

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

REAÇÃO SOCIAL À MICROCRIMINALIDADE

Rafael Carneiro Polisini

Presidente Prudente/SP
2014

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

REAÇÃO SOCIAL À MICROCRIMINALIDADE

Rafael Carneiro Polisini

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal, sob a orientação do professor Mario Coimbra.

Presidente Prudente/SP
2014

REAÇÃO SOCIAL À MICROCRIMINALIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Especialista em
Direito Penal e Direito Processual Penal.

Prof. Mario Coimbra

Prof. Rodrigo Lemos Arteiro

Prof. Fernanda de Matos Lima Madrid

Presidente Prudente, 07 de fevereiro de 2014.

DEDICATÓRIA

Todo o esforço e tempo disperso neste trabalho deve ser dedicado a Giuseppe e Lucy, pais zelosos e pacientes conscientes da importância do estudo.

“Sua tarefa é descobrir o seu trabalho e,
então, com todo o coração, dedicar-se a ele.”

Buda

AGRADECIMENTOS

Sem qualquer exagero, todo agradecimento é pouco ao cuidado e atenção dispensados pelo professor Mario Coimbra na elaboração desta obra e fica a certeza de que passa o trabalho e fica a amizade.

Além disto, vale um agradecimento especial à Laiane que leu e releu cada parágrafo escrito, ajuda indispensável para que a obra tomasse a forma conquistada.

“Não há no mundo exagero mais belo que a gratidão.”

Jean de la Bruyere

RESUMO

Trata-se de trabalho que aborda a reação social que se tem tido em face da microcriminalidade. Para isto, elabora um estudo sobre a atuação legislativa sob o questionamento de sua ineficácia, bem como as medidas que o Poder Judiciário vem tomando para amenizar a situação instalada em meio a uma exagerada produção de normas. Fora realizado, ainda, um estudo sobre a aplicação da Justiça Restaurativa como forma de reação ao microcrime atendendo aos crescentes movimentos abolicionistas e ao sucesso que as medidas restaurativas têm tido no cenário internacional. Por fim, realizou-se uma sucinta abordagem sobre políticas criminais despenalizantes, porém alertando que sua formalização tem seguido uma linha burocrática que visa atender a insuficiência retributiva do Estado. O estudo pauta-se em doutrinas nacionais e internacionais, bem como nas medidas adotadas em vários países sempre procurando compatibilizar com a situação brasileira. Por fim, é possível notar em todo o trabalho um apelo social e a busca pelo reestabelecimento de relações pacíficas entre as pessoas.

Palavra Chave: Microcriminalidade como forma de desestabilização social. Conceito de microcrime. Atuação legislativa como reação aos pequenos delitos. Movimentos abolicionistas. Justiça restaurativa como forma alternativa de reação à microcriminalidade. Políticas despenalizadoras incidentes sobre o microcrime e políticas do cárcere.

ABSTRACT

This is work that broach the social reaction that has been in the face of petty crime. For this, prepare a study on the legislative action under the questioning of their ineffectiveness, as well as the measures that the judiciary has been taking to ease the situation installed amid an exaggerated rules production. Was realized yet a study about the application of the restaurative justice as a form of reaction to the micro crime given the growing abolitionist movement and the success that restorative measures have had on the international scene. Lastly, there was a brief approach to depenalizing criminal policies, but warning that its formalization has followed a bureaucratic line that aims to meet the retributive failure of the State. The study is guided in national and international doctrines, and in measures adopted in various countries always trying to match with the Brazilian situation. Finally, it is noticed in all the work a social appeal and the search for re-establishing peaceful relations between people.

Key words: petty crime as a form of social destabilization. Micro crime concept. Legislative action as reaction to minor offenses. Abolitionist movements. Restorative justice as an alternative form of reaction to small crimes. Depenalizing politics on micro crime and politics of the prison.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIREITO PENAL ANTIGO	14
2.1 Culturas Distantes	Erro! Indicador não definido.6
2.2.1 Sociedades Pré-Letradas	Erro! Indicador não definido.6
2.2.2 Direito Penal Antigo Chinês	Erro! Indicador não definido.7
2.1.3 Direito Penal Antigo Indiano	Erro! Indicador não definido.8
2.1.4 Direito Penal Antigo Egípcio	19
2.1.5 Direito Penal Antigo Babilônico	20
2.1.6 Direito Penal Antigo Hebreu	21
2.1.7 Culturas Antigas Diversas	22
2.2 Sociedades Modernas	23
2.2.1 Direito Penal Romano	24
2.2.2 Direito Penal Germânico	27
2.2.3 Direito Penal Canônico	29
2.2.4 Direito Penal Comum	31
2.2.5 Considerações Finais	34
3 EVOLUÇÃO DAS ESCOLAS PENAIIS	36
3.1 Escola Clássica	36
3.2 Influência de Darwin e a Escola Cartográfica	43
3.3 Escola Positiva	45
3.4 Terceira Escola – Os Críticos	50
3.5 Escola Alemã	52
3.6 Escola Humanista	54
3.7 Escola Técnico-Jurídica	55
3.8 Escola Correicionalista	57

3.9 Movimento de Defesa Social _____	58
4 MICROCRIMINALIDADE A LUZ DA CRIMINOLOGIA _____	62
4.1 O Criminoso _____	63
4.1.1 Livre Arbítrio _____	65
4.2 O Crime _____	69
4.3 A Vítima _____	75
5 MICROCRIMINALIDADE _____	81
5.1 Considerações Gerais _____	81
5.2 Conceito de Microcriminalidade _____	Erro! Indicador não definido. 3
6 REAÇÃO LEGISLATIVA AO MICROCRIME _____	88
6.1 Introdução ao Bem Jurídico Penal _____	88
6.2 Introdução à Norma Penal _____	91
6.3 Fase Pré-Legislativa _____	93
6.4 Direito Penal Simbólico e Movimentos de Descriminalização Frente à Microcriminalidade ____	97
6.4.1 Direito Penal Simbólico _____	97
6.4.2 Movimento Descriminalizador _____	101
6.4.3 Intervenção Mínima e Sua Aplicação ao Microcrime _____	105
7 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO REAÇÃO À MICROCRIMINALIDADE _____	115
7.1 Aspectos Gerais _____	118
7.2 Atributo Essencial da Justiça Restaurativa _____	126
7.2.1 Definição _____	126
7.2.2 Valores da Justiça Restaurativa em Face de Seu Conceito _____	128
7.2.3 O Instrumento Chamado Mediação _____	131
7.2.4 Formas de Mediação _____	139
7.2.5 Considerações Gerais Sobre Mediação _____	141
7.3 Justiça Restaurativa Como Medida Alternativa ao Microcrime _____	150
8 REAÇÃO FORMAL À MICROCRIMINALIDADE _____	154

8.1 Suspensão Condicional da Pena _____	155
8.2 Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo _____	162
8.3 Considerações Finais _____	170
9 CONCLUSÃO _____	171
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS _____	176
ANEXO 1 _____	188

1 INTRODUÇÃO

O caos está instalado. Há tempos não se vive numa sociedade equilibrada e segura e muitas razões podem ser apontadas para justificar o verdadeiro descontrole que se abateu.

Em meio a todos os problemas, vem se notando números assustadores nos índices de criminalidade inflamados pelo rebuliço da população e extrema divulgação midiática.

A atenção vem se redobrando na elaboração das políticas criminais, porém ainda está se engatinhando para atingir a eficácia necessária, especialmente relacionada aos pequenos delitos.

Para que se chegue ao panorama atual é necessário voltar ao passado, tempos justiça divinas e do talião, onde será possível notar que algumas culturas já adotavam políticas diferenciadas de reação a delitos de baixa ofensividade.

Já na modernidade, o apelo por relações sociais mais bem estabelecidas clamam por reações que atendam não só aos anseios burocráticos do Poder Público, mas também que existam ações que possam ser sentidas na rotina de todos.

Inegável que a microcriminalidade é a anomalia social mais presente e daí sua grande relevância, ganhando destaque nos meios de comunicação e assombrado o dia-a-dia de todos ao causar o temor de ser o próximo a sofrer com isto. Trata-se de uma verdadeira vitimização antecipada.

Para que se tenha uma perspectiva de reação, o presente trabalho buscará uma abordagem iniciando pela formação de um conceito de microcriminalidade e qual seu alcance e diferenças para os delitos de alta ofensividade, isto é, a macrocriminalidade.

É necessário um panorama que aponte a atuação do legislador como reação a este fenômeno e o questionamento se há uma real e eficaz preocupação ou se exigem esforços apenas simbolicamente e com fins pouco idôneos.

Além do mais será possível perceber uma contraposição legislativa que defende uma política abolicionista reduzindo os microcrimes a medidas não retributivas, mas sim restaurativas e com grande apelo para o reestabelecimento de políticas sociais.

Para que se efetive este menor rigor, tem se exigido uma atuação do judiciário com mais sensibilidade e valendo-se de institutos que abrandam o rigorismo retributivo legal.

Neste cenário surge a difusão da justiça restaurativa que tem sido cada vez mais incentivada pelas Nações Unidas como forma de sobrelevar a vítima e seus interesses, dando-lhe especial destaque nos procedimentos criminais, sem esquecer da necessidade de reintegração do infrator.

A importância da restauração da situação o mais próximo possível tem sido tratada como política mais bem apessoada para reagir aos pequenos delitos diminuindo-lhes o impacto que causam à sociedade.

Ao lado do clamor abolicionista também emergem as políticas despenalizadoras que se vale de institutos que atendem tão somente à ineficiência do Estado em aplicar a retribuição ao causador de dano tipificado.

Sob os questionamentos da falência do sistema retributivo surgem medidas como a transação penal, suspensão condicional da pena e a suspensão condicional do processo que atendem apenas aos interesses na diminuição do impacto causado pela superpopulação carcerária e é justamente sobre os pequenos delitos, tratados numa concepção formalista, que incidem tais medidas.

Fica claro a complexidade do assunto e o tratamento pouco eficaz que vem sendo dado a ele, não só ao longo dos últimos anos, em que se evidenciou ainda mais o problema, mas ao longo de toda a história.

A vingança, inerente aos sentimentos humanos, foi deixando de lado a necessidade de reestabelecer ou fazer nascer relações sociais saudáveis que

possam cultivar uma sociedade mais justa e igualitária e, na busca de formar esta consciência, é que se propõe o presente trabalho.

2 DIREITO PENAL ANTIGO

O intuito deste trabalho requer uma atenção ao passado do Direito Penal, tendo em vista que os institutos e propostas a serem apontadas têm resquícios de longa data.

Num primeiro momento vale remontarmo-nos a um tempo em que a ciência jurídica nos moldes atuais era impensável, especialmente o Direito e Processo Penal. Estamos falando de um período pré-codificado.

Pois bem, o Direito Penal e o Processo Penal eram cunhados em ideologias e impulsionados socialmente merecendo um verdadeiro estudo arqueológico. Termo apontado por Ladislao Thot em razão da distância do assunto no tempo para a atualidade.

Sobre o assunto, o próprio Thot, citado por Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011, p. 161), em Manual de Direito Penal Brasileiro, bem observa a sua importância:

Arqueologia criminal tem sempre uma finalidade consciente que se pode considerar com todo o direito de origem político-criminal. Do estudo de todas essas instituições pretéritas se chega à conclusão de que a arqueologia criminal, especialmente daquela por nós chama de política criminal histórica, cujo conhecimento é indispensável para uma exata e cabal compreensão da política criminal propriamente dita.

Não é segredo que o Direito é cíclico e dinâmico através dos tempos, sendo os bancos universitários responsáveis por alertar os estudiosos, ainda que iniciantes, sobre o valor histórico de movimentos sociais, culturais e momentos da humanidade que influem de forma direta no trato com o direito.

Especificamente sobre o direito penal, lembram Zaffaroni e Pierangeli que não é possível dar uma continuidade histórica já que tal matéria vem surgindo calcado na moral do homem e é certo que o conceito isso requer surge de forma progressiva e ininterrupta.

Assim, é possível dizer que embora tratemos neste primeiro momento de um direito penal e processual tido como antigo, esta acepção deve ficar restrita ao liame temporal e não prático, propriamente dito.

Ora, a moral nada mais é que um reflexo momentâneo da história e dado o imenso número de atrocidades aos quais vivemos ainda hoje não é possível dizer que somos mais ou menos moralizados que as sociedades passadas.

Melhor dizendo a respeito, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p.162), poucos dos que tratam do assunto, reforçam esta ligação evolutiva do direito penal com as teorias da história:

Todas as sistematizações simplificadoras das etapas da legislação penal no mundo se vinculam a teorias da história que, apesar de sua multiplicidade, podem ser divididas em 'cíclicas' e 'progressivas', sendo as primeiras mais próprias da antiguidade e as últimas do século XIII. Nas exposições da evolução legislativa tem prevalecido a adoção da teoria 'progressiva'. Assim, uma das distinções mais comuns que têm sido formuladas trata da vingança privada como período primitivo, a vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a pena, a humanização da pena a partir do século XVIII, e o período atual, em que cada autor dá como triunfantes suas próprias ideias. Os assassinatos políticos com auspício oficial, o processo Mindzenty, os tribunais especiais, a reclusão de dissidentes em manicômios, o direito penal nazista, o esquadrão da morte e outros exemplos nos servem para demonstrar que, no plano do real, o caminho não é tão linear nem evolutivo, e assim uma luta permanente e constante; e que vingança privada, vingança pública e tendências humanitaristas são termos que encontramos em todas as épocas.

É neste ponto que não nos vale analisar o direito penal antigo, mas sim a cultura antiga e sua influência direta na criminalização e penalização de certas condutas, bem como o trato dado a legislação, ou a falta dela.

É bem verdade que não haverá um esgotamento do assunto, que valeria até um trabalho mais aprofundado, mas merece tocar pontos importantes que mais à frente justificarão o desenvolvimento de institutos influentes quanto à microcriminalidade.

2.1 Culturas Distantes

As culturas podem estar distantes no tempo entre si, mas ligadas através das influências que as mais antigas exercem sobre as mais novas. Deste modo, é cediço apontar algumas formas como o direito penal, especialmente num aspecto de política criminal, foi tratado em algumas sociedades passadas.

2.1.1 Sociedades Pré-Letradas

É muito difícil apontarmos como o crime era tratado por sociedades que desconheciam a escrita. Certo é que, o pouco que sabemos, não há como vislumbrar um direito penal estanque, mas apenas algumas regulamentações das mais simples baseadas no comportamento do homem pré-histórico.

Zaffaroni e Pierangeli reportam tal momento da história aos estudos antropológicos e não à história da legislação penal, citando o bom trabalho de Margaret Mead e de Bronislaw Malinowsky a esse respeito “por serem interessantes e fecundos porque nos mostram caminhos não transitados e insuspeitados para nossa ótica cultural, revelando-nos o caráter puramente cultural de muitos fenômenos que nossa perspectiva nos faz considerar de caráter ‘natural’” (2011, p. 165).

2.1.2 Direito Penal Antigo Chinês

Conhecem-se, nos primórdios da codificação criminal chinesa, as chamadas “cinco penas”. Por estas, apenava-se o homicídio com a morte, o furto e as lesões com amputações dos pés, estupro com a castração, fraudes com amputações do nariz e delitos pequenos com marcas no corpo, notadamente, na testa do agente.

Após este primeiro momento a China passou a adotar penas mais cruéis como abraçar colunas de ferro incandescentes, torturas, esquartejamentos, as mais variadas formas de morte, furar o olho, dentre tantas outras como estender a pena aos demais familiares do apenado.

Com o tempo as penas foram sendo humanizadas, extinguindo-se a extensão da pena aos familiares e tendo a pena de morte sido abolida por um curto período por volta do século VII depois de Cristo fazendo com que as penas voltassem a ser apenas cinco novamente.

Com a ascensão da Dinastia Ming (1389) passou-se a distinguir as infrações penais em cinco grupos com a manutenção das cinco penas aplicáveis e ordem de gravidade. Tal texto, apesar das modificações que sofreu, perdurou até 1647 quando emergiu a Dinastia Ching que manteve o sistema de cinco penas que vigorou até 1912, quando a China passou a ser uma república.

Veja que em poucos parágrafos percorreram-se mais de mil anos do direito penal chinês e, apesar das oscilações em rigor ou abrandamento das punições e criminalização, nota-se a tendente humanização do direito criminal e um forte apelo repressivo no intuito de verdadeiramente educar as pessoas a não cometerem infrações.

2.1.3 Direito Penal Antigo Indiano

É na Índia que surge uma das mais famosas codificações criminais antigas que é o livro ou código de Manu. Os estudiosos mal sabem qual a sua real datação, divergindo sobre se teria nascido no século XIII antes de Cristo ou se é mais novo com data no século V antes de Cristo.

No código de Manu a moral é a função primordial da pena, que tinha um sentido de purificação do apenado e, além disso, trazia importante distinção entre dolo, culpa e caso fortuito.

A respeito desta normatização explicam Zaffaroni e Pierangeli (2011):

A faculdade de punir era divina e era exercida pela autoridade terrena por delegação de Brahma, sendo que o texto legal era o fundamento da sociedade hindu do brahmanismo, marcada por forte estratificação. Daí que seu sistema de penas apresentasse uma característica especial, frequente nas legislações antigas: a multa aumentava em conformidade com a hierarquia social da pessoa, ao mesmo tempo em que as pessoas de tal hierarquia eram eximidas de certas penas corporais. O limite entre o crime e o pecado desaparece, a ponto do homem de casta superior, ou seja, o brahmane, que conhecesse de memória o texto sagrado, podia cometer impunemente qualquer fato.

É possível notar no direito antigo indiano o surgimento das penas alternativas e da proporcionalidade com a cobrança de multas ao invés das penas corporais, normais para a época, calcadas na posição social ocupada pelo apenado.

Ademais se vê uma causa extintiva da punibilidade consistente em saber o texto do livro sagrado seguido pelos hindus, ou seja, aquele que tinha memorizado as sagradas escrituras ganhava o direito de impunidade em relação a qualquer infração que viesse a cometer.

A multa e a proporcionalidade permanecem na grande maioria das legislações, assim como as causas extintivas de punibilidade, embora, ao menos no Brasil, não fundadas em preceitos religiosos.

Vale ainda a nota de que Japão, Sião e Coreia também se pautavam em um direito penal teocrático.

2.1.4 Direito Penal Antigo Egípcio

Assim como na cultura indiana, os egípcios tinham um direito penal teocrático fundado na criminalização e penas, notadamente a de morte, voltadas às condutas que desrespeitassem seus deuses ou ao seu faraó.

Em relação a pena de morte no direito penal antigo no Egito, apontam-se a existência de duas modalidades, uma simples que consistia numa morte sem muitos sofrimentos, e outra qualificada consistente em uma morte precedida de tortura (Zaffaroni e Pierangeli, 2011, p. 166).

Seguem os professores alertando que sofriam as penas não só aquele que cometesse a infração penal como seus “pais, filhos e irmãos. Ademais eram aplicadas as penas de mutilação, desterro, confisco e escravidão, como também o trabalho forçado em minas” (2011, p. 166).

No entanto, o que mais importa para nós é que se tratava de um direito penal com um sentido ético-religioso já que as penas mais graves não eram as físicas, mas sim aquelas decorrentes de magia e maldições lançadas contra os apenados. Reforçam o sentido os já aclamados professores (2011, p.166):

Os fragmentos de escritura cuneiforme *caldeia* indicam que seu direito penal tinha um nítido matiz ético-religioso, posto que as penas mais graves eram as de maldição, consistentes em invocações aos diferentes deuses, que descarregavam as mais graves calamidades sobre o ofensor.

Sobre este período, tinham os egípcios a multa como a menor pena possível e, como se disse, as maldições como a mais grave, sendo possível notar uma divisão de valores que possibilitavam uma progressão de penas dada gravidade do delito em multa, penas corporais e as maldições religiosas.

Novamente, temos na presença da proporcionalidade a possibilidade das penas adequarem-se às infrações quando de menor impacto que, no caso, eram punidas apenas com multa.

2.1.5 Direto Penal Antigo Babilônico

Foi na Babilônia, onde reinou por volta de 2285 e 2242 antes de Cristo o rei Hammurabi, precursor do célebre Código de Hammurabi.

Ensinam-nos os tão aclamados professores Pierangeli e Zaffaroni (p. 166) que “esse texto distinguia entre os homens livre e escravos e estabelecia pena para vários delitos”, notadamente baseadas no talião (olho por olho, dente por dente), e que “a composição era admitida em alguns delitos meramente patrimoniais, com a devolução do triplo do que havia sido tomado”.

É justamente este o ponto que mais interessa ao nosso trabalho, tendo em vista que numa das codificações mais antigas da qual temos notícia já havia uma linha de composição.

Interessante notar que, mesmo numa “cultura primitiva”, havia a sensibilidade de que a pena corporal nem sempre era a mais adequada substituindo-a pela composição, por mais rigorosa que seja (três vezes o valor daquilo que havia sido tomado) e tão pouco ampla (era possível apenas em pequenos delitos patrimoniais).

Além disto, por curiosidade, os citados professores nos lembram de que se estabeleciam penas drásticas ao ladrão surpreendido arrombando o local do delito que era morto e emparedado; o furtador pego aproveitando-se de incêndio para delinquir seria lançado às chamas. Dura também era a pena para a mulher adúltera que era jogada ao rio de mãos atadas.

2.1.6 Direito Penal Antigo Hebreu

Tem o direito penal hebreu o talião como seu norte. No entanto, discutem na doutrina o real sentido que teria o talião para os hebreus sendo que, para uns, tratava-se de uma metáfora que fazia as vezes da proporcionalidade na aplicação da pena. Já para outros, a aplicação do talião é literal pagando o criminoso pelo mal cometido com a mesma moeda.

Persiste a dúvida que inclusive é apontada na obra de Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 166 e 167) que ainda apontam a fonte do direito hebreu, o conhecido direito penal mosaico:

Considerando os Dez Mandamentos como fonte do direito, sobre sua base foram elaborados os preceitos jurídicos-penais e a este direito se conhece como 'direito penal mosaico' (originado na lei de Moises).

Era diversificada a quantia e as formas das penas, mas vale a nota de que já naquele tempo, como em outras ocasiões foi percebido, era possível a composição de danos para delitos de pouca gravidade e, peculiarmente na lei hebraica, o homicídio culposo não era punido com base no talião, mas sim com a pena de asilo.

Frente a este primeiro momento do direito hebraico surge, por volta do século V antes de Cristo, o *Talmud* que consistia em um estudo jurídico dirigido por fariseus onde se defendia, além dos dez mandamentos, a ideia de que teria sido repassada a Moisés uma legislação oral que fora perdida com o tempo, mas que era possível de ser interpretada com aquilo que restará na lei mosaica.

O *Talmud*, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 167), desenvolveu institutos como a “legítima defesa, a culpa, a reincidência, a preterintenção e o erro, além de estabelecer penas de morte, corporais e pecuniárias”.

Foi no Antigo Testamento que se encontraram as mais relevantes influências para o direito penal da época, sendo a Bíblia uma rica fonte de referências aplicáveis a este ramo do direito como o dolo, a culpa, provocação, dentre tantas outras.

2.1.7 Culturas Antigas Diversas

Ainda, baseando-se este início na obra de Pierangeli e Zaffaroni (2011), é de bom alvitre algumas colocações sobre direito penal antigo nas Américas, notadamente quanto às evoluídas sociedades dos astecas e dos incas.

Aos astecas é bom que saiba que sua lei penal trazida pelo Código de *Netzahuatcóyotl* era baseada numa inflexível ética de seu povo. Assim como nos povos distantes, tinha na vingança e no talião sua principal fonte de pena. O rigor era tanto que se chegou a observar a existência de sacrifícios humanos, estes especialmente com inimigos de guerra.

Já na cultura inca a teocracia reinava e sua organização social tinha como principal ofensa criminal a intangibilidade do Inca. Nem por isso formava uma legislação flexível, pois se sabe que era severa vinda de um imperialismo perceptível dos incas como povo guerreiro que eram.

Aos incas havia uma distinção nas penas para nobres e plebeus e tinha como característica sua transmissão oral e não uma ordenação escrita.

Dizem os estudiosos que o direito penal inca desenvolveu como poucos as penas pecuniárias, tendo em vista sua organização socialista e teocrática demonstrando mais uma vez que a preocupação com alternativas a penas severas já vem de tempos de outrora.

2.2 Sociedades Modernas

Até aqui temos um passado que correu em paralelo em todas as culturas mais antigas onde se prevalecia o talião e a vingança privada. No entanto, foi possível notar que em várias dessas culturas havia certa flexibilidade e a possibilidade, por menor que fosse, de haver uma alternativa ao rigor da lei, sendo aí encontradas penas de cunho pecuniário e de composição de danos.

Feito isto, passaremos a um segundo momento histórico desenvolvido com mais ênfase na Europa, onde se poderá notar uma linha organizacional de codificações, até que cheguemos ao desenvolvimento das escolas penais que serão tratadas a frente em capítulo próprio.

Para início, começaremos com o direito penal romano dado a longevidade que perdurou o Império de Roma na sociedade ocidental.

2.2.1 Direito Penal Romano

Na Roma antiga prevaleciam os costumes pautados num rígido, solene e formal direito penal em que o poder familiar, concentrado nas mãos do pai, era ilimitado e só se findava com sua morte, momento em que a família se dividia e os descendentes formavam sua própria linhagem reconhecendo a figura de um novo patriarca.

Para um segundo momento, diz-nos Luiz Regis Prado em seu Curso de Direito Penal Brasileiro (2013, p. 86) que se deu, por volta do século V antes de Cristo, o surgimento do primeiro código romano escrito. Trata-se da Lei das XII Tábuas que, segundo o mestre, deu início a “vivência legislativa com a consequente limitação da vingança privada, pelo talião e pela composição”.

Dizia respeito a um direito pautado no dever moral que tinha a pena como consequência da conduta que infringisse a ordem social, sendo que, uma vez cumprida, restabelecia-se o estado anterior a sua aplicação.

Sobre a estrutura do direito romano neste período é de bom alvitre fazer referência aos ensinamentos de Regis Prado (2013, p. 86) que menciona o trabalho de Vincenzo Arangio-Ruiz e Pietro de Francisci a respeito:

O Direito romano estabelecia a distinção entre os ilícitos punidos pelo *jus publicum (crimina)* e pelo *jus civile (delicta)*. Os primeiros – infrações de ordem social que atacam a *civitas* (v.g., a *perdulio*; o *parricidium*) – davam lugar a uma persecução pública realizada através da *provocatio ad populum* ou das *questiones perpetuae* e terminam como uma *poena publica* (v.g., *supplicium capitale*; *interdictio aqua et igni*; *mulcta* ou *damum*). Já os segundos – *delicta* (v.g., o *furtum*; a *iniuria*) – eram entendidos como ofensa ao indivíduo e autorizavam, nos primeiros tempos, uma reação de cunho privado.

Tem-se, pois, que a repressão penal dos chamados *crimina publica* estava a cargo do Estado, representado pelo magistrado com poder de *imperium*. Nos delitos privados, a repressão era confiada ao particular ofendido, havendo a interferência estatal apenas para regular seu exercício. Os *delicta privata* pertenciam à esfera do Direito Privado – fontes da obrigação.

