trata-se da promulgação da Constituição de 1946, que nos reconduziu ao regime democrático. Como as demais, essa carta não contemplou a matéria ambiental. Mas teve o mérito de introduzir em seu texto a desapropriação por interesse social (artigo 141 §1613). Este dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 4.132/62, que considerou como interesse social a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

Vale ressaltar que antes da Constituição vindoura, ainda no período de vigência desta, foram publicadas importantíssimas leis de interesse ambiental, como a Lei n. 4505/64 (estatuto da terra), a de n. 5197/67 (proteção à fauna e cria o respectivo Conselho Nacional de Proteção) e a de n. 4717/65 (lei de ação popular).

Um tema que merece reflexão é o da responsabilidade do Estado na criação e conservação de parques e reservas. De acordo com o artigo 5º do Código Florestal (Lei nº 4.771), o Poder Público pode criar: Parques nacionais, estaduais e municipais e Reservas Biológicas, com a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais, com a utilização para objetivo educacionais, recreativos e científicos.

A implantação do regime militar em 1964, alicerçado em uma concentração de poder no âmbito do Executivo federal, que passou a administrar de forma discricionária e autoritária, culminou com uma maior hipertrofia dos demais poderes da União.

Neste período foi promulgada a Constituição autoritária de 1967 e logo depois a mesma foi emendada pela EC. n.º 01 de 1969.

Vale lembrar que ainda na década de 1960 tivemos uma nova Constituição, a de 1967, emendada em 1969, emenda esta que equivaleu a outra Constituição. Essas duas cartas não se preocuparam em proteger o meio ambiente de forma específica, mas sim de maneira diluída.

Há referências separadas a elementos integrantes do meio ambiente, tais como florestas, caça e pesca. Analisando essas cartas, notamos que a Constituição de 1967 manteve, como a

⁶⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em 04 dez. de 2016.

anterior, a necessidade de proteção do patrimônio histórico, cultural e paisagístico (artigo 172, parágrafo único) disse ser atribuição da União legislar sobre normas gerais de defesa da saúde, sobre jazidas, florestas, caça, pesca e águas (artigo 8º).

A Constituição de 1969 manteve essa situação, trazendo uma novidade no artigo 172, ao dispor que a lei regulará mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades, e que o mau uso da propriedade impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo.

Também tivemos promulgação de várias leis em matéria ambiental, como o Decreto-Lei nº 32 de 18 de novembro de 1966, que instituiu o Código Brasileiro do Ar; Decreto-Lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967 (Código da Pesca), que dispunha sobre a proteção e estímulos à pesca; o Código de Mineração com o Decreto-Lei nº 227 de 28 de fevereiro de 1967; o Decreto nº 75.700 de 07 de maio de 1975, que estabelece área de proteção para fontes de água mineral; Decreto nº 76.389 de 03 de outubro de 1975, que dispunha sobre medidas de prevenção e controle da poluição industrial; Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980, que determinou as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição.

Ainda no plano interno, houve a publicação da Lei n. 6938/81, que estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente, trazendo como grande avanço para nossa proteção ambiental a instituição da responsabilidade objetiva, bem como o advento da Lei n. 7347/85, onde se criou a lei de Ação Civil Pública, instrumento processual de grande eficácia para o combate ao avanço dos desastres naturais.

Grande avanço em matéria ambiental ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Tal ato constitucional separou um capítulo próprio em seu conteúdo para a matéria ambiental, o que nenhuma outra anterior tinha feito, elevando o meio ambiente como bem específico e autônomo digno de ser taxado de direito fundamental do ser humano.

Tendo em vista tais atributos, referida Constituição foi denominada pela doutrina de Constituição Verde, considerada como um dos textos constitucionais mais avançados do mundo em proteção ao meio ambiente.

O artigo mais importante deste ato supremo é o 225, caput, prevendo que “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”.

A Constituição Federal de 1988 foi o maior salto legislativo de proteção em matéria ambiental, onde o mesmo foi visto como um fator essencial para a sobrevivência humana, elevado à categoria de direito fundamental.

3.2 A Importância da Proteção Penal do Meio Ambiente: o Meio Ambiente como Bem Jurídico Penalmente Relevante.

Conforme as lições de Prado (2011), a noção de bem jurídico supõe determinados parâmetros constitucionais capazes de impor a necessária restrição ao legislador ordinário, no momento da elaboração do injusto penal. O bem merecedor da proteção jurídico-penal deve estar entre aqueles que, implícita ou explicitamente, encontram-se no texto constitucional.

Além disso para o mesmo autor, exige-se uma particular relevância social para os bens jurídico-penais, isto é, tais bens devem ser considerados fundamentais para o indivíduo e a vida social. Todavia, não há, em um Estado democrático de Direito, nenhuma preponderância do bem jurídico metaindividual sobre o individual. O bem jurídico metaindividual apresenta várias características que permitem sua conceituação ou classificação segundo sua predominância ou a perspectiva sob a qual se lhes avalia.

De acordo com este posicionamento o importante é, em qualquer caso, a fixação de critérios específicos que o individualizam de um modo claro, determinado e objetivo, sem transgredir nenhum dos princípios fundamentais de Direito Penal.

Pode-se afirmar que ambiente é um bem jurídico difuso ou metaindividual.

Assim, para o referido autor, a ciência do Direito Penal contemporânea lhe confere um conceito intermédio e descritivo, e prefere uma noção ontológica, física ou natural. O ambiente não é uma realidade em si, um valor absoluto, mas uma realidade vinculada: limitada ou referida indiretamente ao ser humano, ainda que substancialmente autônoma.

Reafirma-se, assim, o ambiente como bem jurídico de natureza metaindividual difusa – digno, capaz e merecedor de tutela penal –, indispensável ao livre desenvolvimento da pessoa humana, com o fim último de garantir sua proteção e incremento da qualidade de vida (exercício e disposição de todas as suas potencialidades), segundo a diretriz (formal e material) adotada pelo texto constitucional brasileiro.

O pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos (PRADO, 2003, p. 19), essenciais ao indivíduo e à comunidade, norteados pelos princípios fundamentais da personalidade e individualização da pena⁶⁵, da culpabilidade, entre outros, pelo império da lei formal, como *ultima ratio* e de sentido punctiforme (PRADO, 2007, pp. 129-154).

⁶⁵ Cf., art. 5.º, XLV e XLVI da Constituição Federal.

Prado (2007) considera que a propósito do princípio – *nullum crimen sine culpa* – em uma sociedade democrática, é somente dar lugar ao Direito Penal do fato ou da culpa.

Assim, a culpabilidade, como reprovação pessoal da conduta ilícita, fundamenta e limita a pena, vedando, ainda, a responsabilidade pelo simples resultado ou objetiva. Quanto ao princípio – império da lei – significa que a intervenção penal deve estar disciplinada pelo domínio da lei *stricto sensu*⁶⁶, como forma de evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder estatal de punir.

Por sua vez, o princípio – *ultima ratio* – ou da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de outra forma. Reafirmando-se como uma orientação de política-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito.

Podemos afirmar que o bem jurídico é defendido penalmente só diante de certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis. Isso explica que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. É o que se denomina caráter fragmentário do Direito Penal.

Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa.

Em um Estado democrático e social de Direito (PRADO, 2011, p. 70) a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana.

A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano, como direito fundamental.

Nesse contexto, a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros de natureza constitucional capazes de impor a necessária restrição ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. A tarefa legislativa há de estar obrigatoriamente vinculada a determinados critérios positivados na lei maior que operam como marco de referência ou de previsão específica de bens jurídicos e a forma de sua garantia.

⁶⁶ Artigos 5.º, XXXIX da CF, e 1.º do Código Penal.

Roxin (1997, p. 27) afirma que o legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as pautas substanciais vinculantes para a incriminação ou não de condutas.

Nesse sentido, Lobato (2011, p.60) considera o seguinte.

A vantagem do bem jurídico coletivo reside em sua autonomia metodológica. Entretanto, o bem jurídico coletivo não pode perder sua referência ao indivíduo e nem ser a soma de bens jurídicos individuais. Não se deve concordar com as posições rígidas, tanto em favor do antropocentrismo quanto do ecocentrismo, posto que as mesmas baseiam-se em pontos de partida equivocados. A questão a ser resolvida não é decidir se o Meio Ambiente será percebido, a partir de uma linha antropocêntrica, como patrimônio da humanidade a ser gozado em seu favor e, por tal razão, plenamente disponível e consumível, ou a partir de em uma visão ecocentrista, seja radical ou moderada, que lhe confere diversos graus de intangibilidade. O importante é impedir que o Homem seja instrumentalizado na tutela penal do ambiente. Em realidade, o Meio Ambiente deve ser trabalhado como instrumento em favor do Homem (antropocentrismo), apenas não se pode criar, na tutela penal do ambiente, uma vinculação direta e imediata entre o bem jurídico ambiental coletivo e os bens jurídicos individuais.

Para esse autor, apesar de, no plano político-criminal, fazerem-se fortes críticas ao Direito Penal do Ambiente, há de se reconhecer que tal modelo não deixará de existir e de ser pugnado. Inclusive, pode-se até vislumbrar que, contra algumas e pontuais agressões e ameaças de cunho ambiental, ele poderá ter real valia.

Hassemer (1998, p. 33), no entanto, considera que a verdadeira contribuição do Direito Penal do Ambiente consiste na sua utilização com fins de exclusiva jactância pelos políticos que procuram demonstrar aos eleitores a sua “preocupação” com os problemas do mundo moderno e se valem da criação de leis simbólicas em razão de seu baixo custo, se comparado com os de uma efetiva política de proteção do ambiente. Para Tavares (2004, p. 127), o “simbólico sempre foi o lugar comum das construções jurídicas”. Ainda que se abstraiam as discussões sobre o simbolismo das leis penais, o próprio Hassemer (1998) defende o desenvolvimento de um ramo próprio do Direito para a tutela ambiental, e concorda que existem fatos que devam permanecer com relevância penal.

Portanto, o bem jurídico Meio Ambiente deve ser sempre um tema tão caro para aos penalistas, pois, do contrário, os abusos e as deturpações do sistema penal só tenderão a aumentar. A relevância e a imprescindibilidade da existência do bem jurídico nos tipos penais

ambientais são óbvias, isto, porque só se servirem à proteção de bens jurídicos, as incriminações penais no Estado Democrático de Direito estarão legitimadas.

Dessa forma, Lobato (2011) considera que se torna importante a adoção de um conceito autônomo e supraindividual de bem jurídico ambiental, fundado em um Estado de Direito (Substancial) constituído em bases constitucionais e principiológicas, dotado de carga normativa teleológico-racional e de conteúdo mínimo moldado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira que jamais se perca o Homem como fim último do sistema normativo.

Do exposto, compreendemos que a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas administrativamente. A lei penal atua penal não como limite da liberdade pessoal, mas como sua garantia.

O legislador constituinte brasileiro, ao erigir o ambiente, ecologicamente equilibrado, em direito fundamental, sufragou a noção de bem jurídico veiculado e, logo, a imprescindível conformação entre o injusto culpável ambiental e o ato constitucional.

3.3 O Ministério Público na Tutela Penal do Meio Ambiente.

No Brasil, desde o período colonial, sempre houve, nas diversas ordenações que institucionalizaram e disciplinaram o funcionamento da Justiça, a previsão de funções que hoje são exercidas em conjunto pelas instituições que compõem as *procuraturas constitucionais* (Ministério Público, Advocacia de Estado e Defensoria Pública).

O texto constitucional de 1934 foi o primeiro a prever a figura do Ministério Público, definindo-o como “órgão de cooperação nas atividades governamentais” e estabelecendo regras gerais de organização e funcionamento, sem aprofundar-se, contudo, na explicitação de sua competência e de seus princípios basilares.

A primeira Constituição a fazê-lo com maior profundidade foi a de 1988, que incluiu o órgão ministerial entre as Funções Essenciais à Justiça, ao lado da Advocacia, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública (Advocacia de Estado).

A vigente Constituição trouxe uma disciplina mais detalhada do Ministério Público, merecendo destaque:

- a) A definição constitucional das suas funções institucionais (defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis)⁶⁷;

⁶⁷ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

b) O desdobramento de suas funções institucionais, destacando-se as de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (art. 129, inciso II) e de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III);

c) Explicitação dos princípios institucionais do Ministério Público (unidade, indivisibilidade e independência funcional)⁶⁸;

d) A criação de instituição incumbida da representação judicial e consultoria jurídica da União (AGU), retirando do Ministério Público tal atribuição.

Como se vê, a Constituição de 1988 foi responsável por significativos avanços na estruturação e amadurecimento institucional do parquet, instituindo princípios, explicitando suas funções e retirando-lhes aquelas de competência de outras instituições.

A esse respeito, observa Mougnot Bonfim *apud* Luís Roberto Gomes (2003, p.11).

Inexiste no direito comparado, ou mesmo nos antecedentes nacionais, momento algum no espaço ou na história, presente ou remota, em que tenha o poder constituinte no regime democrático entregue tantos mecanismos jurídico-legais ao Ministério Público para salvaguarda dos mais lúdicos interesses e valores sociais, como o previsto na Constituição Federal. Tal como está, o Ministério Público brasileiro coloca-se constitucionalmente como paradigma avançado a qualquer Estado independente; leva, pois, modelo ao exterior e, nesse sentido, não tem exemplo a importar.

Pode-se dizer que tais avanços já vinham sendo anunciados antes mesmo da Constituição de 1988, haja vista ter o Ministério Público recebido da Lei, poucos anos antes, atribuições relevantes, especialmente no que se refere à defesa de interesses transindividuais indisponíveis, seara em que se inclui o meio ambiente.

Como já mencionado as Leis n. 6.938/81 e 7.347/85 trouxeram previsões que viabilizavam o ajuizamento, pelo parquet, de ações civis públicas em defesa do meio ambiente, antes mesmo da previsão contida no art. 129 da vigente Constituição.

Tal amadurecimento, resultante, em grande medida, do pioneirismo do Ministério Público no que respeita à defesa de interesses transindividuais, fez com que tal instituição viesse a se tornar de fato o principal legitimador para o ajuizamento de ações civis públicas, como observa Almeida (2003, p.590).

O Ministério Público atualmente no Brasil é o principal protagonista na defesa dos direitos massificados. Isso se dá porque ainda é muito tímida a atuação dos demais legitimados coletivos ativos, os quais não são responsáveis, como já foi apontado pela doutrina, pelo ajuizamento nem de 10% das ações coletivas já propostas no Brasil, o que demonstra a fragilidade da democracia participativa no País.

⁶⁸ Art. 127, § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Na Lei nº. 8.625/1993⁶⁹, Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) há as principais funções do órgão ministerial, *in verbis*.

Art. 1º. O Ministério Público é instituição competente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa jurídica do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indivisíveis.

Parágrafo Único. São princípios institucionais do Ministério Público, a indivisibilidade e a independência funcional.

(...)

Art. 25. Além das funções previstas na Constituição Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda ao Ministério Público:

(...)

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos e a outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos;

b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de município, de suas administrações indiretas ou funcionais ou de entidades privadas de que participem.

Diante do acima exposto, pode-se concluir que o Ministério Público recebeu da Constituição de 1988 tratamento diferenciado em relação à tutela jurisdicional do meio ambiente, em razão de seu amadurecimento institucional, e vem exercendo importante papel nesse sentido, utilizando mecanismos processuais (ação civil pública) e extraprocessuais (inquérito civil, compromisso de ajustamento de conduta e recomendações) de tutela de interesses transindividuais.

Nesta pesquisa, no contexto da criminalidade contra o meio ambiente, entende-se que o sujeito legitimado para a representação da coletividade no bojo do processo restaurativo é o Ministério Público que homologará ou não, os acordos realizados nas audiências de conciliação por delitos causados ao meio-ambiente de menor potencial ofensivo, junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Lei nº 9.605/98 c/c Lei nº 9.099, de 1995 e Lei nº 10.259, de 2011).

Desta feita, poderá ser viabilizada a aplicação da justiça restaurativa e dos métodos alternativos de solução dos conflitos na tutela penal do meio ambiente, que ofendem bens jurídicos supraindividuais

⁶⁹Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 21 nov. de 2106.

3.4 A Lei Dos Crimes Ambientais (Lei nº. 9.605/98): aspectos gerais.

Publicada em 13 de fevereiro de 1998, com dez vetos, a Lei 9.605/98 entrou em vigor no mês seguinte, em 30 de março. Embora denominada Lei dos Crimes Ambientais, trata-se de uma Lei de natureza híbrida, pois cuida também de infrações administrativas (artigos 70-76) e de aspectos de cooperação internacional para a preservação do meio ambiente (artigos 77 e 78).

A Lei veio materializar os dispositivos sobre meio ambiente estipulados na Constituição de 1998, além de atender as recomendações fixadas na Carta da Terra e na Agenda 21, aprovadas em 1992 na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a chamada Rio-92.

A Lei de Crimes Ambientais provocou uma grande polêmica em todo o país. O jurista e professor Miguel Reale Jr. chegou a taxá-la de *hedionda*⁷⁰, os ambientalistas e inúmeros operadores do direito (promotores de justiça e advogados) acusaram-na de *tímida*, os representantes de setores empresariais afetados classificaram-na de *draconiana*, o ex-Ministro do Meio Ambiente Gustavo Krause considerou-a "expressão da cidadania ambiental".⁷¹

É inegável, não obstante, que a Lei 9605/98 representou um avanço político na proteção ao meio ambiente, instaurando uma sistematização punitiva com severas sanções e estabelecendo uma tipificação orgânica dos crimes ecológicos. A nova Lei atualizou dispositivos encontrados anteriormente em textos legais esparsos, transformou contravenções em crimes, criou novos delitos e descriminalizou outros.

Podemos afirmar que a Constituição Federal brasileira estabeleceu, em seu artigo 225, § 3º, que "as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano". Verifica-se, assim, que o dano ambiental tem uma repercussão jurídica tripla, pois o poluidor, pelo mesmo ato, pode ser responsabilizado, alternativa ou cumulativamente, nas esferas penal, civil e administrativa.

Na esfera civil, a sanção da infração ambiental já era realidade desde 1981, uma vez que a obrigação de reparar o dano, segundo o princípio da responsabilidade objetiva, isto é, sem culpa, estava prevista na Lei 6938/81, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que em seu artigo 14, § 1º, obrigava o poluidor, "independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade".

⁷⁰ Folha de S. Paulo, 6/04/98, cad. 1, p.3.

⁷¹ O Estado de S. Paulo, 15/08/97, p.A-2.

Esta é, porém, uma norma programática que se ressentia da necessidade de um tratamento adequado da responsabilidade penal e administrativa, o que veio a ocorrer com a promulgação da Lei 9605/98, com suas disposições sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A Lei 9605/98 objetiva a proteção do meio ambiente em sua dimensão global, abrangendo o meio ambiente natural - solo, água, ar, fauna, flora, em suma, a biosfera - o meio ambiente cultural - patrimônio artístico, histórico, turístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico etc - e o meio ambiente artificial - o espaço urbano construído, formado pelas edificações e equipamentos públicos, ou seja, ruas, praças, áreas verdes, enfim, os logradouros urbanos.

É interessante ressaltar que, na maioria das infrações penais ambientais, o fato é ilícito porque o agente atuou sem autorização legal, sem licença ou em desacordo com determinações legais. O agente é punido não por ter praticado o fato danoso ao meio ambiente, mas por tê-lo feito sem prévia autorização legal. Assim, a caça, a pesca ou a poluição, por exemplo, podem agredir o meio ambiente sem constituir infração, desde que o agente esteja legalmente autorizado.

Por outro lado, é de se notar que a legislação ambiental se preocupa não somente com o dano, mas também com o risco, pois o prejuízo ambiental é geralmente de difícil identificação, de grande amplitude e muitas vezes irreparável.

O crime ambiental é considerado, desta forma, um crime de perigo, o que permite atender, ao mesmo tempo, finalidades de repressão e prevenção. A experiência demonstrou que prevenir a poluição custa menos do que reparar os estragos. Eis porque "deixar de adotar medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível" pode constituir um delito, nos termos do artigo 54 da Lei 9605/98. Assim, a Lei não exige, apenas, a ocorrência do dano para a caracterização do crime, pois basta a simples probabilidade para que ele venha a se constituir.

Outra inovação importante diz respeito à culpabilidade. Antes desta Lei, somente eram punidos basicamente os crimes ambientais dolosos. Ao que se sabe, apenas as Leis 7802/89 (agrotóxicos) e 8974/95 (biossegurança), previram modalidades de crimes baseados na culpa, deixando, assim, de serem incriminados fatos gravíssimos, como derramamento de óleo no mar, por exemplo, já que não se conseguia provar a intenção dolosa de degradar o ambiente marinho.

Mas a Lei de Crimes Ambientais não descurou o fato de que o infrator da norma penal ambiental não tem o perfil do criminoso comum, atuando, em geral, em nome de uma pessoa jurídica. O crime ambiental constitui geralmente um excesso ou resíduo patológico da atividade

produtiva. Eis porque a Lei previu a responsabilidade penal da pessoa jurídica, atendendo ao disposto no artigo 225, § 3º da Constituição Federal e contrapondo-se frontalmente à tradição do direito penal brasileiro⁷².

O objetivo não era punir o indivíduo que agia no interesse ou em benefício de sua entidade, mas punir o poluidor, empresa privada ou estatal. A responsabilidade penal das empresas públicas constitui, porém, uma questão controversa, divergindo os juristas sobre a possibilidade de se responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas de direito público.

No que diz respeito às sanções penais, é sabido que a nova Lei de Crimes Ambientais priorizou as penas restritivas de direito e pecuniárias, em detrimento das penas privativas de liberdade, em face do perfil específico do infrator ambiental. A Lei previu penas para pessoas físicas e para pessoas jurídicas.

O relator da Comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto que redundou na Lei 9605/98, Antônio Herman Benjamin, localiza em meados da década de 60 o surgimento de várias Leis promulgadas com o objetivo de reger diferentes aspectos e atividades com interface ambiental: o Código Florestal⁷³, de 1965; a Lei de Proteção à Fauna⁷⁴, o Código de Pesca⁷⁵ e o Código de Mineração⁷⁶, todos de 1967; a Lei da Responsabilidade por Danos Nucleares⁷⁷, de 1977; a Lei do Zoneamento Industrial nas Áreas Críticas de Poluição⁷⁸, de 1980 e a Lei de Agrotóxicos, de 1989⁷⁹.

Mas, segundo o autor, foi mesmo com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente⁸⁰, de 1981, que verdadeiramente tem início a proteção ambiental no Brasil, com o legislador ultrapassando a abordagem dispersa que caracterizava a legislação até então promulgada. A Lei não se limitou a estabelecer princípios, objetivos e instrumentos da política nacional do meio ambiente, mas incorporou de vez, no ordenamento jurídico brasileiro, o estudo de impacto

⁷² A lei brasileira inspirou-se no modelo francês adotado pelo Código Penal de 1/03/94. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é também admitida no Canadá, nos Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia, Venezuela etc.

⁷³ Lei n. 4.771, de 15.9.65. Essa lei, apesar de seu título, não cuida apenas das florestas, mas destas e das demais formas de vegetação.

⁷⁴ Lei n. 5.197, de 3.1.67, conhecida como Código de Caça, até ser alterada pela Lei n. 7.653, de 12.2.88, quando a expressão caça foi trocada por proteção à fauna.

⁷⁵ Decreto-lei n. 221, de 28.2.67.

⁷⁶ Decreto-lei n. 227, de 28.2.67.

⁷⁷ Lei n. 6.453, de 17.10.77.

⁷⁸ Lei n. 6.803, de 2.7.80.

⁷⁹ Lei n. 7.802, de 11.7.89.

⁸⁰ Lei n. 6.938, de 31.8.81.

ambiental. Ademais, instituiu um regime de responsabilidade civil objetiva para o dano ambiental e deu ao Ministério Público legitimação para agir nessa matéria⁸¹.

Antes mesmo da promulgação da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente e do movimento em favor de um maior uso do direito penal na política ambiental, já vários dispositivos legais estabeleciam sanções criminais para ofensas nas áreas de controle da poluição⁸², flora⁸³, fauna⁸⁴, pesca⁸⁵ e agrotóxicos⁸⁶. O próprio Código Penal de 1940, ainda em vigor, traz alguns dispositivos que podiam (e podem) ser aplicados na proteção do meio ambiente.

Porém o marco legal nessa evolução legal foi a promulgação, em 1988, após a redemocratização do país, de uma nova Constituição que, entre suas inovações, trouxe todo um capítulo sobre o meio ambiente⁸⁷, além de prever a função sócio-ambiental da propriedade⁸⁸.

3.4.1 Principais Críticas à Lei dos Crimes Ambientais

Neste tópico destacamos, inicialmente, o trabalho realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em 2011, divulgado no Relatório “Direito Ambiental Brasileiro - Lei dos Crimes Ambientais”.

Segundo os pesquisadores do IPEA, a Lei 9.605/1998 é ineficiente⁸⁹.

A justificativa para a má aplicação dessa Lei não está nos seus mecanismos, mas no sistema jurídico obsoleto do país, somado à cultura da população em não levar a sério as questões ambientais.

Segundo os dados do Relatório, não é necessário substituir a lei, mas inserir dispositivos necessários para modernizá-la, como concessão de benefícios para quem previne danos

⁸¹ Essa legitimação para agir foi, posteriormente, pela Lei n. 7.347/85, ampliada, permitindo-se que outros sujeitos, inclusive ONGs ambientais, pudessem propor ação civil pública, pedindo a reconstituição do bem lesado ou indenização pelo dano causado.

⁸² Em 1989, foi acrescentado um novo dispositivo (art. 15) à Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), prevendo a punição criminal para o poluidor que expuser a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou estiver tornando mais grave situação de perigo existente.

⁸³ Código Florestal, artigo 26.

⁸⁴ Lei de Proteção à Fauna, artigo 27. A Lei n. 7.653, de 12.2.88, que, como vimos, rebatizou o então Código de Caça, transformando todas suas ofensas penais, que antes eram simples contravenções, em crimes, com penas muito mais rigorosas.

⁸⁵ Código de Pesca, artigos 61 e 64.

⁸⁶ Lei n. 7.802/89, artigos 15 e 16.

⁸⁷ Artigo 225.

⁸⁸ Artigo 170, VI, e 186, II.

⁸⁹ IPEA. Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada. **Comunicado do Ipea nº 81: Direito Ambiental e A Lei de Crimes Ambientais. Eixos do Desenvolvimento Brasileiro.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110224_comunicadoipea81.pdf. Acesso em: 14 nov. de 2016.

ambientais, "a exemplo do que se observa na esfera jurídica internacional e já em algumas normas do direito ambiental brasileiro". As sanções e obrigações constantes na lei devem ser mantidas⁹⁰. Os pesquisadores apontam que a legislação ambiental em vigor no país é assimétrica, e que a matéria ambiental que é fruto de vários atos legislativos (lei, decretos-leis, medidas provisórias, decretos, resoluções e portarias) conduzindo a uma "poluição regulamentar" de modo a favorecer conflitos normativos", explicam.

O Poder Judiciário também é apontando como um dos grandes responsáveis pela precariedade na aplicação da Lei. A burocracia excessiva e a morosidade fazem com que perca a credibilidade. "Assim, o próprio desempenho do judiciário acaba por desestimular as condutas, frustrando expectativas e contribuindo para a ineficácia da legislação ambiental", concluem os relatores. Na experiência brasileira, levando-se em conta aspectos estruturais e conjunturais de nosso país, muitas das mazelas que resultam em na parca aplicação da legislação ambiental, decorrentes da concretização normativa falha, seja por ineficácia, seja por elementos que mitigam sua efetividade.

Segundo Milaré (2009, p.124),

Se, no plano mais amplo, a legislação ambiental brasileira é festejada, espanta verificar, então, que, no terreno da realidade, isto é, das atividades degradadoras, as normas ambientais não tenham sido capazes de alcançar os objetivos que justificam sua existência, o principal deles sendo compatibilizar o crescimento econômico com a proteção ambiental.

É de Benjamin (1995, pp.102-103) o apontamento de um conjunto de fatores que corroboram para a precariedade da aplicação dessa Lei.

A pequena institucionalização de órgãos especializados na gestão ambiental – que já são poucos –, combinada com sua credibilidade incipiente e seus problemas estruturais de falta de recursos financeiros, humanos e técnicos prejudicam sua imposição frente à conduta dos cidadãos. Contudo, não só esses órgãos específicos para a gestão ambiental têm dificuldade, um dos grandes responsáveis pela situação em que vivemos é o próprio Poder Judiciário, que padece de credibilidade devido à burocracia excessiva, à inacessibilidade, à morosidade, ao preço elevado dos trâmites jurídicos e à tímida especialização no trato das questões ambientais, que muitas vezes são alvo de competência residual. Assim, o próprio desempenho do judiciário acaba por desestimular as condutas, frustrando expectativas e contribuindo para a ineficácia da legislação ambiental devido a sua inobservância por parte do comportamento do cidadão que age *contra legem* ou desconsidera a existência da norma.

⁹⁰ IPEA. Instituto de Pesquisa e Econômica Aplicada. Comunicado do Ipea nº 81: Direito Ambiental e A Lei de Crimes Ambientais. Eixos do Desenvolvimento Brasileiro. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110224_comunicadoipea81.pdf. Acesso em: 14 nov. de 2016.

A pesquisa do IPEA trata sobre os eixos do desenvolvimento brasileiro, traçando diagnóstico do campo temático ambiental e realizando análise objetiva, sendo importante destacar.

Grosso modo, presenciamos no caso brasileiro um sistema jurídico obsoleto. Sua construção nem sempre possibilita uma implementação objetiva e ágil, concatenada com a prática cotidiana. Assim, este sistema caracteriza-se por sua atecnicidade que também se mostra pela produção normativa esparsa e assistemática. Corroboram ainda para a precária implementação das leis ambientais⁹¹ no Brasil problemas intrasistêmicos – caracterizando uma ineficácia técnico-normativa – tal qual a inadequação/insuficiência do sistema de fiscalização e de controle dos danos ambientais; e a superposição de competências público-administrativas, seja localmente, seja na relação entre os entes federados, seja no isolamento existente entre órgãos que não buscam a cooperação e o trabalho conjunto, de modo a se criar certa nebulosidade quanto à pertinência da atuação pública no caso concreto⁹².

Para o organizador da pesquisa, no tocante à efetividade das normas ambientais, os entraves da concretização de seu programa finalístico residem na própria cultura do cidadão que, acomodado, considera banal e ordinário o caráter ilícito da degradação ambiental, favorecendo sempre uma mentalidade liberal, subtraindo o caráter coletivo ou intergeracional do bem jurídico ambiental, confrontando a necessidade de sua preservação com a liberdade econômica, a exploração e a objetividade do direito de propriedade enquanto direito real pessoal sobre determinado bem (LEMOS, 2008a, pp. 32-37).

A legislação ambiental brasileira, em muitos casos, reveste-se de caráter simbólico por ser muitas vezes o meio ambiente alvo de desconsideração enquanto prioridade política, pois a administração pública, que é uma ação política, revela ser latente o desprestígio da legislação ambiental, diferentemente daquilo que é patente no texto normativo. Exemplo disso é o empenho de recursos financeiros na causa do meio ambiente, que sequer são capazes de cumprir necessidades essenciais (SILVA, 2006, p. 655).

Segundo Milaré (2009), a legislação ambiental vigente no Brasil tem uma característica assimétrica, pecando por seu caráter inorgânico e assistemático.

Independentemente das manifestações, contrárias ou favoráveis, a Lei no 9.605/1998 persistiu praticamente incólume, chegando aos dias atuais como principal substrato para a responsabilização penal e administrativa. A norma conquistou os tribunais, definiu a jurisprudência e orientou, ainda que pecaminosamente, a fiscalização e a punição daqueles que praticam atos potencial ou efetivamente lesivos ao meio ambiente.

⁹¹ Obra citada, p.9.

Não por outro motivo, como reconhecido por uma parcela da doutrina, o referido diploma é tido como um avanço político na defesa do meio ambiente, por inaugurar um sistema de punição administrativa com sanções determinadas, bem como por tipificar, ainda que sem grandes pormenores, os crimes ambientais.

3.4.2 Macro Criminalidade Ambiental.

A globalização permitiu que as empresas passassem a produzir e escoar os seus produtos de forma mais plena e rápida, com isso os recursos naturais passaram a ser extraídos incessantemente, sem consciência ecológica, apenas para suprir o consumo mundial. Diante deste quadro surge a macrocriminalidade ambiental, ou crimes de grandes proporções, um fenômeno atual em que a dimensão do resultado danoso pode atingir vários espaços físicos e consequentemente um número elevado de seres vivos.

A macrocriminalidade, cuja relevância se dá em especial nos delitos econômicos e ambientais, consubstancia-se em lesões aos bens jurídicos supra individuais e com pouca visibilidade danosa no cenário jurídico.

Com a percepção de que os bens ambientais são esgotáveis surge a necessidade de buscar as premissas das Ciências Criminológicas e da Sociologia e moldá-las a nova realidade para reforçar não apenas o combate ao crime, mas principalmente para evitar e proteger as vítimas da devastação do meio ambiente.

A proteção ambiental é um interesse mais que individual, diz respeito a um número significativo de titulares indeterminados, cujo pressuposto é a indivisibilidade ligada por circunstâncias factuais análogas, ou melhor, os direitos e obrigações quanto ao espaço ambiental ultrapassa os limites individuais. O meio ambiente pertence a todos os seres simultaneamente, em contrapartida nenhum ser o possui de maneira única. O espaço ambiental é um bem de uso comum do povo, macrossocial, que deve possuir privilégios na sua preservação e na solução de conflitos. Os riscos diante de uma sociedade industrializada são imensuráveis. “A ideia do risco vai, como se sabe, bem além da esfera da dogmática jurídico-penal, e tematiza problemas fundamentais da sociedade moderna e de seu direcionamento” (ROXIN, 1998, p. 80).

A inesgotável capacidade de criação do ser humano oportunizou a evolução do mundo e uma nova revolução ocorre, a tecnológica. Paralelo a essa conquista, a criminalidade também se diferenciou e nessa mutação ocorreram transformações tanto da matéria atingida pela infração, como do responsável pela sua prática.

A regra da macrocriminalidade é uma organização empresarial, hierarquicamente organizada e cuja finalidade é o lucro econômico. Surge, assim, o que se convencionou chamar de criminalidade dourada, acontecimento próprio das sociedades capitalistas, fruto de fenômenos das diferentes classes e com forte poder lesivo ao meio ambiente, relações de consumo e relações humanas.

Assim, a macrocriminalidade ambiental é cometida por corporações altamente organizadas e de elevada produção de bens e serviços. A expressão macrocriminalidade não tem um conceito unânime entre os estudiosos, mas apenas tem o condão de diferenciá-la da criminalidade tradicional pelo fato de ser praticada pelo ente coletivo, muita das vezes de reconhecido padrão social, econômico e até de prestígio junto aos organismos estatais e sempre se valendo de práticas abusivas.

Uma das características é a ausência da violência física direta quando da prática delituosa. Deste modo, a visibilidade danosa muita das vezes é invisível aos olhos sociais, pois as práticas são perpetradas por meios astutos e fraudulentos, que ficam quase sempre impunes, por ser a macrocriminalidade corrupta e corruptora, caracterizada por um caráter empresarial, regido com hierarquia e disciplina.

Para Silva (1980), há a criminalidade tradicional, dita microcriminalidade e a criminalidade moderna, a macrocriminalidade, distinguindo-se pelo tamanho, intensidade e natureza desta. A microcriminalidade é visível, sem organização e se reporta aos delitos comuns, os quais diariamente ocorrem. A macrocriminalidade é um empreendimento sistemático, bem organizado, com justaposições de condutas que se concatenam sob a direção de uma pessoa e pouco transparente, rompe até os limites nacionais, passando a atuar de forma multinacional.

Para o tratamento da macrocriminalidade o instrumental a ser utilizado tem de ser necessariamente mais significativo do que os costumeiramente empregados. A relevância existe pelas características entre as espécies, pois seus responsáveis agem através de comportamentos latentes, pois não são percebidos, mesmo porque as suas vítimas não são individualizadas, pois as lesões são agressões violentíssimas contra a sociedade, com imensurável poder de abalo das relações humanas, das relações econômicas e ambientais.

Nesse sentido, Lorenzetti (2010, p.26) afirma que,

Na medida em que uma parte do meio ambiente, mesmo que seja pequena em quantidade for prejudicada, haverá um grande desequilíbrio na qualidade da existência de todos os seres que o compõe, ensejará um efeito em cadeia abrangente e interdependente. É algo muito complexo e conectado. “O meio ambiente é um ‘macrobem’, e como tal é um sistema, o que significa que é mais que suas partes: é a interação de todas elas.

Não haverá proteção efetiva se a Ciência Criminal não se adaptar efetivamente aos efeitos da macrocriminalidade ambiental. Atualmente os parâmetros criminais exigem uma adaptação fundamentada é uma isonomia de valores protetivos, ou seja, a política penal de tutela ambiental deve vislumbrar uma preocupação com todos os bens da sociedade de maneira igualitária e indistinta, pois existe uma consciência de que os valores ecológicos penalmente protegidos são autônomos e a sobrevivência destes mesmos valores depende do equilíbrio harmônico do bioma. Das várias espécies de macrocrimes o ambiental é, sem dúvida, o que tem mais suscitado preocupações, pois seus efeitos vitimológicos são desastrosos e muito peculiares.

Por meio da criminológica inovadora e específica verifica-se que o criminoso ambiental não necessita ser apenas a pessoa humana, mas pode também ser uma empresa poluidora, e que a vítima de um delito ambiental pode ser um rio, uma floresta, um bioma e não apenas o indivíduo humano.

Segundo Lorenzetti (2010), a grande criminalidade vem arraigada de novos métodos que o Direito Penal e a Criminologia não conheciam ou não estavam acostumados a lidar, pois o Direito foi criado para as necessidades do sujeito homem, ao contrário da Ciência Ambiental que nasceu especialmente para todos os seres vivos. A primeira é uma ideia antropocêntrica e prévia ao paradigma ambiental, porque olha para a totalidade a partir do sujeito; a segunda é uma noção geocêntrica, concentrada no bem coletivo e típica do ambientalismo (LORENZETTI, 2010).

Imenso número de valores é atingido pela macrocriminalidade, valores estes que estão interligados e qualquer lesão a um destes bens causa um efeito em cadeia desastroso. Por isso, que se chama vitimização massiva, os sujeitos passivos são organismos vivos interdependentes e de um enorme alcance vitimológico.

Desta maneira, as vítimas massivas ambientais podem ser analisadas sob os seguintes aspectos: I- Seres vivos interligados; os animais, vegetação, ar, relevo, água e a cultura humana constroem o meio ambiente, pois são bens que dizem respeito a várias formas de vida e manifestações de expressões. A imensa variabilidade de elementos que constitui o espaço ambiental deve ser protegido, pois há um ciclo natural entre os biomas, em que a perpetuação dos seres vivos depende da preservação das diversidades de espécies e seus respectivos habitantes.

3.4.3 Micro Criminalidade Ambiental - Crimes Ambientais de menor potencial ofensivo.

A Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções para as condutas lesivas ao meio ambiente, reuniu em uma única lei as inúmeras infrações ambientais esparsas. Conforme a gravidade da infração, em se tratando de menor potencial ofensivo ambiental⁹³, o agente que comete um Crime Ambiental será processado pelo rito da Lei 9.099/95, que institui o Juizado Especial Criminal (JECRIM).

Nesta oportunidade, faz-se necessária análise conjunta das referidas leis e, através dessa reflexão, percebem-se as peculiaridades advindas da Lei 9.605/98 para o uso dos institutos da Lei 9.099/95, quais sejam, a prévia composição do dano ambiental, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

De acordo com a Lei 9.099/95, em seu art. 60, a competência para conciliação, julgamento e execução realizada pelo JECRIM é referente aos crimes ou infrações de menor potencial ofensivo.

Cabe referir, a título de informação, que tais infrações foram originalmente estabelecidas por força da Constituição. No inciso I do art. 98, fica estabelecido que:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

Assim, o art. 60 apenas reproduz as disposições da redação dada à questão pela Carta Magna. Vê-se isso, uma vez que a redação do artigo informa que “Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência”⁹⁴.

⁹³ Anteriormente, preocupava-se com a existência de normas jurídicas dispersas, reguladoras das infrações penais contra o meio ambiente, em especial em relação à proteção aos animais silvestres, fato que se eliminou, em tese, com o surgimento da Lei n. 9.605/98, chamada de Lei Penal Ambiental. O tema está pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula n. 91. A novel Lei tipificou como crimes diversas condutas antes tidas apenas como ilícitos administrativos ou civis ou mesmo que não eram objeto de regulamento e adequou as sanções penais à realidade, adotando a proporcionalidade, a significância e o resultado dos delitos. Está sendo considerado um avanço importante no ordenamento jurídico, apesar de ser portadora de alguns defeitos, que poderão ser corrigidos legislativamente ou, conforme o caso, pela sua interpretação, quando for aplicada pelo Judiciário.

⁹⁴ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 21. out. de 2016

Adiante, em seu art. 61, estabelece-os, como sendo as contravenções penais e crimes nos quais a pena privativa de liberdade abstrata não é superior a dois anos, cumulada ou não com a pena de multa.

Alguns dos tipos penais ambientais previstos na Lei 9.605/98 possuem pena máxima em abstrato não superior a dois anos, como por exemplo, o previsto no art. 48⁹⁵ que, prevê pena de detenção de seis meses a um ano e multa, para aquele que dificulta ou impede a regeneração natural de florestas ou demais formas de vegetação. Logo, o agente que comete esse crime será julgado pelo JECRIM, pois a pena máxima não excede a dois anos, sendo assim, o crime é considerado de menor potencial ofensivo ambiental.

Segundo Nucci (2008, p. 684), deve-se atentar, no entanto, para as peculiaridades que foram estabelecidas na Lei dos Crimes Ambientais.

A Lei 9.099/95, inspirada pela celeridade e simplificação do procedimento, previu e regulou a possibilidade de transação para as infrações consideradas de menor potencial ofensivo, contexto no qual estão inseridas as contravenções penais e todos os crimes sancionados com pena máxima não superior a dois anos, cumuladas ou não com multa. Porém, não havendo possibilidade de ocorrer a referida transação, o procedimento segue o rito especificado naquele diploma legal, deixando de ser aplicado o Código de Processo Penal.

Em se tratando de tipo penal da Lei 9.605/08, conforme seu art. 27⁹⁶, salvo em caso de comprovada impossibilidade, é exigência desta lei a composição do dano ambiental, para a ocorrência da transação penal do art. 76 da Lei 9.099/95.

Em sede doutrinária, Milaré (2005, p. 898) explana sobre o presente instituto, considerando que o art. 27 da nova lei ambiental penal, repita-se, condicionou a transação penal à existência de prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da Lei 9.099/95.

⁹⁵ Textualmente o artigo refere que “Art. 48. Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: Pena –detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

⁹⁶ Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Este dispositivo, por sua vez, ao estabelecer que a "composição dos danos", homologada pelo juiz, por sentença irrecurável⁹⁷, constitui título judicial exequível no cível, deixou claro que referida composição não se confunde com a efetiva reparação de danos⁹⁸.

Bitencourt (2011) afirma que “foi sábio o legislador, ao prever a simples composição do dano, posto que a exigência da efetiva reparação inviabilizaria a transação e a própria audiência preliminar iria de encontro aos princípios da celeridade e economia processuais, orientadores da política criminal consensual”.