Nota-se a divisão do direito em dois grandes ramos em que um, o criminal, se fazia eminentemente público tanto na sua persecução, quanto na sua punição, enquanto num segundo ramo, o civil, vigorava o talião no qual a repressão ao ilícito era feita pelo próprio ofendido numa esfera privada garantida pelo Estado.

No período da Roma república (510 a 27 antes de Cristo) começa a se firmar uma linha estatal do direito na qual o interesse do Estado era seu principal fundamento. Aparece, nesta época, a *quaestio perpetuae* que nada mais era do que um procedimento visando julgar aqueles que atentassem contra o Estado, mesmo que faltasse qualquer previsão legal neste sentido.

Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 171) reconhecem que foi neste momento em que o Direito Penal se firmou como um direito público, pois o Estado romano chamou para si inclusive as punições que, em tempos de outrora, não teria interesse em punir deixando ao bel prazer do ofendido para que o fizesse. Neste momento o povo romano é “simultaneamente legislador e juiz, permanecendo como delitos privados (liberados a composição entre as partes) somente os mais leves”.

Cai a república romana e surge o império, que vai de 27 antes de Cristo a 284 depois de Cristo. Aqui se reinventa o direito penal passando a fundamentá-lo nas ordenações, interpretação jurídica e nas decisões do senado resultando numa aplicação de pena individualizada e proporcional a conduta do agente.

Note que emergem os princípios da individualização da pena e da proporcionalidade.

Reconhecem Pierangeli e Zaffaroni (2011, p. 171 e 172) que esse momento da história jurídica foi o grande norte para que o direito penal ganhasse além dos já citados princípios, o princípio da publicidade. São suas palavras:

Com o advento do Império, afirma-se a publicidade do direito penal mediante o procedimento extraordinário, constituído por tribunais que atuavam por delegação do Imperador. O Império foi corrompendo as instituições republicanas e o procedimento extraordinário converteu-se em jurisdição ordinária, em razão de que o âmbito dos crimes *majestades* (crimes contra a majestade, contra a soberania do imperador) se foi ampliando cada vez mais. Esse é um fenômeno que se pode observar em quase toda a história posterior da legislação penal: enquanto com a

afirmação do caráter público do direito penal não se disse nada acerca da natureza dos bens jurídicos tutelados, quando sobrevém um período imperialista, não só se faz pública a tutela dos bens, como também os próprios bens passam a ser públicos. Já não se trata de bens jurídicos de particulares que são tutelados pelo Estado, mas se passa a considerar que os próprios bens pertencem ao Estado. O Direito penal não é mais um instrumento a serviço do interesse do Estado. Já não haverá interesses particulares tutelados publicamente, mas todos os interesses são públicos. No caso de Roma, pode-se concluir que o direito penal de Justiniano é 'a expressão do princípio de que a conservação do estado é o fundamento da punição' (Piscina).

É latente não só o surgimento de novas matrizes para o direito penal, mas também a centralização do poder de punir nas mãos do Estado, de modo que os bens a serem protegidos abandonam a seara privada e passam a constituir arcabouço de direito públicos.

Ademais, resume Regis Prado (2013, p. 87 e 88) as principais características do Direito Penal Romano ressaltando “a afirmação do caráter público e social do Direito Penal, amplo desenvolvimento alcançado pela doutrina da imputabilidade, da culpabilidade e de seus excludentes, o elemento subjetivo claramente diferenciado, desenvolvimento incompleto da teoria da tentativa, a falta de formulação expressa do princípio da legalidade e a falta de proibição de analogia, o reconhecimento das causas de justificação, a pena entendida como uma reação pública cabendo ao Estado sua aplicação, a distinção entre *crimina publica*, *delicta privata* e a previsão dos *delicta extraordinária* e a consideração do concurso de agentes diferenciando autoria de cumplicidade”.

Observa o abastado professor que os romanos faziam uma análise casuística do direito penal de modo que não sistematizaram seus institutos, embora não deixe de apontar a ideia de um direito penal progredido e que dependia por demasiado do processo penal, conferindo-lhe uma importância decisiva.

A nós incumbe dar importância aos institutos surgidos na época que hoje comportam princípios em nosso ordenamento e também ao fato de que foi nesta época que o Estado trouxe para si o monopólio do direito de punir e, conseqüentemente, o direito de ditar a forma como se deve correr a criminalização de condutas, penas e formas de punição.

Da mesma importância foi o Direito dos germanos, o canônico e aquele ao qual alguns chamam de direito comum que nada mais foi do que uma unificação de linhas de pensamento. São esses os que se mostram importantes para nós.

2.2.2 Direito Penal Germânico

Em princípio, predominaram os germânicos fora do império romano por uma extensão que ia do rio Reno ao rio Danúbio dividido em várias tribos e reinos. Já num segundo momento da história germânica emerge a época franca em que há uma unificação dessas tribos e reinos em um Estado unitário. Ao todo, os povos germânicos predominaram do século V ao XI depois de Cristo.

Na primeira fase vigorava um direito penal fundado em ordem de paz, fosse ela pública ou privada, sendo que o delito era a ruptura, negação ou perda desta ordem. Havia uma reação individualizada, mas não era perpetuada pelo Estado e sim pelo grupo familiar do ofendido.

Regis Prado (2013, p. 88 e 89) nos explica melhor esta concepção:

De acordo com a concepção germânica antiga, o Direito era entendido como sendo um ordem de paz – pública ou privada – e o delito significava sua ruptura, perda ou negação – *Friedlosigkeit*. A reação era feita individualmente ou através do grupo familiar (*Sippe*), dando lugar a *Faida* (*feithu*), em que o agressor era entregue a vítima ou aos seus parentes para que exercessem o direito de vingança.

Segue o citado mestre observando que na *Faida* aquelas condutas que afrontassem toda a comunidade originavam a perda da paz. Tal consequência tinha como efeito a exclusão total do delinquente equiparando-o aos animais que ficavam a mercê de todos podendo qualquer pessoa matá-los sem sofrer qualquer repúdio por isto. Tratava-se de um direito que só fora extinto, assim como todas as normas

da *Faida*, em 1495, com a chamada Paz Territorial Eterna (*Worms*) fixada pelos germânicos.

Vale a ressalva de que entre um grupo entre os germânicos vigorava a vingança de sangue (*Blutrache*) que só foi substituída pela composição com o gradativo fortalecimento do Estado.

A composição a que se refere, de início era voluntária e posteriormente passou a ser obrigatória, consistindo em compensar o dano com montante pecuniário no intuito de se evitar a vingança privada.

Vê-se que o pioneirismo dos germânicos na inovação do direito vem de tempos passados, pois, até então, a composição prevista por outros povos sempre foi apenas uma opção para pequenos delitos. Regis Prado (2013, p. 89 e 90) bem observa as peculiaridades de tal sistema.

Caracterizou-se por um sistema de composição peculiar e cabalmente delineado, que se converteu na base de todo o seu ordenamento punitivo. A composição judicial distinguia três espécies principais: a) *Wergeld* – composição paga ao ofendido ou ao seu grupo familiar, a título de reparação pecuniária; b) *Busse* – soma (preço) que o delinquente pagava à vítima ou à sua família, pela compra do direito de vingança; e c) *Friedgeld* ou *Fredus* – pagamento ao chefe tribal, ao tribunal, ao soberano ou ao Estado, como preço da paz. A composição, determinada por um processo histórico de mutação, deu origem à multa que passou a integrar o sistema de penas, e à indenização civil de caráter jurídico-privado.

Valendo-se ainda dos ensinamentos de citado professor vale apontar que o direito germânico possuía uma ímpar objetividade no sentido de que se dava maior importância ao resultado do que à conduta, tanto é que não se punia a tentativa.

Desta forma, “a responsabilidade penal é objetiva, pelo evento ou pela simples causação material. Daí a máxima: *o fato julga o homem*. Importa, tão somente, o efeito danoso da ação, e a pena não sofre nenhuma oscilação se o resultado se produz voluntariamente ou não, ou por caso fortuito” (Prado, 2013, p. 90).

Por fim, citando Reinhart Maurach, aponta que existia uma graduação da pena onde o mau querido, ou seja, o ato doloso era punido com mais rigor que aquele mal não querido, no caso a culpa, além de fazer uma valoração quando a razão do ânimo do criminoso em sua conduta.

Logo se vê o brilhantismo do direito germânico que já naquela época buscava soluções, especialmente quanto a delitos pequenos, na aplicação de institutos tão presentes e eficazes atualmente.

2.2.3 Direito Penal Canônico

Seguindo nossa linha chegamos ao direito penal canônico (século XV) que teve como trunfo a capacidade de síntese do direito romano e do direito germânico.

Sua importância decorre da introdução das tradições romanas no orbe jurídico do ocidente, bem como da civilização das práticas brutais germânicas, especialmente as de sua primeira fase.

Sobre isto, avalizam no mesmo sentido Pierangeli e Zaffaroni (2013, p. 173):

Sua principal virtude foi a de reivindicar o elemento subjetivo do delito em muito maior medida do que o direito germânico. Seu conceito penitencial o inclinava a ver no delito e no pecado a escravidão, e na pena a liberação. Daí que a pena se incline a um sentimento tutelar que, extremado, desemboca no procedimento inquisitorial. [...] Teve o mérito de introduzir a prisão mediante a reclusão em celas monásticas, e daí provém o nome de 'penitenciária', usado até hoje.

O direito penal canônico pôs limite à vingança do sangue dos germanos, mediante o instituto do asilo nos templos. Mostrou-se, igualmente contrário aos meios processuais mágicos – ordálias – e particularmente à ordália do combate ou desafio individual.

É bem verdade que o direito canônico trouxe consigo a elevada valorização da igreja em detrimento do poder do Estado, mas deixou seu legado influenciando diversos ordenamentos, especialmente os ocidentais.

Ninguém questiona que o sistema penitenciário utilizado no mundo todo teve seu ponto inicial no direito canônico e, apesar da influência religiosa no direito, o misticismo, tão temido em outros tempos, foi dando lugar a condutas mais práticas mesmo que, por vezes, justificadas na vontade de Deus.

Para melhor vermos as características do direito canônico sintetiza Regis Prado (2013, p. 92 e 93):

Dentre as inúmeras características do Direito Penal canônico, podem ser destacadas as seguintes: a) contribuiu para a humanização das penas (*Ecclesia non sitisanguinem*) e para fortalecer o caráter público do Direito Penal [...]; b) afirmou o princípio da igualdade de todos os homens perante Deus; c) acentuou o aspecto subjetivo do delito, distinguindo o dolo (*animus/sciens*) e a culpa (*negligentia*), todavia não estabeleceu uma regra geral em sede de tentativa; d) valorizou e mitigou a pena pública; e e) inspirou a penitenciária – internação em monastério, em prisão celular.

Fica evidente a importante influência do direito canônico que se mostrou verdadeira evolução do direito romano e do direito germânico e, mesmo que criticável, deve ser louvado pela instituição da igualdade entre os homens, derrubando as ideias das castas, a diferenciação entre culpa e dolo, publicização da pena, dentre outras.

Resta-nos uma breve análise do período que se segue ao direito canônico em que fora instituído um direito penal comum e, feito isto, passaremos às escolas penais.

2.2.4 Direito Penal Comum

No século XII ressurge o estudo do direito penal romano que teve como consequência uma restauração da dignidade e da importância social da Europa.

No entanto, apesar de o direito romano ter formado a base do direito penal comum, não foram ignorados os avanços e tudo aquilo que se adequava dos direitos germânico, canônico e dos direitos regionais que vigoravam na época.

Merece atenção as escolas dos glosadores e dos pós-glosadores que analisaram textos romanos de uma forma dialética com o intuito de extrair regras que fossem gerais a todos os povos, construindo um sistema através de uma argumentação lógica.

Para Regis Prado (2013, p. 94), fazendo referência ao trabalho de Luis Luisi, entre os séculos XVI e XVII, especialmente na península itálica, houve uma verdadeira internacionalização do direito penal fazendo com que, como diz Schaffstein, tivesse como característica o “ultrapassar de fronteiras dos países e a das culturas nacionais”.

Logo se vê o porquê da nomenclatura escolhida por alguns ser “direito penal comum”. Houve, na verdade, uma verdadeira uniformização do pensar jurídico de modo que atingissem a estrutura dos mais diversos países e culturas buscando aquilo que havia de comum entre eles.

Para possibilitar essa aplicação uniforme houve nesta época avanços consideráveis no campo legislativo atribuindo à lei a importância ímpar de fonte de direito. Sobre isto, Regis Prado (2013, p. 94), ao citar John Gilissen, ressalta o influente papel da monarquia medieval.

Essa preponderância do direito legislativo é, sobretudo, consequência do reforço do poder dos soberanos: uma vez que a monarquia se tornou absoluta, em certos países, todos os poderes estão nas mãos do príncipe; essa procura por unificar o direito do seu país e suprimir os particularismos

costumeiros com a ajuda de uma atividade legislativa que invade cada vez mais domínios.

Em termos históricos é possível identificar que estamos falando do momento em que governaram na Europa os grandes reis absolutistas. Era característica desta forma de governo a centralização total do poder nas mãos do soberano que se dizia representante de Deus perante seu povo.

Apesar de os livros de história nos mostrar alguns governos tiranos, foi desenvolvido aqui o princípio da legalidade que hoje é um direito tão absoluto em nosso ordenamento quanto os reinados absolutistas foram na Europa do medievo.

Os costumes que foram imperantes nos direitos antigos passam agora a dar lugar às normas escritas. Tanto é verdade que surge um verdadeiro conjunto de codificações pela Europa recepcionando o direito romano como, por exemplo, as *Siete Partidas* (1256), *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507), as Ordenações de Carlos V na Alemanha sancionada em 1523 como *Constituto Criminalis Carolina*.

Sobre esta última vale uma observação feita por Pierangeli e Zaffaroni (2011) que reforçam a ideia unificadora e de importância legislativa reinante na época:

Embora a Carolina não pudesse ser imposta pelo Imperador aos senhores, em seus Estados, o certo é que praticamente foi a base do direito penal comum alemão que, de alguma maneira, vigorou até o triunfo do movimento codificador. Em que pese o seu conteúdo perfeitamente processual, também o direito penal de fundo era por ela legislado, a partir do art. 140 (a Carolina compunha-se de 219 artigos).

Segue-se na obra de Regis Prado (2013, p. 94 e 95) outras codificações com as citadas características da época como as italianas “*Constituiciones Sicilianas* (1231), a *Pragmática Napolitana* (século XV) e as *Constituiones Piamontesas* (1770)” e lembra ainda de tantas outras dando destaque às francesas que passaram a surgir a partir do século XIII como as “*chartes municipales* (v.g., *Lorris-em-Gântinais*) e dos *costumes territoriales* (v.g., *Costumes de Beauvaisis*)” e num período mais avançado da história jurídica

francesa refere-se ao “*Gran Coutumier* de Carlos VI (1453); o *Grand Coutumier de France* (século XIV); as *ordonnances Criminales* de Francisco I (1539) e a *Ordonnance Criminale* de Luis XIV (1670) – chamadas *les grandes ordonnances* de França (*Blois, Villers-Cotterets, Saint-Germain-em-Laye*)”.

Para reforçar ainda mais o aclamado mestre, em atenção à obra de Cuello Calón refere-se ao panorama espanhol onde apareceu a “*Fuero Juzgo*, concluída por Recesvinto (649-672)” assim como o *Fuero de Jaca* (1063), primeiro *Fuero Municipal* escrito, outorgado por Sancho Ramirez; *Fuero de Catalayud* (1131), concedido por Alfonso I; o *Fuero Real* (1255) e as *Siete Partidas* (1256), ambos de Alfonso X; o *Fuero Viejo de Castilla* (século XIV); a *Nueva Recopilación* (1567); e a *Novíssima Recopilación*(1805)”.

É bem verdade que foi um período de fértil trabalho legislativo, dada a quantidade de codificações surgidas, mas aí surge a indagação se realmente aquele intuito unificador teve seu sucesso alcançado em meio a esse exagero.

Sobre o assunto, especialmente quanto à legislação penal, Regis Prado (2013, p. 95) tece crítica dizendo haver “um direito gerador de desigualdades, cheio de privilégios, heterogêneo, caótico; construído sobre um conglomerado incontrolável de ordenações, leis arcaicas, editos reais e costumes; arbitrário e excessivamente rigoroso”.

Para dar maior razão as suas críticas ainda segue fazendo valendo-se das palavras de Aníbal Bruno:

o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criava em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atroz, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arranchamento de vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer e multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites; as penas propriamente infamantes, e onde a pena privativa da liberdade, quando usada, se tornava hedionda pelas condições em que então se executava (Prado, 2013, p. 95 e 96).

É perceptível que não estamos equivocados quando afirmamos que a moral e os costumes nunca são mais evoluídos em uma época do que noutra já que são notórias as oscilações de crueldade de uma época para outra na evolução histórica do direito penal.

Fica claro que o direito penal comum, a princípio, tinha boas intenções ao querer criar um parâmetro legislativo comum aos povos. No entanto, o controle foi perdido e voltamos as penas cruéis do início dos tempos, especialmente para garantir os interesses da igreja, que chegou até defender a igualdade em sua filosofia jurídica, mas abandonou essa concepção na era comum do direito, e aos soberanos que não podiam ver abalado seu reinado.

O período juridicamente relevante que se segue a este foi o pós Revolução Francesa, porém, mesmo com as bases humanistas deste movimento, o direito penal manteve sua crueldade.

Regis Prado (2013, p. 96) lembra-se das palavras usadas por Voltaire que viveu este momento ao referir-se aos juízes de seu tempo como “bárbaros de toga”.

2.2.5 Considerações Finais

Seria possível avançarmos com o estudo histórico de outros povos ou até outras épocas como os árabes e seu direito penal antigo e aquele, numa segunda fase, sob influência do profeta muçulmano Maomé, ou então referirmo-nos a legislação penal ibérica ou portuguesa que inclusive vigorou em terras brasileiras com as ordenações portuguesas (filipinas, manuelinas e afonsinas).

No entanto, as bases foram construídas pelo que se expôs até então e seria mera repetição de eventos históricos sendo dispensada a maior atenção neste ponto para o nosso trabalho.

Dado um panorama geral, podemos concluir que a microcriminalidade teve tratamento diferenciado desde os tempos antes de Cristo, pois em vários momentos identificamos uma punição diferenciada para tais delitos.

A humanização, mesmo que inconsciente, das punições aos delitos de pouco impacto social merecem atenção, tendo em vista que a crueldade não é e nunca foi o melhor caminho para a recuperação do ser humano.

Pensando nisto, é de bom alvitre, que abordemos as escolas penais surgidas nos últimos séculos e que procuram conceituar e dar novos rumos ao trato com o delinquente e a proteção da ordem social.

3 EVOLUÇÃO DAS ESCOLAS PENAIS

Antes de qualquer estudo é preciso rememorar os primórdios que nos fizeram chegar até o ponto em que nos encontramos e é certo que em termos de movimentos penais temos infindáveis discussões.

Não há ambição neste trabalho de dissecar a história criminal da humanidade, mas tão somente dar um impulso inicial ao que realmente buscará trabalhar mais adiante e daí a importância de remontar ao passado, já que discussão alguma se inicia do breu.

Sabendo disto é importante se ver a posição que cada escola tinha ao tentar definir o crime e o criminoso, bem como os impulsos e razões para tão drástica medida. Além disto, é importante abordarmos qual a evolução do Estado frente ao fenômeno da criminalidade até chegarmos à derrocada social em meio a que vivemos.

3.1 Escola Clássica

A origem dos estudos criminais surge em meio a bases humanistas afrontando os antigos regimes monárquicos. Precursores deste movimento dividiram-se em três pequenas sub-escolas: a racionalista, a *iusnaturalista* e, por fim, a utilitarista.

Tais movimentos surgiram frente aos monopólios que tinham a igreja, os senhores dos feudos e os impérios monárquicos que, até aquele momento, faziam um direito penal duro, rigoroso e cruel.

Inclusive o iluminismo, movimento inspirador de tantos outros, surgiu justamente em afronta aos chamados “Antigo Regime”, vigentes até o século XVIII que nada mais era que o aberrante direito monárquico.

Sobre esta época, nos lembram Antonio García-Pablos Molina, em coautoria com Alice Bianchini e Luiz Flávio Gomes que “predominava, quanto a pena, a prevenção geral negativa (intimidação, que encontrou apoio depois na teoria da coação psicológica de Feuerbach: o desprazer da pena tem que ser maior que o prazer do crime), a execução exemplar das penas corporais (‘é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade’). Não se observava, de outro lado, o princípio da personalidade da pena (o julgamento de Tiradentes no Brasil é um exemplo marcante disto).” (2009, p. 76)

E mais, dizem os autores que “controlava-se a população pelo poder de perdão. O Rei contava com um ilimitado *ius puniendi* (assim como com o direito de perdoar). Enorme também (nessa época) foi a influência da Igreja: confundia-se o pecado com o delito (valeu-se também a Igreja do Direito Penal para preservar o seu poder).” (2009, p. 76)

Foi nesta época que emergiu a tão aclamada de Cesare Beccaria intitulada “Dos Delitos e das Penas”. Tratou-se de verdadeira bandeira contra o arbítrio legislativo que assolava a época, defendendo o nobre marques os fundamentos da legalidade criminal e da legalidade penal, isto é, dever-se-ia fundamentar os tipos na preexistência normativa (princípio da legalidade), enquanto as penas previstas deveriam ter por finalidade a prevenção do delito e não o castigo propriamente.

Como diz Molina, Bianchini e Gomes os princípios da legalidade, divisão dos poderes, necessárias limitações ao arbítrio e a proporcionalidade das penas são ideários iluministas. Ainda, mostram-nos que Beccaria dá um fundo utilitário para a pena baseado no contrato social, ideia de Montesquieu, no sentido de que o homem renuncia a sua liberdade em prol da felicidade geral, de modo que a pena inútil afronta a justiça e as bases do contrato social.

Quanto a pena neste meio diz Beccaria (2009):

A finalidade da pena não é atormentar e afligir um ente sensível, nem desfazer um delito já cometido (...) O fim, pois, não outro que o de impedir o réu de causar novos danos a seus cidadãos e retrain os demais da prática de outros iguais.

Reforça-se a busca que se tinha na época por uma posição estatal preventiva e não pelos abusos que ocorriam por demasiado. Daí a razão iluminista encorpando a ideia de Beccaria, influenciado pelos apontamentos sobre contrato social de Montesquieu.

Neste ponto, defendia já em 1764 que “é melhor evitar os delitos que castiga-los” propondo um sistema de política criminal baseada em cinco pilares (2009, p. 105):

- a) Leis claras e simples;
- b) Predomínio da liberdade e da razão sobre o obscurantismo;
- c) Exemplar funcionamento da justiça;
- d) Recompensas aos cidadãos honestos; e
- e) Elevação dos níveis culturais e educacionais dos povos.

Logo se vê que os problemas burocráticos, assolada corrupção e falta de valorização ao trabalho honesto e principalmente a falta de educação e cultura são situações enraizadas a séculos que inviabilizam uma melhor política criminal que tenha olhos a efetiva recuperação do apenado.

Ademais, em sua obra, faz Beccaria críticas as desigualdades do cidadão diante da lei e, como nos lembra Molina, Bianchini e Gomes, traz grandes reflexões sobre esta desigualdade relacionadas ao processo penal como a detenção preventiva, produção de provas, publicidade processual, dentre outros.

Em resumo ao ideário iluminista dizem os três autores (2009, p. 79):

Para combater tanta e inimaginável tirania do antigo regime, o ideário filosófico-político do Iluminismo assentou-se: a) na prioridade do indivíduo frente ao Estado; b) na proclamação de Direitos naturais que o Estado deve reconhecer e proteger; c) na consagração da razão humana. (...) O Direito penal nascido desse ideário libertador caracteriza-se: a) pelo contratualismo de Rousseau (o Contrato Social funda-se na premissa de os cidadão cedem parcela de sua liberdade ao Estado, que representa a vontade geral e que

se encarrega de protegê-lo); b) utilitarismo (a pena tem finalidade preventiva geral negativa, isto é, tem por objetivo a defesa da sociedade); c) legalismo (não há crime nem pena sem previsão legal prévia – Feurbeach (...)); d) secularização (que significa a separação inequívoca do crime e do pecado: nem tudo que é pecado é crime); e) prisionização (nessa época começa a difusão da pena de prisão como sanção penal: isso, aliás, foi reivindicado como uma humanização frente à crueldade e brutalidade das penas então vigentes).

Defenderam as ideias iluministas, influenciando a escola clássica, nomes como o já citado Montesquieu, Voltaire, Rousseau, dentre outros.

Em sua obra, o professor André Estefam (2012), ensina-nos que a Escola Clássica foi dividida em dois períodos: teórico ou teórico-filosófico e, num segundo momento, período prático ou ético jurídico.

Até então, é justamente do período teórico que nos referimos sendo que passaremos ao próximo passo que é o período prático.

Foi neste segundo momento que surgiu a expressão “Escola Clássica” e o que existe de semelhança entre os clássicos é o método racionalista e dedutivo e, como não poderia deixar de ser, os dogmas do qual parte tal método. Certo é que foi entre o fim do século XVIII e até o meio do século XIX, ainda sob a influência do ideal libertário e garantista dos iluministas, que surgiu o segundo período desta escola.

Destacam-se Kant e Hegel entre os filósofos juristas, mas no plano jurídico-penal é Carrara quem emerge. Além destes, Mittermaier, Ortolan, Birkmayer, Pacheco, Montes, Carmignani, Rossi, dentre tantos outros defendia os postulados da escola clássica.

Para este período a pena fundava-se na teoria da retribuição jurídica ao qual dizia que nenhum delito jamais poderia ficar sem castigo, ou seja, a pena cumpre sua finalidade ao castigar o criminoso.

Molina, Biachini e Gomes, citando Kant entendem que “a pessoa é um fim em si mesma, não pode (segundo Kant) ser instrumentalizada pelo Estado (leia-se: a pena não pode ter caráter exemplar porque isso significa instrumentalizar a pessoa para a defesa da sociedade em detrimento do valor justiça). O Direito penal

tem por fundamento a liberdade do homem, logo, a culpabilidade. O delinquente, de acordo com a visão dos clássicos, é um ser racional” (2009, p. 82).

Percebe-se que uma valorização da dignidade humana, conseqüentemente a isto se enfatiza o princípio da proporcionalidade já que o homem não pode ser punido desproporcionalmente merecendo respeito do Estado pela sua dignidade.

A verdade é que não são os dogmas iusnaturalistas que caracterizam os clássicos no âmbito penal, mas sim seus métodos racionais e dedutivos, estes sim que tem como objeto um direito ideal, ou seja, um direito natural de modo que o direito não se esgota ao passo que se usa a razão para se adentrar nessa seara jurídica.

Assim sendo, os clássicos, que eram racionalistas, abstratos e dedutivos, tem como objeto de seu estudo um direito ideal onde o homem é tratado como um ser racional, e fixa suas raízes no Direito natural admitindo o direito vigente apenas numa segunda dimensão. Funda-se, portanto, no humanismo.