E não é outro o sentido que se pode dar à previsão do art. 27 da Lei 9.605/98, ao condicionar à prévia composição do dano ambiental. Em outros termos, primeiro se formaliza a composição do dano ambiental, depois, a seguir, se oportuniza a transação penal.

Enfim, se as partes não compuserem o dano ambiental, isto é, se não chegarem a um denominador comum sobre a forma, meios e condições de reparar o dano, não se poderá transigir quanto à sanção criminal. A forma de executar a composição poderá, inclusive, ser objeto da própria composição, por meio de cláusulas a serem cumpridas.

Nesse sentido destacamos a distinção entre dois institutos: “composição do dano” e “recuperação do dano”, como transcrito abaixo, *in verbis*:

Ocorre que as mencionadas dificuldades não tinham razão de ser, na medida em que a primeira e principal distinção que se impõe seja feita está entre "composição do dano" e "recuperação do dano". Não são a mesma coisa. É dizer, não há necessidade de que haja a prévia recuperação do dano ambiental para que seja proposta a transação penal. A expressão prévia composição do dano ambiental referida no art. 27 da Lei n. 9.605/98 significa, isto sim, o necessário acordo, perante o Juiz, no qual o infrator se compromete a recuperar o dano (obrigação de fazer), bem como a cessar a degradação que estava realizando (obrigação de não fazer)⁹⁹

⁹⁷ Aliás, sobre a transação penal, objeto principal desta manifestação, ressalte-se que ela tem por finalidade a exclusão do processo e dos efeitos dele decorrentes (a imposição de uma sanção penal, a reincidência, efeitos civis etc.), com a cumulação de regras de conduta ou a aplicação de uma multa. A aceitação da proposta do Ministério Público, seu titular privativo, deve ser consensual com o autor da infração penal, resultando na transação e consequente homologação judicial (art. 76 e parágrafos da Lei nº 9.099/95). Além disso, a sentença que impõe a medida despenalizadora tem natureza meramente homologatória, e não condenatória. O autor da infração penal, ao aceitar a transação, não admite a sua culpa, mas apenas concorda com a imposição de uma sanção, inclusive abdicando momentaneamente do exercício de sua defesa. Por isso, também, que se não cumprir a transação penal, admite-se o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, ao invés de se executá-la, convertendo-se eventual pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.

⁹⁸ Vários delitos tipificados pela lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente têm cominadas penas privativas de liberdade até um ano, sendo infrações de menor potencial ofensivo, consoante art. 61 da lei dos Juizados Especiais, permitindo transação penal, conforme art. 76 da mesma lei nº 9.099/95. São eles os arts 29, 31, 32, 41, parágrafo único, 44, 46, 48, 49 50, 51, 52, 54, § 1º, 55, 56, § 3º, 60, 62, parágrafo único, 64, 65, 67, parágrafo único da Lei nº 9.605/98 19 delitos. Outros tantos, exatamente 19 crimes, são punidos com penas mínimas não superior a um ano (Lei nº- 9.605/98, arts. 30, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 45, 54 caput, 54, § 2º-, 56, 61, 62, 63, 66, 67 68 e 69), sendo infrações de "médio potencial ofensivo", admitindo suspensão do processo, conforme art. 89 da lei 9099/95.

⁹⁹ Importante salientar que incabível é a interpretação do art. 74 da Lei n. 9.099/95 como se "composição dos danos" fosse "recuperação", haja vista que a formação do título executivo judicial é sempre anterior a execução material. Ora se já tivesse havido a recuperação do dano não haveria necessidade de criação do título executivo

Resta evidenciar o texto do art. 74 da Lei n. 9.099/95, em que a prévia composição do dano ambiental mencionada no art. 27 da Lei n. 9.605/98 é, na verdade, um acordo no qual existe apenas a declaração do infrator se comprometendo a recuperar ou cessar o dano ambiental (e, se for o caso, a aceitação do Ministério Público), sendo que a sentença que homologa esse acordo terá eficácia de título executivo judicial da mesma forma que uma sentença em ação civil pública, mas sem a necessidade do prévio processo de conhecimento.

No entanto, se ficar comprovado algumas das ocorrências previstas no artigo 76 da Lei 9099/95 da referida lei, não se admitirá a proposta de transação penal, conforme transcrevemos o que nos relata o texto legal¹⁰⁰.

Não estando o acusado em nenhuma das circunstâncias do artigo acima descrito e ele aceita a proposta pelo mesmo, será esta, submetida à apreciação do magistrado. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

O autor do fato, ao aceitar a proposta de transação penal oferecida pelo promotor, não estará com isso reconhecendo a culpa pelo crime que é acusado, deste modo, não perderá a primariedade. Importante destacar, neste contexto, pois objeto da pesquisa, especificamente aos crimes ambientais – todos eles de ação penal pública incondicionada, diga-se – a composição civil reveste-se de importância ainda maior.

A reparação do dano ambiental é um dos objetivos mais evidentes da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), mais do que a própria incriminação de condutas. Na verdade, originalmente, tal lei se destinava a tratar das três esferas de responsabilidade (civil, penal e administrativa), como dispunha o seu art. 1º, objeto de posterior veto presidencial.

Nos crimes ambientais, a composição civil e a efetiva reparação do dano são requisitos para que o infrator se beneficie das demais medidas despenalizadoras (transação penal e

judicial, vez que já teria havido a execução material da obrigação. Ademais este foi o objetivo do legislador, já que a recuperação prévia impede a transação pela demora, e o acordo prévio permite a transação e ainda confere efetividade à futura recuperação. " (Crimes ambientais - transação penal - interpretação da expressão "prévia composição do dano ambiental" contida no art. 27 da lei n. 9.605/98 e suas implicações jurídicas, in: Boletim dos Procuradores da República, ano II, n. 18, p. 16).

¹⁰⁰ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

suspensão condicional do processo), em razão do disposto nos artigos 27 e 28 da Lei n. 9.605/98.

Há de se observar que, conquanto particulares possam ter interesse de cunho individual na reparação do dano, a vítima, nos crimes ambientais, é a própria coletividade, tendo em vista a natureza difusa do direito ao equilíbrio do meio ambiente.

Assim, nos procedimentos criminais ambientais de competência dos Juizados Especiais, o Ministério Público acumula as funções de representante da vítima e de autor da ação penal. Cabe-lhe, a um só tempo, atuar como curador do meio ambiente e como persecutor penal, sendo recomendável, inclusive, que as duas funções sejam exercidas pelo mesmo órgão executor.

Não obstante, é de suma importância a participação, em tais avenças, dos órgãos e entidades administrativas encarregados da fiscalização e normatização das atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, diante da necessidade de identificar com precisão os contornos do dano ambiental e a definição técnica das obrigações civis decorrentes da infração.

Além disso, o papel do juiz, ao homologar a composição civil ambiental, não deve ser de mero ratificador da vontade das partes. A relevância do bem jurídico objeto da avença – equilíbrio ambiental – impõe um efetivo controle judicial sobre os respectivos termos, devendo ser negada a composição lesiva ao meio ambiente.

Conforme afirma Silva (2009, p. 97), a lei 9.099/95 tem por objetivo a composição ou a transação, sem abandonar a finalidade do processo penal, que é o de se chegar a verdade real. Sempre que possível, deve ser buscada a conciliação ou a transação.

No que se refere à transação penal o Art. 76 dispõe só ser possível a apresentação da proposta de transação por parte do Ministério Público “não sendo caso de arquivamento”. Ora, se assim é, somente havendo indícios suficientes da autoria e prova de materialidade se pode prosseguir de modo a se chegar à homologação. Como vimos, a aceitação da proposta por parte do autor do fato não implica mero acordo entre as partes passível de cumprimento, uma vez que depende da apreciação do juiz, examinará os pressupostos legais (art. 76, §3º). Ao homologar o acordo, o Poder Judiciário reconhece alguma culpabilidade do autor do fato, pressuposto para a aplicação da sanção penal passível de execução, nos termos dos artigos 84 a 86 da Lei.

A melhor interpretação a ser dada ao art. 27 da Lei dos Crimes Ambientais é a de ser possível a transação penal, desde que o poluidor, ou autor do fato, celebre com o Ministério Público um acordo em que se comprometa a restabelecer o meio ambiente, salvo impossibilidade comprovada.

SILVA (2009, p. 138) considera que a prática nos mostra que, dependendo do dano ambiental provocado, o laudo pericial a demonstrar a extensão do mesmo demandará grande

lapso de tempo. Proposta a aplicação antecipada de pena, bem como a obrigação de reparação do dano, nos termos do laudo futuro, vindo o autor do fato a aceitar e homologando o juízo tal acordo, permanece respeitado o princípio da celeridade e obedecido o requisito da prévia composição.

Havendo a impossibilidade da reparação do dano ambiental, ficará o autor desonerado da obrigação, não lhe trazendo qualquer prejuízo a celebração antecipada do acordo. O cuidado que deve ter órgão do Ministério Público é com a eventual conclusão de ser impossível o restabelecimento do meio ambiente. Assim, já havendo nos autos tal conclusão, quando da audiência preliminar, há de ser proposta a indenização em dinheiro, que obedecerá ao princípio da proporcionalidade e situação financeira do autor.

Silva (2009, p. 151) afirma com propriedade que

Os motivos do crime são os fatores geradores que influíram no ânimo do infrator, incitando-o à infração. Consequência da infração são o resultado da mesma, as vantagens auferidas pelo agente e o prejuízo, a lesão, enfim, o dano suportado pela vítima. Interessam aqui as consequências à saúde pública e ao meio ambiente.

Outra questão que merece destacar é a suspensão condicional do processo, que está prevista no art. 89 da Lei 9.099/95. Esse dispositivo estabelece como requisitos para a sua concessão uma pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, para crimes abrangidos ou não por esta lei.

Ao mesmo tempo, é necessário, ainda, que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime. Além dessas exigências, o artigo menciona a suspensão condicional da pena, estabelecida no art. 77 do CP, também como pressuposto para a suspensão condicional do processo no JECRIM.

Ao remeter para referido dispositivo do CP, surge um impasse legal. O art. 77 do CP estabelece como elementos para a efetivação da suspensão condicional do processo as seguintes condicionantes:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§ 2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

Ao definir os requisitos para o sursis previstos no artigo 77, determina a lei que para exercer esse benefício é necessária a condenação a uma pena privativa de liberdade não superior a dois anos.

No entanto, para Delmanto (2007, p. 242) o art. 16 da Lei 9.605/98 cria outra espécie de suspensão condicional da pena, ampliando o requisito quantitativo para três anos.

Para referido autor, há um confronto entre dispositivos, pois “O art. 16 da Lei nº 9.605/98 (Meio Ambiente) prevê, para os crimes nela elencados, que a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nas condenações à pena privativa de liberdade não superior a três anos”

Porém, dessa análise, surge certa dúvida, à medida que, em se tratando de crime ambiental, para a suspensão condicional do processo referida no art. 89 da Lei 9.099/95, aplica-se, um número de elementos que supera os do disposto no art. 77 do CP. Assim, a suspensão condicional da pena não deveria obedecer ao artigo 16 da Lei de Crimes Ambientais, por se tratar de lei especial?¹⁰¹

Da leitura isolada da lei referente ao JECRIM, a resposta seria negativa, uma vez que é clara a menção ao art. 77 do CP, sendo os requisitos deste a serem exigidos. Entre eles a pena máxima privativa de liberdade não superior a dois anos, em oposição à definição do diploma ambiental. Além disto, conforme o mesmo artigo deve-se verificar a não - reincidência em crime doloso e a ponderação da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente para verificar se é cabível a medida.

O artigo menciona, para a verificação da não - incidência do art. 44 do CP, que trata da substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos.

Diferentemente, é o sursis especificado na Lei 9.605/98. Ele não estabelece outros requisitos, além daqueles constantes no art. 77 do CP, como faz a Lei 9.099/95. Ele exige apenas, para o caso de crimes ambientais, que seja imposta uma pena privativa de liberdade não superior a três anos, como motivo para a concessão do benefício.

Pode-se afirmar que o sursis a ser obedecido e relevado, considerando-se a disposição do art. 89 da Lei 9.099/95, deveria ser o definido na Lei de Crimes Ambientais. E a regra

¹⁰¹ Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. A Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM é um periódico aberto a profissionais de todas as Instituições de Ensino Superior e tem por finalidade a publicação de artigos científicos inéditos que contribuam para a expansão do conhecimento nas áreas das Ciências Jurídicas e Sociais. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/revistadireito>. Acesso em 15 nov. de 2016. Aplicando Sanções Ambientais. Para uma análise das implicações trazidas pela Lei 9.605/98 quanto à transação penal e suspensão condicional do processo da Lei 9.099/95.

expressa no art. 12 do regramento dos juizados dispõe que: “Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Essa é a definição mais clássica do “Princípio da Especialidade”.

Conforme o princípio da especialidade estabelecido no CP, Delmanto (2007, p. 39) pondera que, embora os principais ilícitos penais estejam descritos no CP, há outros de altíssima relevância definidos em leis especiais, as quais formam a chamada legislação penal especial [...]. Este art. 12 do CP manda que as regras gerais do CP sejam aplicadas a toda legislação penal especial, se esta não dispuser de modo diverso.

Assim, caso a lei especial conte com dispositivo próprio a respeito, este prevalecerá sobre a regra geral do CP.

Desse modo, deve-se utilizar o CP como fonte única de legislação a ser respeitada, porém, sem se esquecer de considerar as especificidades da legislação ambiental.

Assim, expirado o prazo sem revogação da suspensão do processo, o juiz declara extinta a punibilidade. Em matéria de crimes ambientais, não basta o decorrer do prazo sem a revogação do benefício. É exigida, sempre que faticamente possível, também, a reparação do dano ambiental como um de seus elementos determinantes. O que, por sua vez, deverá ser comprovado por meio de um laudo de constatação da efetiva reparação ou da sua impossibilidade.

Caso o laudo seja negativo, indicando a situação de tentativa de reparação do dano, o período de suspensão será prorrogado por tempo não superior ao previsto no caput do art. 89 da Lei 9.099/95, acrescido de mais um ano. Passado o período prorrogado, será realizado novo laudo de constatação da reparação do dano ambiental. Se este for negativo novamente, haverá mais uma prorrogação do período de suspensão da mesma forma já imposta.

Após essa nova prorrogação, esgotado o prazo máximo, o laudo de constatação ganha um novo intuito: ele passa a desempenhar a avaliação da efetivação da reparação do dano. Assim, seu uso visará a comprovação de que o acusado tomou todas as medidas cabíveis para reparar integralmente o dano.

A Lei dos Crimes Ambientais é rigorosa quanto à exigência de laudo técnico que comprove a reparação do dano ambiental. De posse dessa constatação e passado o prazo da suspensão do processo, será extinta a punibilidade do agente. Caso contrário, não havendo comprovação desse ato de contrição, não será possível a extinção da punibilidade.

Nesses termos, observa-se que mesmo observando-se o rito do JECRIM, casos de Infrações de Menor Potencial Ofensivo, configuradas a partir do regramento de proteção ambiental, têm suas especificidades.

E, mesmo obedecendo um rito normal, devem respeitar os comportamentos e itens específicos que perfazem o respeito ao elemento ambiental dessa relação jurídica criminosa. Sendo essencial a reparação e, na sua impossibilidade, laudo que especificamente determine a impossibilidade de reparação do dano causado.

CRIMES AMBIENTAIS DE MENOR POTENCAL OFENSIVO
(Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998)

Artigo	Infração	Pena (s)	Ação Penal
29, caput	Caça, perseguição ou apanha de espécime da fauna silvestre sem licença ou em desacordo com a obtida.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
29, § 1º, I	Impedimento de procriação da fauna silvestre sem licença ou em desacordo com a obtida.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
29, § 1º, II	Destruição, dano ou modificação de ninho, abrigo ou criadouro natural.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
29, § 1º, III	Venda, exportação, aquisição ou guarda de espécimes da fauna silvestre e produtos derivados, sem licença ou provenientes de criadouros não autorizados.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
31	Introdução de espécime animal no país sem licença.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
32, caput	Abuso ou maus tratos em animais.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
32, § 1º	Experiência dolorosa ou cruel com animal vivo.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
41, § única.	Incêndio culposo em mata ou floresta.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
44	Extração mineral não autorizada em florestas públicas ou de preservação.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.

45, caput	Corte ou transformação em carvão de madeira de lei, assim classificada por ato do poder público, para fins industriais, energéticos ou para outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais.	Reclusão de 1 a 2 anos e multa.	Pública Incondicionada.
46, caput	Aquisição ou recebimento de produtos vegetais sem verificação de sua extração mediante licença e desacompanhados de documento.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada
46, § único	Venda, depósito, transporte ou guarda de produtos de origem vegetal sem licença.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
48	Impedimento da regeneração de florestas ou vegetação.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
49	Destruição ou danos em plantas ornamentais de logradouros ou propriedade privada.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
50	Destruição ou danos em floresta ou vegetação de especial preservação.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
51	Comercialização ou uso de motosserra sem licença ou registro.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada
52	Penetração em Unidade de Conservação portando instrumentos para caça ou exploração florestal, sem licença.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
54, § único	Causação culposa de poluição danosa à saúde humana ou provocadora de mortandade de animais ou de destruição da flora.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada
55, caput	Pesquisa ou extração mineral sem autorização ou em desacordo com a licença.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada
55, § único	Não recuperação de área de pesquisa ou exploração mineral.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada

56, § 3º	Substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
60	Estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou contrariando normas legais e regulamentares.	Detenção de 1 a 6 meses e/ou multa.	Pública Incondicionada
62, § único	Destruição, inutilização ou deterioração culposa de bem especialmente protegido.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada
64	Construção em solo não edificável, ou seu entorno, sem autorização ou em desacordo com a concedida.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
65, caput	Pichar ou Conspurcar edificação ou monumento urbano.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
65, § único	Pichar ou Conspurcar monumento ou coisa tombada.	Detenção de 6 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.
68, § único	Não cumprimento culposo de obrigação de relevante interesse ambiental.	Detenção de 3 meses a 1 ano e multa.	Pública Incondicionada.

3.4.4 Os Princípios da Intervenção Mínima e Insignificância e os crimes ambientais de menor potencial ofensivo.

No contexto da tutela penal ambiental há divergências no que se relaciona à aplicação do princípio da insignificância e intervenção mínima aos crimes contra o meio ambiente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tanto em razão das características do referido bem, quanto em virtude das peculiaridades da tutela penal ambiental.

Nesse sentido, passamos a debater a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, mesmo quando o bem jurídico protegido for o meio ambiente, desde que a conduta não lese ou cause perigo de lesão ao bem jurídico protegido, baseando-se, principalmente, no princípio da ofensividade e no caráter *ultima ratio* do Direito Penal.

Como é cediço em virtude das constantes agressões ao meio ambiente, passou-se a justificar uma política de criminalização contra os vários atos lesivos, desde a poluição das águas, do solo e do ar, até os danos causados à flora, à paisagem e a outros bens.

Dessa forma, foi criada a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais, aplicáveis às condutas e atividades que atentem contra o bem jurídico ambiental.

Ensinam Freitas e Freitas (2006) que o Direito Ambiental é

[...] um ramo novo do Direito, com peculiaridades especiais. É que ele está ligado diretamente a profissionais de outras áreas do conhecimento científico. O Direito une-se à biologia, engenharia florestal, química e outras especialidades do saber, para dar suporte teórico e legal à conduta do homem. É natural que isto traga certa perplexidade aos estudiosos. Mas isso não é algo inédito na época em que vivemos. Vários ramos do Direito passam por transformações inimagináveis há vinte ou trinta anos. Por exemplo, o uso e gozo da propriedade. Da mesma forma o processo penal, agora admitindo a transação, algo inaceitável há poucos lustros. Como um novo ramo do Direito Público, o Direito Ambiental pode ser considerado sob dois aspectos: um objetivo, consistente no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; outro como ciência, que tem por finalidade o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente.

Os mesmos autores (p. 32) afirmam que na aplicação da responsabilização penal há forte tendência nos países latinos no sentido de que o Direito Penal seja de liberação e descriminalização, com a observância do princípio da intervenção mínima. Desta forma, a repressão à conduta transgressora deve ser feita pela via administrativa, em que as sanções são mais eficientes que as aplicadas com maior brevidade, ou pela via civil, em que a reparação pode ser completa. A aplicação do Direito Penal, assim, se restringe ao que for mais grave e nocivo à Sociedade.

Segundo Mir Puig (2007, pp. 126-127), o Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade se existirem outros meios menos lesivos aos direitos individuais, uma vez que esta é uma exigência do Estado Social, quando se busca o maior bem social ao menor custo social. Nesse sentido, a concepção do Direito Penal seria utilitarista, para que não existisse a maior proteção possível e sim o máximo da proteção necessária. Neste ponto, entraria em jogo o princípio da subsidiariedade, deixando o Direito Penal como última razão, sendo este utilizado somente quando outros ramos do Direito, menos lesivos, não resolvessem os conflitos.

Assim, o princípio da intervenção mínima estaria resguardado, atuando o Direito Penal apenas nos casos em que não houvesse solução por parte dos outros ramos do Direito.

Conforme ensinam Nogueira, Giménez e Del Valle (2003, pp. 15-16), quando se fala em Direito Penal como *ultima ratio*, se quer dizer que, na maioria das infrações contra o meio ambiente, o Direito Administrativo sancionador poderia ter melhor resultado que a aplicação da sanção penal. Isso se justifica pelas afirmações de que o Direito Penal é inadequado para obter uma reparação imediata do dano e para prevenir futuras agressões ao meio ambiente.

Nesta seara, se a missão do Direito penal é proteger os bens jurídicos mais importantes e suas consequências são as mais graves porque restringem direitos constitucionais, conclui-se que a incidência da sanção penal deve ser a mínima possível, de acordo com o Direito Penal Mínimo (ROCHA, 2010).

Nesse sentido, consideramos oportuno transcrever as palavras de Roxin (2009, pp. 16-17).

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.

Observe-se que o Direito Penal não se ocupa de condutas que produzam resultado cujo desvalor não represente prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social¹⁰². Logo, não é qualquer conduta que interessa ao direito penal, mas unicamente os conflitos sociais mais graves, que venham a gerar resultados jurídicos significativos.

Nas palavras de Queiroz (2001, pp. 20-21).

Embora o legislador pretenda reprimir condutas graves, é inevitável que, no caso concreto, a norma penal, em face de seu caráter geral e abstrato, alcance fatos irrelevantes. A imprecisão legislativa e o caráter abstrato do tipo penal atribuem à descrição da conduta incriminada uma amplitude maior que a necessária para a proteção dos bens jurídicos.

Não é possível controlar que, eventualmente, condutas sem relevância penal sejam consideradas formalmente típicas, ou seja, perfaçam a descrição legal, quando, na verdade, deveriam ser excluídas da incidência da lei criminal.

Assim preleciona Toledo (1994, p. 129).

Como os tipos são conceitos abstratos, é impossível evitar que sua previsão legal tenha um alcance maior do que aquele que deveria ter [...] Condutas socialmente adequadas e até socialmente necessárias podem, pelo seu aspecto externo, ser atraídas para o campo de força do tipo legal de crime [...]

Assim, a intervenção mínima estabelece que a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência em prol e paz da comunidade, aplicada como *ultima ratio*, só devendo aplicá-la se existir possibilidade de ter eficácia (PRADO, 2013, p. 190).

O princípio da intervenção mínima, que também é conhecido como última razão, orienta e limita o poder incriminador do Estado, estabelecendo que somente se autoria a criminalização

¹⁰² Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n.º 84.412-SP, Relator Ministro Celso de Mello, Julgado em 19/10/2004).

de uma conduta, se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Para Bitencourt (2012, p. 159),

Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Portanto, o Direito Penal, considerado como *ultima ratio* é considerado a última cartada do legislativo, quando percebe que não existe outra solução para por fim a determinado problema que ameaça a paz social, e, assim, cria o tipo penal incriminador, fazendo com que a solução seja encontrada para a proteção de determinado bem jurídico, seja através da aplicação da sanção penal.

Por outro lado, cada dia mais se verifica que uma das únicas formas de manter a paz social é a utilização do Direito Penal, apesar disso, muitos questionam a necessidade de utilizar-se do Direito Penal para a proteção do meio ambiente (NOGUEIRA, GIMÉNEZ, DEL VALE, 2003, P. 15).

Embora seja consolidada na doutrina e na jurisprudência a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância às condutas que não sejam capazes de lesar ou por em perigo o bem jurídico, há divergência no que se relaciona à possibilidade de aplicação do referido princípio nos crimes contra o meio ambiente.

É salutar levantar a questão sobre quais elementos que tornam o princípio da insignificância aplicável ou não aos crimes contra o meio ambiente. A primeira questão é saber se há lesão ao bem ambiental que possa ser considerada insignificante ou se qualquer conduta, ainda que ínfima, deva ser considerada e punida pelo Direito penal.

Em consequência da natureza jurídica do meio ambiente, o dano ambiental possui características próprias, que o fazem diferir do dano individual. Uma vez ocorrida eventual degradação, é difícil, senão inviável, a tarefa de identificar os sujeitos que sofreram seus efeitos. Sob esse prisma, afirma-se que o dano ao meio ambiente se manifesta em dimensão coletiva, podendo alcançar número indeterminado de pessoas (BELTRÃO, 2008, p. 208).

Corroborando tal entendimento, Sirvinskis (2010, p. 788) assevera que

O meio ambiente não tem pátria. Ele é de cada um individualmente, e, ao mesmo tempo, de todos. Sua proteção não deve restringir-se a uma ou a várias pessoas de um país, mas, sim, a todos os países. Um crime ambiental poderá repercutir em diversos países do mundo, como, por exemplo, um desastre nuclear ou a poluição de um rio que corta alguns países.

Outro aspecto a ser considerado é que o dano ambiental não pode ser mensurado a partir de uma perspectiva econômica, devendo ser avaliado segundo sua dimensão ecológica, ou seja,

não apenas quanto aos efeitos imediatos da conduta danosa, mas tendo em vista a repercussão em determinado ecossistema.

Nesse sentido, assevera Leal Júnior (2007) que

[...] na natureza nada é isolado ou independente, tudo depende de tudo e se relaciona com tudo. Da mesma forma que a floresta (todo) não é apenas a soma das árvores que a compõem (partes), o dano a um dos indivíduos que compõem essa floresta não produz um efeito restrito a ele, mas pode alcançar o restante do ecossistema, por exemplo. Não se poderiam considerar isoladamente os danos causados ao meio ambiente, porque o impacto final dos mesmos não é igual à mera soma aritmética de cada um dos impactos individualmente considerados.

Neste sentido, pode-se verificar que o Direito penal possui vinculação estreita com os princípios limitadores do poder punitivo do Estado. Neste norte, a aplicação do princípio da intervenção mínima, quando se fala em Direito Penal, é sempre necessária, ofertando ao juiz a análise do caso em concreto.

No que se refere aos delitos ambientais de menor potencial ofensivo, em razão do princípio da intervenção mínima, antes da utilização do Direito Penal, outras medidas devem ser adotadas para que a regra, que almeja o adequado desenvolvimento da sociedade, seja espontaneamente cumprida, voltada à prevenção do dano.

Corroboram com a aplicação do princípio os irmãos Freitas (2006), afirmando que o Princípio da Insignificância deve ser aplicado em casos excepcionais, considerando que as penas previstas na lei 9.605/98 são leves.

Neste mesmo sentido, não se mostra razoável a afirmar de que a lei ambiental pretendeu compreender todas as condutas contrárias ao meio ambiente, até mesmo as condutas irrelevantes sem tipicidade material. Este pensamento contraria os ditames constitucionais que pregam o caráter fragmentário do Direito Penal. Apesar da lei de crimes ambientais ser composta em sua maioria por infrações de menor potencial ofensivo, a penalização de uma conduta insignificante se mostra desproporcional à lesão que supostamente foi causada.

Não se pode considerar, no entanto, que o infrator fique impune, já que a legislação ambiental prevê infrações administrativas que cominam multas pesadas e que se não forem pagas serão cobradas por meio de processo de execução fiscal, além da obrigação de reparar o dano, devendo ser este o objetivo maior da lei ambiental.

Assim, o que importa, quando se fala em Princípio da Insignificância nos crimes ambientais, é saber se houve efetiva lesão ao bem jurídico tutelado meio ambiente.

Havendo lesão não há que se falar em aplicação do Princípio da Insignificância. Por outro lado, a imperfeição da norma penal ambiental, com seus tipos abertos alcançando condutas irrelevantes para o Direito Penal, não se coaduna com o atual sistema de garantias constitucionais.

4 A APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E DOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

Neste tópico analisamos a recomposição dos danos ambientais ao *status quo* anterior como a forma ideal de reparação e a primeira que deverá se buscar com a finalidade de reversão do dano ambiental, ou, não sendo possível, deverá ser adotada a medida compensatória. Para tanto, os meios alternativos se apresentam de suma importância antes ou durante as ações na esfera civil que visam à reparação dos danos ambientais.

Na atualidade, a proteção constitucional e infraconstitucional ao meio ambiente é de fundamental importância, considerando a relevância dos recursos naturais para a qualidade de vida e suporte da vida na Terra. A crise atual demonstra a emergência no enfrentamento dos problemas econômicos e socioambientais.

Hoje, existe a necessidade de conciliação do crescimento econômico como meio ambiente nos moldes de um novo paradigma, qual seja, o desenvolvimento sustentável.

A intervenção do homem diretamente sobre os recursos da natureza traz como consequência danos que podem ser reversíveis ou irreversíveis.

As alternativas extrajudiciais para a resolução dos conflitos ajudam a diminuir as demandas no Poder Judiciário, que se mostra moroso na resposta das lides que lhe são submetidas.

Neste sentido, a Justiça Restaurativa é expressa como instrumento que busca soluções, envolvendo diretamente a vítima (meio ambiente) e o agente, objetivando a reparação do dano e a restauração de interesses por meio da tomada de responsabilidade voluntária na resolução do conflito.

Vale, portanto, ressaltar a observação de Sica (2006, p. 455).

Quando falamos sobre a introdução da justiça restaurativa, não nos referimos simplesmente à escolha de novos métodos de resolução dos conflitos ou mecanismos de alívio do Judiciário, e tampouco ao debate de uma nova teoria penal. A abordagem remete à elaboração de um novo paradigma de justiça penal que influa (e altere) decisivamente na nossa maneira de pensar e agir em relação à questão criminal.

Diante de todo um panorama em que se buscam alternativas para minimizar a situação penal, das políticas públicas dos procedimentos adotados em nosso ordenamento jurídico surgem várias ideias, projetos e soluções.

É neste particular que a Justiça Restaurativa e os métodos alternativos de conflito, se apresentam, sendo uma nova visão de resolução de conflitos, com humanidade, com princípios

básicos de solidariedade humana, de respeito, de confiabilidade, de diálogo, de responsabilidade, de inclusão social.

4.1 Vantagens da aplicação dos Meios Alternativos de Conflito na Tutela Penal do Meio Ambiente.

Primeiramente, deve-se observar que os meios alternativos não devem ser vistos como substitutivos ao Poder Judiciário, mas, sim, auxiliares, de forma que complementam a noção do Princípio do Acesso à Justiça, que também representa um valor a ser observado na sociedade.

A forma como o Poder Judiciário e os meios alternativos funcionam na solução de conflitos é diferente, tendo como consequência que nestes mecanismos a pacificação social é mais ampla e eficiente.

Enquanto o Poder Judiciário está preocupado em decidir o conflito, os meios alternativos têm como fim solucionar o conflito. Esta distinção tem uma grande diferença pós-conflitos, pois com os meios alternativos as partes são aproximadas, possibilitando que elas continuem a se relacionar mesmo após o embate. Isso não significa que no Poder Judiciário a referida situação não se realize, ocorre que os meios alternativos têm como objetivo principal a pacificação social, ou seja, é um fim amplamente perseguido.

O Estado tem como escopo trazer segurança jurídica, e não simplesmente decidir os litígios, podendo, então, esta paz social ser conquistada com os meios alternativos. Na prática, até mesmo os mais experientes concordam que a pacificação da sociedade feita por meios alternativos é mais relevante do que uma sentença tecnicamente correta, conforme relata Watanabe (2003, p. 60).

Hoje, depois de vinte anos de magistratura, é muito mais importante a atuação do juiz, do profissional do Direito na pacificação da sociedade do que na solução do conflito. É mais relevante para o juiz um acordo amigável, mediante uma conciliação das partes, do que uma sentença brilhante proferida e que venha a ser confirmada pelos tribunais superiores.

A utilização de meios alternativos não deve ser analisada como uma evolução, mas como sendo uma transformação, e esta percepção somente ocorrerá com uma mudança de paradigma, a ser conquistada pela difusão de educação sobre as possibilidades de utilização de outros meios, com a participação da sociedade e de seus vários setores.

Além do preâmbulo da Constituição, alguns outros princípios previstos no texto constitucional corroboram com a aludida mudança de paradigma. O primeiro é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF), tendo em vista que as características que regem os meios alternativos também têm o condão de resolver o conflito com mais respeito e

consideração em relação à parte envolvida. Outro é o princípio da autonomia privada, pois as partes têm o poder jurídico de regularem pelo exercício de sua própria vontade as relações de que participam, estabelecendo o seu conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.

Com efeito, propõe-se através dos meios por alternativos de solução de conflitos uma mudança social, para uma cultura de paz. Isso somente é possível com um Direito mais socializado, corajoso e fiel aos valores da sociedade. Atualmente vive-se um momento em que não mais se concebe um modelo único de solução de conflitos, os problemas estão cada vez mais complexos e exigem soluções rápidas e efetivas para resolver a questão e pacificar as partes.

O Poder Judiciário sofre com graves mazelas, tais como a lentidão dos procedimentos legais, falta de recursos financeiros, aumento da litigiosidade nas relações sociais, burocracia, alto custo¹⁰³ etc. Gradativamente o monopólio estatal quanto à solução dos conflitos vem sendo rompido, sendo os meios alternativos de solução de conflitos a via adequada para complementar o sistema existente.

Da mesma forma que se deve interpretar o direito para encontrar as normas jurídicas adequadas para uma solução mais justa possível, deve-se analisar o sistema jurídico e extrair dele qualquer possibilidade jurídica que viabilize atender as exigências atuais.

Conforme já explanado nesta pesquisa o Poder Judiciário brasileiro está aquém das necessidades atuais, havendo muito prejuízo para uma adequada prestação jurisdicional.

O problema não é só da estrutura, mas também do aspecto formal do processo. Há um formalismo processual, muitas vezes baseado em estruturas arcaicas que acabam por protelar o tempo do processo, sem satisfazer os anseios das partes. Acima de tudo, verifica-se na prática que há um descompasso entre as decisões judiciais e a realidade social dos indivíduos.

A pacificação social que se consegue obter por meio dos mecanismos extrajudiciais é sua grande qualidade, mas é inegável que no aspecto prático existem outras características que também demonstram vantagens que devem ser consideradas em prol da mudança de paradigma.

Outro fator muito significativo é a celeridade, pois os meios alternativos são resolvidos de forma muito mais rápida. Esta característica representa uma vantagem interessante ao aspecto pessoal dos litigantes, considerando que o tempo despendido para solucionar o conflito

¹⁰³ Ao lado da Duração do processo (que compromete tanto o penal como o civil ou trabalhista), o seu custo constitui outro óbice à plenitude do cumprimento da função pacificadora através dele. O processo civil tem-se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, como é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 26).

é menor, conseqüentemente o desgaste emocional também será reduzido, um dos motivos que fazem as partes preservarem o relacionamento.

A celeridade é resultado da flexibilidade procedimental que rege os meios alternativos. Por mais que as recentes reformas processuais introduziram mecanismos que tendem a agilizar a tramitação de alguns feitos, a exemplo da súmula vinculante e da ação repetitiva, além de aspectos estruturais de funcionamento com a criação do CNJ, ainda assim o Poder Judiciário não conseguirá ter a mesma celeridade.

A utilização de meios alternativos diminui a grande demanda de processos tramitando no Judiciário, com isto esta via poderia se preocupar de forma mais adequada, com cognição mais exauriente, e não só aparência de profundidade, em relação aos processos que não lograram êxito fora de seu âmbito.

Até mesmo os juízes almejam por mudanças para que consigam exercer sua nobre função, conforme observa Loureiro (1998, pp. 94-101)

Jamais o Poder Judiciário foi com tão intensidade solicitado como nos dias atuais. O incremento no número de delitos em razão da injustiça social e a complexidade das novas relações contribuem para a generalização de conflitos e, em consequência, para o transbordamento da Justiça, instituição formal e tradicional que não acompanhou no ritmo desejado a evolução verificada na sociedade brasileira. Tal descompasso gerou na população uma crise de confiança com relação ao Judiciário.

E quais são estes meios alternativos? Os meios extrajudiciais primários dizem respeito à conciliação, mediação, negociação e arbitragem.

Porém para os fins pretendidos nesta pesquisa, além da delimitação conceitual dos acima expostos métodos alternativos de solução de conflitos, é imprescindível tratar também do Termo de Ajustamento de Conduta (T.A.C), dos Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil do Estado de São Paulo (NECRIMs) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs).

4.2 Mitigação da indisponibilidade do Bem Coletivo

No que se refere ao meio ambiente, este relaciona-se a um direito coletivo atribuindo-lhe o caráter de público, sendo dotados de certas prerrogativas: inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis. O bem ambiental, especificamente, tem como esfera de proteção o caráter de ser indivisível, indeclinável e indisponível, neste caso no sentido de que sua proteção é inegociável.

Esta indisponibilidade, caracterizada por se tratar de um bem pertencente à coletividade,

aparentemente impede a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, que na sua maioria versam sobre direitos patrimoniais privados, a exemplo, principalmente, da Arbitragem, cuja vedação consta no art. 1º da Lei nº 9.307/96.

Entretanto, adverte Milaré (2005, p.265) que, diante

[...] de situações concretas de dano iminente ou consumado, em que o responsável acede em adequar-se à lei ou em reparar a lesão, seria fechar os olhos à realidade e às exigências da vida recusar pura e simplesmente tal procedimento, numa incompreensível reverência aos conceitos.

A questão não deve ser analisada superficialmente, porque, desta forma, uma regra seria superior a um princípio constitucional.

Aprofundando a discussão é possível perceber que apesar de o legitimado não possuir disponibilidade sobre o conteúdo material da ação (no tocante à sua proteção), quanto ao conteúdo processual tem, da mesma forma em relação à forma de reparação do dano ambiental (seu cumprimento). Negar a possibilidade de utilização de meios alternativos sobre o meio ambiente é a mesma coisa que negar a possibilidade de se firmar Termos de Ajustamento de Condutas, em que pese estes serem feitos com frequência.

Freitas (2002, pp.114-115), ao tratar da extinção das sanções e do poder de punir, assevera que o objetivo do Poder Público é minimizar os danos, logo, o mais importante é conseguir a recuperação do bem ambiental lesado:

A transação, da mesma forma, pode ser causa de extinção de sanção. É verdade que o art. 1.035 do Código Civil só admite a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado. Todavia, o assunto não pode ser visualizado à luz da legislação civil do início do século, mas sim, tendo em vista o caráter público das normas que envolvem o meio ambiente. Cumpre observar que na forma do disposto no art. 225, inc. VII, § 2º, da Constituição Federal, aquele que explora recursos minerais, fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado. Isto bem demonstra a preocupação do constituinte com o assunto. Portanto, o objeto do Poder Público é minimizar danos que venha a ser causados. Logo, muito mais importante do que impor uma multa é conseguir a recuperação do bem ambiental lesado. Assim sendo, nada mais normal do que admitir o acordo com o infrator, a fim de que ele dê solução ao problema causado.

A doutrina mais abalizada sobre o tema, conforme Mazzilli (2008, p. 394), amparado em precedentes do STF, defende a mitigação da indisponibilidade do bem coletivo diante de aspectos de conveniência prática, pois em tais casos não se abre mão do direito, mas busca-se atender os interesses de forma mais adequada.

Portanto, é imprescindível para uma ordem jurídica acessível e efetiva a existência de meios alternativos para solução de conflitos ambientais, ainda que se trate de bem ambiental, de interesse público, tendo em vista que atualmente se admite a mitigação da indisponibilidade que o caracteriza, conforme também será aprofundado quando tratado dos meios alternativos.

4.3 Métodos Alternativos de Solução de Conflitos.

É notório o esforço da doutrina processual contemporânea em abandonar o *fetichismo* pela jurisdição estatal (DINAMARCO, 2010, p. 392) e expandir, no plano do movimento universal de acesso à justiça, a utilização de mecanismos extrajudiciais¹⁰⁴ para resolução de conflitos (MANCUSO, 2009, pp. 35-37).

Vivencia-se, então, a crise paradigmática do direito, em conjunto com uma crescente demanda jurisdicional, capaz de abarrotar o sistema judiciário atual, que fez emergir tentativas menos convencionais para atendimento dos interesses do cidadão. Isso fez com que o Poder Judiciário passasse a buscar estratégias a fim de atender a esse aumento sem necessariamente fazer com que a solução para os litígios fosse dada pela figura do Juiz.

Em virtude dos problemas aludidos, sugerem algumas soluções para efetivar o acesso à justiça. Afirmam que o movimento de acesso à justiça pode ser concebido através de “ondas”, quais sejam: 1ª onda: assistência judiciária; 2ª onda: representação jurídica para os interesses difusos; 3ª onda: enfoque de acesso à justiça.

A primeira onda de acesso à justiça, voltada à assistência judiciária, prevê a existência de três importantes modelos jurídicos voltados à assistência aos indivíduos de baixa renda, entre os quais estão o “*sistema judicare*”, o “advogado remunerado pelos cofres públicos” e ainda a combinação dos dois sistemas anteriores.

A segunda onda busca a justiça de interesses públicos, através da representação de direitos coletivos através de ações de sociedades de classe e de interesse público.

A terceira onda, de acordo com Cappelletti e Garth (2002, p. 83), visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar. Ela “inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além”. Esse novo modelo pretende analisar as peculiaridades de cada caso, direcionando-os a métodos mais eficazes ao tipo de conflito existente, como se fosse especializar a resolução de conflitos.

Nesse sentido, Almeida (2007, p. 24) explica o seguinte.

Em uma terceira dimensão, esse novo enfoque sobre o acesso à justiça (terceira onda renovatória do acesso à justiça) propõe um amplo e moderno

¹⁰⁴Como adverte Rodolfo de Camargo MANCUSO, o termo *alternativo*, de origem na expressão norte-americana *Alternative Dispute Resolution*, contraria a ordem cronológica dos eventos na história, uma vez que foi justamente a justiça estatal que adveio como um posterior autotutela e, portanto, como alternativa à forma até então primordial de resolução de litígios. (A resolução..., p. 49). Para além do aspecto anacrônico da terminologia, Paula Costa e SILVA faz outra crítica interessante ao emprego da expressão alternativa. Segundo a Autora, a ideia de alternatividade somente poderia ser utilizada se houvesse livre escolha entre meios de resolução de disputas funcionalmente equivalentes. Todavia, como a justiça pública não é nem sempre acessível e nem sempre eficiente, a conclusão é que as técnicas ditas alternativas acabam por ser muitas vezes necessárias e inevitáveis.

programa e reformas do sistema processual, que se viabilizaria por intermédio: a) da criação de meios alternativos de solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes jurisdicionais), tais como alguns já implantados no Brasil (arbitragem, a tomada pelos órgãos públicos legitimados às ações coletivas do compromisso de ajustamento de condutas às exigências legais etc.); b) da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (podemos citar, no Brasil, a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida; os juizados especiais; o procedimento monitório, etc); c) de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo.