Neste passo, tal escola traz uma supervalorização do livre arbítrio e sobre isto vale a licença novamente dos professores Molina, Bianchini e Gomes (2009) sobre o assunto:

A afirmação do livre arbítrio (que é um dos postulados mais característicos da Escola Clássica) representa um novo arquétipo de ser humano, capaz de se autodeterminar, de optar e decidir, não sendo assim mero brinquedo de forças divinas ou demoníacas.

Com isto, vislumbra-se a quebra de dogmas onde se sai do pensamento utópico, sobrenatural, defendido por igreja, tiranos, enfim aqueles que detinham o poder da época, e se passa para o plano abstrato onde o homem é o centro natural e ser de suas próprias decisões.

Por todo o explanado é possível dizer que há dois postulados que movem os clássicos sendo o primeiro calcado numa concepção transcendental do

Direito cuja base é a lei natural e o segundo o princípio do livre arbítrio, ou seja, uma superposição da autodeterminação do homem.

Ainda, para podermos falar de uma teoria da criminalidade defendida pela Escola Clássica é de bom alvitre citarmos George B. Vold que em sua obra *Theoretical Criminology* apud Molina, Bianchini e Gomes (2009, p. 83) assim discorre:

Pode-se falar, de qualquer modo, de uma Criminologia clássica ou, se se preferir, de uma teoria da criminalidade da Escola Clássica, embora ela ofereça uma imagem (da criminalidade) administrativa e legal, acrítica, formalista, despreocupada com os problemas capitais.

Referida teoria criminológica pode ser sintetizada por meio dos seguintes postulados:

- a) Normalidade do delinquente. Nada o distingue do não delinquente, porque todos os homens são iguais, qualitativamente iguais.
- b) Irrracionalidade do crime. Os clássicos assumem a doutrina do pacto social veem no crime uma conduta irracional, incompreensível, de quem no uso de sua liberdade não soube escolher o que realmente lhe interessa, levado por suas paixões etc.

Fazendo uma pausa nos apontamentos de Vold é importante ressaltar que nem todos os clássicos perfilham deste entendimento apontando sinais de desigualdade das leis para com determinadas parcelas da população ao passo que os efeitos criminógenos que incorrem podem ser dispares entre as classes sociais.

Observação feita, segue-se a explanação do Vold, acrescido também os pontos de Lamnek Siegfried, em *Teorias de la criminalidade* (Molina, Bianchini e Gomes, 2009, p. 83 e 84):

- c) Prioridade do fato sobre o autor. A análise da Escola Clássica se centra no fato delituoso, passando ao segundo plano a pessoa do autor. (...) O delinquente é só uma abstração para os clássicos: o sujeito ativo do delito.
- d) Explicação situacional do fato delituoso. A Criminologia clássica carece de uma teoria etiológica do crime. (...) não existe diferenças qualitativas entre o que delinque e o que não comete delito, porque todos os seres humanos são livres, o crime é consequência do mau uso da liberdade por razões circunstanciais (situacionais). Qualquer homem pode chegar a atuar criminosamente, é o delinquente potencial, porque é livre (...).

e) Perspectiva ou enfoque reativo do problema criminal. (...) Sua teoria sobre criminalidade não persegue tanto a identificação dos fatores que a determinam (análise etiológica), senão a fundamentação, legitimação e delimitação do castigo. Não porque se produz o delito, senão quando, como e porque castigamos o crime. (...) Limita-se a escola clássica a responder ao comportamento delituoso com uma pena justa, proporcional e útil, mas não se interessa pela sua gênese ou etiologia nem tenta preveni-lo ou a ele antecipar-se.

f) Manutenção do *status quo*. (...) Legitimam o uso sistemático do castigo como instrumento de controle do crime, justificando seu uso assim como seus eventuais excessos. (...) Tudo isso, ademais, sem questionar as bases do contrato social, a sua bondade ou injustiça, os desequilíbrios e desigualdades reais das partes que subscreveram referido convênio tácito assim como os custos diferenciais que implicam para os diversos subgrupos do corpo social”.

Visto isto, são notáveis as bases traçadas pela Escola Clássica, embora tenha seus devaneios em alguns pontos. O que podemos notar é a intensidade do trabalho dedutivo e racional empregada pelos clássicos no desenvolvimento de suas posições.

Nota-se que as bases criminológicas são fixadas no livre arbítrio dos homens e o caráter que num primeiro momento era preventivo, passa a ser no segundo período repressivo e usa dos ditames do contrato social para justificar.

Dispondo de uma maneira geral sobre os clássicos nos ensina André Estefam (2012, p. 57):

A maior característica desta Escola foi seu método de trabalho dedutivo, pois a análise do jurista, segundo defendiam, deveria partir do direito positivo vigente para, então, passar às questões jurídico-penais. Os clássicos adotavam, ainda, certos princípios absolutos (que invocavam o ideal de Justiça) que se sobrepunham as leis em vigor; compreende-se que assim o fizessem, pois no contexto em que tal Escola aflorou, predominavam leis draconianas, excessivamente rigorosas, de penas desproporcionais, de tipos penais vagos, enfim de uma situação de violência, opressão e iniquidade.

Sobre a influência que teve e tem a escola clássica, temos que foi a responsável pelo surgimento da Ciência Penal de modo que trouxe reformas e o surgimento de uma grande codificação humanitária e liberal.

Apesar disto, não está a Escola Clássica imune a críticas, especialmente ao seu método racionalista e abstrato, bem como a falta de correspondência preventiva diante das constantes transformações sociais. Neste diapasão, Enrico Ferri (1999) aborda a temática crítica em sua aclamada obra *Princípios de Direito Criminal*:

Estes princípios e critérios gerais da justiça penal no século XIX, cimento das aplicações práticas, deram resultados desastrosos, a saber: aumento contínuo da criminalidade e da reincidência, associações de delinquência habitual e profissional nos centros urbanos ou nos latifúndios isolados, aumento progressivo da delinquência dos menores e das mulheres, prisões com frequência mais cômodas que as casas dos pobres e honrados, agravamento financeiro dos contribuintes, defesa ineficaz frente aos criminosos menos perigosos, que poderiam ter sido reutilizados como cidadãos aptos para a vida honrada de trabalho.

E é em meio a este choque de realidade introduzido por Ferri que findamos as explanações da Escola Clássica e passamos as próximas escolas que dissecaram o crime.

3.2 Influência de Darwin e a Escola Cartográfica

Antes de embarcarmos nas contraposições que o positivismo jurídico fazia ao iusnaturalismo não podemos deixar de mencionar duas ideologias surgidas entre as duas escolas já que muitos autores alegam terem total influência na formação do pensamento positivo.

Pois bem, por primeiro surgem relevante as ideias de Charles Darwin (1809 – 1882) publicadas em sua obra “*A Origem das Espécies*” em relação à criminologia já que o grande cientista encontrava três fatores influentes na formação criminosa do indivíduo. Para o biólogo o criminoso era:

- a) Um ser não evoluído da espécie humana.
- b) Sofria influencia em razão da carga ou legado que recebia de herança.
- c) Surge, neste momento, uma nova imagem do ser humano conquistada pelos clássicos colocando o homem como protagonista de si mesmo.

Molina, Bianchini e Gomes citando Enrico Ferri nos mostram o real sentimento do darwinista (2009, p. 86):

O darwinista sabe e sente que o homem não é o rei da criação, como a Terra não é o centro do universo; o darwinista sabe, sente e ensina que o homem não é mais que uma combinação transitória, infinitesimal da vida; mas uma combinação química que pode lançar raios de loucura e de criminalidade, que pode dar irradiação da virtude, da piedade, do gênio, mas não pode ser mais um átomo de toda a universalidade da vida.

Desta forma, pautado nos pensamentos de Charles Darwin temos que o homem nada mais é que uma combinação biológica transitória que pode ser ao mesmo tempo senhor de virtudes, como pode, se pouco evoluído, ser um fenômeno químico da loucura e criminalidade.

Nesta mesma época surge a Escola Cartográfica defendida por Quetelet, Guerry, Von Mair, dentre outros, onde pautavam suas ideias em estatísticas, gráficos, números, indicadores que apontavam razões e graus de criminalidade no cerco social.

Quanto a esta Escola é importante sabermos que neste momento não existe mais aquele assombro tirânico da igreja, do feudalismo e do absolutismo, mas permanecia o conflito entre a crescente criminalidade e os ideais trazidos pelos iluministas, notadamente influenciadores da Escola Clássica.

Em meio a estes destemperos sociais a Escola Cartográfica vislumbrava o crime como fenômeno social, ou seja, um atributo das massas e não uma atitude individual.

Neste passo, o delinquente isoladamente não tem força para alterar todo o panorama social, mas se age em conjunto com outros criminosos as

infrações ganham volume e estrutura passando a ser um verdadeiro problema social.

Ademais, entendiam o crime como um assombro regular e constante, portanto, é algo periódico que deve ser interpretado como um fenômeno natural estudado de acordo com análises estatísticas a fim de observar esta frequência e identificar suas variáveis.

Por fim, entendem ainda o crime como um fenômeno normal, já que a sociedade nutre regularmente uma taxa de criminalidade constante que é inerente à vida social e não algo que fuja de qualquer parâmetro e, como não poderia deixar de ser para quem defende estas ideias, apenas o método estatístico é capaz de comprovar o crime como fenômeno social.

Foram estas colocações, junto aos ensinamentos de Darwin, que intercalaram as Escolas Clássica e Positiva, dando a esta última, especialmente quanto ao aumento da criminalidade na época e no descrédito que a Escola Clássica vinha caindo, a chance de elaborar suas bases.

3.3 Escola Positiva

Como dito, sofreu a Escola Positiva grande influência do evolucionismo de Darwin, além do aumento de estudos sociológicos.

No entanto, Luiz Regis Prado (2013, p. 100) aponta-nos como influencias também do materialismo estudado por Buchner, Haeckel e Molenschott, das ideias frenológicas defendidas por Gall, fisionômicas influenciadas por Lavater e ainda aponta os estudos de Villari e Cattaneo como precursores do positivismo.

Quanto à cronologia da Escola em estudo, Regis Prado nos diz (2013, p. 100):

A orientação positivista – de caráter unitário e cosmopolita – apresenta três grandes fases, tendo cada qual um aspecto predominante e um expoente máximo. São elas: a) fase antropológica: Cesar Lombroso (*L'uomo delinquente*, 1876); b) fase sociológica: Enrico Ferri (*Sociologia Criminale*, 1892); e c) fase jurídica: Rafael Garofalo (*Criminologia*, 1885)”.

A primeira orientação, claramente influenciada pelo evolucionismo de Darwin, entendia que o homem criminoso nada mais era que um portador de anomalias que assim o fazia agir e, desta forma, deveria ser descartado do convívio social tendo em vista que seu caráter desvirtuado era uma forma de exteriorização biológica.

Mais claras são as palavras de Regis Prado (2013, 100 e 101) que assim expressa as ideias de Lombroso:

Deve-se o ensinamento de que o homem não é livre, mas sim determinado por forças inatas (*Le crétinisme em Lombardie*, 1859), a aplicação do método experimental no estudo da criminalidade e a teoria do criminoso nato, segundo a qual o delinquente é um primata ressuscitados por um fenômeno de ativismo. Após descobrir entre criminosos submetidos a exame clínico um grande número de indivíduos portadores de certas anomalias – anatômicas, fisiológicas e psicológicas -, que os tornam inaptos à vida social – estes foram denominados criminosos natos (expressão de Ferri).

Todas essas anomalias da constituição orgânica e psíquica do homem delinquente produzem uma impulsividade exagerada e desequilibrada, fonte da atividade anormal e criminosa. Lombroso classifica os criminosos em: natos, por paixão, loucos e de ocasião.

Segue o positivismo numa segunda concepção interna a busca por desmistificar aquilo que fora anteriormente defendido pelo iusnaturalismo sendo que desta vez a busca é pela queda da ideia do livre arbítrio.

Para os positivistas, posição defendida especialmente por Enrico Ferri, as condutas humanas nada mais são do que a expressão do que sente o homem, isto é, não se pauta as ações pela razão e sim pelo que se sente.

Desta forma, como diz Regis Prado citando Ferri (2013, p. 101), o homem nada mais seria do que um irresponsável e “age como sente e não como

pensa. Adotando uma postura mais realista, entende ele que as ações humanas são sempre o produto de seu organismo fisiológico e psíquico e da atmosfera física e social onde nasceu e na qual vive – fatores antropológicos (constituição orgânica do criminoso), psíquicos (anomalias da inteligência), físicos (ambiente natural, clima, solo) e sociais (meio social – densidade diferente da população, estado de opinião pública e da religião, constituição familiar, etc.)”.

Veja que o delito deriva nada mais do que o meio em que vive o homem. Nascem todos irresponsáveis e são influenciados por todo um arcabouço socioambiental que leva a criminalidade.

Restam as mínguas a ideia clássica de autodeterminação humana para os positivistas tendo em vista que o homem é um ser influenciável e construído pelo meio.

É nesta segunda pontuação positiva que abarca a influência da Escola Cartográfica quando passam a defender a “lei da saturação criminal”.

Com efeito, a citada lei reforça o estudo das influências do meio através do método estático defendido pelos cartográficos, ou seja, através de estudos estáticos quanto ao meio físico e social somado a tendências biológicas e psíquicas do homem tem-se o quanto de crime é praticado naquele ambiente. Reforçando, diz Regis Prado, novamente valendo-se dos apontamentos de Ferri (2013, p. 101):

No intuito de reafirmar o determinismo positivista, cria-se a *lei da saturação criminal*, como decorrência de estudos de estatísticas criminal: o nível da criminalidade é determinado pelas diferentes condições do meio físico e social combinadas com as tendências congênitas e os impulsos ocasionais dos indivíduos, segundo uma lei, tal como se observa em química. Assim, em dado meio social, com as condições individuais e físicas presentes, pratica-se certo número de crimes, nem um a mais, nem um a menos”.

Finalizando este fundamento positivista apresentam seus precursores medidas preventivas contra os fatores sociais que influenciam o crime. Não buscam zerar os índices estatísticos criminais, pois são conscientes de que sempre existirá um número mínimo de criminalidade localizada, mas valem-se da sociologia para

buscar mudanças quanto aqueles que fogem desta estatística mínima trazendo-os de volta ao convívio social deixando a criminalidade estagnada por baixo.

São, nos dizeres de Ferri, “*sostitutivi penali*” (substitutivos penais) as medidas inquestionáveis a serem tomadas para que cause impactos sociais e atinjam de forma preventiva as finalidades pela criminalidade mínima.

Por fim, resta-nos os posicionamentos de Rafael Garófalo que buscou justamente sistematizar as ideias de Lombroso e Ferri dando-lhes real efetividade.

Sintetizando o trabalho de Garófalo, Regis Prado nos explica (2013, p. 101 e 102):

Garófalo opera a sistematização jurídica da escola, estabelecendo a periculosidade como base da responsabilidade; a prevenção especial como fim da pena; a noção de delito-obstáculo, de caráter preventivo; e a definição de delito natural como a ‘violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade. Também apresenta as categorias em que se dividem os autores de infrações penais: assassinos, violentos, ímprobos e cínicos.

Em meio a estas três orientações, a de Lombroso, Ferri e Garófalo, temos que a escola positiva trata o crime como produto social e a responsabilidade é determinada justamente pela vida em sociedade.

Ademais, é com o positivismo que se tem uma maior atenção com o criminoso e a vítima, bem como nasce o estudo da criminologia, as repartições da individualização da pena em legal, judicial e executiva, e, também, o desenvolvimento de institutos despenalizadores e de justiça social.

Por tudo isto, é de bom alvitre que se distinga a Escola Clássica da Escola Positiva, ambas estadas com frequência até os dias atuais. Para tanto, pedimos licença a André Estefam e suas notáveis colocações, notadamente com enfoques dados mais a Escola Positiva (2012, p. 58 e 59):

A maior distinção entre as duas escolas reside menos nas conclusões particulares e mais no método [...] – dedutivo, de lógica abstrata, para a

escola clássica, - indutivo e de observação dos fatos para a escola positiva; aquela tendo por objeto o 'crime' como entidade jurídica, esta, ao contrário, 'o delinquente' como pessoa, revelando-se mais ou menos socialmente perigosa pelo delito praticado.

(...)

A Escola Clássica via o crime como 'entidade jurídica, enquanto a Escola Positiva o encarava como fato social e humano. (...)

Com referência ao fundamento da pena, a Escola Positivista discordava seriamente da Clássica. A questão do livre-arbítrio, defendida pelos clássicos, era completamente rejeitada em nome de um verdadeiro determinismo.

Ou o homem nasce livre e deve ser punido conforme suas escolhas voluntárias ou, desde o nascimento, já está determinado a ser um criminoso, em função de sua raça, sua psicologia, sua fisionomia e demais fatores biológicos e sociais. Para os positivistas (com diferentes matizes), a segunda assertiva era verdadeira”.

E continua sua explanação fazendo alguns apontamentos acerca da escola positiva (2012, p. 59):

Além disso, partindo de seu método indutivo (em contraposição ao método dedutivo da Escola anterior), chegaram ao absurdo de traçar características morfológicas dos delinquentes.

Acrescenta-se, ainda, o fato de que, nesta Escola, a pena não tinha papel retributivo, mas fundamentalmente preventivo. Não sendo possível corrigir os criminosos, serviria como instrumento de defesa social. A sanção aplicável não se balizava somente pela gravidade do ilícito, mas, sobretudo, pela periculosidade do agente.

Com tais colocações ficam claras as intenções tanto da escola Clássica, inicialmente estudada, quanto da Escola Positiva, muito prestigiada entre nós por nomes como Pedro Lessa, Viveiros de Castro, Sílvio Romero, Tobias Barreto, Cândido Motta, dentre tantos outros.

3.4 Terceira Escola – Os Críticos

Antes de tudo é importante o aviso de que as Escolas Clássica e Positiva são até hoje as mais comentadas ideologias jurídicas já surgidas. No entanto, até mesmo através destas, surgiram novos pensamentos que trazem críticas e novas ideias repaginando o orbe jurídico.

Pois bem, foi justamente para contrapor as duas famosas Escolas que surge a “*Terza Scuola di Diritto Penale*” encampada na Itália por Manuel Carnevale é também chamada de Escola Eclética, Crítica, Naturalismo Crítico e Sociológica.

No dizeres de Luiz Regis Prado (2013, p. 102 e 103), sintetizando o que foi a Escola Crítica, temos uma elucidação inicial quanto as suas ideias:

A terceira escola, escola crítica ou eclética, teve posição intermediária em relação às suas predecessoras. As mais importantes características dessa corrente são: a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre-arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos. Aos que não possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança. A imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade; b) o delito é contemplado no seu aspecto real – fenômeno natural e social; e c) a pena tem uma função defensiva.

Em reforço a essa herança deixada pelos clássicos e positivistas aos críticos aponta-nos, assim como fez Regis Prado, André Estefam que se vale dos ensinamentos de Enrico Ferri para assim nos dizer (2012, p. 60):

Da Escola Positiva, adotaram as ‘premissas acerca da gênese natural da criminalidade, com o propósito de utilizar os dados da antropologia e sociologia criminal, pondo em maior relevo o delinquente perante o crime’; da Clássica, conservaram o princípio de uma diferenciação entre delinquentes imputáveis e não imputáveis, admitindo, contudo, ‘que também destes se deve ocupar a lei penal, porém com medidas que são providências de segurança e por isso mesmo substancialmente diversas das penas, que representam o castigo proporcionado à culpa’.

E mais, vale-se o mestre das observações de Basileu Garcia (2012, p. 60) para reforçar a posição de que os críticos aderiram às ideias da Escola Positiva quanto à necessidade de estudos antropológicos e sociológicos, mas, de outra monta, negaram a criminalidade congênita e deram ao crime uma estirpe dogmática assim como fizeram, notadamente, os adeptos da Escola Clássica e, por fim, erguiam a bandeira em prol de um aprofundamento da normatividade da ciência penal de modo que mantiveram vivo o método dedutivo.

Para não restar qualquer dúvida continuamos adentro na obra de André Estefam que desta vez aponta síntese de Roberto Lyra (2012, p. 60) quanto aos críticos:

Na síntese de Lyra, suas principais ideias eram: '1) método positivo nas ciências penais e lógico-abstrato no direito criminal; 2) indagação, tanto da culpa moral como do estado perigoso; 3) o delito como fenômeno natural e como ente jurídico; 4) penas e medidas de segurança como duplo meio de luta contra o crime'.

Ninguém melhor que Roberto Lyra para aclarar qualquer pensamento de modo que podemos concluir que tinham os críticos um verdadeiro compromisso com a realidade de modo que postulam a distinção entre as disciplinas jurídicas e as empíricas, além de conceder o delito como fato complexo em meio a sociedade que até é causado naturalmente, mas é fruto de fatores que merecem atenção e estudos.

Junto a isto nega estereótipos criminais, ou seja, o homem não pode ser pré-definido como criminoso levando-se em conta apenas as suas características. O delito, portanto, nunca será a regra, mas sim uma ocasião, anormalidade ou, quem sabe, um mal hábito.

Por fim, luta pela responsabilidade moral ignorando o determinismo radical positivista ou o livre-arbítrio naturalista além do que a pena não tem fim com o castigo, mas requer a readaptação do delinquente e inserção ao meio social.

3.5 Escola Alemã

Trata-se, na realidade, de uma associação criada por Von Liszt, Van Hamel e Prinz no ano de 1888 que visava importar para a criminologia o estudo antropológico e sociológico do crime através de investigações científicas, causas e meios para combatê-lo.

Também conhecida como Escola de Marburgo ou Escola Jovem tinha como diretriz a análise e conhecimento do meio social e sua realidade vislumbrando o delito como fenômeno natural e jurídico conjuntamente.

Os alemães reconheceram a dualidade das consequências do delito tratando a pena para os “delinquentes normais” e a medida de segurança para aqueles considerados perigosos e para os reincidentes como meio de assegurar a boa ordem social. Assim, é justamente a defesa social que configura a finalidade da Administração penal.

Seguindo suas ideias, admitiam que o homem valia-se de uma liberdade interna, no entanto ignoravam o livre-arbítrio, assim como fizeram com a responsabilidade moral ao qual substituíram pela alcunha “estado perigoso”.

Sem dúvidas o principal nome da Escola Alemã foi o até hoje admirado Franz von Liszt que deu ao crime, conforme nos ensina Molina, Bianchini e Gomes (p. 109), “uma compreensão pluridimensional que leve em conta, como fatores criminógenos, a predisposição individual e o meio ou seu entorno” reforçando uma fuga das ideias clássicas e positivas.

Vale o reforço dos três penalistas apontados na obra “Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais” quanto aos pensamentos de Von Liszt (2009, p. 109):

a) O delito – dirá von Liszt – é o resultado da idiosincrasia do infrator no momento do fato e das circunstâncias externas que rodeiam nesse preciso instante; para F. von Liszt três são as causas da criminalidade: os defeitos

da personalidade, o déficit nos processos de socialização e a falência da justiça penal, fenômeno este último sócio-patológico que coadjuva o crescente incremento das taxas do crime e da reincidência.

[...]

b) A razão do êxito talvez deva ser buscada não na ambiguidade de todas as formulas de compromisso, mas em sua praticidade, em sua adequação à prática, em seu realismo. Pois se os dados criminológicos não são obtidos a partir de uma base multifatorial e interdisciplinar é fácil que descansem então em outros mecanismos de redução à realidade, alheios aos da prática político-jurídica.

Tal dualidade de fatores desenvolvida por von Liszt e assumida pela Associação Internacional de Criminalística, que, como dito, foi criada justamente pela Escola em estudo, perdurou na Europa e nos Estados Unidos até a Segunda Guerra Mundial adotando uma formula plurifatorial (disposição/meio) do pensamento criminólogo.

Mas talvez a maior conquista desse ideário tenha sido conseguir dar o Direito Penal um estudo total, pois postulava por uma Ciência Total do Direito Penal onde se estudava o delito, delinquente, fatores e normas através da antropologia criminal, estatística criminal e psicologia criminal.

Através da Ciência Total do Direito Penal os alemães pregavam um estudo empírico das causas do delito e foi daí que surgiram as primeiras bases da, hoje conhecida, Política Criminal.

Diante disto, reforçam Molina, Bianchini e Gomes (2009, p. 109 e 110):

von Liszt lutou pela abertura do Direito ao conhecimento criminológico, à colaboração dos métodos naturais (no marco da Ciência total do Direito penal) assim como por uma política criminal científica e preventiva que incidisse antecipada e eficazmente nas causas do fenômeno criminal, de acordo com as premissas de um novo Estado (intervencionista)" [...] "não subordina o Direito penal às exigências da Sociologia Criminal ou da sua ambiciosa Política Criminal, nem o método jurídico, abstrato e dedutivo aos científicos métodos naturais, empíricos: porque atribui ao Direito penal uma função de garantia do indivíduo e de limite infranqueável de todo programa social"

Por todo o exposto, nota-se que a Escola Alemã valorava a ciência como o principal meio de se chegar até as causas do delito. Deu-se, através dos estudos de von Liszt, uma estrutura complexa e nova mediante a fusão do, até então soberano, Direito Penal com outras áreas de estudos como a antropologia, psicologia e a estatística.

Neste passo, enumerando as características da Escola Jovem, preceitua Regis Prado (2013, p. 104):

As suas características pode ser assim enumeradas: a) a distinção entre Direito Penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade dos delinquentes (...); g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal.

Veja que não só na Escola Alemã, mas também na Clássica, Cartográfica e na Positiva, já se mostra presente a preocupação social e a incessante busca das razões do crime emergindo com os alemães, ainda mais, o foco social perpetuado com o surgimento dos estudos de Política Criminal, bem como o começo da propositura de meios alternativos a prisão.

3.6 Escola Humanista

A Escola Humanista (*scuola penale umanista*) surge, no início do século XX, com a publicação da obra *L'umanesimo e Diritto Penale* de autoria de Vicente Lanza, precursor das ideias humanistas.

Para Lanza a ética se confunde com a moral de modo que o crime é fato violador de sentimentos humanos, portanto, a razão e o empirismo são substituídos pelos sentimentos.

Simpatizam com tal doutrina Torjano, Falchi, Montalbano, dentre outros, que no dizer de Regis Prado (2013, p. 104) sintetiza suas bases com breves colocações:

Para essa doutrina, o Direito tem elevado caráter ético e praticamente se confunde com a moral. O delito é conceituado como todo fato que viole os sentimentos morais do homem. É dizer: o crime vem a ser uma lesão do sentimento moral. E o imoral antecede o ilícito penal. As ideias, a razão, são substituídas pelos sentimentos: somente na direção do sentimento está a direção conduta humana: sentimento e paixão são a lei do espírito humano. Como consequência, atos praticados em um estado de necessidade, legítima defesa ou o suicídio devem ser punidos como expressões rudimentares e violentas de egoísmo e de vingança. A *scuola penale umanista* concebe a pena como medida educativa.

Passa-se, a seguir, ao estudo da escola técnico-jurídica.

3.7 Escola Técnico-jurídica

Foi em reação à confusão metodológica causada pelo positivismo jurídico e o excesso de preocupação sociológica e antropológica das causas do crime que surge a Escola Técnico-jurídica que vem a defender o defender a autonomia do Direito Penal de forma que lhe cabe expor sistematicamente os conceitos de delitos e sua responsabilidade. Privilegiam uma visão puramente jurídica.

Regis Prado (2013, p. 105) nos cita famoso discurso de Arturo Rocco (*Il problema de il método dela scienza del Diritto Penal*) dito na Universidade de Sassari onde foi fixada as bases da Escola em estudo. Assim dizia Rocco:

O objeto da ciência penal é tão só ordenamento jurídico positivo e o método a ser utilizado para a sua elaboração compõe-se de três partes: exegese, dogmática e crítica (método técnico-jurídico). Afirma-se que a ciência do Direito Penal tem por tarefa o estudo da disciplina jurídica do fato humano e social chamado delito e do fato social e político chamado pena, quer dizer, o estudo das normas jurídicas que proibam ações humanas imputáveis, injustas e nocivas, indiretamente geradoras e reveladores de um perigo para a existência da sociedade juridicamente organizada. Sua função reside, portanto, na elaboração técnico-jurídica do Direito Penal positivo e vigente, no seu conhecimento científico e não simplesmente empírico.

É possível perceber no discurso de Arturo Rocco que tal Escola preceitua a praticidade e eleva o ordenamento jurídico ao pedestal maior da ciência penal. Abandona o empirismo pela defesa de uma sociedade juridicamente organizada, ou seja, busca na norma metodologia para elaboração jurídica de um sistema que, no dizer de Regis Prado (2013, p. 105), é “regido pela lógica deôntica (dever ser), distinto de outras ciências causal-explicativas, pertencentes ao mundo ôntico (ser)” e, nestas mesmas linhas o citado professor resume as características técnico-jurídicas:

Sintetizam-se os caracteres principais da escola técnico-jurídica da forma seguinte: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva -, aplicável aos inimputáveis; d) responsabilidade é moral (vontade livre); e) o método utilizado é técnico-jurídico; e f) refuta o emprego da filosofia no campo penal.

Além destas escolas mencionadas, vale ainda breves referências à Escola Correccionalista e também ao mais recente Movimento de Defesa Social.

3.8 Escola Correccionalista

Foi na Alemanha, no ano de 1839, que Calos David Augusto Röder publicou a obra "*Comentatio na poena malum esse debeat*" de onde emergiram as ideias do correccionalismo. No entanto, foi na Espanha que tal concepção ganhou força e novas vertentes.

Com grande influência da filosofia Krausista entendia o Direito Penal como educador e tutor do delinquente, ao passo que este necessita de ajuda e não de tratamento ostensivo. Dorado Montero, citado por Regis Prado (2013, p. 106) entende que "a função penal de hoje perderá o carácter odioso que inevitavelmente a acompanha. De repressiva, tornar-se-á preventiva; de punitiva, passará a ser correccional, educativa e protetora de certos indivíduos a quem se dá o nome de delinquentes".

É de se notar que a pena passa a ser um bem ao delinquente que nada mais é do que um indivíduo que precisa de atenção e ajuda já que é visto praticamente como um ser incapaz.

Tem o delinquente direito de cumprir sua pena e não um dever como explica Dorado Montero (2013, p. 106):

Ao Estado cabe a função de assistência às pessoas necessitadas de auxílio (incapazes de autogoverno). Para tal, o órgão público deve atuar de dois modos: a) restringindo a liberdade individual (afastando dos estímulos delitivos) e b) corrigindo a vontade devectível. O importante não é a punição do delito, mas sim a cura ou emenda do delinquente. A administração da justiça deve visar ao saneamento social (higiene e profilaxia social) e o juiz ser entendido como médico social.

Veja que tem a Escola Correccionalista um discurso de auxílio ao delinquente sendo a pena medida de emenda ou correção.

Em que pese à beleza do discurso, trata-se de uma orientação perigosa já que se aumenta o arbítrio do juiz, tido como médico social, no que se

refere a individualização da pena e ao ver a sanção como medida preventiva e tutelar fica vago qual o indivíduo que realmente necessita do tão buscado auxílio defendido pelos correicionalistas.

Vale a menção de Regis Prado (2013, p. 107) sobre o Código Penal brasileiro de 1969, que sequer chegou a vigorar, onde se previa a responsabilização penal de forma indeterminada aos criminosos tidos por tendências e hábitos. Trata-se de clara medida correicionalista.

3.9 Movimento da Defesa Social

O Movimento da Defesa Social surgiu logo no tempo dos iluministas, mas foi atingir sua repercussão apenas com o positivismo. No entanto há que aponte que há antecedentes do movimento defensivo encontrados também na filosofia grega e nos cânones medievais (Regis Prado, 2013, p. 107).

Trata-se, em verdade, de um movimento de política criminal desenvolvida inicialmente por Adolph Prinz e consolidada por Filippo Gramática numa direção e, noutra, por Marc Ancel.

Compondo uma posição interna mais radical de defesa social, Filippo Gramática, fundador do Centro Internacional de Estudos da Defesa Social, defendia a substituição do sistema penal convencional e tem suas ideias assim sintetizadas por Molina, Bianchini e Gomes (2009, p. 111):

Gramática negou, com efeito, a existência de um direito de punir do Estado. A seu juízo, o que se impõe não é sancionar, mas sim socializar o delinquente; não aplicar penas em função do delito cometido, senão aplicar medidas de defesa social, preventivas, educativas e curativas de acordo com a personalidade do criminoso (antissocialidade subjetiva).

Esta primeira concepção defensiva visava a substituição do direito penal por um direito de defesa social que, de forma radical, extirpa conceitos como o de crime, pena e responsabilidade.

Regis Prado (2013, p. 107), também se valendo dos ensinamentos de Gramática, sistematiza suas ideias da seguinte forma:

propõe-se a substituição da responsabilidade penal, fundada no delito, pela antissociabilidade, fundada em dados subjetivos do autor; substituir a infração, considerada como fato, pelo índice de antissociabilidade e, finalmente, substituir a pena por medidas sociais.

Por sua vez, defensor de uma posição menos áspera, Marc Ancel reconhece que não estamos diante de uma nova escola de direito penal, mas sim de um movimento de política criminal. Movimento este, segundo Molina, Bianchini e Gomes “preocupado já não pelo castigo do delinquente, senão pela proteção eficaz da comunidade, por meio de estratégias (especialmente) extrapenais, que partem de um conhecimento científico da personalidade do agente e que neutralizem sua periculosidade de forma individualizada e humanitária” (2009, p. 111).

Propunha Ancel a retirada parcial do Direito Penal do meio jurídico e sua incorporação na seara administrativa, de modo que através de políticas criminais valha-se a defesa social como forma de luta contra a criminalidade.

O Movimento, nesta perspectiva, identifica a necessidade de ressocializar o delinquente baseando-se na sua personalidade através de ações de integração a vida livre e consciente. Assim, não marginalizam os criminosos com os positivistas ou o veem como um pecador como os naturalistas. Trata-se, em verdade, de uma humanização da ótica sobre o delinquente.

Ademais, tal ressocialização se basearia no estudo científico biopsicossocial do delinquente demonstrando, segundo Molina, Bianchini e Gomes (2009, p. 111 e 112) “uma nova atitude diante do delinquente, mas também, e ao mesmo tempo uma atividade de defesa da sociedade e luta desta contra o crime”.

Resume Prado (2013, p. 108) as ideias de Ancel da seguinte forma:

Em 1954, Marc Ancel publica a famosa *Défense social e nouvelle* (verdadeiro documento ideológico) com destaque para: desjuridicização; nova atitude em relação ao delinquente e política criminal humanista, por ele definida como 'uma doutrina humanista de proteção social'. O fundamento básico dessa corrente é a defesa social pela adaptação/ressocialização do delinquente e não pela sua neutralização. Sua essência se encontra, portanto, na defesa social contra o fenômeno crime e na ressocialização do delinquente. Funda-se a política criminal na responsabilidade individual, inserida no processo de ressocialização social. A ideia de proteção social adstrita à sanção penal se apresenta como substitutivo da noção repressão-retribuição, realizando-se através de um conjunto de medidas penais e extrapenais ligadas à periculosidade. O tratamento penal é visto como um instrumento preventivo.

Trata-se, portanto, de Movimento que busca um exame crítico contestando o regime que se impunha no momento. Vale-se dos direitos humanos para se aproximar interdisciplinarmente do problema que é o crime e, por fim, defende uma reação social de garantias ao homem e sua proteção.

Confirmando tais postulados, Regis Prado (2013, p. 108 e 109), valendo-se dos ensinamentos de Ancel e referindo-se a um *addendum* adotado em 1984, preceitua:

Necessidade de serem observadas três exigências básicas: a) exame crítico do sistema existente; b) recurso sistemático a todas as ciências humanas, com vistas a uma aproximação pluridisciplinar do fenômeno criminal; c) finalidade de proteção significando, de um lado, uma reação contra o sistema puramente punitivo-repressivo da repressão clássica, e, de outro lado, visando a assegurar o respeito e a garantia dos direitos do homem e da dignidade humana.

Vemos que, tanto numa ala mais radical como a de Gramática, como nos ensinamentos trazidos por Ancel, o Movimento de Defesa Social busca a proteção contra a criminalidade, trazendo paz a toda sociedade.

Trata-se, por fim, de respeitado movimento, tendo inúmeros adeptos, dentre eles nomes como Novolone, Herzog, Pinatel, Barbero Santos, Vernet, Araújo Júnior, dentre tantos outros.

Eis uma breve consideração acerca das escolas que vem dominando o pensamento jurídico-penal através do tempo de modo que preceituam suas considerações sobre as causas do crime, medidas sociais, penas e tantos outros assuntos de fundamental importância ao Direito Penal e demais matérias que a ele se ligam.

4 MICROCRIMINALIDADE A LUZ DA CRIMINOLOGIA

Percorremos o direito penal antigo até as escolas penais com intuito de demonstrar o caminho por onde andou a ciência criminal ao longo dos tempos. Nisto, viu-se o tratamento dado ao crime, criminoso e, especialmente, fatores que influenciaram a criminalização e a punição de certas condutas.

No entanto, o que merece mais realce é justamente o fato de desde tempos remotos encontrarmos institutos despenalizadores e medidas alternativas ao rigorismo que a matéria criminal impõe.

Salo de Carvalho, em Antimanual de Criminologia, aponta a existência de filtros que condicionam a aplicação da seara criminal ao dizer (2013, p. 26):

A criação desta série de filtros condicionantes da atuação das agências penais decorre da violência inerente às práticas punitivas. Em razão de o poder penal tender sempre ao excesso – seja no plano da elaboração (legislativo), da aplicação (judiciário) ou da execução (executivo) das leis -, sua utilização deveria ocorrer apenas em última instância (*ultima ratio*), nas situações de maior gravidade aos principais interesses sociais.

É bem verdade que o baluarte da *ultima ratio* não tem sido levado tão a sério como deveria e explica o afamado criminologista gaúcho e assim o é, pois passam os tempos e a figura do criminoso continua enfrentando sociedades e causando barbáries aos homens de bem.

A solução está longe de atingir o ápice do convívio social tendo em vista que mesmo nas sociedades mais bem estruturadas, inclusive econômica e educacionalmente, é possível encontrar mazelas, mesmo que mínimas, de delinquência.

No entanto as medidas alternativas ao rigorismo penal podem nos levar ao melhor entendimento da mente criminoso na busca pela sua recuperação e inserção social.

O aparato evolutivo-temporal que apresentamos teve enfoque na amostragem de tratamento dado nas diversas épocas e culturas ao delito e ao delinquente.

Dito isto, é importante que se veja fatores sobre o crime, o criminoso e a vítima para que busquemos um real entendimento sobre a microcriminalidade e quais as medidas, especialmente processuais e de recuperação do microcriminoso, que podem ser tomadas ou mais bem adequadas para que o pequeno delito não se estabeleça na rotina social.

4.1 O Criminoso

Estudar o criminoso, delinquente, ou como quiser chamar a pessoa que comete infrações mereceria horas e mais horas de reflexão nas diversas ciências sociais como sociologia, filosofia, psicologia ou até mesmo na área jurídica em seus diversos ramos.

Porém, ao que se propõe o presente estudo vale uma análise daquilo que a criminologia lhe atribui, assim como se fará em relação ao crime e a vítima, já que o perfil do criminoso, a nosso ver, liga-se tanto a fatores sociais quanto a fatores técnicos.

O criminoso, junto ao crime e a pena, constitui elemento do estudo das ciências penais, sendo o principal elemento causal da infração. Ora, é na pessoa do delinque que se tem a afronta primaz ao ordenamento jurídico-penal iniciando, portanto, toda a discussão fatorial que envolve tal atitude.

Pois bem, para começo diz o festejado criminologista Orlando Soares, em Criminologia, que, “genericamente, o delinquente é o agente ou sujeito ativo da infração penal, do crime, consideradas as proporções de tempo e espaço.” (1986, p. 201).

Citado professor coloca o criminoso no enfoque tempo/espço dada a dinâmica conceitual de crime, tendo em vista as mais variadas concepções que já teve ao longo do tempo lembrando ainda afirmação de Karl Marx ao explicar tal posição no sentido de que “a cada época histórica corresponde um período de ditadura, ou seja, de dominação ideológica, social, política, jurídica, econômica, moral, etc., duma determinada classe sobre a outra: senhores e escravos (Antiguidade), suseranos e vassalos (Idade Média), capitalistas e operários (Idade Moderna)” (1986, p. 201).

García-Pablos de Molina (2012, p. 203, 2012) em aprofundado estudo criminológico intitulado Criminologia publicado no Brasil em obra de coautoria de Luiz Flávio Gomes, remete-nos ao surgimento do estudo do criminoso e os fatores do crime logo após a luta das escolas penais aduzindo que “surgiram três orientações relativamente definidas: as biológicas, as psicológicas e as sociológicas”.

Com isto fica evidente que não existirão palavras estáticas capazes de compor tal paradigma.

Tanto García-Pablos de Molina como Orlando Soares buscam através da criminologia se infiltrar em outros ramos que, resguardado os limites de sua área atuação, conceituam o criminoso de forma adequada ao que estudam.

Assim, a afirmação inicial de que devemos nos ater ao estudo da criminologia para conceitua-lo torna-se inócuo sem a visão das outras ciências.

Desta forma, valem algumas breves observações a se iniciar quanto ao livre-arbítrio discutido nas mais diversas áreas.

4.1.1 Livre-Arbítrio

O livre-arbítrio tem ancoragem na autonomia de vontade que, grosso modo, seria a total liberdade do indivíduo em fazer aquilo que bem entender.

Filosoficamente, pondera-se a autonomia de vontade junto a moral do agir e, no âmbito da ciência penal, tem ligação direta e crucial junto a responsabilidade criminal que constitui a si uma clara limitação.

Shopenhauer traz em sua obra, com certa inspiração aristotélica, espécies de liberdade traduzindo a liberdade moral em autonomia de vontade. Neste diapasão, Orlando Soares (1986, p. 208 e 209) o cita reluzindo sua posição.

Argumenta Schopenhauer que, se perguntarmos a um homem de bom-senso, mas destituído de qualquer educação filosófica, em que consiste, na realidade, o livre-arbítrio, que ele afirma com tanta confiança na autoridade da própria consciência, responderá: 'Consiste em que eu possa fazer o que quero, desde que não seja impedido por um obstáculo físico'.

Em função disso, assim contra argumenta: 'Podes, em verdade, fazer o querer: mas em cada determinado momento da tua existência não podes querer senão uma coisa precisa e uma só com a exclusão de qualquer outra'.

E conclui: '(...) que pretendo livre arbítrio absolutamente não existe, mas que as ações dos homens, como todos os fenômenos da natureza resultam, em cada caso particular, das circunstâncias precedentes, como um efeito que se produz necessariamente em continuidade à própria causa, isso nos daria, ainda mais, a certeza de que a existência própria, na consciência, de meios aptos a fornecer a demonstração do livre-arbítrio, é coisa perfeitamente impossível.

Admitindo o livre-arbítrio, toda ação humana seria um milagre inexplicável e um efeito sem causa. E, se experimentarmos representar a liberdade de indiferença, logo nos convenceremos que diante de semelhante noção a razão fica absolutamente paralisada: as próprias formas de intelecto repugnam a isso."

Tem razão Schopenhauer que já em sua época questionava a autonomia do agir humano em prol de um determinismo, ou seja, existem fatores que influem na ação não sendo estas uma simples vontade de quem a pratica. Por

sua vez, admite o livre-arbítrio como forma de poder humano de “agir sem motivos ou finalidades diferentes da própria ação”.

García-Pablos de Molina (2012, p. 204 e 205) trata desta forma de pensamento ligando-o ao aspecto criminológico ensinando-nos que “nasce, sem dúvida, com o pensamento do Iluminismo que professava uma imagem do homem como ser racional e livre; e uma concepção consensual da ordem social (filosofia do contrato social), que assumiu a chamada Escola Clássica. No dito cenário, o dogma do livre arbítrio não pretendeu oferecer uma teoria etiológica da criminalidade, das causas desta, senão o suporte de uma resposta legal racional e justa ao delito”.

Lembra ainda o professor merengue que posteriormente a esta concepção surgiu um princípio abstrato racional-utilitarista e sua redefinição na opção racional. Por estas, iniciada por Jheremy Bentham e continuada por Wilson, Herrnstein, Cornish, Clarke, Becker, dentre outros, “o ser humano se comporta de uma maneira ou outra dependendo das expectativas que associa em termos de benefícios e custos (não somente econômicos) a sua conduta, o que serviria também para a delitiva”.

Sem maiores aprofundamentos, é possível perceber que mesmo numa análise econômica do delito e do delinquente existe um determinismo que mitiga a autonomia de vontade no seu viés mais liberal.

Surge, portanto, o determinismo que, segundo Orlando Soares (1986, p. 209):

parte do princípio geral de que há uma relação entre os fenômenos em geral (tudo que for percebido pelos sentidos), relação essa pela qual aqueles estão ligados de modo tão rigoroso que, a um dado momento, todo fenômeno está completamente condicionado pelos que precedem, acompanhado e condicionando, com o mesmo rigor, os que o sucedem.”

Busca-se pelo determinismo explicar a relação de causa e efeito para se condicionar as manifestações psicológicas do criminoso de modo que segue o professor ensinando-nos que (2012, p. 209 e 210):

do ponto de vista jurídico-penal, a concepção determinista se baseia na predominância dos fatores do meio social (economia, política, religião, etc.) para o desencadeamento das ações antissociais; que dizer, haverá sempre um delito, desde que o indivíduo se veja envolvido pelas circunstâncias do meio (desemprego, fome, miséria, jogo de azar, alcoolismo, luxo ostensivo duns poucos contraste com a penúria da maioria etc.), agindo assim sem possibilidade de resistência de conter a vontade delituosa, dado o rompimento dos freios inibitórios, ou até mesmo por motivo de reação ou revolta contra as injustiças sociais, o elitismo.

Assenta-se, portanto, o entendimento por um livre arbítrio mitigado pelo sistema de determinismos que podem ser das mais variadas causas e dos mais variados efeitos.

É bem verdade que existem inúmeras outras formas de tratar o criminoso de forma mais conceitual e pontual, porém a discussão da autonomia de vontade acaba por abarcar, como dito, a filosofia, sociologia, psicologia e biologia jurídica e toca em um ponto crucial ao estudo em questão que é o abandono social.

Daí vem à necessidade de apontarmos fatores criminógenos que influem no agir delituoso e, para tanto, mais uma vez nos valeremos da criminologia para tentar explica-los.

No entanto, antes de entrarmos no estudo do crime vale uma última referência a este respeito postada no trabalho de Salo de Carvalho (2013, p. 374) onde, fazendo alusão ao homem civilizado e ao bárbaro, cita Garófalo e Ferri que buscam o difícil conceito de criminoso.

o estigma do bárbaro irá identificar aquela minoria de pessoas que não ultrapassou as necessárias etapas de evolução. Sem transpor definitivamente a primeira natureza, estão condicionadas a romper, a qualquer momento, as regras do convívio pacífico, pois são estrangeiros e não fazem parte da civilização.

Na criminologia, seja do ponto de vista ético – ‘há indivíduos moralmente inferiores, assim como os há e houve sempre superiores (...)’ – ou desde perspectiva estética – ‘se é certo que o senso moral é um produto da evolução, natural admitir que ele seja menos aperfeiçoado nas classes que representam um grau inferior de desenvolvimento físico’ (Garófalo) - , o *homo criminalis*, derivado do conflito existente entre o atraso antropsicológico e a irrupção da civilização, estará eternamente vinculado à noção de anomalia moral e fisiológica.

Nas palavras de Ferri ‘o criminoso nato pode ser um assassino tranquilamente selvagem, um depravado violentamente brutal, um refinado

obsceno por conta de uma perversão sexual proveniente de uma defeituosa organização física. Ele pode também ser um ladrão ou um falsário. A repugnância em apropriar-se do bem alheio, esse instinto lentamente desenvolvido pela vida social na coletividade, falta-lhe em absoluto (...). Tive ocasião de demonstrar, no estudo psicológico de um homicida nato, que a aparente regularidade de sua inteligência e de seus sentimentos pode encobrir tão completamente sua profunda insensibilidade moral, que seu verdadeiro caráter escapa àqueles que ignoram a psicologia experimental'.”

Salo de Carvalho (2013, p. 375) traz ainda lição de Lombroso que ao discorrer sobre o criminoso em sua obra “O Homem Delinquente” alerta que “a antropometria e a fisionomia dos criminosos, embora não tenham sempre aspecto assustador, têm os integrantes da oligarquia do delito particular e especial característica, pois ‘em formas análogas e em iguais proporções a dos selvagens, nos é dado notar outras alterações atávicas, sobretudo da face e da base do crânio: sinos frontais enormes, fronte fungidia, fosseta occipital média, soldura do atlas, aspecto viril dos crânios das mulheres, dupla face articular do côndilo occipital, achatamento do palatino, osso epactal, órbitas volumosas e oblíquos’. A patologia das condições físicas e psicológicas, a degenerescência individual deste selvagem, que se mantém apesar da evolução, apontam sua distinção com o homem civilizado”.

Em que pese os três históricos mestres, Garófalo, Ferri e Lombroso, trazerem características que determinem quem é o delinquente, temos, especialmente no trabalho dos dois primeiros, uma acepção moral quanto ao delito, pois ambos tratam o crime com um desvio ético e que o criminoso pode ser moldado pelo meio para que venha a ser um homem civilizado ou para que delinque.

Na acepção de Lombroso têm-se apontamentos físicos, psíquicos biológicos que determinam quem será o bárbaro e quem será o homem de bem na sociedade. E, embora seja totalmente questionável tal posição, é certo que mesmo esta poderá influir num meio social menos insalubre com a prévia exclusão ou inserção controlada daqueles que possuam tais características.

Ressalta-se, porém, que para este trabalho a posição lombrosiana não se coaduna com a defesa social buscada aqui. Desta forma, há que se concordar que o meio faz o criminoso.

Vale, uma última vez, a justificativa pela falta de um conceito estático ao criminoso em razão da dinâmica de tempo e cultura das diversas sociedades sendo de mais valia adentrarmos na questão que leva ao crime propriamente. Deve-se já ter em mente que existe sim uma autonomia de vontade no agir do criminoso, mas que esta mitigada e influenciada por diversos fatores que tentaremos abordar.

4.2 Crime

Em verdade, o estudo do crime é um dos focos da criminologia existindo teorias e apontamentos sem fim a respeito do tema.

Propõe-se a este ponto que se atenha a questão social que possa levar a delinquência sendo, mesmo que limitado, assunto que comporta uma infinidade de fatores e discussões.

Quando dito a respeito da Escola da Defesa social pôde-se ver que tal movimento busca nas mais variadas disciplinas uma ressocialização do criminoso. Neste passo, acredita-se que um meio adequado pode levar a recuperação do indivíduo.

Se é o meio que de fato deturpa a personalidade do agente, também é o meio que deve ser preservado para evitar que haja crime. Ora, desnecessário seria falar e função preventiva da pena se a prevenção se desse logo no dia a dia social.

De início, em *A Nova Criminologia*, livro do docente da Universidad de Madrid, Quiliano Saldaña (2003, p. 32 a 40) aponta que há uma divisão de fases no estudo do crime, sendo o primeiro a fase moral que traz relação direta entre a sociedade e o criminoso. São palavras do professor:

Três doutrinas criminológicas e três problemas penais compõem o dispositivo ideológico articulador dos elementos dessa fase moral. As doutrinas são: a da ofensa à lei, que considera o criminoso um ser à parte na sociedade; a da revolta contra a autoridade, que é a suprema razão política da sujeição do criminoso (responsabilidade por sujeição); e finalmente a tendência criminosa: doutrina teológica do pecado original, da natureza viciosa revelada pelo crime.

Enumeremos os problemas, nos quais é necessário descobrir a relação direta entre sociedade e o criminoso. São os seguintes: a desigualdade humana, com as suas categorias e graduações (livres e escravos, nobres e plebeus, clérigos e laicos, etc.), como uma primeira classificação dos criminosos e a razão das diferentes tarifas, classes e formas da penalidade; depois o arbítrio do juiz, que realiza cegamente a segunda individualização do criminoso e da pena; e enfim a segregação (ou eliminação), forma comum da reação social contra a variedade mais perigosa de delinquentes.” (2003, p. 32 e 33).

Saldaña resume aí explicações dadas pelo antigo regime de estudiosos numa “primeira fase psíquica de reação individual e social contra o crime”. Constituíram-se aqui as bases da antropologia criminal.

No entanto, o mesmo, nos lembra de que há um viés humanitário que constitui uma nova fase no entendimento do crime. Esta segunda reação trata-se de uma diretriz humanitária intitulada fase política.

A esta fase entende-se que “o crime pode ser independente da personalidade do seu autor e mesmo duma essência própria. Segundo as ideias dessa época, não existem criminosos, existem crimes.” (2003, p. 34).

Porém, apesar desta fase estar delineada doutrinariamente o sentimento antropológico imiscuído nos séculos XVII e XVIII permanece latente, embora estejamos caminhando para uma fase política como reação social ao criminoso.

É certo, como insiste Saldaña, que a antropologia criminal já se encontra na sua fase política que após os tempos dos enciclopedistas e de Beccaria, acha-se no Direito Penal das enciclopédias e dos seus precursores representados por Montesquieu, Rousseau e Voltaire.

Explica-nos o professor em sua obra as doutrinas problemas que cerceiam tal fase:

Dentre as doutrinas, a da garantia legal, ou consciência do valor do homem como indivíduo, é em Justiça o ponto de partida duma possível antropologia criminal judiciária. Além disso, a doutrina da ruptura do contrato social, devida a Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual a relação estabelecida pelo crime, entre o criminoso e a sociedade, tem um fundamento político, cuja formula jurídica poderia ser responsabilidade política. Finalmente, a bondade natural do homem, outra tese desenvolvida por Jean-Jacques Rousseau, de igual natureza política, confirma sob o aspecto moral, a ideologia individualista da antiga criminologia.