Assim, as formas alternativas de resolução de controvérsias, fruto da doutrina do pluralismo jurídico, mostram-se como uma válvula de otimismo para a resolução dos conflitos e efetivo acesso à justiça.

Essa realidade conduz a sociedade contemporânea a encontrar novas formas de administrar seus conflitos, principalmente para a ampliação da solução extrajudicial, com utilização da conciliação, da mediação e da arbitragem.

Aliás, o próprio Poder Judiciário tem contribuído para essa mudança de paradigma, com estímulo à realização de acordos em processos judiciais e, inclusive, em lides ainda não judicializadas, o que acarreta redução da imensa quantidade de feitos que assoberbam os magistrados.

É relevante ressaltar que essa tendência não representa uma diminuição do papel do Judiciário perante a sociedade, mas sim uma readequação do seu tamanho institucional, para que possa melhor atender aos litígios a ele submetidos.

É interessante consignar que o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010¹⁰⁵, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, incluiu entre os considerandos a organização em âmbito nacional, não somente dos serviços prestados nos processos judiciais, como também, os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de controvérsias.

Trata-se de clara evidência de adoção de uma política nacional congruente com as premissas expostas, de que a prestação de tutela jurisdicional, enquanto serviço estatal, não deve se esgotar apenas no processo estatal.

A esse respeito, Mancuso (2010) explica o seguinte.

Hoje se cogitam e se vão implementando outras fórmulas, para além da chamada solução adjudicada (decisão judicial de mérito), certo que esta última vem impregnada do peso da intervenção estatal, que, a par de acarretar uma duração excessiva do processo, resulta em acirrar os ânimos já antes inflamados pela judicialização da controvérsia, ao final convertendo os

¹⁰⁵Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 18 set. 2016.

contraditores em vencedor e vencido, e assim contribuindo para exacerbar a contenciosidade ao interno da coletividade. Não estranha, destarte, a baixa credibilidade da população na Justiça estatal (lenta, desgastante, onerosa, imprevisível), restando aos jurisdicionados a opção entre tolerar os prejuízos e as insatisfações ou procurar os chamados meios alternativos.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos (conciliação, arbitragem e mediação, dentre outros) se constituem em aliado da jurisdição estatal, na medida em que contribuem para a pacificação de conflitos, restabelecendo a paz social.

Para Garcez (2004, p.121)

Os métodos Alternativos de Solução de Conflitos (Mascs) representam um novo tipo de cultura na solução de litígios, distanciados do antagonismo agudo dos clássicos combates entre partes – autor e réu no Poder Judiciário – e mais centrados nas tentativas de negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, num sentido, em realidade, direcionado à pacificação social quando vistos em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos.

Esta concepção reitera a necessidade de se buscar soluções alternativas, diante da ineficácia dos mecanismos processuais tradicionalmente utilizados para dirimir os novos conflitos, em especial os crimes ambientais de menor potencialidade lesiva.

Há que se frisar, porém, que a jurisdição ainda mantém traços no sentido de que é a única detentora do poder de dizer o direito, fazer justiça, dando a cada cidadão o que lhe é de direito, porém, devido ao avanço dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, o acesso à justiça não se limita tão somente à jurisdição.

O surgimento da quarta onda renovatória (CAPPELLETTI, 2002, pp.31-67)¹⁰⁶, marcada pela efetividade dos direitos processuais, segundo a qual a jurisdição, embora seja a principal porta de entrada para a composição dos litígios, muitas vezes não é capaz de dar solução adequada a determinados conflitos, abrindo espaço para meios alternativos, nos quais o cidadão poderá obter reconhecimento do seu direito com a mesma eficácia do proferido pela Jurisdição, sem se submeter ao rigor, custo e morosidade da Jurisdição Estatal.

¹⁰⁶Segundo Cappelletti, as ondas renovatórias do direito processual, sistematizadas como: assistência judiciária para os pobres (primeira onda), a representação dos interesses difusos (segunda onda), acesso à representação em juízo como concepção mais ampla de acesso a justiça (terceira onda), não foram suficientes para garantir satisfatoriamente o acesso à justiça. Cappelletti reconhece que os esforços organizados sob a égide da “Terceira Onda” devem ser levados a efeito fora do circuito jurisdicional, havendo diversas formas para a concretização dos processos de heterocomposição, a arbitragem, conciliação e a mediação. Seguindo o modelo elaborado por Cappelletti, tem-se como consequência o surgimento da quarta onda renovatória, marcada pela efetividade dos direitos processuais, segundo a qual a jurisdição, embora seja a principal porta de entrada para a composição dos litígios, muitas das vezes não é capaz de dar solução adequada a determinados tipos de conflitos, abrindo espaço para outros meios alternativos de busca de solução e pacificação de litígios, garantindo às partes pleno acesso à justiça.

4.3.1 Conciliação

A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo.

Inicialmente, estabelecemos pontos de distinção entre a mediação e a conciliação, de acordo com o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça de 2016¹⁰⁷, considerando o seguinte:

- i) mediação visaria à ‘resolução do conflito’ enquanto a conciliação buscaria apenas o acordo;
- ii) mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio;
- iii) mediação partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador;
- iv) mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão;
- v) mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo;
- vi) mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria eminentemente pública;
- vii) mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque retrospectivo e voltado à culpa;
- viii) mediação seria um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções enquanto a conciliação seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos por esses;
- ix) mediação seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas como psicologia, administração, direito, matemática, comunicação, entre outros, enquanto a conciliação seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito.

Com o lançamento do Movimento pela Conciliação, do Conselho Nacional de Justiça, partindo da premissa de que um poder judiciário moderno não poderia permitir a condução de trabalhos sem técnica. Diante desta abertura, passou a se defender explicitamente a utilização de técnicas na conciliação¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016, pag. 21-22. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>> Acesso em: 25 out. de 2016

¹⁰⁸ Atualmente, com base na política pública preconizada pelo Conselho Nacional de Justiça e consolidada em resoluções e publicações diversas, pode-se afirmar que a conciliação no Poder Judiciário busca: além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes; restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes; utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas se alcançarem soluções; demorar suficientemente

Bacellar (2012 p.66) define conciliação como

Um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial.

A Política Pública de Resolução Apropriada de Disputas¹⁰⁹, ou Métodos alternativos de solução de conflito (MASc), conduzida preponderantemente pelo Conselho Nacional de Justiça, tem refletido um movimento de consensualização do Poder Judiciário uma vez que passa a estabelecer a autocomposição como solução prioritária para os conflitos de interesse.

O Código de Processo Civil apresenta uma série de indicações nesse sentido como o conciliador e o mediador sendo auxiliares da justiça (art. 149) e a criação de Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs) (art. 165). De fato, estas indicações refletem normas infralegais estabelecidas no CNJ, como a Recomendação 50/2014¹¹⁰ e a Resolução 125/10¹¹¹, respectivamente.

O legislador, tanto na Lei de Mediação¹¹² como no Novo Código de Processo Civil, prestigiou a proposta de consensualização do Poder Judiciário preconizada com o Movimento pela Conciliação e especialmente pela Res. 125/10. Todavia, nota-se que o legislador avançou estabelecendo a regra de encaminhamento à conciliação ou à mediação no art. 334 do NCPC¹¹³, indicando que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação¹¹⁴, apresentando um avanço neste tema.

para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e a solução encontrada; humanizar o processo de resolução de disputas; preservar a intimidade dos interessados sempre que possível; visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos; permitir que as partes sintam-se ouvidas; e utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível.

¹⁰⁹ Segundo André Gomma de Azevedo organizador do Manual de Mediação Judicial de 2016 o campo da chamada 'Resolução Apropriada de Disputas' (ou RADs) inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Tais métodos oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou 'desenhado'. Originalmente, a sigla RADs representava a sigla para 'Resolução Alternativa de Disputas', servindo como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado, com mais frequência, a expressão Resolução 'Adequada' (ou mesmo 'Amigável') de Disputas para denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa.

¹¹⁰ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>> Acesso em: 25 out. de 2016

¹¹¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em: 25 out. de 2016

¹¹² Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 25 out. de 2016.

¹¹³ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 out. de 2016.

¹¹⁴ O estímulo pretendido foi tão enfático que o § 4o do mesmo artigo estabelece que a audiência não será realizada apenas se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não

Como objeto desta pesquisa, passamos a discutir a eficácia da conciliação como meio de solucionar conflitos pelos Juizados Especiais Criminais, objetivando a viabilidade da conciliação dos crimes ambientais de menor potencial ofensivo e a aplicação dos métodos restaurativos.

Nos Juizados Especiais Criminais, assim como nos Juizados Especiais Cíveis, busca-se a composição civil dos danos que retrata as mesmas características da conciliação, assim como nos delitos contra o meio ambiente

Bacellar (2012) afirma que, sempre que a infração tiver autor do fato e vítima, é possível conversar e estabelecer um espaço dialógico de respeito para encontrar caminhos que levem à convivência pacífica entre as partes e ainda, apenas para efeito de melhor compreensão, que em algumas das infrações de competência dos Juizados Especiais Criminais poderia ter havido – e isso se discutiu à época do anteprojeto – a denominada descriminalização, transformação da infração penal em infração administrativa ou até em infração civil.

O referido autor complementa que, na prática, ocorre que, tanto para o noticiante (autor) quanto para o noticiado (réu), em muitos desses casos, é muito mais significativo aproveitar o espaço de consenso para resolver definitivamente o problema – o conflito, pois para: a) a vítima é melhor efetivamente resolver o conflito do que acompanhar o Estado aplicar uma pena ao autor do fato, mantendo-se entre eles a litigiosidade remanescente; b) o autor do fato é muito melhor acertar diretamente com a vítima a situação, por meio de uma composição, do que compor com o Ministério Público – uma transação penal – ou correr o risco de na sequência ser punido pelo Estado.

De forma categórica, Bacellar (2012) afirma que a depender da situação e do ajuste firmado entre as partes para regular suas futuras relações, com a homologação judicial, mesmo em infrações de ação penal pública incondicionada (ex.: perturbação de tranquilidade, vias de fato e outras contravenções penais), pode não remanescer justa causa ou necessidade de que o Ministério Público dê continuidade ao procedimento.

Dito isso, observa-se que a composição dos danos, a conciliação, a transação penal e a própria possibilidade de suspensão condicional do processo são hoje uma referência de bom aproveitamento do espaço dialógico de consenso que se estabelece nos Juizados Criminais.

se admitir a autocomposição. Ademais, o § 8º desse mesmo artigo estabelece também que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação deve ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça e deve ser sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Com uma adequada condução da audiência, essas formas consistentes em conciliação, composição e transação podem conduzir à pacificação dos conflitos.

Há de se concluir que a sanção penal deve ser reservada apenas para os crimes violentos e infrações mais graves. Para as demais infrações, deve-se prestigiar a aplicação de medidas alternativas sem configuração penal, devendo-se recorrer à pena propriamente dita somente quando aquelas medidas não se mostrarem necessárias e adequadas à resolução do conflito.

4.3.2 Mediação

Há várias formas de lidar com os conflitos existentes no dia a dia. A mediação é uma forma alternativa de solução de conflito que ocorre quando um terceiro, denominado de mediador, é convidado pelas partes envolvidas para corroborar na solução do caso mediante o auxílio para encontrar a melhor solução para o caso.

Para melhor compreensão da temática, lembramos a concepção de Teixeira Filho (1997, p. 1.169).

A mediação é o processo dinâmico de convergência induzida ao entendimento. Visa à progressiva redução do espaço faltante para o atingimento do ponto de equilíbrio em torno do qual o consenso das partes se perfaz, livrando-as do impasse ou retirando-as da posição de conflito. A mediação é pilotada por um terceiro, estranho às tratativas interrompidas. Sua atribuição é mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as afunilar para uma proposta aceitável. Para tanto, as tentativas formuladas pelo mediador, de eliminação da distância que separa as partes, são despojadas de efeito vinculante sobre os mediados (sic) e decorrentes da evolutividade própria do processo. Essas características tornam o mecanismo extremamente flexível e de fácil redirecionamento.

A definição propriamente dita sobre mediação é encontrada na doutrina nas mais variadas formas. Cada autor ressalta um ou alguns dos seus aspectos para embasar sua definição, o que é percebido por outros autores que apontam mais de uma definição para explicar o instituto, a exemplo do que afirma Colaiácovo (1999, p. 66).

[...] a) é a técnica mediante a qual as partes envolvidas no conflito buscam chegar a um acordo contando com a ajuda de um mediador, terceiro imparcial, que não tem poder de decisão. b) é um processo de negociação assistido por um terceiro, o mediador, escolhido de comum acordo pelas partes, a quem são atribuídas funções específicas, com o fim de possibilitar a solução de um conflito. A mediação caracteriza-se por se tratar de um processo voluntário, confidencial, flexível e participativo.

A mediação tem alguns princípios e características que lhe são peculiares, por isso a análise de alguns deles facilita a compreensão e delimitação do instituto. São eles:

voluntariedade, consensualismo, da não-adversidade, informalidade, confidencialidade, neutralidade.

Estes princípios básicos da mediação resultam em algumas características que representam vantagens na sua utilização. A primeira que se pode citar é a rapidez na solução do caso, por dois motivos: as partes querem resolver o conflito, ao contrário do que ocorre com alguns casos no Judiciário, quando as partes tendem a eternizar o processo, protelando por todos os meios a solução final do caso; a informalidade significa menos burocracia na tramitação do procedimento e ausência de estrutura ou pessoal para acompanhar o caso.

Esta característica da celeridade representa uma grande vantagem na pacificação das partes, pois como elas ficam menos tempo envolvidas com o litígio o desgaste emocional é muito menor do que um processo que demora anos para se resolver.

Em relação ao mediador, é importante ressaltar que ele é o terceiro cuja finalidade é aproximar as partes, podendo ser uma única pessoa ou várias, atuando neste caso em grupo. Caso a nomeação seja feita em relação a uma determinada Câmara de Mediação, o mediador indicado pela instituição para atuar em determinado caso pode ser recusado pelas partes, salvo convenção em contrário.

De qualquer forma, o mediador pode ser qualquer pessoa, isto é, não se exige obrigatoriamente uma formação específica, porém é recomendável que além do conhecimento técnico sobre o assunto o mediador tenha uma aptidão mais abrangente, envolvendo aspectos jurídicos, psicológicos e sociológicos, com a chamada “técnica de convencimento”, conforme adverte Delgado (2003, p. 12).

Por este motivo os estudiosos ao analisarem as qualidades que o mediador deve ter para ser considerado um bom auxiliar na solução de conflitos acabam enumerando alguns itens que não se relacionam com o conhecimento propriamente dito sobre o assunto em questão. Por exemplo, Davis (2003, p. 30), advogado e mediador nos EUA, cita as seguintes qualidades: confiança, paciência, tenacidade, conhecimento, inteligência, imparcialidade e habilidades de comunicação.

Os pilares da mediação são a boa-fé e a confiança (COLAIÁCOVO, 1999, p. 67), pois sem isso dificilmente se conseguirá lograr êxito com resultado satisfatório. Neste ponto, é importante reiterar que a mudança de paradigma quanto às formas de solução de conflitos deve ser propagada na sociedade.

A maneira utilizada pelo terceiro pode influenciar significativamente o modo de ser das partes, fazendo com que evitem outros conflitos, tornando-os pessoas melhores. É por isso que

em relação ao mediador já se disse que “sua função primordial é aproximar, conscientizar e estabelecer a paz” (DELGADO, 2003, p.13).

O resultado da mediação não é uma decisão imposta às partes, é um acordo, um consenso entre eles, e justamente por isso que por meio dela não permanece a litigiosidade, as partes tendem a continuar a se relacionar.

Na mediação é bastante visível a característica de que se busca mais a pacificação dos conflitantes do que a solução do conflito.

Nestes termos verifica-se que a mediação contribui para aperfeiçoar as noções de cidadania e de favorecimento das bases democráticas, tendo em vista que as pessoas passam a assumir responsabilidades também perante a solução dos conflitos, contribuindo, pois, com a conscientização no indivíduo de pertença social, ao mesmo tempo em que promove inserção social e consequentemente transformação social e cultural na sociedade.

Em outros países a utilização da mediação como meio alternativo de solução de conflitos já está num estágio muito mais avançado do que no Brasil, principalmente quanto à sua aplicação de forma paralela ao Judiciário, tal como ocorre nos Estados Unidos, onde a mediação é dividida sistematicamente em vários tipos¹¹⁵.

Sendo assim, a mediação deve ser amplamente utilizada, principalmente porque é muito vantajosa para a sociedade, considerando que tem o condão de não apenas resolver o conflito, mas também de pacificar os conflitantes, conseguindo mudar sua postura diante de outras controvérsias.

Todas essas vantagens e a inexistência de restrição significam que a mediação deve ser amplamente utilizada em todos os conflitos existentes na sociedade, e, por isso, é possível defender a inexistência de óbice quanto sua abrangência, tal como ocorre na arbitragem em relação aos direitos indisponíveis.

Este resultado aplicado ao conflito ambiental é muito significativo, pois contribuirá com a educação ambiental do indivíduo, fazendo com que pare de poluir, além, é claro, de resolver o caso concreto. A pacificação social é muito mais abrangente do que o alcance de uma decisão judicial, por isso o referido meio pode (e deve) ser observado.

Com efeito, defende-se que a mediação pode ser aplicada tanto em conflitos envolvendo Direito Público quanto em conflitos envolvendo Direitos Privados, como defende Delgado (2003, p. 14).

¹¹⁵ “Nos Estados Unidos, há vários tipos de mediação com determinação judicial, o que chamamos de ‘avaliação inicial neutra’, que é, na verdade, uma mediação simples, feita no início do processo, nos primeiros noventa dias de um caso” (DAVIS, 2003, p. 29).

Defendo que a mediação pode ser empregada em qualquer espécie de conflito, diferenciando-se, nesse ponto, da arbitragem. [...] cheguei à conclusão de que a mediação é cabível em qualquer espécie de conflito, especialmente nos de natureza de Direito de família e, porque não dizer, naqueles em que a outra parte é estatal. [...] no que se refere ao Direito de Família, aos direitos indisponíveis e aos direitos estatais, têm-se apenas alguns regramentos e limites que deverão ser respeitados que não se desconfigurem os princípios básicos que os regulam.

A mediação, sem dúvida, é uma forma diferente de encarar o evento crime. Ela traz os implicados para o cerne da discussão a fim de que participem do processo de justiça e troquem experiências, e com isto auxilia as partes a compreenderem a dimensão social do crime (conflito).

No que se refere a mediação penal, recentemente esta prática recebeu novo impulso com o advento da Emenda n. 1 de 2013 e Emenda 2 de 2016, e à Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹¹⁶.

O ato normativo do CNJ estabelece que os Tribunais de Justiça, deverão criar “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, e estes poderão implantar e estimular programas de mediação e conciliação penal ou outra prática restaurativa, visando sua utilização nos conflitos que sejam da competência dos Juizados Especiais Criminais e dos Juizados da Infância e da Juventude.

A referida Resolução 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010 estimulou soluções adequadas, em múltiplas portas, inclusive antes do ajuizamento das demandas e pretende consolidar, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.

Segundo Pallamolla (2009), o interessante é que a Resolução confere lugar de destaque para a mediação penal, pois é a única prática restaurativa que é especificada, complementando ainda que, talvez, e só talvez, isso indique que é chegada a hora de implementar novas experiências em justiça restaurativa e mediação penal, experiências que levem em consideração muitas décadas de produção de conhecimento e de prática em mediação – seja em âmbito penal ou não – provenientes dos mais diversos contextos, inclusive do brasileiro, pois aqui, a mediação em âmbito não-criminal já passou da fase experimental.

¹¹⁶ Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf
Acesso em: 06 nov. de 2016.

4.3.3 Negociação

A negociação nada mais é do que o método basilar e mais tradicional para solucionar conflitos, configurando-se por tratativas diretas entre as partes e, por isso, mesmo, é entendido como o método mais adequado e duradouro para se resolver o embate, como observa Garcez (2004, p. 1).

[...] a negociação direta entre as partes, evidentemente o mais eficaz e radical método para solução de quaisquer problemas, pois, em primeiro lugar, sendo personalíssimo, preserva a autoria e a autenticidade dos negociadores na solução de seus próprios conflitos, não existindo nada mais adequado e duradouro do que uma solução autonegociada.

A negociação é definida com maior amplitude por Colaiácovo (1999, p. 33) como sendo

[...] um processo pelo qual duas ou mais partes interagem em uma situação de conflito / transação / desenvolvimento de ideias, segundo regras estabelecidas com ou sem a participação de intervenientes, objetivando o acordo entre as partes ou a busca de um consenso que satisfaça interesses de comunicação, persuasão e poder, através dos quais são canalizadas, no âmbito de estratégias e táticas negociadoras, informações sob a forma de propostas e argumentos.

Diz-se que ela é duradoura porque a própria parte interessada se convence de assumir determinadas obrigações em razão de aceitar os argumentos da parte contrária. E se as partes conseguem dialogar é porque possuem o ânimo suficiente para preservar a relação e cumprir com os compromissos firmados com a outra parte, ou em outras palavras, a negociação tem a grande qualidade de fortalecer os vínculos interpessoais¹¹⁷

O entendimento predominante é de que foi a partir da negociação que os outros métodos se desenvolveram, como aponta Garcez (2004, pp. 1-2).

Em seguida, surgem os métodos que embora tenha a negociação como base, aproveitam a participação de terceiros, facilitadores, que auxiliam as partes a atingir o estágio produtivo das negociações e a chegarem a um acordo e que são a mediação, a conciliação e as diversas combinações desses métodos e que constituem, por assim dizer, os ADRS ou MASCS.