Nos problemas penais dessa diretriz humanitária se apresenta sempre a questão da proteção ao homem que se encontra sob alçada da Justiça (aliás, já poderiam ter-se observado manifestações e progressos dessa tendência numa época anterior, em duas instituições: o asilo e o indulto). Eis os problemas capitais: o júri, ou julgamento humano do culpado; a moderação das penalidades ou respeito social pelo culpado e, dominando-os, grande problema antropológico e político da igualdade humana.” (2003, p. 41 e 42).

Este último problema (igualdade humana) é, sem dúvidas, um dos pontos cruciais a ser vencido ao longo da evolução dogmático-criminal. É certo que não podem haver uma desumanização do criminoso, mas é preciso atender aos anseios da vítima por uma reparação e também uma resposta a toda sociedade que a cada delito, mesmo que seja o microcrime, acha-se submissa num desequilíbrio social.

Ao lado de Saldaña, Antonio García-Pablos de Molina (2012) também procura desenvolver suas ideias a respeito do crime. Ao contrário do primeiro, este vale-se da história não para dividi-la em fases, mas sim para apontar sua trajetória, especialmente quanto a evolução temporal das escolas criminais.

Diz García-Pablos de Molina que “com a luta das escolas surgiram no panorama criminológico três orientações relativamente definidas: as biológicas, as psicológicas e as sociológicas”. (2012, p. 203).

As biológicas tratam do homem delinquente como um portador de alguma patologia, disfunção ou transtorno da qual decorre a conduta delitativa. Para os biólogos o desequilíbrio não está no meio social, mas sim no próprio corpo do criminoso.

São várias as possibilidades explicativas para o crime em meio a tantas especialidades que se encontram na ciência.

Quanto as orientações psicológicas, Molina ensina que “buscam explicações do comportamento delitivo no mundo anímico do homem, nos processos psíquicos anormais (psicopatologia) ou nas vivências subscientes que têm sua origem no passado remoto do indivíduo e que só podem ser captadas por meio da introspecção (psicanálise); ou, ademais, creem que o comportamento delitivo, em sua gênese (aprendizagem), estrutura e dinâmica, tem idênticas características e se rege pelas mesmas pautas que o comportamento não delitivo (teorias psicológicas da aprendizagem)” (2012, p. 203).

Nota-se que para os psicologistas há uma relação direta entre o crime e a vivência do criminoso. Tudo aquilo que influenciou sua vida até o ápice da delinquência.

O crime não está internamente no sujeito, mas há sim um processo de aprendizagem e um meio que o leva ao extremo.

A última orientação trazida por Molina é a sociológica que traz o crime como fenômeno social. Portanto, está o crime ligado diretamente o meio e situações que o criminoso se coloca ou é submetido.

Pela sociologia discute-se aquilo que já abordamos em alguns pontos acerca do descaso social que vai minando as alternativas de vivência do ser humano ao ponto de leva-lo a marginalidade.

Seguindo ainda roteiro trazido na obra de García-Pablos de Molina é nos explicado que incumbe a criminologia a função de esclarecer cientificamente o crime como problema social e comunitário. Supera, portanto, esta ciência as concepções das escolas (orientação biológica, psicológica e sociológica) buscando uma visão mais ampla daquilo que exige o problema.

É neste panorama em que se discorre sobre a criminologia clássica e neoclássica, a positivista, a sociologia criminal, além de outras modernas correntes criminológicas.

Quanto a primeira, criminologia clássica e neoclássica, retorna-se a questão do livre arbítrio já discorrida neste trabalho em tempo oportuno. Não era possível, aos que defendiam tais ideias, que o homem agisse por fatores ou causas, mas que sempre estava imbuído de uma reação ligada ao seu próprio arbítrio. Neste passo, Molina (2012, p. 203) discorre:

A criminologia clássica e neoclássica partiam do dogma do livre arbítrio porque não poderiam admitir sequer a hipótese de que o comportamento humano estivesse regido por causas ou fatores. Opostos ao determinismo biológico ou social, atribuíam o crime a uma decisão racional e livre do infrator baseada em critérios de utilidade e oportunidade.

Trata-se, em verdade, de uma negação quanto as situações externas ao delito, mas, no máximo, atenta a um impulso racional do criminoso que tem em suas mãos a escolha entre ser um homem de bem ou viver na marginalidade.

Pois bem, seguindo, surge a criminologia positiva que tem sua origem justamente na Escola Positiva que, ao contrário dos neoclássicos, buscam a causa dos delitos ao qual se chama de paradigma etiológico.

Como bem lembra o citado professor (2012, p. 203) a “conhecida análise causal-explicativa atribui o comportamento criminal a certos fatores biológicos, psicológicos ou sociais que determinariam o mesmo”, assim para se chegar a justificativa da razão para a delinquência dever-se-á ter uma série de cuidados com diversas linhas de probabilidades interiores do criminoso, bem como exteriores, isto é, que o cercam e o motivam na marginalidade.

Tentando superar esta perspectiva, na sociologia criminal, surge a conhecida *labelling approach* ou teoria da reação social (etiquetamento). Tem-se aqui o início das teorias da criminalização.

Fazendo jus a festejada cátedra de Molina (2012, p. 203 e 204), vale mais uma vez seus ensinamentos a respeito do etiquetamento:

Para o *labelling approach*, enfoque que assume os postulados do modelo conflitual, não interessam as causas do delito, do desvio primário, senão os

fatores e variáveis que decidem o curso seletivo e discriminatório dos processos de criminalização. Não importa porque se delinque, senão porque precisamente certas pessoas são etiquetadas como delinquentes pelas instâncias do controle formal.

Pela sociologia criminal busca-se, portanto, a superação discriminatória daqueles que vivem paralelos à legalidade. Há, para esta concepção, fatores condicionantes da delinquência.

Assim, devem-se entender tais condições e não simplesmente marcar o criminoso como tal, sem saber ao certo o que o levou até o perjúrio social.

Por fim, vale mencionar as modernas correntes que vem cercando a Criminologia no sentido de quererem explicar o crime como um evento dinâmico em meio a um processo de consolidação evolutivo-comportamental do criminoso.

Busca-se “descrever a gênese do comportamento delitivo dinamicamente, isto é, inserindo o processo e evolução dos padrões de conduta no curso da vida do autor, nas diversas etapas deste, estudando, caso a caso o comportamento das variáveis que interagem no mesmo” (2012, p. 204).

Estas quatro classificações, na visão de García-Pablos de Molina, são as principais fontes explicativas do crime, embora não esgote as inúmeras tentativas de explicá-lo.

Apesar de não haver um esgotamento da matéria, é possível concluirmos, levando-se em conta o estudo de Quitiliano Saldaña (2003) e de Antonio García-Pablos de Molina (2012), que todas as formas de tentativa de explicação e conceituação do delito estão ligadas ao estudo de fatores internos e externos que medeiam o criminoso.

Devem-se levar tais fatores conta mesmo aos clássicos que os negam em prol do livre arbítrio que nada mais é do que um fator interior do criminoso impulsionado, não raramente, por um fator exterior.

É bem verdade que é de suma importância a apreciação biológica, psicológica e comportamental do homem, mas, para fins deste trabalho, é de suma importância ter em mente o descaso externo em que vivem algumas pessoas.

Por descaso externo devemos entender por aquilo que se disse em inúmeras passagens deste trabalho quanto ao abandono social, ou seja, a falta de condições de vivência mínima e dignidade, especialmente pelo abandono das instituições públicas a certos setores da sociedade.

Em relação à microcriminalidade e, não obstante aos fatores interiores do criminoso, é possível entendermos como razões impulsionadoras básicas do crime o fato de em sua maioria viverem em condições sub humanas que facilitam o ingresso na marginalidade.

Não se busca aqui justificar o delito, mas sim mostrar que fatores que afrontam a dignidade de pessoas, notadamente as de baixa renda, influenciam seu ingresso na vida paralela a legalidade.

Prova disto é que não raro pode ser ouvido o testemunho de microcriminosos que justificam sua delinquência como forma de buscar uma vida melhor para si a sua família.

Certo é que o máximo que conseguem cometendo pequenos delitos é, quando muito, uma casa mais digna ou vestes mais bem apessoadas.

Colocar um ser humano a margem da legalidade é lavá-lo a afrontar não só leis, mas como a liberdade de outro dos seus. Temos, diante disto, a vítima que, ao lado do Estado e da sociedade como um todo, é o maior prejudicado na tentativa de ascensão social marginal imposta pelo que delinque.

4.3 A Vítima

São escassos os autores que se atentam a abordar a vítima como parte integrante do processo de delinquência. O único estudo mais bem apessoado a respeito do tema é a abordagem acerca da vitimologia.

Orlando Soares explica-nos que “a vitimologia consiste no estudo sistematizado acerca da vítima do delito, estudo esse através do qual se procura estabelecer a relação entre a dupla – delincente e vítima –, para que se evidencie a relevância do papel exercido pelo sujeito passivo do crime, quanto à mecânica do evento” (1986, p. 321).

Nota-se que estamos diante de um tópico inserido dentro dos estudos da criminologia e da medicina legal, sendo certo que a sistematização da vitimologia baseada no patrimônio da vítima, trabalho realizado pelo advogado israelense B. Mendelsohn, desperta a colocação do ofendido como auxiliar do delito.

Desta forma, não é este o enfoque que estamos procurando, mas sim aquele em que a vítima é realmente uma parte ofendida pela atividade marginal.

Corroborando com esta crítica quanto à falta de estudos a respeito da vítima Bernd Schunemann, catedrático da Universidade de Munique na Alemanha, anota que a parte ofendida no fenômeno da delinquência é tida, quando muito, como uma testemunha no processo criminal.

Diz o festejado professor em artigo publicado na obra *La Víctima em el Sistema Penal* (2006) que este é um fenômeno mundial tendo o estudo penal e as mais variadas legislações ao redor do globo tratado a vítima como mera testemunha no processo crime.

Trata ainda a vítima como titular do dano social que decorre do delito, no entanto reverbera ser difícil o conceito acerca do que vem a ser tal dano. São suas as palavras:

“Abolir a la víctima mediante la abolición de un Derecho penal genuino no realiza la tarea de prevenir el daño social. El papel de la víctima em la legislación, por lo tanto, podrá además ser aquél del titular del daño social. El concepto de daño social que fue desarrollado durante el período de Ilustración, y que continua dominando la terminología en la discusión anglo-americana, es problemático. En Alemania, el concepto há sido desarrollado adicionalmente dentro de la noción de Rechtsgut (bien jurídico): destrucción de o daño al bien jurídico constituye el daño social. La víctima es el titular del bien jurídico. La distinción de quién es la víctima es central tanto para el

trabajo de la legislatura como para la interpretación de los tribunales de las expresiones ambiguas em los estatutos” (2006, p. 22 e 23).

Perceba que na orientação de Schunemann a vítima deve ter um papel central orientador da atividade legislativa e das interpretações legais em razão de sua titularidade do bem jurídico atingido tratado aqui como o dano social causado pelo criminoso.

Grosso modo, a vítima é o titular do bem jurídico afetado pela atividade marginal.

Schunemann, em relação aos bem jurídicos coletivos, vale-se de estudos realizados na Universidade de Frankfurt onde se concluiu ser tais danos ofensivos a todos os indivíduos sobre os quais deve se ter uma relação funcional.

No entanto não concorda com tal tese, pois entende, especialmente quanto aos crimes ambientais, que a importância de proteção reside nos recursos ecológicos em benefício das gerações futuras, ou seja, os indivíduos que ainda não de viver.

Frente a isto propõe que a hermenêutica jurídica deve sempre proteger direitos individuais, porém, se não há ofensa individual, mas um risco de ocorrer lesão futura e se existirem razões especiais que levem um risco significativo ao bem jurídico coletivo já existe motivo para que se julgue o ato como conduta criminal. Reforçando, é o que diz o festejado professor:

Quiero proponer una regla de duda: Las descripciones delictivas em Derecho penal, em casos de duda, deben ser interpretadas em una forma que protejan a los individuos. Si um delito contra derechos individualies no daña el bien jurídico individual, sino crea solamente um riesgo significativo que el desarrollo futuro puede levar a lesión, razones especialies son requeridas para juzgar la conducta criminal peligrosa (2006, p. 24).

Assim, cria Schunemann dois requisitos para que se processo e julgue crimes contra bens jurídicos coletivos que são a ameaça de futura lesão e que haja motivo especial que leve a crer pela existência de um risco significativo.

Certo é que, seja o delito individual seja coletivo a figura da vítima tem importância crucial no processo crime por ser ela titular, presente ou futura, do bem jurídico protegido.

Na doutrina criminal nacional tem-se a vítima também como o titular do bem jurídico afrontado. Neste passo, divide a nossa doutrina a autoria e o ofendido em sujeito ativo e sujeito passivo do crime.

Cleber Masson, em *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral* define a vítima, ou melhor, o sujeito passivo como “o titular do bem jurídico protegido pela lei violada por meio da conduta criminosa” (2009, p. 189).

Diz ainda existir um sujeito passivo constante e outro eventual. Quanto ao primeiro trata-se do Estado, “pois a ele pertence o direito público subjetivo de exigir o cumprimento da legislação penal” (2009, p. 189). Por sua vez, o sujeito passivo eventual é aquele que possui a titularidade do bem jurídico de forma especificada pela lei.

Reforçando este entendimento, André Estefam cita conceito de Antolisei trazido pelo eficiente professor espanhol Jimenez de Asúa segundo o qual sujeito passivo “é o titular ou portador de interesse cuja ofensa constitui a essência do crime” (2012, p. 87).

Estefam ainda corrobora com a posição do Estado como sujeito passivo constante e a vítima como sujeito passivo eventual apontando como possíveis vítimas do crime, ou seja, aqueles que podem figurar como sujeito passivo eventual de um delito o “ser humano, desde a concepção, a pessoa jurídica, o Estado, a coletividade e até mesmo entes sem personalidade jurídica” (2012, p. 88).

Para sepultar qualquer dúvida a respeito, nos valem da cátedra de Luiz Regis Prado em sua obra *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*:

Sujeito passivo do delito, a seu turno, é o titular do bem jurídico lesado ou ameaçado de lesão. Noutro dizer: aquele que tem a titularidade do bem jurídico protegido pela norma penal. Ou ainda, ‘é o titular do interesse cuja ofensa constitui a essência do crime’. Podem figurar como sujeitos passivos – vítimas, ofendidos –, a pessoa física ou o indivíduo, mesmo incapaz, o conjunto de indivíduos, a pessoa jurídica, a coletividade, o Estado ou a

comunidade internacional de acordo com a natureza do delitos (2013, p. 530 e 531).

Visto isto, no que diz respeito a microcriminalidade, tem a vítima uma importância ímpar, pois como se verá no capítulo seguinte o pequeno crime é o mais latente no seio social.

Tem o autor do microcrime atuação direta sobre a sua vítima e por todo este contato a revolta que se insurge por aqueles que acompanham a empreitada e no próprio ofendido causam os piores sentimentos de desproteção e impunidade que podem existir.

Diante disto, a atuação estatal, desde o primeiro contato realizado pela diligência policial até o fim da atuação judicial tem que ser pautada num equilíbrio que atenda aos anseios sociais e busque a ressocialização do criminoso.

Parece meio vago tais propósitos, mas já é possível encontrar trabalhos nas mais variadas universidades espalhadas pelo mundo discutindo tal equilíbrio. Neste sentido, nos explica Regis Prado:

Tem crescido de importância, no campo político-criminal, o papel da vítima na realização do delito. Nesse particular aspecto, encaminha-se para uma constante busca do ponto de equilíbrio entre liberdade individual e defesa social (2013, p. 531).

É exatamente este equilíbrio que se faz necessário para a satisfação social frente à atuação estatal.

A defesa social, conforme Regis Prado (2013, p. 107 e 108), assunto estudado ao começo deste trabalho e preconizado por grandes nomes como Adolphe Prinz, Felipe Gramática e Marc Ancel, é justamente um movimento de política criminal de análise e contestação do sistema existente, elevação das ciências humanas no intuito de uma aproximação multidisciplinar e uma reação humanista de reação social no intuito de proteger o ser humano e garantir seus direitos.

Resta-nos um aprofundamento quanto as reações frente a microcriminalidade e a busca pela elevação humana e social no trato com os direitos preestabelecidos.

Porém, antes de tudo, é necessário um conceito de microcriminalidade e este é o desafio a ser vencido pelo próximo capítulo.

5 MICROCRIMINALIDADE

5.1 Considerações Gerais

Conceituar algo chega a ser, de certo modo, uma ingrata e árdua tarefa, pois a precisão necessária nesta labuta nem sempre é alcançada.

Conceito, segundo o dicionário virtual da língua portuguesa “Priberam”, significa “mente, opinião, ideia, juízo, dito engenhoso, expressão sintética, síntese, moralidade, parte final e elucidativa de uma charada”.

Pois bem, é justamente a busca de um juízo acerca da microcriminalidade que se procurará integrar nesta parte do trabalho, porém, para que se chegue a tal conceituação, devemos ter uma noção geral acerca da criminalidade.

Na visão de Carla Caldas Fontenele Brizzi, mestre pela Universidade Federal do Ceará, valendo-se da cátedra de Edwin H. Suntherland a “criminologia é um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo e, é a partir dos estudos desenvolvidos no âmbito de referido ciência, que podemos extrair os conceitos de macro e micro criminalidade”.

O enfoque dado à criminalidade tem sido sedimentado por seus estudiosos no sentido de observarem qual a potencial lesividade que ocasiona na sociedade e, em razão disto, não se trata de uma matéria indivisível e, muito menos, unitária.

A criminalidade passa por uma abordagem interdisciplinar para que se chegue o mais próximo possível de uma satisfatória conceituação.

É bem verdade que não se chegará aqui a um esgotamento da abordagem acerca da criminalidade, mas vale à pena se adentrar, mesmo que sucintamente, nas espécies de criminalidade para que logo a frente se consiga chegar a um conceito próprio de microcriminalidade.

Nesta busca o professor Luciano Sotero Santiago, mestre pela Universidade Federal de Minas Gerais, em seu artigo “O direito penal brasileiro em face da macro e da microcriminalidade” (1996), mostra como a doutrina não está em sintonia a este respeito:

A doutrina ainda não tem uma conceituação uniforme para esta diferenciação. Para Juary C. Silva teríamos a macro e microcriminalidade; Winfried Hassemer emprega criminalidade moderna, criminalidade clássica ou massificada e Luís Flávio Gomes utiliza criminalidade de bagatela e criminalidade de alta reprovabilidade.

Nota-se a falta de uma uniformidade, mas segue o professor Sotero Santiago apontando uma formatação própria para o estudo da criminalidade dividindo-o em microcriminalidade em sentido estrito, microcriminalidade em sentido amplo ou criminalidade propriamente dita e macrocriminalidade.

Na primeira, microcriminalidade em sentido estrito, estar-se-ia incluso toda a delinquência de baixa periculosidade, quase que imperceptível pela falta de relevância social fática. Tem-se, basicamente, as contravenções penais e as condutas de menor potencial ofensivo conforme definição esposta na Lei 9099 de 1995.

Pela microcriminalidade em sentido amplo haverá condutas típicas que ofendem bens jurídicos tangíveis que se relacionam com indivíduo e fato com lesões visíveis e de relevância social média, portanto, de necessária e proporcional punição. Encontram-se aqui os delitos praticados contra patrimônio, vida, liberdade, dentre outros.

Por fim, a macrocriminalidade consiste na ofensa a bens jurídicos difusos e coletivos. É composta de condutas que, embora muitas vezes imperceptíveis, possuem um potencial lesivo impar e com um indeterminado número

de vítimas atingido. Tome como exemplo os crimes ambientais, financeiros entre outros.

Louvável o esforço de Sotero Santiago para dar uma linha de estudos à criminologia, porém não se podem levar com tanta precisão seus ensinamentos. Embora não se negue a divisão estabelecida, tem-se, num primeiro momento, por desnecessária aquela que cerca a microcriminalidade.

Para os fins que se busca o presente trabalho monográfico deve-se ter uma visão mais ampla do que se entende por microcriminologia, englobando-a como um todo.

É bem verdade que no orbe processual tal distinção teórica tem suma importância na definição de ritos e procedimentos a serem usados, bem como benefícios e institutos aplicáveis, mas esta divisão fica para um momento oportuno quando se fará importante mostrar as reações sociais e jurídicas que tem ocorrido contra o microcrime.

Por hora buscamos delinear a microcriminalidade e especialmente deixar claro sua extensão limitando-a aos lindes do macrocrime.

5.2 Conceito de Microcriminalidade

Como já dito no tópico anterior, vale mais ao presente estudo uma abordagem conceitual ampla acerca de microcrime, ao invés daquela introduzida por Sotero Santiago em uma duplicidade de sentidos.

Pois bem, em princípio, ter-se-á a microcriminalidade como fenômeno de estudo de condutas individualizadas com lesividade baixa ou média merecedoras de uma reação proporcional e a recuperação daquele que as comete.

É uma abordagem negativa, construída por exclusão, já que aquilo que não se enquadrar neste bloco de lesividade poderá ser considerada como macrocriminalidade.

Assim, o macrocrime é aquele cometido em bloco, com vítimas diversas, ou seja, coletivas ou difusas, e são condutas mais bem elaboradas e, na massiva maioria, cometidos por grupos ou bandos organizados que buscam uma ofensa com de altíssima lesão ao bem jurídico pretendido.

Nota-se, portanto, que há um aparente reducionismo no conceito de microcriminalidade, mas está enganado quem assim pensa. Apesar da baixa, ou média, lesividade, o microcrime é de uma repugnância sem tamanho, pois é o tipo de ofensa que fica exposta aos olhos da sociedade causando grande clamor e repugnância social.

É justamente o pequeno delito que forma aquilo que a criminologia radical chama de “cifra dourada” que consiste nos delitos de maior frequência, aqueles conhecidos e visto aos olhos de todos.

Contrário à cifra dourada, há a cifra negra que, por sua vez, consiste naquelas condutas delituosas que permanecem na obscuridade, sem o conhecimento da massa.

Estas estão mais impregnadas aos macrocrimes, especialmente aqueles de “colarinho branco”, embora haja grande parcela de baixa e média violência que permanecem na escuridão, notadamente pelo descrédito populacional por uma solução concreta.

Carla Caldas Fontenelle Brizzi, em seu artigo “A globalização e os novos paradigmas do direito penal no combate ao terrorismo”, tem lúcida dissertação a respeito citando nomes como Juary C. Silva, mestre precursor do estudo da macro e microcriminalidade:

A microcriminalidade é identificada como um fenômeno individual, ao contrário da macrocriminalidade, que é um fenômeno eminentemente econômico.

O microcriminoso é considerado isoladamente, como um indivíduo que se encontra a margem da vida social, geralmente envolvido em delitos comuns, praticados a toda hora nas grandes e pequenas cidades, tais como homicídio, roubo, furto, lesões corporais, estupro, ameaça, calúnia, injúria e difamação, dentre outros.

Juary C. Silva, citado por Newton e Valter Fernandes, expõe o tema com insigne propriedade, aduzindo que 'a microcriminalidade é representada por atos antissociais episódicos, indicativos da criminalidade em pequena escala'.

Fica evidente que a criminalidade clássica, como chama Winfried Hassemer o microcrime, são aqueles delitos do cotidiano de uma sociedade. Isso fica mais sedimentado ainda em nosso meio com a massiva exposição midiática que os cercam com abusivo sensacionalismo.

Trata-se de delitos entre pessoas sem vínculo algum e que episodicamente estão no mesmo local e na mesma hora tendo um assumido a posição de criminoso e o outro de vítima.

Isso acaba por demonstrar que o pequeno delito não pode ser abordado apenas do ponto de vista técnico, mas evidencia-se seu grande cunho social.

A nomenclatura, num primeiro olhar, pode parecer que tenha um cunho reducionista da importância e ofensa que possa vir a derivar de um microcrime, mas não é essa a visão que deve ser apontada.

Ora, falamos que crimes contra a vida ou contra a dignidade sexual, por exemplo, se adéquam na definição de microcriminalidade. No entanto, especialmente do interesse da vítima, tais condutas não possuem nada de micro, pois causam um descontrole físico-emocional que pode não ter mais volta.

Além deste ponto individual, existe uma ofensa social como um todo. A frequência com que ocorrem os microcrimes beiram ao ponto de poder se considerar um verdadeiro caos. Não há homem civilizado, como diz define Salo de Carvalho (2013), que viva sem ao menos um receio de se tornar vítima de tais condutas.

Corroborando com essas afirmações, Adriana Maria Gomes de Souza Splenger, mestre pela UNIVALI e doutora pela UMSA de Buenos Aires na Argentina,

vale-se do ensinamento do festejado professor alemão Winfried Hassemer quanto aos efeitos que derivam da criminalidade clássica, pois “não são apenas físicos e econômicos, mas, sobretudo, atingem nosso equilíbrio emocional e nosso senso normativo: trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do Direito”.

O que piora este fato é que essa consciência de insegurança está enraizada em nossa sociedade, por todos saberem que as condições mínimas de vivência estão longe de sua adequação o que leva muitos a seguir pelo caminho da marginalidade.

Em razão disto, segue a professora Splenger, em seu artigo “Dimensão do princípio da proporcionalidade na repressão à macrocriminalidade econômica”, apontando as adversidades que acabam por levar à pequena delinquência:

A microcriminalidade é aquela resultando do clima de adversidade e mesmo violência que impregna a desvairada sociedade de consumo, suscitando injustiças sociais e desigualdades econômicas, além do taciturno horizonte de niilismo em que a vida perde seu significado maior e pouco ou nada representa. Ao contrário da macrocriminalidade, a microcriminalidade é sempre mais visível e diz respeito aos delitos corretivos, violentos ou não, que, isoladamente, em todas as camadas sociais, acontecem de dia e de noite, durante todas as horas (latrocínio, homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, ameaça, estelionato, calúnia, injúria, etc.). Inesconsível, contudo, que existe uma significativa associação entre microcriminalidade violenta e a miséria socioeconômica, consubstanciando um cenário opressor e de verdadeira segregação moral.

Procura esclarecer a estudiosa à ligação entre a miséria e a frequência alarmante de microcrimes.

É certo que a personalidade do ofensor não se molda apenas pelos fatores externos que o meio lhe impõe, mas também por causas interiores e de vivência que vão lhe moldando até que chegue ao ponto de viver à margem da legalidade.

No entanto, temos procurado alertar a todo tempo o abandono que alguns setores da sociedade estão passando, bem como pela necessidade de políticas públicas em reação a tal situação.

Deve-se ter a consciência de que não há como resolver a microcriminalidade com políticas imediatistas, mas sim como um longo e bem trabalhado meio de recuperar o seio social.

É justamente acerca dessa reação que trataremos a seguir, ou seja, aquilo já está sendo feito, bem como apontar causas e medidas passadas e futuras.

Porém, antes de tudo, tenha por microcriminalidade o fato delituoso de pequena ou média lesividade contra indivíduos determinados, ou determináveis, influenciados por fatores externos e interiores a si que merecem reação na tentativa de recuperação do microcriminoso e respostas à vítima, que tem por direito a recuperação ou amenização do bem jurídico perdido, e à sociedade, pelos interesses da coletividade como um todo.

Após todo o aporte sócio-criminológico tratado até aqui, busca-se apontar como tem ocorrido o trato prático frente a microcriminalidade, portanto será demonstrada as medidas que vem sendo tomadas e aquelas que ainda poderão vir a ser.

De início vale o estudo da reação legislativa ao microcrime, passando, após, para as medidas de justiça restaurativas e, por fim, fazendo uma introdução a *broken window theory*, impulsionadora da política de Tolerância Zero nos Estados Unidos.

6 REAÇÃO LEGISLATIVA AO MICROCRIME

Após buscarmos delinear o campo conceitual da microcriminalidade, é de bom alvitre se entender como o assunto é tratado por nossos legisladores.

Não haverá um esgotamento do assunto, mas busca-se fazer um panorama geral sobre a teoria do bem jurídico, um breve estudo sobre a norma penal e, como ponto final, análise de como o legislador tem se portado na elaboração de condutas com pequena, ou média, ofensividade.

Veja que se trata de um panorama quanto à reação legiferante no âmbito material diante do microcrime.

6.1 Introdução ao Bem Jurídico Penal

Em um estudo introdutório, o que normalmente se busca é a definição do conceito do instituto em análise, porém, no que diz respeito ao conceito de bem jurídico não há uma concordância entre os estudiosos do tema.

Acontece que mais importante do que definir bem jurídico é saber a sua função para a criação da norma penal. No entanto, na busca de um conceito temos que, conforme lição de Luiz Regis Prado (2013, p. 322), o bem jurídico “é um ente (dado o valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial à coexistência e desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido”.

É possível perceber nas palavras do ilustre professor que o bem jurídico se trata de um patrimônio do ofendido que é diretamente atacado pela conduta tida como criminosa, portanto, típica.

Seguindo esta linha, dentre os mais aceitos conceitos de bem jurídico está a do festejado alemão Claus Roxin, trazida pelo professor André Estefam (2012, p. 47), definindo-o como “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade”.

O que se pode concluir é que a principal missão do Direito Penal é justamente a proteção dos bens jurídicos. Tanto é assim que existe uma exclusividade, mesmo que implicitamente, na Constituição Brasileira, e nas modernas Cartas ao redor do mundo, no sentido de proteção a bens individuais ou coletivos.

A Constituição trabalha com os chamados mandados de criminalização que por vezes são explícitos e noutras situações podem ser interpretados implicitamente.

Por exemplo, há mandado de criminalização explícito no artigo 5º, XLII (“a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”) segundo o qual se exige a proteção de bem jurídico atinente a igualdade entre os homens.

Um exemplo de mandado de criminalização implícito está no *caput* do artigo 5º onde se veda a inviolabilidade ao direito à vida. Neste passo, criminalizou-se, entre outras condutas atentatórias ao bem jurídico vida, o homicídio que vem tipificado no artigo 121 do Código Penal.

Pois bem, é possível ver, embora existam distorções conceituais, a função de verdadeiro protagonista que o bem jurídico ocupa no ordenamento penal.

A teoria do bem jurídico trata-o como uma garantia, pois, dada sua importância, não pode ser utilizada de forma exagerada a criminalização de bens jurídicos. É neste aspecto que se aplicam princípios como o da subsidiariedade, da fragmentariedade e da intervenção mínima.

O bem jurídico é limitado pela Constituição já que jamais poderá ser incompatível com esta.

Além disso, apenas bens jurídicos legalmente protegidos constituem crime fazendo com que exista uma garantia ao cidadão sobre suas condutas. Trata-se do princípio da legalidade e sobre isto Guilherme de Souza Nucci tece sábia cátedra em Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais (2010, p. 81 e 82):

A legalidade em sentido estrito ou penal guarda identidade com a reserva legal, vale dizer, somente se pode considerar crime determinada conduta, caso exista previsão em lei. O mesmo se pode dizer da pena. O termo lei, nessa hipótese, é reservado no sentido estrito, ou seja, norma emanada do Poder legislativo, dentro da sua esfera de competência. No caso penal, cuida-se de atribuição do Congresso Nacional.

Tem-se, portanto, a sedimentação do famoso brocardo “*nullo crimen, nulla poena sine lege*” o que demonstra que não existe outra forma de se acolher uma conduta como crime e nem apená-la por outra via senão que se faça pela lei.

Fica evidente a importância da atuação legislativa e, para não restar dúvidas, ninguém melhor que Luiz Jimenez de Asúa, mente das mais brilhantes, para ensinar a este respeito através de sua obra Princípios de Derecho Penal – La Ley y El Delito (1990, p. 96):

El monopolio que La ley ejerce em cuanto a La producción de Derecho penal se expresa, como es sabido, em La máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, completada por los conocidos aforismos *Nemo iudex sin lege* y *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

Los Códigos penales suelen decir: nadie podrá ser castigado por um hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por La ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. El principio de reserva que La completa y que impide La analogía em nuestra disciplina se halla establecido em las Constituciones: todos tienen El derecho de hacer lo que no perjudique legalmente orenado, ni impedido de ejecutarlo que La ley no prohoibe.

Com base no explanado, é demonstrado o teor de garantia que tem a exigência da legalidade já que, como diz Jimenez de Asúa, todos terão direito a fazer aquilo que não afronte o ordenamento e não estão impedidos de realizar condutas que a lei não proíbe sendo a lei uma garantia tanto aos que não delinquem, como para os que delinquem frente às pretensões punitivas do próprio Estado.

Visto isto, é preciso adentrar-se na crescente proposta feita pelos movimentos despenalizadores e, já falando em processo legislativo, fazer uma breve análise quanto ao momento pré-legislativo, ou seja, aquilo que influência na criminalização de uma conduta.

No entanto, antes disto, vale uma pequena análise acerca da norma penal abordando, de forma sucinta e direta, algumas de suas características.

6.2 Introdução à Norma Penal

Se o bem jurídico é tido como principal elemento de proteção do Direito Penal, é através da norma que se efetiva tal missão.

Jiménez de Asúa nos ensina que “a única fonte produtora de direito penal é a lei. Tomada em seu sentido formal e mais solene, é a manifestação da vontade coletiva” (1990, p. 92) e, por esta razão, a pretensão punitiva do Estado somente autoriza repressão para as condutas catalogadas no texto legal no limite das penas apontadas.

Estruturalmente, se diz que há normas penais primárias e normas penais secundárias. Àquelas destinadas as pessoas proibindo-lhes de realizar certas condutas, já estas se destinam aos juízes ordenando-lhes a aplicação de uma reação, uma pena.

Para melhor explicar, as normas primárias são, notadamente, enunciados proibitivos que cerceiam o cometimento de tais posturas por parte da pessoa, enquanto a norma secundária é a reação imposta àquele que infringe a norma primária.

Corroborando com o que foi dito, famoso penalista espanhol Jesús-María Silva Sánchez (2009, p. 480), em *Aproximação ao Direito Penal Contemporânea*, evidencia a relação norma jurídico-penal e enunciado jurídico:

Os enunciados legais são conjuntos de sinais linguísticos. As normas jurídico-penais, por sua vez, são o sentido, a mensagem prescritiva que emana de tais enunciados legais. Em concreto, da combinação de vários deles. Tal derivação das normas jurídico-penais a partir da redação dos enunciados legais parece relativamente simples no caso das normas secundárias, ou normas que obrigam os órgãos judiciais a impor determinada sanção penal no caso de que um sujeito haja cometido um fato delitivo, é mesmo comum apontar que tais normas aparecem transmitidas de modo expreso pelos enunciados legais da parte especial do Código e por outras leis penais.

Tais estruturas normativas jurídico-penais têm características próprias que derivam da exclusividade existente no âmbito penal tendo em vista que serão sempre exclusivas, obrigatórias, irrevogáveis, igualitárias e constitucionais.

Na cátedra de Jiménez de Asúa (1990, p. 93) tem-se a norma penal por exclusiva tendo em vista que apenas a lei é capaz de criar delitos e estabelecer sanções. Já a característica da obrigatoriedade denota do fato de a todos deverem observar e acatar o mandamento legal.

Segue o professor dizendo ainda que são irrevogáveis, pois apenas outras leis, do mesmo ou de patamar legal superior, é que poderão derogá-las, sendo certo que jamais poderão confrontar a Constituição do local de onde vigem, sob pena de serem inconstitucionais e daí vem mais uma de suas características.

Por fim, deverão observar uma rigorosa igualdade já que a normal penal tem destinatário indeterminado sendo a todos aplicável da mesma maneira, embora nem sempre se observe com o rigor necessário esta característica.

Atentos, mesmo que de forma superficial, a estrutura e as principais características da norma penal e ainda sabendo da importância da atuação legislativa para sua elaboração e eleição dos bens jurídicos a serem protegidos resta-nos estudarmos a fase pré-legislativa de sua elaboração.

6.3 Fase Pré-legislativa

Basicamente é possível identificar três fases que aglomeram o estudo da norma penal. São elas a fase pré-legislativa, a fase legislativa e a fase pós-legislativa.

São todas de suma importância para o sistema legiferante. As duas últimas, fase legislativa e fase pós-legislativa, constituem, respectivamente, etapas de elaboração e aprovação da norma penal e sua execução.

Ocorre que a nós a fase pré-legislativa tem particular importância, pois é nesta que se discute os vetores impulsionadores da elaboração de uma norma penal, ou seja, é neste ponto que se evidencia as maledicências sociais e a busca do Estado em dar uma resposta aos anseios da sociedade.

Portanto, buscar-se-á entender melhor qual a real influência privada e coletiva que se pode detectar nesta etapa legislativa.

A primeira etapa, isto é, na fase pré-legislativa, temos o aporte intelectual de José Luís Díez Ripolles que aborda o tema de forma brilhante em sua obra *La Racionalidad de Las Leyes Penales*. Diz o catedrático da Universidad de Málaga que nesta fase é possível dividir o procedimento em cinco sub-etapas.

A primeira das cinco etapas pré-legislativas consiste na provocação de um tema a ser legislado. Primeiramente, há de se incluir na agenda da temática social um assunto de disfunção social.

Aquele que pretende provocar a discussão a respeito de determinada temática deverá vencer uma resistência e provar que a disfunção social sobre a qual está se alertando refere-se a um risco, causa, temor e preocupação constituindo uma forma de delinquência.

Além deste desconforto social que faz nascer a discussão inicial, deverá ser despertada uma credibilidade nos mais variados nichos da sociedade para impulsionem os agentes do processo legislativo a tratar do assunto mostrando-o como um tema socialmente útil.

Neste sentido, resume Diéz Ripollés (2003, p. 22 e 23):

En primer lugar, tal desajuste social debe tener características susceptibles de despertar atención social. Ésta es un bien socialmente escaso, tanto em cuanto al número de assuntos como a la persistencia de ellos. [...] En segundo lugar, amplios o relevantes sectores sociales deben considerar de utilidade el planetamiento de esa disfunción social. La utilidad percebida por la sociedad estará, por lo general, conectada a la resolución de Iso efectos negativos causados por ladisfunción social, seanéstos materiales, expressivos o integradores.

É bem verdade que nem sempre a utilidade percebida pela sociedade diante de determinado tema se compatibiliza com interesse do legislador em tratar o assunto, mas esta primeira fase se conclui com a inclusão do mal estar percebido na discussão geral em prol de uma eventual alteração no ordenamento jurídico-penal.

A segunda fase pré-legislativa é a estabilização da discussão que foi despertada pela disfunção social. Deverá aqueles que veem importância em se legiferar sobre o assunto vencer uma resistência e manter a temática viva nos meios da sociedade.

A melhor forma de se estabilizar a discussão neste momento é a capacidade de comoção que o problema é capaz de causar, especialmente pela preocupação e pelo medo dos delitos.

Sobre o nascer destas preocupações Ripollés (2003, p. 24) entende que *“constituyen un reconocido parámetro de las opiniones políticocriminales de una sociedad, y se configuran como un juicio de valor, apoyado predominantemente en*

componentes cognitivos, pero sin dejar de estar presentes secundariamente aspectos emocionales”.

Note que a preocupação acerca de um tema nada mais é que um aspecto político que se faz despertar na sociedade constituindo um parâmetro para a formação de políticas criminais.

Quando ao medo do delito, fator que faz também estabilizar a discussão sobre a disfunção social a ser legislada, nada mais é do que o temor do sujeito de bem de se ver vítima de uma conduta criminosa, ou seja, é o risco de se tornar objeto de delito.

Cris Halle e Diego Torrente Robles comungam pensamentos, ambos citados por Diéz Ripollés (2003, p. 25) segundo o qual o medo estabelece o incremento de políticas punitivas, fomenta o desenvolvimento de tendências deslegitimadoras do sistema criminal e favorece o abandono de locais públicos.

Por abandono de locais públicos entenda-se como um efeito das pessoas em se exporem a um meio conturbado pela marginalidade e não aquele abandono estudado pela Teoria das Janelas Quebradas, impulsionadores da política de Tolerância Zero nos Estados Unidos, tema este a ser comentado oportunamente.

Pelo que foi dito, esta segunda fase tem a finalidade de generalizar a discussão, estabilizando-a.

Pela terceira fase é necessário que se concretize, através de meios de comunicação, um intercâmbio de ideias no qual haverá um reforço na visibilidade da problemática em discussão e o elevará ao status de problema social.

Será fomentada aqui a opinião pública que sofre grande influência dos meios midiáticos, verdadeiros formadores de opiniões públicas. É bem verdade que as ideias que defendem nem sempre são as da maioria da sociedade o que pode render grandes debates ou, não raramente, a manipulação de uma massa.

Em face desta realidade, Diéz Ripollés (2003, p. 29) analisa que não é a opinião pública propriamente dita que prevalecerá, mas sim a de especialistas sobre o assunto a ser legislado que conseguem sobrepor sua opinião e conhecimento sobre as da massa em geral.

É uma influência perigosa que pode levar a interesses escusos que não sejam da sociedade em geral. Deve-se ter cuidado para não transformar o poder legislativo em um mercado de interesses privados.

Mas vale a pergunta: será que já não é? A resposta fica a critério e crítica de cada um, afinal a democracia que se instalou nos possibilita fazer novas e melhores escolhas de parlamentares para nos representar.

Observadas as críticas e superada esta fase, adentra-se noutra onde a temática já está em grau mais avançado e se promovem ações dirigidas ao oferecimento de propostas para a solução do problema plantado.

Significa um aprofundamento no conhecimento da disfunção social identificando-se seus objetivos que levem a sua resolução, notadamente, com a contribuição de meios e instrumentos acessíveis que ajudarão na adoção ou abstenção de certas decisões legislativas (Diéz Ripollés, 2003, p. 30).

Por fim, a quinta e última etapa é aquela onde se elabora o projeto de lei com intuito de criminalizar ou tomar qualquer outra medida cabível que se faz necessária via legal.

Note que nesta etapa ainda não se está no processo legislativo, mas sim em seu ponto inicial, pois está iniciada a burocracia que leva à criação de uma lei.

Embora neste momento não se deva tomar qualquer decisão, é sabido de todos que a influência partidária e institucional, especialmente pró-governo, é o norte para que se aprove ou não uma medida ali depositada.

O problema é que a grande maioria das cortes é formada por burocratas que se apegam tão somente ao rigor formal e deixam de lado a real intenção que busca a futura norma.

Geralmente os temas são discutidos nas cortes legislativas por pessoas sem qualquer conhecimento técnico a respeito do assunto o que leva a sérios desvirtuamentos em tudo que se construiu nas quatro primeiras fases.

As negociatas estão abertas nesta quinta etapa o que, por vezes, acaba por travar o projeto e o desconforto social permanece latente e nada se resolve.

Críticas à parte, foi realizada uma introdução ao estudo da teoria do bem jurídico, bem como da normal penal e o procedimento de sua maturação até a etapa legislativa que é responsável por admiti-la no ordenamento jurídico ou não.

Frente a todos esses baluartes teóricos será possível tecer alguns comentários acerca da reação legislativa à microcriminalidade que, embora existam inúmeros defensores da despenalização de certos bens jurídicos, nota-se uma crescente no ordenamento penalizando, por vezes, condutas sem qualquer aplicabilidade ou, inclusive, com fins eleitoreiros.

6.4 Direito Penal Simbólico e Movimento de Descriminalização Frente à Microcriminalidade

6.4.1 Direito Penal Simbólico

Embora até este momento se tenha batido na tecla de uma legalização extremamente formal e cheia de particularidades não é bem essa a reação que o legislador tem adotado, especialmente diante dos pequenos delitos.

A criminalização de condutas de forma meramente simbólica tem constituído um fenômeno cada vez mais frequente nas legislações penais modernas. No Brasil tal técnica legislativa parece ser ainda mais corriqueira.

Segundo Diéz Ripollés, desta vez na obra Política Criminal y Derecho Penal (2004, p. 60) o crescimento do direito penal simbólico tem estreita relação com transformações sociais recentes que não podem ser ignoradas pelas políticas criminais.

Dentre estas transformações, cita o ilustre professor Diéz Ripollés (2004), o protagonismo dos meios de comunicação social possui duplo sentido. Primeiramente, neste meio se desenvolvem as discussões sociais mais relevantes, embora nem sempre acompanhadas por especialistas que, por sua vez, podem encampar discussões paralelas simultaneamente.

O trato dos assuntos por leigos ou pessoas aquém da temática pode causar sérias distorções, dando uma visão totalmente errônea para a massa maior interessada.

Ademais, e isso parece ocorrer com certa frequência, as discussões midiáticas podem servir de meio manipulador de interesses maiores, sejam eles privados, sejam intenções escusas do poder público.

Diante disto surge um segundo efeito que é a conformação política e social de que os meios de comunicação em massa são grandes formadores de opinião e, conseqüentemente, tem uma ímpar influência no controle social com sua capacidade de formar pontos de vistas e dirigir atitudes nas sociedades modernas.

Em nome de uma falsa segurança causada pela criminalização de determinadas condutas cria-se um expansionismo penal que fica sobreposto às reais discussões que levariam a uma melhor solução da questão, ou seja, abandona-se a moralização social e os esforços que evitariam uma atuação jurídico-penal. Nesta linha, reforça Diéz Ripollés (2004, p. 61):

Pero tales transformaciones sociales están produciendo asimismo otros efectos indeseables desde una perspectiva políticocriminal, a los que se les debe de prestar atención: Entre ellos, se puede aludir al grave riesgo de que el protagonismo de los medios en la discusión de problemas relacionados con graves conflictos sociales o con la delincuencia dé lugar a un falseamiento, por intereses mercadotécnicos o de outra naturaleza, de los términos reales de la cuestión, con ocultamiento o desconsideración de datos relevantes. O el abandono de los esfuerzos para consolidar una moral civil, cuya función de difusión de pautas Morales de comportamiento resulta

imprescindible em una sociedad pluralista, y que, sin embargo, registra un alarmante proceso de empobrecimiento al identificarse sus contenidos em conlos Del derecho, necessariamente mucho más limitados.

Ótima a colocação do professor ao lembrar que o conteúdo que deve adornar o direito penal deve necessariamente ser limitado, porém o que vem ocorrendo é uma massificação de criminalização de condutas e daí resulta no direito penal simbólico.

Esse falseamento legislativo passa uma íntima sensação de segurança para as pessoas já que fica a imagem de que o poder público está a par da situação e controlando-a por meio da normatização.

Esse efeito, é bem verdade, não restringe o âmbito penal, mas sim engloba vários outros ramos do direito que se veem inchados com previsões inócuas, superficiais ou, até mesmo, incompatíveis com o sistema.

Simultâneo a este efeito, haverá outro que é a ideia de legisladores e governantes de estarem tendo uma grande atitude para a sociedade criminalizando ou legislando sobre assuntos que pulsam nas discussões sociais.

Atuam de forma imediatista, na grande maioria das vezes com fins eleitoreiros, e atendem aos anseios das ruas sem um necessário aprofundamento no assunto o que leva frequentemente a normatizações por matérias que não deveriam tratar do assunto.

É bom lembrar que ao direito penal aplica-se o princípio da intervenção mínima que tem sob sua batuta a fragmentariedade e a subsidiariedade deste ramo jurídico. Ora, não se pode criminalizar um simples desarranjo social para atender anseios imediatistas.

O direito penal é a última das armas do poder público, sendo certo que todo e qualquer problema que surja deve ter solução nos outros ramos jurídicos e, só na falta de solução destes parte-se para o extremo criminal.

Tem-se usado o direito penal como meio moralizador tentando dar valia ao efeito repressor, ao invés de se utilizar políticas públicas civis, administrativas.

Grande exemplo da eficiência de medidas alternativas é a reforma do Galpão Matarazzo na cidade de Presidente Prudente, São Paulo. Tratava-se de local conhecido por ser frequentado por usuários de drogas, mas hoje abriga órgão público de emissão de documentos extremamente movimentado e útil para sociedade.

Não estamos aqui defendendo a descriminalização das drogas, mas sim tentando mostrar que políticas mais efetivas podem recuperar locais e dar maior qualidade de vida aos que ali residem. Transforma-se o bem perdido na esperança dos cegos.

O inchaço do ordenamento jurídico-penal, não só no Brasil, mas nos países modernos em geral, denota que o legislador está extremamente despreparado e ignorando que sua atuação é totalmente desprovida de eficácia.

A este respeito resume bem Cleber Masson (2009, p. 10):

A função simbólica deve ser afastada, pois, em curto prazo, cumpre funções educativas e promocionais dos programas de governo, tarefa que não pode ser atribuída ao Direito Penal. Além disso, em longo prazo resulta na perda da credibilidade do ordenamento jurídico, bloqueando as suas funções instrumentais. Como pontuado por Ney Moura Teles: 'querer combater a criminalidade com Direito Penal é querer eliminar infecção com analgésico'.

Assim como diz Díez Ripollés, Cleber Masson rememora a lição de que, ao que parece, o imediatismo é o principal impulsionador do direito penal simbólico.

A possível perda de credibilidade na lei ao que se refere o professor, já está mais do que acentuada, pois é frequente ouvir pessoas descrentes com a aplicação legal.

Essa má atuação legislativa leva ao crescente aumento do movimento descriminalizador na doutrina, embora esteja longe de ser observado na prática legiferante.

Tal movimento recai especialmente sobre o microcrime defendendo uma reforma que enxugue o sistema punitivo e reformule a importância de determinados bens jurídicos eliminando-os do ordenamento jurídico-penal. Trata-se de um reforço da intervenção mínima e é este o ponto a ser tratado.

6.4.2 Movimento Descriminalizador

O movimento abolicionista, em verdade, se trata de uma análise criteriosa dos bens jurídicos a serem tutelados pelo ordenamento criminal.

Como já se disse, estamos diante de uma descontrolado legislativo que cede a pressões e interesses pouco nobres e passa a criminalizar condutas simbolicamente ou tutelam bens jurídicos que não são necessários.

Louk Hulsman, citado por Sotero Santiago (1996), define a descriminalização como “ato e atividade pelas quais um comportamento, em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções, é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato imperativo (do juiz)”.

É bem verdade que a descriminalização pela via legislativa traz maior segurança jurídica a todo o sistema, porém não é esta que vem sendo aplicada. Cabe, portanto, aos juízes sedimentarem posições jurisprudenciais que diminuam o impacto do excesso de normas penais.

Bianchini, García-Pablos de Molina e Gomes (2008, p. 286 e 287) elencam uma série de críticas que a doutrina vem fazendo contra o excessivo intervencionismo do direito penal:

Contra essas tendências excessivamente intervencionistas do moderno Direito penal a doutrina sustenta uma posição muito crítica sublinhando (a) a radical disparidade entre o dever ser e o ser do Direito, é dizer, entre o sistema liberal-democrático plasmado nas Constituições e na realidade do Direito penal ou entre os princípios que formam estes sistemas constitucionais (reconduzíveis a um Direito penal mínimo) e o hipertrofiado sistema penal (típico modelo autoritário de Estado); (b) que o Direito penal não pode perder seu caráter subsidiário (como instrumento de ultima ratio, só intervém quando outros meios formais ou informais não sejam idôneos para a resolução do conflito); (c) nem tampouco sua natureza fragmentária (unicamente os ataques mais graves e intoleráveis devem ser criminalizados e castigados – ultima ratio). Contra o intervencionismo penal ainda se agrega o seguinte: (d) que a pena privativa de liberdade é a extrema ratio do sistema constituindo um mal muito drástico, deve ser reservada exclusivamente para os comportamentos antissociais mais graves, que perturbam concretamente a convivência social); (e) que o sistema constitucional vigente, ao configurar um conjunto de garantias já não permite a instrumentalização política (ou o uso político) do Direito penal; (f) que é urgente uma grande reforma do sistema para que dele sejam excluídas todas as infrações que não correspondem ao conceito garantista de delito (lesão intolerável ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico relevante); (g) porque assim será possível alcançar um maior nível de racionalidade do conjunto normativo; (h) a imperiosidade da criação de mecanismos jurídicos para evitar o uso político (propagandísticos) do Direito penal; (i) que é necessário assegurar uma maior efetividade ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade), de cuja aplicação depende a realização do princípio da igualdade, etc.

É evidente que este rol não se exaure nas críticas apontadas, mas delas podemos extrair uma necessária elevação da intervenção mínima do Direito penal.

A questão não se passa apenas sobre a criminalização de condutas, mas sim a razão do porquê punir determinados atos. Assim aponta o estudo de Salo de Carvalho (2013, p. 243) que o justifica, concordando com Sebastian Scheerer, ao observar a falta de um consenso a respeito do assunto entre os estudiosos que se autodenominam abolicionistas.

Valendo-se de Luigi Ferrajoli, o saudoso criminalista aponta o abolicionismo no intuito de se evitar medidas penalizadoras e, ao contrário, valer-se de meios administrativos, civis ou qualquer caminho eficiente para restabelecer o dano causado.

Contraposto ao minimalismo, existem por todo o mundo pessoas que defendem o expansionismo penal que tem um grande apelo popular.

O gosto popular pelo expansionismo é justificado pela sensação de proteção que a sociedade tem ao ver criminalizadas determinadas condutas. A este respeito Jesús-María Silva Sanchez, em *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo* (2009, p. 73 e 74), tem ótima lição:

No expansionismo, por sua vez, devem ser diferenciadas, segundo penso, duas linhas fundamentais: a linha daquele que denomino 'expansionismo normativo ou prescritivo'; e a linha do 'expansionismo descritivo ou proscritivo'. A primeira considera que o Direito Penal deve ampliar seu objeto e sua intensidade para fazer frente às novas realidades da criminalidade (Schunemann, Tiedmann, Garcia); a segunda, ao contrário, simplesmente vaticina que o Direito Penal tenderá inevitavelmente a crescer, entre outras razões por ter assumido funções de orientação social que anteriormente eram desempenhadas por outras instancias. Em todo caso, o expansionismo é uma realidade incontestável, em contínua progressão, bastante favorecida pela situação crítica das sociedades contemporâneas, em razão da instabilidade econômica e política, da globalização e, muito particularmente, no âmbito da União Europeia, em razão da própria europeização do Direito Penal".

É sedutora a argumentação do expansionismo, porém não nos cabe valorar neste momento a contraposição que faz ao minimalismo. Certo é que existe um inchaço legislativo, mesmo que se apoie a ideia expansionista.

Por esta desenfreada atuação legislativa é que se deve reforçar a aplicação da intervenção mínima, exigida há muito no direito penal.