Portanto, negociação é considerada processo e técnica destinada a resolver diretamente divergências de interesses e percepções que tem por objetivo criar, manter ou evoluir um

¹¹⁷ A negociação, valorizada como instrumento idôneo para o tratamento do conflito, também tenderá a mudanças de paradigmas, com a diminuição do enfoque ganhar-perder, baseado na confrontação e no domínio sobre o outro, e o crescimento do enfoque baseado, preferencialmente, na negociação cooperativa baseada na satisfação de interesses e não na avaliação das condições de confrontação. Uma vez que a interação passa a ter caráter estratégico, o relacionamento entre as partes, a longo prazo, deve primar pela qualidade. O processo de negociação fortalecerá os vínculos interpessoais” (COLAIÁCOVO, 1999, p. 19).

relacionamento baseado na confiança, gerando ou renovando compromissos múltiplos e facilitando a formulação de opções e proposições para um acordo ou de novos acordos.

A partir da definição inicial, pode-se afirmar que a negociação é estabelecida diretamente entre os interessados na resolução da controvérsia (negociação direta), mas pode, excepcionalmente, contar com o auxílio de um terceiro (negociação assistida).

Resta clara a ideia de que, em um primeiro momento, as pessoas devem aprender a negociar soluções diretamente; inviável a negociação direta, entra em cena um terceiro neutral, pacificador, que auxiliará a conversação entre os divergentes.

Uma decisão judicial, em alguns casos, não será suficiente para resolver conflito e, dependendo de seu teor, poderá gerar um rompimento indesejado na relação dos indivíduos.

Conforme ensina Bacellar (2012), cada pessoa guarda consigo a solução desejada, mas poucas vezes expressa esse sentimento; uma decisão que não contemple, pelo menos, parte de sua expectativa será intimamente rejeitada. Investigados os verdadeiros interesses, por força de uma negociação bem conduzida, a solução virá naturalmente, sem ruptura do relacionamento e com satisfação recíproca.

Afirma ainda referido autor de que a resolução dos conflitos, inicialmente, deve ser buscada pelos interessados. É obrigação recíproca entre os cidadãos a condução inicial de suas disputas; todos devem cumprir seus deveres e, só excepcionalmente, apresentar divergências ao Poder Judiciário. Saber conduzir seus interesses é ser um autêntico cidadão. Nessa perspectiva é que se vê com bons olhos o conhecimento ou o aperfeiçoamento de técnicas que auxiliem as pessoas na solução pacífica das controvérsias.

Esses instrumentos utilizados na negociação devem visar um acordo criterioso, eficiente e que seja capaz de recuperar, se já perdida, a relação entre os litigantes, ou mesmo de fazê-la permanecer, apesar do conflito eventual.

Para Vasconcelos (2008, p.36), negociação

É lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou troca de interesses. A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objeto eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido a negociação (cooperativa), dependendo da natureza da relação interpessoal. Pode adotar o modelo integrativo (para relações continuadas) ou o distributivo (para relações episódicas). Em qualquer circunstância busca-se um acordo de ganhos mútuos.

A negociação é palco de muitas técnicas, entretanto, por não configurar objeto central do presente estudo, tais técnicas não serão exploradas em suas minúcias. Não atingindo um

resultado satisfatório, por meio da negociação, há possibilidade de utilização dos equivalentes jurisdicionais a seguir apontados, quais sejam, a conciliação, a mediação ou a arbitragem.

4.3.4 Arbitragem

A Arbitragem é um meio alternativo de solução de conflito que concretiza de forma legítima a ampliação do acesso à Justiça¹¹⁸. O instituto tem regulamentação na Lei nº 9.307, de 23.9.96, cuja constitucionalidade já foi discutida e superada, abrindo-se as possibilidades para ampliação de sua aplicação¹¹⁹.

Basicamente, um terceiro ou grupo de pessoas devidamente escolhidos pelas partes por convenção privada, sem intervenção do Estado, decidirão o conflito. Nestes termos, Cachapuz (2000, p. 22) define a Arbitragem como sendo

[...] uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. As pessoas que queiram utilizar este meio de solução de controvérsia devem ser capazes (capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2000, pp. 30-31), o Juízo Arbitral é delineado no direito brasileiro da seguinte forma:

a) convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: lei cit., art. 3º); b) limitação aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art.1º); c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (art. 4º, § 2º); d) capacidade das partes (art. 1º); e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que esta ‘se realiza com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio’ (art. 2º, §§ 2º e 3º); f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: art. 31); h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (art. 33, caput e §§); i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentença.

¹¹⁸ “Em síntese, prestigia-se o reconhecimento do acesso à justiça (ou acesso aos tribunais) através da ampliação de três vertentes autônomas, que terminam por desaguar no leito do mesmo rio: da legitimidade ativa *ad causam*; dos *instrumentos de tutela diferenciada* e dos *métodos alternativos de solução de conflitos* e, em particular, das técnicas de *arbitragem*” (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 141).

¹¹⁹ “Após longo período de questionamento sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), concluído em dezembro de 2001 por sólida maioria do Supremo Tribunal Federal que manifestou notável compreensão normativa do instituto, veem-se os operadores jurídicos na circunstância de explorarem, na prática, toda a potencialidade da arbitragem para a solução consensual de conflitos. Trata-se do desenvolvimento, no Brasil, da tão festejada ‘cultura da arbitragem’ [...]”. (ALMEIDA, 2003, p. 233).

Uma das características marcantes que distinguem a arbitragem da mediação é o fato de que nesta o mediador apenas auxilia as partes a encontrarem uma solução adequada, enquanto que naquela o árbitro decide, impondo a solução ao caso que lhe é submetido, com a devida fundamentação.

A arbitragem difere da transação porque esta é negócio jurídico bilateral em que um terceiro concilia as partes a extinguirem suas obrigações mediante concessões recíprocas.

A natureza jurídica da arbitragem é discutida pelos doutrinadores, existindo três correntes sobre o tema: a dos publicistas, que atribuem natureza jurisdicional; a dos privatistas, que defendem a natureza contratual; e, uma terceira que justifica sua natureza híbrida¹²⁰.

Com base em corrente mais atualizada, adota-se o entendimento de que a natureza jurídica da arbitragem é aquela que a considerada híbrida, por possuir uma primeira fase contratual e uma segunda jurisdicional, conforme defendido por Muniz (1999, pp. 35-36).

Em posição conciliadora surge a noção da natureza jurídica híbrida, apresentando aspecto contratual em sua primeira fase, em razão da convenção arbitral que lhe dá nascimento, e jurisdicional na segunda, vista como forma privada de dizer o direito, fazer a justiça, solucionar o litígio, através de uma atividade ordenada para tal fim, que se dá com a instalação e desenvolvimento do juízo arbitral e, principalmente ante sua natureza pública, por decorrer de lei a possibilidade de sua utilização, a criação do órgão arbitral (com função e competência próprias) e os efeitos da sentença arbitral que o encerra.

Vale lembrar que Cappelletti e Gart (2002, p. 83) defendiam a arbitragem como meio de acesso à Justiça, ao ressaltarem que “a sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediadas, tais como o juízo arbitral”.

Não obstante, a utilização do instituto no cenário nacional está aquém do desejável, talvez por isso haja resistência em discutir questões ambientais neste meio.

Santos (2001, p. 75) proclama que “a Lei 9.307 tem o sentido de uma mudança cultural”. Chega a propor uma cultura da arbitragem, sob o fundamento de que “[...] para ultrapassar, na prática, a opção única pela jurisdição estatal, exercida pelo poder Judiciário, é preciso formar o hábito de considerar a alternativa arbitral [...]” (Ibid., p. 77). Entre os exemplos práticos, chega

¹²⁰ “Dentre as teorias que procuram explicá-la, vamos encontrar a dos publicistas que, salientando a atuação do árbitro de dizer o direito, lhe atribuem natureza jurisdicional, a dos privatistas que, dando destaque à figura da convenção arbitral, ressaltam sua natureza como puramente contratual, e a daqueles que, dando igual ênfase às duas fases da arbitragem e conciliando os dois aspectos, vão caracterizá-la como de natureza híbrida, considerando os aspectos contratual e jurisdicional” (MUNIZ, 1999, p. 30).

a propor a inclusão da arbitragem nos currículos universitários¹²¹, tal como já vem sendo feito em algumas instituições, ainda que como atividades paralelas.

Há de se afirmar que somente uma mudança cultural conseguirá ampliar de forma suficiente a utilização dos meios alternativos, e, por isso, a ideia de instituir a inclusão ao menos nos currículos universitários já é de grande valia.

Não se pode olvidar ainda a efetividade da medida, tendo em vista que atualmente a sentença arbitral e a judicial têm a mesma eficácia (art. 23¹²²), não necessitando de homologação do Poder Judiciário, o que legitima ainda mais este método, dando a ele a devida credibilidade.

A análise das vantagens específicas deste método estimula a análise da sua aplicação em matéria ambiental e a sua eficácia para solucionar casos complexos e a celeridade do procedimento. A arbitragem é eficaz para casos difíceis porque o árbitro pode ser *expert* no assunto, o que significa na prática um maior aprofundamento técnico na solução do caso.

O contato mais direto em relação ao objeto litigioso representa maior agilidade e eficiência na análise do caso, evitando a burocracia que normalmente envolve as perícias judiciais, questões estas que serão analisadas no outro capítulo que tratará especificadamente das questões ambientais.

4.3.5 Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Para os fins pretendidos neste trabalho, além da delimitação conceitual dos métodos alternativos de solução de conflitos acima expostos, é imprescindível tratar também do compromisso de ajustamento de conduta, instrumento concebido para permitir a resolução extrajudicial de conflitos relativos a direitos coletivos, foco do presente estudo.

O Termo de Ajustamento de Conduta tem previsão no § 6º, art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, assim disposto: “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”

¹²¹ “Além disso, há de ser posta ênfase na necessidade de inclusão da arbitragem, como tema educacional, nos currículos universitários, especialmente das Faculdades de Direito. Essas Faculdades devem desvelar a arbitragem, para seus alunos, a fim de que estes, no exercício futuro da advocacia, possam propor a seus clientes o juízo arbitral como uma opção legal, conveniente em muitos casos” (Ibid., p. 83).

¹²² Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em 24 nov. de 2016.

A natureza jurídica do TAC é objeto de opiniões divergentes na doutrina, tendo em vista a discussão sobre a disponibilidade do bem público.

Akaoui (2008) entende que a utilização do termo transação não é adequada em razão de não perceber a existência de concessões mútuas¹²³, defendendo, assim, que se trata de um acordo em sentido estrito, explicado nos seguintes termos:

No entanto, ainda que posto pela doutrina como uma forma peculiar de transação, é certo que a nós parece que o compromisso de ajustamento de conduta se insere dentro de outra espécie de um gênero mais abrangente, qual seja, o *acordo*. Realmente, os acordos nada mais são do que a composição dos litígios pelas partes nele envolvidas, sendo certo que esta composição pode ou não implicar concessões mútuas. Em caso positivo, diante do permissivo legal, estaremos diante do instituto da transação, como já acima delineado. Em caso negativo, posto que indisponível o seu objeto, então estaremos diante do que convencionamos denominar de *acordo em sentido estrito*. Ambos portanto, integram o gênero acordo.¹²⁴

Mancuso (2009, p. 236) também defende a utilização do termo acordo, porém entende que existe mais uma preocupação com o equívoco na interpretação do que propriamente negar a transação, que defende nos seguintes termos.

Talvez, para fugir à aparente antinomia entre as expressões ‘direito indisponível’ (v.g., o art. 51, do CDC declara nulas de pleno direito as cláusulas que ‘impliquem renúncia ou disposição de direitos’) e ‘transação’ (Código Civil, art. 841), fosse preferível falar-se em acordo, como propõe Paulo Affonso Leme Machado: ‘Ao contrário do termo ‘transação’, parece-me que o termo ‘acordo’ não conduzirá a equívocos de interpretação, pois retrata a celebração de um ajuste a não induz a despojamento de direitos indisponíveis em questão.

Há ainda outras orientações acerca da natureza jurídica do compromisso de ajustamento de conduta. Mazzilli (2007, p. 238), por exemplo, defende que o compromisso de ajustamento de conduta seria um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público), que consubstanciaria declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular, de adequar sua conduta às exigências legais.

Os argumentos acima expostos se amparam na análise literal dos artigos 840 e 841 do CC¹²⁵, pois o primeiro prescreve que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”, e o segundo dispõe que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

¹²³“Portanto, envolvendo o objeto do compromisso de ajustamento de conduta direitos indisponíveis, entendemos que a utilização do termo transação não seja adequada a demonstrar o que de fato ocorre na medida em que margem alguma de disponibilidade sobre o objeto (leia-se concessões mútuas) é conferida aos co-legitimados a tomar o compromisso de ajustamento de conduta.” (AKAOUI, op. cit., p. 68).

¹²⁴ Ibid., p. 70.

¹²⁵ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em 05 nov. de 2016.

O Termo de ajustamento de conduta teria sim natureza jurídica de transação¹²⁶. Essa é, ademais, a orientação adotada em dois precedentes do Superior Tribunal de Justiça.¹²⁷

Nesse sentido, a proposta legislativa de alteração da Lei da Ação Civil Pública (Projeto de Lei n.º 5.139/2009), atualmente arquivado, em seu artigo 49, atribui ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de transação¹²⁸.

O importante frisar é que as concessões não recaiam sobre a disponibilidade, mas sobre os limites já expostos, a exemplo do prazo, do modo e das demais condições para cumprimento das obrigações assumidas¹²⁹.

Corroborando com referidas razões os argumentos ventilados por Mancuso (2009, p. 238) ao tratar da possibilidade de acordo na ação civil pública quando preleciona que a possibilidade de transacionar ocorre quando se preserva o núcleo essencial do interesse em discussão, no seguinte contexto:

Dito de outro modo, a solução negociada que se pode conceber numa ação civil pública – seja o Ministério Público autor ou fiscal da lei – é aquela que, preservando o núcleo essencial do interesse judicializado (v.g., a correta informação devida ao consumidor, a recuperação da área degradada), todavia cede ou flexibiliza em ponto tangenciais ou periféricos, como a fixação de tempo razoável para a supressão da mensagem publicitária enganosa ou de um cronograma para realização das obras de recuperação do sítio degradado.

Nesse contexto, tendo como norte a preservação ambiental objeto do presente estudo, verifica-se a importância do TAC para a solução de conflitos ambientais, sem que isso signifique prejuízo ao bem ambiental, de caráter difuso e indisponível.

¹²⁶Nelson Nery Junior, ao analisar a natureza do compromisso de ajustamento de conduta, que nada mais seria do que um acordo, afirmou ser possível a transação em matéria de direitos difusos e coletivos, desde que analisada no caso concreto. (Compromisso de ajustamento de conduta: solução para o problema da queima da palha da cana-de-açúcar. Revista dos Tribunais, v. 692, jun. 1993, p. 31).

¹²⁷“(…) 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...)” (REsp 802.060/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010). “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.” (REsp 299.400/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 229).

¹²⁸“Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial. Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.”

¹²⁹“É dizer, o espaço transacional disponível não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ao infrator ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse meta individual (v.g., a recuperação da área degradada, como replantio de espécies nativas, não pode ser dispensada); já os aspectos formais, a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito ou o estipulado podem ser negociados, lembrando que toda execução é de ser feita pelo ‘modo menos gravoso para o devedor’ (art. 620 do CPC, c/c art. 19 da Lei 7.347/85). (MANCUSO, op. cit., p. 246).

Vale lembrar que estão legitimados para formalizar o TAC os órgãos públicos e o MP, sendo que este atuará como fiscal da lei quando aqueles firmarem o compromisso por força de expressa disposição da lei (art. 5º, § 1º, LACP)¹³⁰, oportunidade em que afastará qualquer manobra ardil em prejuízo do meio ambiente.

Ainda sobre o TAC, interessa discorrer sobre a doutrina referente ao denominado compromisso de ajustamento preliminar, que nada mais é do que um TAC prévio, contendo objeto parcial.

Akaoui (2008, p. 141) explica que sua origem se deu no MP Paulista em decorrência da necessidade prática, no seguinte contexto:

Inicialmente é de se consignar que o termo compromisso de ajustamento de conduta preliminar nasceu no seio do Ministério Público do Estado de São Paulo, decorrente da verificação prática de que em determinadas situações as Promotorias de Justiça tinha legítimo interesse em obter do interessado (leia-se investigado) obrigações que não resultavam necessariamente no encerramento das investigações uma vez que a tutela do interesse difuso ou coletivo em pauta ainda não se encontrava efetivamente concretizada.

O referido autor, membro do parquet paulista, expõe ainda que para regularizar a situação de caráter pragmático, o Conselho Superior do MP Paulista editou a Súmula nº 20¹³¹, onde consta que o ajuste preliminar pode ser homologado pelo Conselho Superior, sendo autorizado o prosseguimento das investigações. A justificativa da súmula argumenta que esta situação pode ocorrer porque mesmo após ter sido formalizado o compromisso, permanece a necessidade de providências complementares a serem tomadas no curso do inquérito civil ou dos autos de peças de informação, com o objetivo de alcançar uma solução mais completa para o problema.

Assim, nesta hipótese excepcional, mas que ocorre com frequência, é possível a homologação do ajuste preliminar sem arquivamento das investigações diante do interesse público que rege a matéria.

O ajuste preliminar é um exemplo da complexidade existente em se trabalhar com o Direito Difuso e Coletivo, tal como ocorre com o meio ambiente, que tem a complexidade como característica inerente ao seu âmbito e por isso algumas decisões não são possíveis de serem tomadas de forma rápida e definitiva.

¹³⁰“Art. 5º omissos [...] § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.”

¹³¹“Quando o compromisso de ajustamento de conduta tiver a característica de ajuste preliminar, que não dispense o prosseguimento de diligências para uma solução definitiva, salientando pelo órgão do Ministério Público que o celebrou, o Conselho Superior homologará somente o compromisso autorizando o prosseguimento das investigações.”

Portanto, verifica-se que os meios citados são vias alternativas ao Poder Judiciário, tendo, na prática, demonstrado que possuem grande eficácia, da aplicação de tais meios é possível ampliar as possibilidades para aplicação das outras vias, para tanto, os fundamentos do presente trabalho parecem ser válidos e suficientes para expandir estes horizontes, de forma que se modifique e aplique a cultura amigável de solução de conflitos, no entanto é de suma importância a análise da “eficácia” do termo de ajustamento de conduta quanto e a extinção da punibilidade.

4.3.6 NECRIM - Núcleo Especial Criminal

Os Núcleos Especiais Criminais correspondem a unidades policiais especiais, desenvolvidas pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, voltadas ao atendimento de casos que envolvam crimes considerados de menor potencial ofensivo, utilizando, para tanto, métodos e princípios voltados à Justiça Restaurativa, nos termos das Resoluções da ONU 1999/26 e 2002/12¹³² da ONU e da Resolução 125¹³³ do Conselho Nacional de Justiça e Lei Federal 9.099 de 1995¹³⁴, além de serem engendrados pelos princípios e garantias Constitucionais previstos na Carta Magna de 1988.

A atuação dos núcleos é pautada nos fundamentos que abarcam o conceito de polícia comunitária, ensejando uma participação efetiva do núcleo social. Assim, por intermédio da lavratura dos Termos de Composição Preliminar elaborados pelos Delegados de Polícia responsáveis pelos Núcleos Especiais Criminais, estes são posteriormente encaminhados ao Poder Judiciário para fins de análise do Órgão Ministerial e homologação pelo Estado-Juiz.

O NECRIM visa obter não somente a restauração da paz social, mas, também, a ampla diminuição do altíssimo número de casos existentes nos cartórios das delegacias de polícia e dos fóruns judiciais, evitando, dessa forma, o agravamento dos conflitos pela rapidez da promoção de uma solução adequada e satisfatória¹³⁵.

¹³² ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. Resolução 2002/12. Tradução: Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>>. Acesso em 03 nov. 2016.

¹³³ CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 125.

http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 03 nov. 2016.

¹³⁴ BRASIL. Lei 9099/95. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 03 nov. de 2016.

¹³⁵ Segundo o Manual de Mediação e Pacificação da ACADEPOL de São Paulo (2014, p.14) em 2003, o então Delegado de Polícia Titular responsável pela Delegacia da cidade de Ribeirão Corrente, interior do Estado de São Paulo, Dr. Clovis Rodrigues da Costa, foi o precursor de um ideal que, posteriormente, tornou-se um modelo exemplar de aplicação de justiça restaurativa na seara penal. Partindo da análise de um caso concreto envolvendo o delito de dano, que prevê, em abstrato, pena de um a seis meses de detenção ou multa, o Dr. Clovis, atentando-

Assim, baseando-se na atuação dos conciliadores bacharelados em Direito dentro do espectro da Lei dos Juizados Especiais, passou a implementar práticas de conciliação e mediação dentro do escopo de atuação de sua unidade, presidindo audiências conciliatórias entre as partes, durante as quais promovia, diante dos casos bem-sucedidos, a lavratura de um Termo de Composição Preliminar¹³⁶.

O referido termo tornou-se uma peça de instrução do Termo Circunstanciado, documento substitutivo ao auto de prisão em flagrante, produzido exclusivamente por Autoridades de Polícia Judiciária, sendo posteriormente remetido ao Fórum Judicial para apreciação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Em 2009, a Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo, por intermédio da Resolução 233¹³⁷, regulamentou, dentro de todo o território do estado paulista, a elaboração dos Termos Circunstanciados, o que ensejou a criação de um grupo de estudos dirigida pelo Dr. Licurgo Nunes Costa, que ocupava o cargo de Delegado de Polícia Diretor do Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo Interior (DEINTER 4), sediado em Bauru, voltado ao aperfeiçoamento e à padronização dos procedimentos relacionados à temática.