O próprio Silva Sánchez, conhecido por seus estudos sobre as velocidades do direito penal, e sua obra *La Expansión del Derecho Penal – Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales* (2001, p. 124) defende um dualismo na normatização dos delitos.

De um lado, diz o afamado professor, deve permanecer a penalização aos delitos mais graves e tradicionais, notadamente aqueles puníveis com prisão. De outro lado constariam delitos que jamais se puniriam com a prisão e, para estes, ter-se-ia uma flexibilização das garantias.

Grosso modo, há nesta ideia um direito penal velho punido com prisão e, noutro lado, um direito penal novo punível com medidas alternativas e jamais pelo cárcere.

Bernd Schunemann (2006), expansionista convicto, não se mostra tão radical à descriminalização de certas condutas tanto que são suas as palavras ao se dizer “*abierto a la descriminalización de ciertos delitos menos severos – aun cuando los específicos delitos necesitan ser precisados. Esta descriminalización podría ser aceptable para el público de bajo la proposición de Lüderssen de un esquema de restitución a la víctima organado por el Estado*”.

Defende Schunemann uma suavização entre as diferenças entre direito penal e direito civil para os delitos de pouco impacto.

Trata-se, em verdade, de institutos de reparação e não propriamente de descriminalização. É a justiça restaurativa que vem sendo muito bem aplicada em alguns países e já possui medidas no Brasil. Sobre isto falaremos oportunamente.

Bianchini, Gomes e Molina são mais contundentes ao defenderem o abolicionismo. Entendem os estudiosos que o direito penal deve assumir seu caráter liberal e só atuar em casos de extrema gravidade que impliquem o cárcere como punição.

Postulam pela eliminação de toda criminalização que não se coadune com o êxito constitucional limitando assim a capacidade legislativa.

Sobre esta limitação concordam com a sugestão de Luigi Ferrajoli pela reserva do Código para as normas penais, ou seja, todo o arcabouço criminal deveria ser exposto em um só Código, ficando vetada legislação esparsa, e a exigência de lei complementar para sua eventual alteração.

Por fim, em crítica e buscando um caminho a ser seguido concluem:

A dogmática penal nunca enfrentou seriamente esse problema da inflação penal (afirma Naucke). Ao contrário, foi aprendendo a se compaginar com ela. Um bom guia para se mudar de postura consiste na reafirmação dos princípios limitadores do *ius puniendi*. Com isso se pode chegar à despolitização (partidário, governamental) do Direito penal. Reconstruir as raízes históricas e racionais dos institutos penais constitui um outro caminho, consoante Polazzo. O Direito penal já nasceu hipertrofiado, mas não há dúvida que o Estado intervencionista (social) agravou sensivelmente esse quadro. A modernidade, ao menos no âmbito penal, está esgotada, produzindo o legislado *more and more of the same*. É preciso descobrir a forma pela qual deve se processar a deflação penal (descriminalização, despenalização etc.) (Naucke), de qualquer maneira,

isso precisa ser feito, ainda que seja pela via da reparação de danos, que retira o caráter penal do Direito penal (Bianchini, Gomes, Moline, 2009, p. 288 e 289).

Veja que novamente está se falando a respeito da reparação como medida de reação à microcriminalidade, mas também aponta-se a reafirmação dos princípios limitadores do direito penal, bem como a reconstrução de seus institutos.

É justamente na aplicação dos princípios limitadores, notadamente o da intervenção mínima, que se busca uma primeira reação prática ao microcrime e suas mazelas e, para encerrarmos este capítulo, abordaremos o assunto.

6.4.3 Intervenção Mínima e Sua Aplicação no Microcrime

Como visto, o legislador peca pela falta de boa técnica e intenções proveitosas fazendo do ordenamento jurídico-penal uma verdadeira teia sem muita lógica sistêmica.

Em razão disto cabe aos aplicadores do direito sistematizá-lo e lhe dar a atenção necessária, especialmente ao microcrime, e assim o fazem aplicando o princípio da intervenção mínima do direito penal amenizando a má atuação legislativa.

Poder-se-ia questionar se os magistrados que assim procedem não estariam, de certa forma, legislando. No entanto, trata-se de princípio geral do direito e deve ser observado aquém da atuação legislativa, ainda mais sob o argumento que o próprio legislador deixou de fazê-lo.

Sobre a descriminalização pela via interpretativa é lúcida a lição de Sotero Santiago (1996) que assim expõe:

A descriminalização feita pelo legislador caracteriza-se por proporcionar maior segurança jurídica; contudo, como raramente ocorre este tipo de descriminalização, ou por haver interesse ou por uma grande lentidão do legislativo, é o ato interpretativo do juiz que assume grande relevância na política de descriminalização de condutas. Poder-se-ia afirmar que este tipo de descriminalização por via interpretativa é um tanto perigosa, pois não proporciona uma maior segurança jurídica; todavia esta assertiva é refutada, por existirem modernas técnicas de descriminalização que, ao serem elaboradas pela dogmática jurídico-moderna não se compadecem da falta de segurança jurídica.

Não é só o professor mineiro que assim pensa, já que Bianchini, Molina e Gomes inclusive batizam tal forma de descriminalização de “direito penal jurisprudencial” reforçando em definitivo o princípio da intervenção mínima e os subprincípios que lhe integram, notadamente o da adequação social, da insignificância, além, é claro, da fragmentariedade, da subsidiariedade e, porque não dizer, o princípio da ofensividade.

Resta-nos analisar a função de cada um destes princípios e apontar suas respectivas atuações em reação não só à microcriminalidade, mas também à falta de um legislativo que encare com seriedade o assunto.

Pelo princípio da intervenção mínima é que se sobrepõe o status de *ultima ratio* que tem o direito penal. Tanto é assim que Rogério Greco (2013, p. 3) diz sê-lo “responsável não somente pela indicação de bens de maior relevo que merecem a especial do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a descriminalização”.

Segue o grande professor colocando a intervenção mínima como importante fundamento ao legislador no intuito de retirar do ordenamento certos tipos incriminadores que não necessitam mais da tutela penal ou que nunca precisaram, mas ali foram previstos.

Na verdade, a ordem de intervenção mínima é princípio base do Direito penal que possui como seu aspecto subprincípios como o da fragmentariedade e o da subsidiariedade. Ambos a serem estudados logo em seguida.

Para Regis Prado (2013, p. 171) “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 forma menos gravosa”.

Fica explícita a função de *ultima ratio* reduzindo a atuação penal a um mínimo imprescindível, pois seu uso excessivo, segundo Regis Prado (2013, p. 171), “não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa”.

Não há como não concordar com a lição do mestre, tendo em vista que já nos alongamos sobre a função simbólica que tem exercido o direito penal nos tempos de hoje levando a uma verdadeira inflação legislativa.

Daí o porquê da necessidade de uma racionalidade ética, defendida por Díez Ripolléz (2003, p. 151 e 152), no processo legislativo justificando-se previamente o conteúdo da norma e sua pretensa efetividade.

Já para Nucci (2010, p. 166 e 167) a atuação jurídico-penal emerge do monopólio estatal sobre o poder punitivo e este, por sua vez, se trata da mais enérgica forma de sanção coercitiva.

Reforça o ilustre doutrinador que se “fosse o Direito Penal a primeira opção do legislador para a composição de conflitos e mediações de interesses contrapostos e estar-se-ia vulgarizando a força estatal, privilegiando o império da brutalidade, pois a todos os erros seriam impostas reprimendas máximas” (2010, p. 168).

É por tudo isto que se deve buscar um equilíbrio entre liberdade, tendo em vista ser este um dos principais direitos fundamentais do homem, e a punição penal, que tem o cárcere como seu maior objeto de reação ao delito.

Em razão da hipertrofia legislativa é que deve o aplicador do direito mediar no caso concreto a real necessidade na intervenção estatal e assim tem sido a atuação dos bons profissionais que fizeram ganhar fama princípios como o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Ocorre que, como dito, a intervenção mínima não se resume a estes objetivos genéricos já que é integrada pela fragmentariedade, subsidiariedade e adequação social do direito penal.

Porém, antes de falarmos sobre tais subprincípios, vale tecer algumas considerações a respeito do princípio da ofensividade, outro baluarte do monopólio punitivo do Estado.

Pela ofensividade o direito penal deve ter atuação focada na reação contra a transgressão de bens jurídicos tutelados pela lei penal. No entanto, essas transgressões devem surtir em um abalo mínimo contra tais bens.

A este respeito leciona Nucci (2010, p. 169 e 170) que “somente dar-se a aplicação da lei penal, caso a conduta infratora se volte, com eficiência, contra bem jurídico tutelado. Por isso, arranhaduras insignificantes não são capazes de fazer germinar lesão apta a promover a atuação penal” e conclui:

O raciocínio encartado no princípio da ofensividade (ou lesividade) evidencia a mesma lógica estampada no princípio da intervenção mínima: o Estado Democrático de Direito deve interferir em conflitos sociais, quando de natureza penal, como última hipótese, reservando à sua atuação as agressões aos mais relevantes bens jurídicos tutelados, além de exigir eficiência nessas infrações.

Veja que tanto para a intervenção mínima, quanto para a ofensividade o Direito Penal deve ser instituído como *ultima ratio*.

É corolário que, especialmente para a ofensividade, há postulado de que mesmo que uma conduta atinja bem jurídico penalmente tutelado só deverá haver reação no âmbito da justiça criminal se houver ao menos uma mínima relevância danosa, pois, caso contrário, a solução resume-se a outros ramos do direito e é aí que surge a fragmentariedade e a subsidiariedade.

Como bem lembra Bianchini, Molina e Gomes (2008, p. 285) “o Direito tem condições de oferecer aos bens jurídicos uma proteção diferenciada que pode ser civil, administrativa, penal, etc. A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Em outras palavras, ao estritamente merecedor da tutela”.

Trata-se, portanto, de uma exigência pela fragmentação do Direito Penal em prol de uma seletividade de bens a serem penalmente tutelados.

Sobre este aspecto aduz Regis Prado (2013, p. 171) que tem o princípio da fragmentariedade função de relativizar a tutela de bens jurídicos, mesmo aqueles que já ingressaram na proteção jurídico-penal.

Desta forma, é possível afirmar que não se trata de orientação apenas para a atuação legislativa, mas é também direcionado ao aplicador do direito que deverá punir apenas condutas socialmente intoleráveis, ou seja, “apenas ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização”.

Muñoz Conde, citado por Rogério Greco (2013, p. 5) não pensa de forma diferente e assim leciona:

Nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

Com isto, pautado na necessidade de tutela jurídico-penal e na gravidade da ofensa ao bem, tem-se na fragmentariedade um postulador limitador da atuação estatal tanto na via legislativa, quanto aos operadores do direito em geral.

Em relação à subsidiariedade muitos a tem como o próprio princípio da intervenção mínima, isto é, são sinônimos. Mesmo que assim seja tenha que por tal orientação o Direito Penal deverá ser sempre subsidiário aos demais ramos do direito.

Bianchini, Molina e Gomes (2008, p. 296) introduzem o princípio dando-lhe um “significado de *ultima ratio*, não no controvertido e refutado sentido de acessoriedade ou secundariedade do Direito Penal, intervenção penal, como se sublinhou anteriormente, só se justifica quando outras instâncias formais ou informais não se apresentam como mais idôneas para a tutela do bem jurídico considerado”.

Isso significa que, como afirmado tantas outras vezes, só haverá atuação jurídico-penal se as demais matérias forem insuficientes para uma reação satisfatória.

Ilustra melhor Nucci (2010, p. 168) o sentido a ser dado para a subsidiariedade:

Ocorrida a vulneração legal, busca-se o amparo do Direito Administrativo, impondo-se multa; quando não, socorre-se do Direito Civil, galgando-se o direito à reparação do dano; ainda, procura-se o Direito Trabalhista, corrigindo-se a falta. E assim sucessivamente. Esgotadas as medidas punitivas extrapenais, permanecendo a reiteração do ato lesivo, capaz de gerar rupturas indesejáveis na paz social, lança-se mão do tipo penal incriminador, viabilizando-se a intervenção penal.

Evidencia-se a função de última saída atribuída ao Direito Penal, porém concordamos com André Estefam (2012, p. 134) quando, em tom crítico, diz que “o legislador tem a tendência de promover uma verdadeira inflação legislativa (nomonia, nomorreia ou crescimento patológico da legislação penal), o que acarreta, em última análise, o descrédito do sistema criminal”.

Para pelo menos amenizar a decadência e ineficiência da justiça penal em razão da hipertrofia legislativa deve ser buscado ao máximo a resolução através de outras áreas do Direito.

Em relação ao microcrime na grande maioria das vezes é possível uma solução satisfatória sem apelar ao rigorismo penal. O que deve haver é uma aplicação iminente da subsidiariedade buscando sempre uma aproximação especialmente com o Direito Civil e o Direito Administrativo, além de outras matérias que tratem com suficiência da conduta.

Não há outra orientação, senão ao combate da aplicação indiscriminada da justiça penal devendo recusar os aplicadores do direito a utilização do Direito Penal quando houver medidas extrapenais satisfatórias em observância ímpar da fragmentariedade e da subsidiariedade.

Em nome da intervenção há ainda outros princípios que evitam o excesso da cultura punitiva. Estamos falando da insignificância e da adequação social.

Tanto um, como o outro dão vazão para grandes discussões tendo em vista a vastidão jurisprudencial existente aplicando-os, porém trataremos de forma generalizada tendo em vista que o objetivo neste ponto é deixar claro como a interpretação jurisprudencial pode auxiliar amenizando o excesso intervencionista penal.

Por princípio da insignificância, grosso modo, entende-se que lesões pouco ou de nenhuma significância aos bens jurídicos tutelados na norma penal considerar-se-ão irrelevantes sendo dispensável a aplicação do rigor penal.

Também chamado de princípio da bagatela, quando aplicada a insignificância o efeito é de atipicidade material e para que seja observado o Supremo Tribunal Federal, no HC 84.412) fixou parâmetros tendo em vista não haver previsão legal regulamentando-o. É a lição de André Estefam (2012, p. 133):

O Supremo Tribunal Federal vem adotando critérios que nos parecem ajustados para a verificação, em cada caso, da possibilidade de aplicar o princípio. São eles: a) a mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada”.

Mesmo que os ramos extrapenais não consigam satisfatoriamente resolver a lide que se instaura, poderá, no resguardo penal, evitar um maior impacto em razão da irrelevância do dano causado ao bem jurídico, observados os requisitos estipulados em sede jurisprudencial.

A aplicação da bagatela tem sido corriqueira no dia-a-dia forense, pois são inúmeros os casos que se resolvem excluindo-se a tipicidade da conduta em razão.

Traz Nucci (2010, p. 174 a 183) inúmeros exemplos que ilustram melhor o assunto comungando-o com a intervenção mínima e a fragmentariedade (por exemplo, HC 101074-SP; HC 98152-MG; HC 96057-RS; HC 96496-MT, dentre

outros), casos de diminuto valor do bem e comportamento do agente (por exemplo, HC 91920-RS; HC 97189-RS; HC 93393-RS, etc.) aplicação como medida de política criminal (por exemplo, HC 94058-RS); como efeito da visão global provocada pelo agente (no exemplo do HC 96545-SC) e, inclusive, sua aplicação no âmbito da justiça criminal militar (nos casos do HC 95445-DF; 91074-SP).

Vale a ressalva de que todos os exemplos citados correram sob competência do Supremo Tribunal Federal.

Tenha que a insignificância é princípio instrumental orientador de uma atuação penal realmente necessária, assim como faz o princípio da adequação social, também mediador da descriminalização.

O princípio da adequação social decorre dos estudos de Hans Welzel e quer dizer que apesar de a conduta estar instada num tipo penal, ela poderá ser aceitável no meio social e, conseqüentemente, dispensa-se a atuação da justiça criminal.

Para Regis Prado, em Elementos do Direito Penal (2005, p. 31 e 32) “a teoria da adequação social (Welzel) significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal, não será considerada típica se for socialmente adequada, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente. Outro aspecto é o da conformidade do Direito, que prevê uma concordância com determinações jurídicas de comportamentos já estabelecidos.”

Existe uma conduta típica, mas esta não causa dano algum ao bem jurídico tutelado, pelo contrário, está de acordo com o que se espera socialmente adequando-se à realidade.

Buscando definir o que seria socialmente adequado Nucci (2010, p. 184) leciona que “concerne ao magistrado detectar a postura da sociedade consensual e, por vezes, indiferente, em relação à determinada conduta humana” e finaliza “o cenário da adequação social patenteia-se no quadro da pacífica aceitação ou apática reação social quando em confronto com ações e resultados”.

Em meio a tais definições Rogério Greco (2013, p. 4) vislumbra uma dupla função ao princípio da adequação social. Primeiramente buscará uma

restrição da abrangência do tipo penal, ou seja, limita-se a interpretação do tipo penal excluindo condutas socialmente aceitas e adequadas pela sociedade.

Já “sua segunda função é dirigida ao legislador e possui outras duas vertentes. A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que deseja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados mais importantes”.

“A segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente a evolução da sociedade”.

Na primeira função apontada por Greco há justamente o sentido de construir um direito penal jurisprudencial quando houver a detecção da desnecessidade do rigorismo penal.

A segunda função é dirigida eminentemente ao legislador, primeiro como meio de seletividade de condutas, segundo como meio de descriminalização de fatos já socialmente adequados pela modernização social.

Ocorre que a precária atuação legislativa faz com que esta segunda intenção da adequação social seja praticamente inócua. Prova disto foi a tardia retirada do Código Penal do crime de adultério e da eliminação do conceito de mulher honesta, ambos ultrapassados pela realidade social atual.

Resta aos aplicadores do direito a observância da adequação social e isto vem ocorrendo com frequência, especialmente quando se tratam de condutas irrelevantes socialmente.

Um exemplo é a aceitação de furar as orelhas da menina ainda criança para colocar-lhe brincos. Há claramente um delito de lesão corporal, porém em razão de sua micro ofensividade e aceitação por todos na colocação do ornamento na criança não há razão para criminalizar tal conduta.

Outro exemplo, este trazido por Nucci, é a tatuagem que também pode resultar em lesão corporal definitiva e até mesmo grave, mas que conta com a aceitação social.

A própria sociedade tem repulsa pelo excesso criminal, pois se compadecem da desnecessidade do rigorismo penal em relação a certas condutas. Daí advir a aplicação da insignificância e observar a adequação social.

Vimos que o procedimento legislativo dá maior segurança tanto para a criminalização, quanto para a descriminalização, porém há uma forte influência de fatores externos que levam ao desvirtuamento de tal processo o que resultou numa hipertrofia legislativa.

Em razão disto surgiram movimentos abolicionistas em reação ao inchaço de normas e a observância de penalização de condutas sem qualquer relevância social.

Dada a falta de sensibilidade do legislador em corrigir seus próprios exageros, restou ao aplicador do Direito e seus operadores em geral restringir a aplicação jurídico-penal valendo-se de princípios que deveriam orientar o próprio processo legislativo.

Esta reação é acentuada ainda mais em face da microcriminalidade como foi discorrido por todo este capítulo, porém não é a única solução.

Pois bem, apesar do apelo feito em prol de um direito penal jurisprudencial, é preciso atenuar sua atuação para que não se extrapole os limites de sua função.

Por tudo isto é que tem sido crescente a chama justiça restaurativa que, em verdade, busca basicamente uma aproximação do Direito Penal com os demais ramos do direito e a reparação pelo criminoso em face do dano causado.

Para melhor entender este crescente fenômeno abordaremos em capítulo próprio.

7 JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO REAÇÃO AO MICROCRIME

Ao longo deste estudo tem-se tentado atribuir alternativas em reação à crescente microcriminalidade que tem assolado as mais diversas sociedades.

Ocorre que uma boa alternativa pode ser encontrada em nossos primórdios, quando a justiça não era tão bem estruturada e, conseqüentemente, possuía um trato mais informal. Estamos falando justamente da justiça restaurativa.

Enquanto se dissertava acerca do direito penal antigo e dos estudos e críticas trazidas pelas escolas penais foi possível, em inúmeras oportunidades, notar a composição e a mediação como formas alternativas de resolução de lides.

É justamente no intuito de fazer renascer essa informalidade e sensibilidade no sistema penal que se vislumbra mais esta forma de reação ao microcrime.

Não obstante a isso, faz-se necessária tal via de resolução de conflitos dada a falência das políticas públicas atuais. O assolamento criminal exige criatividade e as técnicas que estão sendo utilizadas têm se mostrado inócuas.

Para melhor explicar a falência institucional e sua relação com a justiça restaurativa, Leonardo Sica, em seu livro *Justiça Restaurativa e Mediação Penal* (2007, p. 20), traz ótima lição do italiano Adolfo Ceretti:

A crise do *Welfare State*, ou seja, a perda de força das políticas públicas de promoção do bem-estar social tem sintomas diretamente ligados com o desenho de um modelo alternativo à justiça retributiva, pois, principalmente após as grandes guerras, verificou-se, por um lado, um enfraquecimento da solidariedade primária em razão de uma sociabilidade estatal garantida pelo assim chamado “Estado assistencial” e, por outro, o esgarçamento dos espaços sociais que, como seria lógico, impôs demanda pela gestão de novos conflitos.

Relata Ceretti que as políticas retribucionistas perderam com o andar da carruagem seu efeito social o que resulta apenas numa política voltada para a punição e o medo e não para a restauração fático-social.

Surge um problema, pois em meio a este panorama a vítima é tida apenas como uma peça no quebra cabeça chamado processo. Ela, que deveria ser o principal foco por ter sofrido diretamente o injusto, é vista somente como um meio de que se utiliza o Estado para reprimir o delinquente.

Sobre este papel instrumental Gianpaolo Poggio Smanio, em *Criminologia e Juizado Especial Criminal* (1998, p. 43), leciona acerca da atuação da vítima como meio de prova, não considerando-a como parte ou sujeito do processo.

E mais, diz o professor que não se pode considerá-la uma testemunha já que tem crucial interesse na resolução da lide e o próprio Código de Processo Penal, por meio de seu artigo 201, lhe dá este destaque probatório ao tratar de seu depoimento.

Porém, não se pode concordar com um tratamento tão frio dado à vítima.

George Fletcher, no artigo *El Lugar de Las Víctimas en la Teoría de la Retribución* (2006, p. 83 a 100), queixa-se com veemência das atuais obras de direito e processo penal que se alongam por centenas de páginas e, por vezes, não tecem um parágrafo sequer sobre as vítimas e sua importância.

O próprio Pozzio Smanio em sua fria e breve análise confessa o interesse da vítima na resolução da lide, mas não deixa de tratá-la como mero instrumento probatório. Já Fletcher, acompanhado da doutrina restaurativa, pugna por uma realocação da vítima no trato com o crime.

Este movimento vitimista tem acentuado novas discussões ao longo do tempo, especialmente com a introdução na criminologia do estudo da vitimologia. Ocorre que, como se verá adiante, tal movimento não é o principal norte da justiça restaurativa, mas tem sido de fundamental importância para fixar suas bases.

Leonardo Sica (2007, p. 17), trazendo esquema desenvolvido por Scardaccione, Baldry e Scali, demonstra os fatores que distinguem o modelo

tradicional de justiça, a tempos aplicado, do modelo alternativo da restauração, que tem como protagonista a vítima. Veja o citado esquema:

	Modelo Tradicional	Modelo Alternativo
Objeto	O crime e seu autor	A parte ofendida pelo crime (e as suas conseqüências)
Objetivos	Verificação da responsabilidade, punição do culpado ou reabilitação do réu (mod. retributivo e mod. reabilitativa)	Ressarcimento da vítima (material, moral, simbólico) restauração da paz jurídica
Crime	Ofensa contra o Estado	Ofensa à vítima e/ou à comunidade (parte ofendida pelo crime)
Meios	Aplicação de pena detentiva, medidas alternativas	Atividade em favor da vítima, solução consensual
Figura Profissional	Operadores penitenciários e sociais	Mediadores: também alheios à Justiça, envolvimento com a comunidade

Fica evidente que o modelo tradicional, atualmente predominante nos mais diversos sistemas, propugna uma ideia de retribuição próxima ao que se via no antigo regime do talião havendo uma preocupação na punição pela dor em detrimento do que realmente importa que é a restauração da paz social e o retorno do conforto da vítima.

Veja, por sua vez, que o modelo de restauração tem justamente como principais objetivos o ressarcimento da vítima e a restauração da paz jurídica, ou seja, se a vítima não chegar ao menos próximo daquilo que sentia no momento anterior a ofensa e a paz jurídica não se reestabelecer, não terá sido alcançada sua finalidade.

Em princípio, entenda-se por paz jurídica aquela onde não há necessidade de processo, isto é, o Estado atuará como mero intermediário entre as partes, criminoso e vítima, sendo mínimo o movimento da máquina do judiciário.

No entanto, para melhor delinear a possível absorção da justiça restaurativa pelos sistemas, é preciso maiores aprofundamentos e será este o caminho a ser tomado focando-a como mais uma forma de reação à microcriminalidade.

7.1 Aspectos Gerais

Não há como instituir um marco inicial na utilização das formas restaurativas de solução de conflitos com aporte histórico. O que se pode afirmar é que a forma de retribuição interpretada pelo cárcere é ainda embrionária em vista do modelo restaurativo.

Giuseppe Bettiol, apontado na doutrina de Régis Prado (2013, p. 642), lembra que a prisão era usada apenas de forma preventiva ao longo do andamento processual para garantir punições mais graves que consistiam no exílio, castigos corporais, morte, banimento, dentre outras.

Era o cárcere a fase processual e se realizava em mosteiros, masmorras ou poços. Nada muito diferente das degradantes condições impostas nas prisões hodiernas.

Segue Régis Prado lecionando que “a prisão somente surge como pena no Direito canônico, através do recolhimento em cela, dos religiosos que houvessem perpetrado delitos eclesiásticos, bem como daqueles submetidos a julgamento pelo tribunais da Igreja. Tinha, predominantemente, caráter de expiação, com objetivo primeiro de estimular o arrependimento dos condenados”.

Pois bem, considerando que o domínio religioso se perpetuou especialmente a partir da Idade Média, temos longos e obscuros anos anteriores a estes em que existiam diversas outras formas de reação ao delito.

É bem verdade que o estudo do Direito Penal antigo nos confronta com diversas penas cruéis e de excessivo rigorismo, notadamente fundadas na vingança privada.

É justamente destas épocas mais remotas e com atenção especial aos povos indígenas da América e da Oceania que se vão encontrar as sedimentações iniciais da restauração.

Não obstante a isto, é possível encontrar em diversas culturas antigas institutos de composição e mediação de lides para delitos considerados de menor potencial ofensivo para a época.

Prova disto são os exemplos dados por Myléne Jaccoud, em seu artigo Princípios, Tendências e Procedimentos que cercam a justiça restaurativa, publicado em uma coletânea de artigos organizada por Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto de Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 163 a 188):

Os vestígios destas práticas restaurativas, reintegradoras, cons e negociáveis se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã. Por exemplo, o código de Hammurabi (1700 a.C.) e de Lipit-Ishtar (1875 a.C.) prescreviam medidas de restituição para os crimes contra os bens. O código sumeriano (2050 a.C.) e o de Eshunna (1700 a.C.) previam a restituição nos casos de crimes de violência (Van Ness e Strong, 1997). Elas podem ser observadas também entre os povos colonizados da África, da Nova Zelândia, da Áustria, da América do Norte e do Sul, bem como entre as sociedades pré-estatais da Europa.