Com sua criação, baseada nos pilares de uma efetiva participação da sociedade na resolução de conflitos, voltados à preservação do organismo social, houve, na região, a uniformização de todas as atividades voltadas aos crimes de menor potencial ofensivo, concentradas em uma unidade policial especializada.

A primeira unidade foi instalada no município paulista de Lins, em 11 de março de 2010. Vale ressaltar que a primeira homologação judicial de um Termo de Composição Preliminar lavrado em um Núcleo Especial Criminal ocorreu em 14 de maio de 2010, por determinação do Dr. Luís Cesar Bertoncini, Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Lins.

No mesmo ano, as demais Delegacias Seccionais integradoras do Departamento de Polícia Judiciária de São Paulo Interior 4 passaram a contar com seus próprios Núcleos Especiais Criminais, com ampla aceitação por parte dos representantes do Ministério Público, do Poder Judiciário, da Ordem dos Advogados do Brasil e da sociedade, atingindo, durante os

se às previsões contidas na Lei Federal 9.099 de 1995, adotou, pela primeira vez, uma postura conciliatória para fins oferecimento de uma solução adequada ao conflito.

¹³⁶ Segundo consta no Manual de Pacificação (2014, p.15) o primeiro Termo de Composição Preliminar produzido pela Polícia Civil do Estado de São Paulo foi lavrado no dia 23 de junho do referido ano. À época, tanto o Dr. Augusto Soares de Arruda, Promotor de Justiça responsável por sua análise, quanto o Dr. Luiz Pinheiro Sampaio, Juiz de Direito Titular da cidade de Ribeirão Corrente, reconheceram a relevância do método adotado pelo Dr. Clovis em virtude de sua eficiência e da ágil resolução do conflito.

¹³⁷ Disponível em: <http://www.seguranca.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=1102>. Acesso em 03 nov. 2016.

seus dois primeiros anos de funcionamento, a expressiva média de 93% de conciliações bem-sucedidas. (ACADEPOL, 2014, p. 16).

As atividades desenvolvidas em um Núcleo Especial Criminal, usualmente designado pela sigla NECRIM, são igualmente pautadas em princípios e regras fundamentais que regulamentam e estruturam os métodos de conciliação e mediação, legitimando a atuação das Autoridades Policiais como um agente de promoção da paz social.

Em razão da especificidade da matéria em questão, os princípios e as regras que devem ser obrigatoriamente observados pelos Delegados de Polícia durante a realização de suas atividades de conciliação e mediação estão previstos na Lei Federal 9.099 de 1995 e na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, além da imprescindível observação dos Princípios Constitucionais, Penais e Processuais Penais.

Dentro do espectro principiológico da Lei Federal 9.099 de 1995, mais especificamente no caput de seu artigo 2º, estão positivados, de forma expressa, cinco princípios fundamentalmente aplicáveis ao desenvolvimento adequado das atividades realizadas dentro dos Núcleos Especiais Criminais: os Princípios da Celeridade, da Economia Processual, da Simplicidade, da Informalidade e da Oralidade.

O trabalho dos Delegados de Polícia dos Núcleos Especiais Criminais também é pautado pelo Princípio da Independência e Autonomia, que assegura, de forma irrestrita, sua liberdade de atuação contra pressões internas e externas, possibilitando que as sessões sejam eventualmente recusadas, suspensas ou interrompidas se os pressupostos elementares à sua condução não estiverem presentes, assegurando, ainda, a aplicação do Princípio do Respeito à Ordem Pública e às Leis Vigentes, voltado à preservação da matéria dos acordos, evitando, dessa forma, que tratos contrários à legislação ou de impossível cumprimento sejam celebrados (Ibid., p. 38).

Nota-se, claramente, que a finalidade precípua das atividades desenvolvidas pelos Núcleos Especiais Criminais é a promoção da pacificação social, a ser obtida por meio da construção de uma solução conjunta entre as partes envolvidas.

Os Núcleos Especiais Criminais da Polícia Civil do Estado de São Paulo foram projetados para o atendimento das demandas vinculadas aos delitos de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei Federal 9.099 de 1995, quando, por expressa determinação legal, houver o condicionamento da ação penal à queixa ou representação da vítima¹³⁸.

¹³⁸ Encontra-se em tramitação dois projetos de lei visando dar poderes aos Delegados de Polícia para realizar conciliações: 1. Projeto de Lei nº 5.117/2009 que ambiciona auferir a atividade jurisdicional ao Delegado de Polícia com a alteração dos artigos 60, 69, 73 e 74, da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os

Dessa forma, haverá a atuação de uma Autoridade Policial, em sede pré-processual, voltada à resolução do conflito por intermédio da aplicação de técnicas autocompositivas, objetivando-se, ao final do procedimento, a obtenção de um acordo mútuo entre as partes e, consequentemente, a erradicação do litígio.

Para tanto, os núcleos implantados contam com um roteiro de funcionamento, elaborado pela Polícia Civil com base em observações empíricas decorrentes das atividades das unidades existentes e nas determinações legais que permeiam a matéria, denominado Procedimento Operacional Padrão (Ibid., p. 30).

Apenas os casos que envolvam delitos de menor potencial ofensivo, dependentes de queixa ou representação da vítima, portanto, passíveis de composição entre os envolvidos, serão remetidos aos núcleos para posterior designação de audiência, sempre que autoria delitiva for conhecida, e após a realização de uma triagem (Ibid., p. 31).

Quando a vítima se manifestar, de forma inequívoca, sobre a falta de intenção de oferecer queixa ou representar criminalmente contra o autor do delito durante a lavratura do termo circunstanciado ou boletim de ocorrência, estes não deverão ser encaminhados aos núcleos em virtude da ausência da condição de procedibilidade. Nesse caso, os termos circunstanciados concluídos deverão ser remetidos ao Poder Judiciário.

Caso a audiência de conciliação resulte em um entendimento entre as partes, promovendo-se, assim, um acordo entre ambas, com o estabelecimento da reparação dos danos suportados pela vítima e sua manifestação com vistas a não representar ou oferecer queixa contra o autor, será elaborado um Termo de Composição de Polícia Judiciária, que trará, em seu bojo, todos os elementos debatidos e ajustados pelos envolvidos e que será remetido ao fórum da comarca para apreciação do Ministério Público, que se posicionará sobre sua legalidade, e do Poder Judiciário que, após avaliação, homologará o documento (Ibid., p. 38).

Havendo, por parte da vítima, manifestação quanto à falta de desejo de oferecer queixa ou representar criminalmente contra o autor do delito, mas inexistindo um acordo entre ambos com relação à reparação dos danos decorrentes do delito, restará configurado um acordo parcial, com seu respectivo Termo de Composição de Polícia Judiciária, que seguirá os mesmos tramites supracitados. No entanto, neste caso, apesar da ausência da condição de procedibilidade da ação penal, a vítima poderá pleitear, em juízo cível, o ressarcimento devido.

Juizados Especiais Cíveis e Criminais, possibilitando, assim a composição preliminar dos conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo. 2. Projeto de Lei n 1.028, de 2011, cujo teor objetiva a alteração dos artigos 60, 69, 73 e 74, da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, possibilitando a composição preliminar dos danos oriundos de conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo pelos delegados de polícia.

Se, após todas as tentativas conciliatórias, não for possível estabelecer um entendimento consensual entre as partes envolvidas quanto à reparação dos danos e a vítima manifestar o desejo de oferecer queixa ou representar criminalmente contra o autor do delito, não haverá acordo, inexistindo, portanto, a necessidade da lavratura do Termo de Composição de Polícia Judiciária. Nesta hipótese, a Autoridade Policial redigirá um despacho circunstanciado apontando que a audiência restou infrutífera e tomará as declarações das partes e de eventuais testemunhas a termo, encaminhando todos os autos ao Poder Judiciário (Ibid., p. 35).

Gomes (2013) afirma que:

As polícias civis de todo país deveriam se inspirar nesse trabalho pioneiro para inovar, para se reinventar. Prevenir maiores conflitos é tão relevante quanto reprimir os crimes, porém, a vantagem é que a prevenção vem antes da lesão ao bem jurídico. Sou favorável aos NECRIMs e pretendo lutar para que eles se espalhem para todo país.

Diante do êxito dos trabalhos realizados pelos Núcleos Especiais Criminais, o Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, por meio do Decreto nº 61.974, de 17 de Maio de 2016, criou e legalizou, no âmbito dos Departamentos de Polícia Judiciária, os Núcleos Especiais Criminais – NECRIM – e a Central de Núcleos Especiais Criminais¹³⁹.

O Decreto do Governador do Estado de São Paulo objetivou amparar e trazer a tão cobrada legalidade para o funcionamento dos NECRIMs, que realizam trabalhos de suma importância para a sociedade e para aqueles que buscam resolver seus conflitos de forma pacífica, coerente e célere, de acordo com suas vontades e convicções, objetivando sempre restabelecer os laços afetados pelo conflito¹⁴⁰.

4.3.7 CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflito

Inicialmente cumpre esclarecer que o Conselho Nacional de Justiça publicou o “Guia de Medição e Conciliação - Orientações para implementação dos CEJUSC¹⁴¹”, com foco na

¹³⁹ ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. Decreto 61.974, de 17 de maio de 2016. Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2016/decreto-61974-17.05.2016.html>. Acesso em 31 ago. de 2016

¹⁴⁰ PARECER do Ministério Público do Estado de São Paulo sobre a Criação do Núcleo Especial Criminal. Protocolado 35.075/2010. **Recomenda que: “cremos invalida a criação dos Núcleos de Conciliação da Polícia Civil, recomendando aos Promotores de Justiça que se oponham a semelhante iniciativa e, na condição de custos legis e titulares exclusivos da ação penal, jamais dispensem a realização da audiência preliminar prevista na Lei 9099/95.** Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/doutrinas/doutrinas_teses/PARECER%20PGJ.pdf. Acesso em 06 nov. de 2016

¹⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça 2015. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça). Autores: Min. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, Juiz André Gomma de Azevedo, Juíza Trícia Navarro Xavier Cabral, Artur Coimbra de Oliveira, Fábio Portela

aprendizagem de praticamente cinco anos de gestão dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) decorrentes da publicação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça em 2010, assim com base nas informações contidas no referido documento, passaremos a discorrer sobre a implementação, procedimento e competência dos CEJUSC.

Segundo os organizadores do Guia de Mediação e Conciliação do CNJ¹⁴², essa implantação dos CEJUSCs passou a ocorrer das formas mais diversas, respeitando a realidade local de cada unidade da federação¹⁴³.

Com a criação da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça em 29 de novembro de 2010¹⁴⁴, que dispõe sobre a conciliação e a mediação, deu-se início a um movimento de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos.

As pesquisas sobre o Poder Judiciário têm apontado que o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças (SOUZA SANTOS, 1996, pp. 19-56).

De fato, essa tem sido também a posição da doutrina. Watanabe (2011), por exemplo, sustenta que cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, entre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual. Por outro lado, Dinamarco (2000, p. 157) considera que tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos, e, ao mesmo tempo, apregoa-se

Lopes de Almeida, Des. José Roberto Neves Amorim, Juiz Hidelbrando da Costa Marques, Juiz Ricarco Pereira Jr. Ano de 2015. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>.

Acesso em 03 nov. de 2016.

¹⁴² Idem p.09.

¹⁴³ Muitos tribunais consolidaram os CEJUSCs exclusivamente com recursos próprios e, a despeito de não terem conseguido implantar esses centros em todo estado, colheram resultados muito positivos sinalizadores de redução do número de demandas distribuídas e percepção do jurisdicionado de que a justiça pode ser mais rápida e simples. Outros tribunais, além desses CEJUSCs inaugurados com estrutura própria, firmaram parcerias com as mais diversas entidades como Faculdades de Direito, Faculdades de Psicologia, Prefeituras e ONGs para implantar CEJUSCs, geridos sempre por magistrados, mas com recursos dos próprios parceiros. Possivelmente essa seja a mais clara demonstração de que o Poder Judiciário está se aproximando da sociedade não apenas para usar uma linguagem mais coloquial e consensualizadora, mas, também, com a força de trabalho oriunda dos mais diversos segmentos: advogados, professores universitários, psicólogos, estudantes, entre outros que estão conciliando e mediando nesses CEJUSCs.

¹⁴⁴ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125. http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em: 03 nov. de 2016

uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”.

Ao se desenvolver esse conceito de “abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”, o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental, visando ao melhor atingimento de seus escopos fundamentais ou, até mesmo, que atinjam metas não pretendidas diretamente no processo heterocompositivo judicial.

Assim, com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, começou-se a criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores – a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo”¹⁴⁵.

Nesse contexto de se estimular o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas, Genro (2015, p.13) considera que

O acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.

O art. 7º da Resolução 125 do CNJ criou o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) com o objetivo principal de que esse órgão, composto por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, desenvolva a política judiciária local de RAD¹⁴⁶.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) devem necessariamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania¹⁴⁷ e contar com estrutura funcional mínima, sendo

¹⁴⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça 2015. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça).

¹⁴⁶ RAD (Resolução Alternativa de Disputas).

¹⁴⁷ Art. 10 da Resolução 125 do CNJ.

compostos por um Juiz Coordenador e eventualmente um adjunto, devidamente capacitados¹⁴⁸ aos quais cabe a sua administração e a fiscalização do serviço de conciliadores e mediadores, bem como por servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e pelo menos um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos.

Em decorrência da característica de Tribunal Multiportas¹⁴⁹ do CEJUSC, na fase inicial, deve o juiz, serventário da justiça ou técnico, devidamente treinado e conhecedor dos diversos métodos de solução de conflitos existentes, fornecer as informações necessárias sobre esses métodos (apresentando as vantagens e desvantagens dos mesmos) e indicar à parte o mais adequado para o caso concreto, verificando as características, não só do conflito, mas das partes nele envolvidas e dos próprios procedimentos disponíveis, esclarecendo como funcionará o procedimento escolhido¹⁵⁰.

Importante destacar que os CEJUSCs podem ser instalados nos locais onde exista mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das seguintes competências: cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários¹⁵¹.

Há de se frisar que o próprio CNJ através “Guia de Medição e Conciliação - Orientações para implementação dos CEJUSC” afirma existirem várias outras experiências e boas práticas utilizadas e implantadas, tanto em São Paulo quanto de outros Estados, com excelentes resultados.

Dessa forma, foram destacadas algumas dessas ações já em desenvolvimento em Estados brasileiros¹⁵²:

1. Oficina de parentalidade;
2. Justiça restaurativa (**grifo nosso**);
3. Mutirão em execuções fiscais;
4. Mutirão em precatórios;
5. Conciliação e mediação virtual;
6. Distribuição de cartilhas;
7. Mutirões temáticos;

¹⁴⁸ Conforme modelo estabelecido no Anexo I da Resolução 125 do CNJ.

¹⁴⁹ Em 1976, na Paud Conferencia, em St.Paul, Minessota, o professor emérito da faculdade de Havard, Frank Sander, em sua palestra “Variedades de processamento de conflitos”, introduziu, no mundo jurídico uma ideia que foi chamada originalmente de “centro abrangente de justiça”, porém, devido a forma como foi divulgada por uma das revistas da ABA [American Bar Association — Ordem dos Advogados dos Estados Unidos], ficaria conhecida mundialmente como “Tribunal Multiportas”.

¹⁵⁰ Ibid., p.17.

¹⁵¹ Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (“Centros”), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf. Acesso em 04 nov.de 2016.

¹⁵² Ibid., p. 25

8. Plano de ações para a Semana Nacional da Conciliação;
9. Orientação jurídica à população;
10. Incentivo à doação de órgãos;
11. Políticas públicas em relação aos grandes litigantes;
12. Justiça expressa;
13. Mutirão de saúde;
14. Projeto de superendividamento;
15. Selo de qualidade;
16. Conciliação e mediação no âmbito da administração pública;
17. Mediações comunitárias, escolares e em serviços extrajudiciais;
18. Programa de gestão de qualidade;
19. Caminhada da conciliação, dentre outras.

Assim, iniciativas já sedimentadas e outras criativas podem ser adotadas pelos Núcleos e CEJUSC's, devendo, ainda, ser compartilhadas no âmbito nacional.

No caso do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça regulamentou o cadastro de conciliadores e mediadores por meio do Ato Normativo n. 01/2011¹⁵³, exigindo-se para a inscrição de conciliadores e mediadores no processo de seleção os requisitos que constam do § 2º, do artigo 3º, sendo que, após a análise dos documentos apresentados e publicação da lista de inscritos, o Juiz Coordenador deve realizar entrevistas de seleção, a fim de avaliar os conhecimentos, aptidão e disponibilidade dos candidatos.

No dia 22 de abril de 2015, foi sancionada pelo Governador Geraldo Alckmin a Lei nº 15.804/15¹⁵⁴ (decorrente do projeto de Lei nº 1.005/13, aprovado pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo no dia 25 de março deste mesmo ano), que dispõe sobre o abono variável (espécie de remuneração, porém, de caráter indenizatório) e jornada dos conciliadores e mediadores que trabalham no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A aprovação da lei atendeu ao clamor público dos mediadores e conciliadores, que batalham há mais de 10 anos por esse grande passo no Estado de São Paulo.

Até a sanção da lei, o trabalho era realizado voluntariamente, sem nenhuma previsão sequer de ajuda de custo, embora já houvesse regulamentação e exigências na formação dos conciliadores e mediadores pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça, atualmente o Estado de São Paulo possui 153 CEJUSCs, sendo 07 na capital e 146 no interior¹⁵⁵.

A promulgação da Lei 15.804/15 demonstrou a preocupação em criar contrapartida financeira para essa relevante atuação dos mediadores e conciliadores.

¹⁵³Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/download/conciliacao/nucleo/atonormativo1_2011.pdf. Acesso em: 04 de nov. de 2016.

¹⁵⁴Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2015/lei-15804-22.04.2015.html>. Acesso em: 03 nov. de 2016.

¹⁵⁵ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>. Acesso em 05 nov. de 2016.

Entretanto, o artigo 4º da referida lei, que previa o repasse de verbas ao Judiciário para atendimento dessa demanda indenizatória, foi vetado pelo Executivo, persistindo, até o momento, a lacuna orçamentária a inviabilizar semelhante pagamento¹⁵⁶.

Insta ainda mencionar a existência do Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição que foi criado em 2004 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo através do Prov. 843/2004 do Conselho Superior da Magistratura visando solucionar litígios por meio do acordo e, assim, diminuir o acervo de recursos que aguardam julgamento.

Desta feita o Conselho Nacional de Justiça preocupado com a sobrecarga excessiva de processos que vem gerando a crise de desempenho e perda de credibilidade no Poder Judiciário, tomou providencias a nível constitucional adotando medidas públicas de tratamento adequado dos conflitos de interesses na sociedade, através da implementação dos CEJUSC¹⁵⁷.

¹⁵⁶ EM NOTA, a Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo afirmou que enaltece a atuação voluntária dos mediadores e conciliadores nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs) instalados no Estado. A promulgação da Lei 15.804/15 demonstra a preocupação em criar contrapartida financeira para essa relevante atuação. Entretanto, o artigo 4º da referida lei, que previa o repasse de verbas ao Judiciário para atendimento dessa demanda indenizatória, foi vetado pelo Executivo, persistindo, até o momento, a lacuna orçamentária a inviabilizar semelhante pagamento. O Tribunal de Justiça continua envidando esforços junto ao Governo do Estado e Assembleia Legislativa para alicerçar novo projeto de lei em que exista previsão de fonte orçamentária e espera que, neste íterim, conciliadores e mediadores vocacionados prossigam na sua atuação voluntária junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e varas judiciais. A Justiça de São Paulo agradece a importante contribuição prestada por esses profissionais na disseminação da cultura da pacificação social e cidadania. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Disponível em: http://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/376728208/nota-de-esclarecimento-dirigida-a-conciliadores-e-mediadores?ref=topic_feed. Acesso em: 04 nov. de 2016.

¹⁵⁷ Segundo o CNJ, os Centros Judiciários de Resolução de Conflito e Cidadania (Cejusc) evitaram, somente no ano passado (2015), a entrada de pelo menos 270 mil processos no Judiciário brasileiro. Os números referem-se a oito estados brasileiros e não contabilizam as audiências que ocorrem nas Semanas Nacionais de Conciliação. Só em São Paulo, estado que conta com o maior número de Centros instalados no país, 138 mil casos foram finalizados com a ajuda de conciliadores, magistrados, servidores e instituições envolvidas nas audiências de conciliação. Em São Paulo - Maior tribunal brasileiro, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) conta com o maior número de Cejuscs instalados no país: são 153 unidades, sendo 7 na capital e 146 no interior. Os centros paulistas têm alcançado importantes índices de sucesso na área da conciliação. Antes do ajuizamento da ação, na chamada fase pré-processual, o número de acordos vem beirando 67%. Das 122 mil sessões de tentativas de conciliação, houve resultado positivo em 82 mil delas. Na área processual (quando o processo judicial está em curso), das 113 mil sessões, 56 mil foram positivas, alcançando 49% de conciliações. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81709-conciliacao-mais-de-270-mil-processos-deixaram-de-entrar-na-justica-em-2015>. Acesso em 05 nov. de 2016

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Baseado exclusivamente na repressão, o tradicional paradigma de gestão dos conflitos penais se encontra em crise, observando-se nos dias atuais a indesejável expansão do Direito Penal, solicitado a atuar num plexo cada vez maior de situações, em afronta ao princípio da intervenção mínima do direito penal.

No presente estudo abordamos as principais teorias legitimadoras do Estado na intervenção dos cidadãos por meio do Direito Penal. Discutimos, uma série de fatores, desde a omissão estatal até os efeitos negativos que a prisão produz sobre a pessoa do condenado, culminando inegavelmente na visão pessimista sobre a ineficácia da prisão em tempos atuais, não sendo alcançada as finalidades estabelecidas da pena, ou seja: preventivas e repressivas.

Se os fins tradicionais e declarados oficialmente apresentam deficiências – quando isoladamente considerados - no âmbito da proteção penal ambiental - foram discutidos as funções que justificaram a intervenção estatal na proteção deste bem jurídico difuso.

Fora verificado que a função simbólica da sanção penal ambiental se sobressai nos escritos doutrinários contemporâneos. Embora existam divergências sobre seu exato conteúdo, em linhas gerais, a função simbólica se exprime pela utilização do Direito Penal como meio de sublinhar a importância de determinadas condutas na sociedade e elevar a consideração de determinados bens jurídicos.

Fora destacado ainda, que a função simbólica do Direito Penal Ambiental, dentre outras, é transmitir aos sujeitos uma conscientização sobre a importância de determinado valor na sociedade. No caso das leis penais ambientais, sinaliza-se para a valorização da preservação ambiental.

Visando propor novas alternativas sancionatórias no bojo das discussões empreendidas pela doutrina, no que tange ao poder repressivo do Estado, a Justiça Restaurativa foi apresentada como novo modelo que preconiza o estabelecimento de um diálogo conciliatório entre os sujeitos envolvidos no conflito penal, no intuito de se promover a restauração do dano experimentado pela vítima e a reintegração social do infrator.

Desta feita, o trabalho teve como um de seus objetivos discorrer sobre a possibilidade de utilização da justiça restaurativa e dos meios alternativos de solução de conflitos em questões ambientais, com fundamento e análise do integral acesso à Justiça, suscitando uma reflexão sobre os princípios e as regras que permitem um acesso pleno, célere e eficiente.

Analizamos o fato de que o acesso à Justiça não se limita apenas ao ingresso pelo Judiciário, devendo ser entendido numa concepção mais ampla, envolvendo a resolução do

conflito de forma efetiva, pois, os direitos individuais evoluíram para os coletivos em vários aspectos, a exemplo dos relacionados ao meio ambiente, sendo necessário encontrar mecanismos para proteger estes direitos de forma adequada.

Assim, os meios alternativos de solução de conflitos concretizam o acesso à Justiça, pois viabilizam o acesso à ordem jurídica justa. Sua utilização não significa desprestígio ao Judiciário, pois são auxiliares, de forma a ampliar as possibilidades de solução dos conflitos, com o mesmo objetivo de pacificação social.

Assim, acreditando que a Justiça Restaurativa, pode apresentar contribuições positivas e proporcionar à gestão dos conflitos penais mais eficiência, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas¹⁵⁸, atualmente recomenda a adoção destas práticas.

Tratamos, ainda, sobre a indisponibilidade do bem jurídico ambiental, verificando-se que esta vedação não abrange o prazo, a maneira, o lugar e a condição do cumprimento para recuperar o meio ambiente, podendo ser aplicados os meios alternativos adequadamente a estas questões, assim como já realizado quando dos termos de ajustamento de conduta.

Neste trajeto, procuramos analisar a possibilidade de aplicação do processo restaurativo aos conflitos penais advindos da prática de crimes que ofendam bens jurídicos supraindividuais. Malgrado já seja significativa a concretização de práticas restaurativas em diversos países (inclusive no Brasil), tais projetos ainda se restringem a cuidar da composição de conflitos que envolvem violações de bens jurídicos individuais.

Foram analisadas discussões doutrinárias em torno do tema em debate, notando-se o surgimento de uma corrente doutrinária que se posiciona pela incompatibilidade entre os fundamentos do processo restaurativo “tradicional” e o fenômeno da tutela penal dos bens jurídicos de índole supra individual.

Entre as críticas formuladas pelos estudiosos que se apresentam contrários à proposta que defendemos no presente trabalho, destaca-se a pretensa ausência de um sujeito legitimado a expressar um consentimento a respeito de um interesse afeto a uma coletividade.

No entanto, no contexto da criminalidade contra o meio ambiente, entende-se que o sujeito legitimado para a representação da coletividade no bojo do processo restaurativo é o Ministério Público que homologará ou não, os acordos realizados nas audiências de conciliação

¹⁵⁸ Com destaque para os três principais diplomas editados pela ONU acerca da temática em discussão: a Resolução 1999/26 (“Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”); a Resolução 2000/14 (“Princípios Básicos para Utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”); e a Resolução 2002/12 (“Princípios Básicos para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal”).

por delitos causados ao meio-ambiente de menor potencial ofensivo, junto aos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Na presente pesquisa, tratamos da questão em que a Lei 9.605/98 reuniu em uma única lei as inúmeras infrações ambientais esparsas e que, conforme a gravidade da infração, em se tratando de menor potencial ofensivo ambiental (micro criminalidade ambiental), o agente que comete um Crime Ambiental, será processado pelo rito da Lei 9.099/95, que institui o Juizado Especial Criminal (JECRIM).

Nesta oportunidade, fez-se necessária uma análise conjunta das referidas leis e, através dessa reflexão, foram tratadas questões peculiaridades advindas da Lei 9.605/98 para o uso dos institutos da Lei 9.099/95, quais sejam, a prévia composição do dano ambiental, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Identificamos no desenvolvimento do presente trabalho que o art. 27 da lei ambiental penal, condicionou a transação penal à existência de prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da Lei 9.099/95. E que este dispositivo, por sua vez, ao estabelecer que a "composição dos danos", homologada pelo juiz, por sentença irrecorrível¹⁵⁹, constitui título judicial exequível no cível, deixou claro que referida composição não se confunde com a efetiva reparação de danos¹⁶⁰.

Assim, desenvolvemos a pesquisa no sentido de que o instituto da suspensão condicional do processo, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 1995), desenvolvemos a pesquisa no sentido de que é o espaço normativo adequado que possibilita a recepção das soluções consensuais estabelecidas no acordo restaurativo. Isto porque a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605, de 1998), ao prever, no seu art. 28, a aplicabilidade de tal instituto aos crimes previstos nesta Lei, deixa evidente um

¹⁵⁹ Aliás, sobre a transação penal, ressalte-se que ela tem por finalidade a exclusão do processo e dos efeitos dele decorrentes (a imposição de uma sanção penal, a reincidência, efeitos civis etc.), com a cumulação de regras de conduta ou a aplicação de uma multa. A aceitação da proposta do Ministério Público, seu titular privativo, deve ser consensual com o autor da infração penal, resultando na transação e consequente homologação judicial (art. 76 e parágrafos da Lei nº 9.099/95). Além disso, a sentença que impõe a medida despenalizadora tem natureza meramente homologatória, e não condenatória. O autor da infração penal, ao aceitar a transação, não admite a sua culpa, mas apenas concorda com a imposição de uma sanção, inclusive abdicando momentaneamente do exercício de sua defesa. Por isso, também, que se não cumprir a transação penal, admite-se o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, ao invés de se executá-la, convertendo-se eventual pena restritiva de direitos em pena privativa de liberdade.

¹⁶⁰ Vários delitos tipificados pela lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente têm cominadas penas privativas de liberdade até um ano, sendo infrações de menor potencial ofensivo, consoante art. 61 da lei dos Juizados Especiais, permitindo transação penal, conforme art. 76 da mesma lei nº 9.099/95. São eles os arts 29, 31, 32, 41, parágrafo único, 44, 46, 48, 49 50, 51, 52, 54, § 1º, 55, 56, § 3º, 60, 62, parágrafo único, 64, 65, 67, parágrafo único da Lei nº 9.605/98 19 delitos. Outros tantos, exatamente 19 crimes, são punidos com penas mínimas não superior a um ano (Lei nº- 9.605/98, arts. 30, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 45, 54 caput, 54, § 2º-, 56, 61, 62, 63, 66, 67 68 e 69), sendo infrações de "médio potencial ofensivo", admitindo suspensão do processo, conforme art. 89 da lei 9099/95.

manifesto interesse na reparação do dano ambiental, com o que se postula a aproximação do referido diploma normativo com o paradigma de justiça restaurativa.

A inovadora proposta de trabalho que ora se apresenta não contraria as bases teóricas da Justiça Restaurativa, posto que se funda naquela ideia de promover o estabelecimento de um diálogo conciliatório entre as partes envolvidas num conflito penal, buscando-se obter a reparação do dano, a responsabilização do infrator e o restabelecimento da paz social perturbada pelo crime ambiental.

O cerne da questão sobre a preservação ambiental inclui a recuperação dos danos ambientais, exigindo mecanismos para solucioná-los de forma célere e efetiva, a fim de diminuir efetivamente o impacto ambiental.

A ética ambiental pode ser promovida pela educação ambiental, com o objetivo de transmitir seus valores, gerar uma consciência e postura adequada sobre o tema e até mesmo servir como forma de solução preventiva dos conflitos e pós-conflito, em razão do infrator aceitar melhor o dever de reparar.

Neste sentido, consideramos que o presente trabalho apresentou a possibilidade e a viabilidade normativa de, por meio de audiência de conciliação, oferecer ao infrator do delito de menor potencial ofensivo ao meio ambiente a possibilidade de que, com devida reparação ambiental exigida pelo artigo 27 da lei nº 9.605, de 1998 - Lei dos Crimes Contra o Meio Ambiente, seja aplicada pelo “Conciliador” além das penas alternativas descritas na lei nº 9.099-95, o instituto da Justiça Restaurativa, sendo este acordo encaminhado para homologação pelo órgão do Ministério Público, representante dos direitos supra individuais, pois alcançam os mesmos objetivos de pacificação social, concretizando o acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel, SCHLCKMANN, Flavio. **Responsabilidade Penal Ambiental e o Princípio Da Intervenção Mínima: uma análise acerca da utilização do Direito Penal na seara ambiental**. Mai./Jun.2015. Disponível em: www4.fsnet.com.br/revista>. Acesso em 17 nov. de 2016.

ACADEPOL – Academia de Polícia Dr. Coriolano Nogueira Costa. Secretaria de Segurança Pública. Polícia Civil do Estado de São Paulo. **Mediação De Conflitos: Doutrina Policial Civil De Pacificação Social – Necrim. Doutrina Policial Civil De Pacificação Social - Necrim**. São Paulo: ACADEPOL, 2014.

ALENZA GARCÍA, José Francisco. **Las sanciones administrativas y penales en matéria ambiental: funciones y problemas de articulación**. In: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dir.). **Derecho Penal de la empresa**. Navarra: Universidad Pública de Navarra, 2002.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Aspectos Práticos da Arbitragem**. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). **Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Revovar, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: JH Mizuno, 2005.

_____. **A Lei n. 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a mulher**. In: REALE JUNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (coords.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

ARAÚJO. Moacir Martini de. **Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: Responsabilização Criminal da Pessoa Jurídica de Direito Público em relação aos Crimes Ambientais**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. (Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento – PNUD. 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. Coleção Saberes do Direito.

_____. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: RT, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **Direito e Política: a tênue fronteira entre direito e política, ativismo judicial e democracia**. 2009. Disponível em: <http://www.luisrobertobaroso.com.br>>. Acesso em: 07 jun.de 2016.

BELTRÃO, Antônio Figueiredo Guerra. **Manual de direito ambiental**. São Paulo, Método, 2008.

BENJAMIN, A. H. V. (Coord.). **A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos: o caso da América Latina**. Revista de Direito Ambiental. v. 0, São Paulo, v. 0, p. 102-103, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicaocompilado.htm>> Acesso em: 01 fev. de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Programas e ações de conciliação e mediação**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao> > Acesso em janeiro de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Programas e ações de conciliação e mediação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao/movimento-conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 02 fev. de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 50, de 08 de Maio de 2014**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça 2015. **Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC**. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial. 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 25 out. de 2016.

_____. Lei nº 9099, de 26 de setembro 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em setembro de 2016.

_____. Lei nº 9605, de 12 de fevereiro 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm >. Acesso em janeiro de 2016.

_____. Lei nº 10.259, de 12 de julho 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em janeiro de 2016.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado Federal nº 517 de 2.011**. Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=95181&tp=1>>. Acesso em: 09 abr. de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas Penas Alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei 9.714/98**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Falência da Pena de Prisão: – causas e alternativas.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Código penal comentado.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral 1.** 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na lei nº 9.307/96.** São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de Penas, dogmática jurídica penal e política criminal.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNEVALE, Marcos. **Crise Social e Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito: parte geral. Vol. 2.** Tradução de Ricardo de Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Conflicts as property.** The british journal of Criminology. Volume 17, n. 1, jan.1977. In: SANTOS, Claudia. **Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado).** Revista Brasileira de Ciências Criminais. n.º 71, mar/abr., 2008.

CID, José e LARRAURI, Elena. **Teorias Criminológicas: explicacion y prevencion de la delincuencia.** Barcelona: Bosh, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Poder judiciário: autonomia e justiça. Direito constitucional: organização dos Poderes da República.** Revista dos Tribunais. Doutrinas Essenciais - vol. IV - Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso. (Orgs.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, Mediação e Arbitragem: teoria e prática.** Trad. Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COSTA ANDRADE, Manoel da. **A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime.** Revista Portuguesa de Ciências Criminais. N.º. 2. Coimbra: 1992.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção Penal Ambiental: Viabilidade. Efetividade. Tutela por outros ramos do direito.** São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Susana Henriques da. **Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular.** (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CUNHA, Luciana Gross, BUENO, Rodrigo de Losso da Silveira, OLIVEIRA, Fabiana Luci de, SAMPAIO, Joelson de Oliveira, RAMOS, Luciana de Oliveira, PIERI Renan Gomes de. **Índice de Confiança na Justiça Brasileira**. Fundação Getulio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>>. Acesso em: 22 agost. 2016.

DAVIS, Edward P. **Mediação no Direito Comparado**. In DELGADO, José [et. al.]. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais do Direito Penal revisitados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, José Carlos de Mello. **Mediador: uma experiência profissional**. In DELGADO, José [et. al.]. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO, Roberto Junior; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado**. 7 ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

EIRAS Nordenstahl, Ulf Christian. **Mediacion penal: de la práctica a la teoría**. 1ª ed. Bueno Aires: Librería Histórica, 2005.

ELIAS, Luiz Augusto da Veiga. **À Procura da Restauração nos (e dos) Juizados Especiais Criminais**. Artigo disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_425.pdf> 2010. Acesso em: 09 set. 2016, p. 07.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução: análise crítica da lei 9.307, de 23.09.1996**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 30ª ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis / RJ: Vozes, 2005.

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

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

_____. **Direito Administrativo e Meio Ambiente**. Curitiba: Juruá, 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A Arbitragem na Era da Globalização: Coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros**. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2004.

GENRO, Tarso. **Prefácio da primeira edição do Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvia. **Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos. **Criminologia**. 5ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Necrim: polícia conciliadora de primeiro mundo**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3612, 22 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24495>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

GOMES, Luís Roberto. **O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995**. 5ª. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2005.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES, Luiz Flávio; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. Pena y Estado: La función simbólica del Derecho Pena. n.º 1. Barcelona, n. 1, 1991.

_____. **A Preservação do Ambiente Através do Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 22, São Paulo, 1998.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães, 1986.

JACCOUD, Mylene. **Princípios, Tendências e Procedimento que cercam a Justiça Restaurativa**. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Justiça Restaurativa no Brasil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 819, 30 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7359>>. Acesso em: 2 out. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. **Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LARRAURI, Elena. **Criminologia crítica: Abolucionismo y garantismo**. Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales. Boletín Oficial des Estado, n. 1, jan. 1997, pp.133-168.

_____. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ALVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA. In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004. págs. 439-464.

LEAL JÚNIOR, Cândido Alfredo Silva. **O princípio da insignificância nos crimes ambientais: a insignificância atípica nos crimes contra o meio ambiente da Lei 9.605/98**. Revista de Doutrina da 4ª Região, n. 17, Porto Alegre, abr. 2007. Disponível em [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Candido Leal. htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao017/Candido%20Leal.htm).> Acesso em: 17 nov. de 2016.

LEITE, Fabiana. **Elaboração de proposta de conceitos, princípios e diretrizes para as alternativas penais**. PNUD. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, Ministério da Justiça. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicapenal/politicas-2/alternativas-penais-1/modelo-de-gestao>>. Acesso em 12 set. 2016.

LEMOES, P. F. I. **Meio ambiente e responsabilidade civil do proprietário: análise do nexos causal**. 2. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008a, p.32-37.

LISPECTOR, Clarice. Observações sobre o direito de punir: outros escritos. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho Penal: programa de la Universidad de Marburgo (1882)**. Tradução de Carlos Pérez del Valle. Granada: Comares, 1995.

_____. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Tradução de José Higino Duarte Pereira. Vol. 1, Campinas: Russel, 2003.

LOBATO, José Danilo Tavares Lobato. **Direito Penal Ambiental e seus fundamentos**. Curitiba. Editora: Juruá. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução de Fábio Costa Morosini, Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Editora RT, 2010.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A. V. **A Mediação como Forma Alternativa de Solução de Conflitos**. Revista dos Tribunais n. 751, São Paulo. 1998 p. 94-101.

MACIEL, Sílvia, GOMES, Luiz Flávio. **Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98 (arts. 1º a 69-A e 77 a 82)**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: Ibccrim, 2005.

MAGALHÃES, Juraci Perez. **A evolução do Direito Ambiental no Brasil**. 2ª ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A Nova Face da Justiça: os meios extrajudiciais de**

resolução de controvérsia. Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

_____. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito (nota introdutória).** Processos Coletivos, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 01 jan. 2010. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=24>. Acesso em: 19 dez. 2016.

MARSHALL, Tony, *apud* LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora.** In: ALVARES, Fernando Pérez (ed.). SERTA In memoriam Alexandri Baratta. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004, pp. 439-464.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Compromisso de ajustamento de conduta: análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos.** In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 4ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente.** 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco.** Revista dos Tribunais. 6. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho.** Barcelona: Ariel, 1994.

_____. **Derecho penal: Parte General.** 7. ed. Buenos Aires: Reppertor, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal: Parte Geral.** vo.1, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Acácio, SILVA, Leonardo Henrique da. **Juizados especiais criminais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96.** Curitiba: Juruá, 1999.

NERY, Déa Carla Pereira. **Justiça restaurativa: direito penal do inimigo versus direito penal do cidadão.** Curitiba: Editora: Juruá, 2014.

NEUMAN, Elías. **Mediación Penal.** 2ª ed. Buenos Aires: Universidad. 2005.

NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho da. **Penas Restritivas de Direitos: Alternativas de Punição Justa dos Fins das Penas Restritivas.** Curitiba: Juruá. 2008.

NOGUEIRA, A. V, GIMÉNEZ, G. D. P, DEL VALLE, Manuel C. **La responsabilidad ambiental: penal, civil y administrativa.** Madrid: Ecoiuris, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, Cristina. **Notas sobre a Justiça Restaurativa**. Revista Síntese Direito Penal e Processo Penal. Porto Alegre, nº 75, vol. 13, pp. 54-76, agost./set. 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da Teoria à Prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa é possível no Brasil?** In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <<http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br>>. Acesso em: 11 set. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: RT, 2003.

_____. **Teoria dos fins das penas**. In: Ciências Penais. São Paulo, 2004.

_____. **Direito Penal do ambiente: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com análise da Lei 11.105/2005)**. Revista dos Tribunais. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, 2005.

_____. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 7. ed., v. 1, São Paulo: RT, 2007.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Artigos 1º a 120**. 8ª.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 5.ed. rev. e atual., 2011.

_____. **Curso de direito penal brasileiro. Parte Geral**. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 1, arts. 1º a 120. 13 ed. rev. atual e ampl. 2013.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: RT, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Funções do Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2005.

ROCHA, Fernanda de Castro da. **A aplicação do princípio da insignificância aos crimes ambientais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8802>. Acesso em: 05 nov. 2016.

ROCHE, Declan. **Retribution and restorative justice**. In: Gerry na VAN NESS, Daniel W (ed). **Handbook of Restorative Justice**. Cullompton, UK: Portland, USA: Willian Publishing, 2007.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: parte general. Tomo I**. Tradução de Diego Manuel Luzon Peña et. al. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Sentidos e Limites da Pena Estatal**. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SALIBA, Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá. 2009.

SANTOS, Cláudia. **Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado)**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 71, mar. /abr., 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: Fundamentos Políticos e Aplicação Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A Justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

_____. **Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa**. In Slakmon, Catherine; Machado, Máira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz (orgs.). Novas direções na governança da Justiça e da Segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

SILVA, Ivan da. **Crimes ambientais e juizados especiais**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al Derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 2002.

SILVA, Juary C. **A macrocriminalidade**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; GOMES PINTO, Renato Sócrates (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília / DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

SOUZA SANTOS, Boaventura et al. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. Porto: Afrontamento, 1996.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, Juarez. **A Globalização e os Problemas de Segurança Pública**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, 2004.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima [et. al.]. **Instituições de Direito do Trabalho**. Vol. 2, 17ª ed. São Paulo: LTr, 1997.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TURESSI, Flavio Eduardo. **Bens Jurídicos Coletivos: Proteção Penal, Fundamentos e Limites Constitucionais à Luz dos Mandados de Criminalização**. Curitiba: Juruá. 2015.

UNITED NATIONS. Office on Drugs and Crimes. **Handbook of Restorative Justice Programmes**. Criminal Justice Handbooks Series. Disponível em <https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/06-56290_Ebook.pdf> Acesso em: 14.set.2016.

_____. **The Economic and Social Council: Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters**. Resolution n. 2002/12. Disponível em <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>> Acesso em: 14 set. 2016.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional**. 1ª ed., 5ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas: modelos, processos, ética e aplicações**. São Paulo: Método, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel & WATANABE, Kazuo (coords.). Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Modalidade de Mediação**. In: DELGADO, José [et. al.]. Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

ZACKESKI, Cristina. **Sistema Penal, Política Criminal e Outras Políticas**. Boletim IBCCRIM, ano 14, nº 172, março/2007.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Vanacker. São Paulo: Palas Athena, 2008.