Ocorre que a punição como conhecemos só passou a dominar a compreensão humana como paradigma do crime nos últimos três séculos nos quais foram intensificadas as orientações de prevenção e retribuição. É certo dizer, porém, que tal orientação falhou e está há muito em constante decadência.

Sensível a esta crítica Leonardo Sica (2007, p. 21) conta que “na América do Norte, os movimentos descarcerizantes da década de 70 e a utilização da *division* compõe essa malha de tendências e, cronologicamente, talvez possam ser consideradas como embriões da justiça restaurativa”.

Também foi nesta época que se intensificaram os estudos da *The Broken Theory Windows* (Teoria das Janelas Quebradas) que tempos depois resultariam nos programas norte-americanos de Lei e Ordem os quais influenciaram na política de Tolerância Zero.

Fica evidente a incansável busca por uma reação à decadência instalada pelos sistemas herdados dos clérigos medievais.

Prova disto é a *division* que não conta com uma tradução livre para o português, mas, grosso modo, trata-se de um sistema correicional onde há uma renúncia por parte do Estado em valer-se do Direito Penal dando tratamento extrajudicial ao caso.

Na *division* há uma intervenção mínima do judiciário, que apenas acompanha o procedimento instalado para garantir o cumprimento do que fora consensualmente tratado, realizar antecipação de provas e buscar a reconciliação entre as partes como forma de trabalho em favor da comunidade (Sica, 2007, p. 21).

Em que pese seja este o panorama inicial quanto à justiça restaurativa nos Estados Unidos, é possível encontrar tal perspectiva como fenômeno das antigas culturas ocidentais.

O filósofo Confúcio, que viveu no século VI a.C., desenvolveu bases de controle social amplamente aceitas na China antiga que “se apoia precisamente na compreensão dos efeitos que as próprias ações causam nos outros e na exposição pública de boas ações, centrando a resposta ao crime mais na vergonha e no arrependimento do que no castigo” (Sica, 2007, p. 21).

No Japão, exemplos de civilidade e educação, tais dogmas ainda persistem e, embora tenham um sistema penal baseado nas culturas europeias e norte-americana, admitem informalmente a restauração.

Sica (2007, p. 22), traz à tona lição de Blanco, Díaz, Heskia e Rojas que bem elucidam a forma como se dá a justiça restaurativa no Japão:

Numa sociedade que enfatiza a comunhão social como base para a identidade pessoal, percebeu-se a importância de manter o sentido da inclusão (*insideness*, é o termo utilizado pelos autores) e harmonia e, assim, a abordagem restaurativa consiste em conferir uma discricionariedade formal à polícia, promotores e juízes para agir com indulgência e tolerância (*leniency*) no trato com os autores de delitos; assim, o processo é baseado em dois princípios *chotei* e *wakai* (conciliação e compromisso) e reconhece amplas possibilidades de perdão judicial.

Note que o perdão judicial, tratado normalmente como ficção jurídica, no Japão é tido como medida de justiça restaurativa.

Tecnicamente, ensina John O. Haley, que as medidas restaurativas atuam na contenção da violência justamente por pregar a não violência inspirada pelas medidas retributivas e, conforme as taxas de crimes caem, terá a sociedade menos razão para demandar medidas punitivas aflitivas em prol da abordagem restaurativa (Sica, 2007, p. 22).

Louvável a predisposição cultural dos povos asiáticos pela justiça restaurativa, mas estas alternativas ganham destaque e amplitude mundial com as experiências canadenses e neozelandesas influenciadas pelas práticas antigas dos povos nativos de seus territórios.

No Canadá, data de 1974 a primeira medida restaurativa daquele país intitulada *Victim-Offender Mediation* (VOM) onde acusados de vandalismo se reuniram com as vítimas e fizeram pactos de restituição (Sica, 2007, p. 22 e 23).

A partir daí foi disseminada a técnica cujo modelo restaurativo deriva de técnicas aborígenes e da *First Nation*, povos nativos no território canadense que superlotavam instituições correicionais.

Reforçando o nascedouro da justiça restaurativa no Canadá Jan Froestad e Clifford Shearing, no artigo *Prática da Justiça – O Modelo Zwelethembo de Resolução de Conflito*, publicado em uma coletânea de artigos organizada por Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto de Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 79 a 124), assim dissertam valendo-se dos ensinamentos de Umbriet e McCold:

O primeiro programa de reconciliação vítima-infrator foi estabelecido em 1974 em Kitchener, Ontario, pela comunidade Mennonite. O modelo enfatiza a mediação direta e focalizou a cura de ferimentos e a assistência às vítimas, ajudando os infratores a mudar suas vidas e restabelecer relações. A necessidade de humanizar o sistema de justiça criminal foi uma forte motivação por trás do programa, assim como a ideia de que os programas de justiça restaurativa baseados na igreja são a melhor proteção contra a cooptação do programa.

Nota-se que, além da influência nativa no programa, houve toda uma preocupação agregando-se outras instituições sociais como a igreja, famílias, escolas, etc., para que o modelo de restituição tivesse sucesso.

Nesta mesma época, e em sintonia com os avanços havidos na América do Norte, a Nova Zelândia desenvolveu um sistema de justiça restaurativa fundado na cultura maori, povos nativos que habitam há séculos a ilha neozelandesa.

A influência na criação do programa, assim como foi no Canadá, deu-se pela grande criminalidade de menores com formação maori surgindo daí o *Children, Young Persons and Their Families Act*.

Na cátedra de Sica (2007, p. 25 e 26) se aprende que se trata de um método de solução de conflitos que envolve o ofensor, a vítima e seus familiares na busca por uma solução pacífica pela ofensa ocorrida. Trata-se do *Family Group Conference*.

O programa tem tido tanto destaque nas últimas décadas que o governo da Nova Zelândia tem ampliado para a justiça comum, além de estar exportando suas experiências para o mundo todo, especialmente para a vizinha Austrália.

Segue o estudioso Sica (2007, p. 24) a lição de que “naquelas comunidades (aborígenes e maoris), o conflito é visto como uma ação que origina desequilíbrio no contexto social e, conseqüentemente, é gerido pela comunidade com o objetivo de reprimir a ordem abalada e de ressarcir o dano sofrido”.

Também se observa este pensamento na cultura sul-africana de ubuntu. Há esforços para superar o sentimento de vingança que o apartheid fez emergir na África do Sul.

Houve uma verdadeira revolução negociada, como diz Adolfo Ceretti, já que duas vertentes aparentemente inconciliáveis passaram a ter objetivos restaurativos comuns que se perpetuaram nas Comissões para a Verdade e Reconciliação que lá existem.

Poderíamos nos alongar apresentando inúmeras outras nascentes da Justiça Restaurativa, mas o que se expôs demonstra o arcabouço social e regional de que se traveste tais medidas que, na sua maciça maioria, derivam de técnicas e influências antepassadas adormecidas até então.

Jaccoud (2005, p. 164) cita Farget que, por sua vez, “sustenta que três correntes de pensamento favoreceram o ressurgimento da justiça restaurativa e dos processos que a ela estão associados (em particular a mediação) nas sociedades contemporâneas ocidentais: trata-se dos movimentos 1) de contestação das instituições repressivas, 2) da descoberta da vítima e 3) de exaltação da comunidade”.

Desde que o Estado assumiu para si o monopólio repressivo surgiu a necessidade de controle das culturas antigas colonizadas e daí o adormecimento das medidas que utilizavam em suas épocas.

A contestação das instituições repressivas, especialmente pelos trabalhos da Escola Chicago e da criminologia radical desenvolvida na Universidade de Berkeley na Califórnia, é consequência surgida conforme a ineficácia das medidas institucionais prevalentes foram tomando conta do desgosto popular em razão da total falta de controle na qual a criminalidade foi se acentuando.

A exaltação da comunidade, segundo Jaccoud (2005, p. 165), se deu no sentido de aproximar ao máximo das sociedades tradicionais onde os conflitos não eram tão numerosos, mas havia uma melhor administração e prevalecia sempre a regra da negociação.

É natural que se exalte a comunidade tendo em vista ser sempre, na figura do Estado, vítima secundária de qualquer delito e responsável pela busca da paz social, um dos objetivos da justiça restaurativa.

No entanto, a grande contribuição das medidas alternativas foi a promoção do ressurgimento da vítima.

Em outras oportunidades já dissemos que a vítima é tratada como mero instrumento probatório no processo penal atual e isso não condiz com a real necessidade que existe de lhe dar uma resposta restaurativa.

Os discursos vitimistas que orientam a justiça restaurativa são responsáveis por sensibilizar os teóricos do modelo vigente convencendo-lhes a olhar melhor para a vítima e não apenas como um contribuinte mecânico de condenação.

Desta forma o melhor que temos a fazer é colocar em ação as práticas restaurativas para que se possa realocar a vítima no sistema e dar-lhe sua real importância.

Para tanto um dos meios mais eficazes já utilizadas é a mediação, objeto do próximo tópico, que consiste em um instrumento negocial realizado fora das dependências do judiciário.

Antes de se aprofundar no estudo da mediação vale uma melhor definição do que seja justiça restaurativa.

Na Europa já existem mais de 500 projetos sobre justiça restaurativa e é justamente o Conselho da União Europeia que, na lição de Leonardo Sica (2007, p. 13), dá uma das mais bem elaboradas noções com a criação da Rede Europeia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Restaurativa que assim a define:

Artigo 2º Definição e formas de justiça restaurativa: Para efeitos da presente decisão, o termo “justiça restaurativa” refere-se a uma visão global do processo de justiça penal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça penal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo penal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo.

Fica evidente o caráter colaborativo que envolve toda a sociedade quando se vale da justiça restaurativa, indo desde a relação entre ofensor e vítima até o envolvimento das mais variadas instituições estatais e sociais.

Em 2005 foi realizado seminário intitulado “Construindo a Justiça Restaurativa na América Latina que resultou na Declaração da Costa Rica sobre Justiça restaurativa na América Latina que logo em seu artigo 1º procurou definir o instituto:

Artigo 1º, §1º processo restaurativo é aquele que permite as vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social.

§2º Arrependimento, perdão, restituição, accountability, reabilitação e integração social, entre outros, podem ser incluídos dentre as metas restaurativas.

Embora mais sucinto, o conceito latino traz além de uma definição, uma linhagem de metas a serem buscadas. É louvável a intenção do subscritos, mas traz uma série de implicações conceituais que não adentraremos neste trabalho, pois o que se visa é entender as bases que formam a justiça restaurativa e de que forma pode contribuir para uma reação à microcriminalidade.

Sem ainda entrar nos diversos modelos de justiça restaurativa, visto a seguir com o estudo da mediação, vale o conceito de Mylénne Jaccoud (2005, p. 169) segundo o qual “justiça restaurativa é 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”.

Não restam dúvidas de que a justiça restaurativa é modelo de pacificação social e não um modelo jurídico propriamente dito. Talvez esteja neste ponto o sucesso que lhe tem sido atribuído nos países onde é adotado.

Dito isto, passa-se ao estudo da mediação, principal atributo de realização da justiça restaurativa.

7.2 Atributo Essencial da Justiça Restaurativa

Embora existam diversas formas alternativas de resolução de conflitos, é a mediação que forma o principal instrumento da justiça restaurativa. Por esta forma negocial se estruturou o modelo alternativo de resolução de conflitos que se está estudando.

Ademais, dentre as formas de justiça consensual apresentadas na doutrina e no desenvolvimento de políticas criminais em relação à microcriminalidade, é a mediação que melhor se adéqua aos anseios dos pequenos delitos.

Dada sua magnitude e importância no modelo restaurativa, introduziremos uma visão geral para que ao final se possa concluir como uma alternativa no sistema de políticas penais.

7.2.1 Definição

Pois bem, segundo o italiano Gianvittorio Pisapia “a mediação visa restabelecer o diálogo entre as partes para poder alcançar um objetivo concreto: a realização de um projeto de reorganização das relações, com resultado mais satisfatório possível para todos” (Sica, 2007, p. 46).

Inicialmente é possível notar que a mediação é pautada numa gestão comunicativa em prol do bem estar de todos os envolvidos e o restabelecimento da paz social.

Sica (2007, p. 46) traz Recomendação do Conselho da Europa que “define a mediação, particularmente aquela desenvolvida no âmbito penal (*victim-offender mediation*), como todo processo no qual a vítima e o autor do crime podem, desde que consentam livremente, participar ativamente na resolução dos problemas que surgem com a comissão do ilícito penal através da ajuda de uma terceira parte imparcial, qual seja, o mediador”.

Emerge do conceito recomendado pela União Europeia mais duas características a serem melhor estudadas adiante. Trata-se, primeiramente, da necessidade de livre consenso entre os envolvidos para participarem da mediação e que este seja dirigido por um terceiro totalmente imparcial que buscará tão somente os objetivos da restauração.

Nesta linha conceitual Grazzia Mannozi sistematiza as dimensões a que se deve a mediação organizando, desta forma, o que vem a ser (Sica, 2007, p. 52 e 53):

- a) a mediação pode ser considerada, em primeiro lugar, como uma mera técnica de intervenção social, em que um sujeito terceiro e neutro, tende a promover a superação do conflito existente entre dois indivíduos, por meio do encontro e do confronto;
- b) em segundo lugar, a mediação emerge na sua função de modalidade de solução de conflitos que tem intersecção com o processo penal, na perspectiva mais ampla da justiça restaurativa;
- c) em terceiro lugar, a mediação põe-se como uma nova abordagem de dinâmicas sociais, que consente em prescindir da resposta judiciária em relação a alguns conflitos interpessoais ou em grupos.

A mediação é um processo dialético de ativação do conhecimento entre autor e vítima (que pode funcionar também como fator de estabilização social) em que o mediador é chamado para reconstruir um espaço comunicativo intersubjetivo entre as partes e para encontrar um ‘sinal’ comum que possa conduzir à superação do conflito.

Fica evidente que a mediação comporta três elementos conceituais básicos sendo o primeiro o encontro ou confronto entre autor da ofensa e a vítima, o segundo a busca da solução conflitiva e, por fim, uma resposta jurídico-social em prol do restabelecimento da paz social.

Impossível chegar a tais elementos sem elencar valores que impulsionam e delineiam a justiça restaurativa e, para tanto, recorreremos ao estudo realizado por Marshall, Boyack e Bown.

7.2.2 Valores da Justiça Restaurativa em Face de Seu Conceito

Em uma abordagem sobre justiça restaurativa Chis Marshall, Jim Boyack e Helen Bowen elencam no artigo Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática – Uma Abordagem Baseada em Valores (2005, p. 269 a 280) seus valores fundamentais que justificam a mediação como excelência na persecução da prática restaurativa.

Seguiremos o estudo baseando-se naquilo elencado pelos citados estudiosos.

Pois bem, o primeiro destes valores é a participação segundo a qual todo interessado na restauração do mal causado pela transgressão, ou seja, vítima, criminoso e a comunidade, tem poder de diálogo e decisão externados através da mediação. Por este valor o Estado é mero acompanhante do procedimento, pois as decisões estão nas mãos dos interessados diretos na solução do problema e não sob a responsabilidade de um profissional técnico.

O segundo valor é o respeito no âmbito da justiça restaurativa. Trata-se de valor que insere a igualdade nas reuniões de mediação, isto é, seja o ofensor, vítima ou terceiro interessado todos terão tratamento igualitário já que o respeito mútuo é sinônimo de boa-fé e faz emergir a confiança.

Da mesma forma faz a honestidade que é o terceiro valor exigido para o sucesso da mediação. A gestão comunicativa, que é inerente a esta forma de restauração, exige um diálogo aberto e honesto no qual se exponha todo o sentimento e responsabilidade que nasceram com o delito.

Marshall, Boyack e Bown colocam como quarta virtude a humildade que entendem ser necessária por capacitar “vítimas e infratores a descobrir que eles têm mais em comum como seres humanos frágeis e defeituosos do que o que os divide em vítima e infrator”.

Outro valor é a interconexão. Por esta, a justiça restaurativa no ato da mediação deve expor os laços que unem vítima e criminoso já que ambos pertencem ao mesmo ambiente social e estão ligados por uma rede de relacionamentos.

A respeito da interconexão, ensinam os professores que “a sociedade compartilha a responsabilidade por seus membros e pela existência de crimes, e há uma responsabilidade compartilhada para ajudar a restaurar as vítimas e reintegrar os infratores”.

Não obstante a isto, em caráter mais restrito, vítima e criminoso estão ligados diretamente pelo evento transgressor e devem através da mediação buscar uma mútua restauração.

Há ainda no elenco mais três valores de suma importância, quais sejam, a responsabilidade, o empoderamento e a esperança.

No primeiro emerge um sentimento moral no sentido de que aquele que comete um dano a outrem deve aceitar a responsabilidade pelo seu ato e atenuar, o quanto possível, as consequências.

Mashall, Boyack e Bowen aduzem que os criminosos demonstram aceitar sua responsabilidade “expressando remorso por suas ações, através da reparação dos prejuízos e talvez até buscando o perdão daqueles a quem eles tratam com desrespeito”.

No ato da mediação, a aceitação desta responsabilidade deve ser buscada no intuito de facilitar a medida restaurativa.

No empoderamento o foco é justamente a devolução da autodeterminação e autonomia para a vítima.

Com o delito a sensação de descontrole sobre sua própria vida se abate sobre a vítima cessando qualquer sensação de liberdade já que fica à mercê do criminoso, portanto a mediação deve buscar restaurar o sentimento de conforto retornando ao ofendido sua autodeterminação e autonomia.

Para isto, reforça-se a responsabilidade do criminoso no intuito de remediar os danos que causaram moral e materialmente à vítima.

Por fim, o último valor é a esperança segundo o qual a comunidade é sempre capaz de atenuar o sofrimento do delito promovendo a cura e a restauração.

Dizem os três estudiosos que a restauração “não procura simplesmente penalizar ações criminais passadas, mas abordar as necessidades presentes e equipar para a vida futura. A Justiça restaurativa alimenta esperanças – a esperança de cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade”.

Baseado nestas vertentes o conceito de mediação praticamente resume o enfoque dado pela justiça restaurativa que, na verdade, constitui uma técnica de reorganização das relações que se mostram abaladas pela ocorrência do delito.

O que a mediação agrega nas virtudes apontadas pela justiça restaurativa é, basicamente, o procedimento técnico para que se viabilize a restauração. Prova disto é o conceito elaborado por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt (Sica, 2007, p. 46) que atribui ao mediador, em meio ao confronto das partes, estabelecer trocas no intuito de solucionar o conflito. Veja a definição:

Mediação é processo através do qual uma terceira pessoa neutra tenta, por meio da organização das trocas entre as partes, permitir a estes confrontarem seus próprios pontos de vista e procurar, com a ajuda do mediados, uma solução ao conflito que as opõe.

Fixada as bases conceituais acerca da mediação e dita sua importância para a justiça restaurativa, nos resta adentrar na sua objetivação prática.

7.2.3 O Instrumento Chamado Mediação

Foi dito que a justiça restaurativa é instrumento alternativo de solução de conflitos derivados de culturas nativas, especialmente aborígenes e maoris, que ganhou forma de política criminal a partir da década de 1970.

A mediação, como já ficou claro, teve especial importância na disseminação da ideia de restauração caracterizando-se pela intervenção mínima do judiciário.

Passados alguns anos desde a instituição dos primeiros programas é possível identificar três formas de mediação mais utilizadas pela justiça restaurativa. São eles a mediação entre vítima e o infrator, a reunião de família e os grupos de sentença

Na verdade, embora todos tenham forma de mediação, apenas no primeiro deles se vê de forma explícita, ficando implícito nos outros dois modelos restaurativos.

É no artigo Justiça Restaurativa – Processo Possíveis, lição de Silvana Sandra Paz e Silvina (2005, p. 125 a 134), que está sintetizada tais formas de restauração.

A primeira delas, mediação entre a vítima e o infrator, Sandra Paz e Marcela Paz ensinam que se “oferece uma oportunidade à vítima de reunir-se com o infrator num ambiente seguro e estruturado. Acompanhados por um mediador, ambos têm a possibilidade de construir um plano de ação para abordar o conflito e resolvê-lo”.

Hoje existem por volta de 800 projetos de mediação vítima-infrator alocados somente na Europa e no Estados Unidos que estão se mostrando efetivos na redução do medo da vítima e são grandes as probabilidades do acordo ser cumprido pelo criminoso.

Outra forma de justiça restaurativa a que aduzem as professoras é o encontro ou reunião de família ou grupo comunitário.

Nesta forma há uma mediação que não reúne apenas vítima e infrator, mas envolve todo o grupo que está em torno deles, isto é, família, amigos e pessoas importantes para ambos.

O grupo formado é responsável por administrar e superar as consequências da transgressão e, segundo Sandra Paz e Marcela Paz, “os objetivos do encontro são: envolver a vítima na construção da resposta ao delito; conscientizar o infrator a respeito da maldade de seus atos e vincular a vítima e o infrator à comunidade”.

Trata-se de técnica adaptada da cultura dos nativos neozelandeses maori e tem sido utilizadas na Austrália, Estados Unidos, África do Sul e Europa, embora adaptadas às realidades socioculturais de cada local.

O certo é que o envolvimento de pessoas especiais para os envolvidos tem tido um efeito extremamente satisfatório.

Por fim, o tratado de paz ou grupos de sentença forma o terceiro meio de justiça restaurativa com ampla disseminação. A mediação neste sistema busca um consenso compartilhado entre todos os envolvidos no procedimento.

Segundo as estudiosas “é um processo estruturado para gerar um consenso compartilhado entre membros da comunidade, vítimas, advogados das vítimas, infratores, juízes, fiscais, conselhos de defesa, polícia e funcionários da justiça”.

É possível notar neste modelo uma intervenção maior do judiciário do que nos modelos de mediação vítima-infrator ou grupos familiares e isso se justifica pela sentença ser um instrumento nato deste poder.

A grande abertura que se dá é que se elabora um plano de sentença que busca adequar as demandas e inquietudes de ambas as partes, envolvendo toda a estrutura de reação ao delito.

“Os objetivos são: promover a recuperação de todas as partes afetadas, gerar uma responsabilidade compartilhada para encontrar soluções duradouras, e construir um ambiente comunitário” (Sandra Paz e Marcela Paz, 2005, p. 127).

A sentença que se promulga é baseada em um acordo mediado que objetiva fixar bases de como o criminoso procederá com a reparação do dano que causou.

Este modelo se desenvolveu nos Estados Unidos e, mais recentemente, foi importado pela Argentina para ser utilizado contra os crimes de abuso sexual.

Visto as três formas mais disseminadas de justiça restaurativa fica conclusivo que a mediação é o atributo que tem mais influenciado nas práticas restaurativas, tendo em vista que, mesmo de forma pouco expressiva, é através dela que se chega a um consenso.

O que não pode ocorrer é a confusão entre mediação e conciliação. Esta é técnica retributiva de recomposição utilizada no Brasil em face dos delitos de pequeno potencial ofensivo definido na Lei 9.0995 de 1995.

Embora mediação e conciliação concentrem seus esforços na obtenção de um acordo, esta última é, mesmo que de forma travestida, instrumento de desafogo do judiciário não havendo qualquer intenção de reconhecimento ou revalorização entre as partes.

Sem procrastinar nesta distinção Leonardo Sica (2007, p. 48) elabora tabela distintiva que elucida qualquer dúvida a respeito.

	Mediação	Conciliação
Visão do Conflito	É uma relação entre pessoas que deve ser gerida de modo construtivo.	É um problema que deve ser resolvido.
Resposta Ideal ao Conflito	Facilitar o diálogo através do reconhecimento das emoções e dos valores.	Propor um esboço de acordo e orientar a discussão sobre os elementos comuns, de modo a maximizar a vantagem para todos.
Objetivo	Potencializar a capacidade	Solução negociada do

	das partes de gerirem os efeitos do conflito.	conflito.
Papel do Mediador (Terceiro Neutro)	Secundário: as partes são consideradas em condição de gerir as consequências do conflito de modo duradouro.	Diretivo: o conciliador é o expert que conduz o processo de resolução do problema.
Atividade do Mediador	<p>Explica o conceito de mediação, esclarecendo que o acordo é só uma das possibilidades resultantes da mediação</p> <p>Deixa que as partes discutam se é isso que querem.</p> <p>Encoraja um exame do passado como um modo de permitir o reconhecimento do outro.</p> <p>Encoraja a expressão das emoções como elementos úteis ao processo mediador. Focaliza sua atenção sobre as relações entre as partes.</p>	<p>Explica que o objetivo é alcançar um acordo, estabelece as etapas para tal fim e define as regras básicas. Pode propor um esboço de acordo.</p> <p>Dirige a discussão para as questões que mantêm mais fins úteis para o acordo.</p> <p>Desencoraja as partes a falarem do passado, focalizando, ao invés, o presente e seu futuro – como resolver o problema posto à mesa.</p> <p>As emoções são vistas como estranhas ao processo de resolução dos conflitos e desviam deste. O conciliador procura evitar exibição emocional.</p> <p>Focaliza a atenção sobre o problema e a sua solução.</p>
Definição de Sucesso	Bem-estar das partes e aumento de sua capacidade de gerir as consequências do conflito.	Acordo assumido pelas partes.

O quadro é autoexplicativo e, embora se possa tecer alguns comentários entre cada uma das diferenças, resta claro que o objetivo da conciliação é eminentemente prático, enquanto a mediação traz consigo um aporte social.

Sem mais delongas, segue o estudo da mediação como técnica da justiça restaurativa apontando seus termos práticos e sua viabilidade como reação ao microcrime.

Para que um encontro seja considerado restaurativo devem ser observadas inúmeras questões, formando um elenco de requisitos inerentes a todas as matérias jurídicas que usam a justiça restaurativa como meio de solução de conflitos.

Atentos a valores fundamentais Mashall, Boyack e Bowen (2005, 269 a 280) elencam os requisitos caracterizadores da justiça restaurativa sendo que seu estudo facilitará a justificativa da mediação como meio de restauração de conflitos.

Pois bem, de início, deve ficar claro que o procedimento restaurativo deve ser guiado por terceiros competentes e imparciais. No âmbito penal este papel é reservado ao mediador que deverá ser sempre uma pessoa neutra e confiável, além de passar confiança e esforço para as partes na busca da restauração.

Ensinam Marshall, Boyack e Bowen (2005, p. 269 a 280) que “um processo não é restaurativo se os facilitadores não asseguram que os desequilíbrios de poder serão tratados apropriadamente e que as interações entre as partes serão efetivamente facilitadas, ou se os facilitadores impuserem opiniões ou soluções aos participantes ou permitirem a qualquer outra parte fazê-lo”.

Na ideia de gestão comunicativa que defende a mediação, a nomenclatura de “facilitador” dada ao mediador é de extremo acerto, pois a função é justamente a de facilitar, mediar um diálogo de aproximação das partes envolvidas no delito.

Seguindo adiante, temos a exigência inclusiva e colaborativa no procedimento restaurativo. Por esta vértice da mediação as partes devem sentir-se livres para se expressar e resolver o desarranjo social, portanto não pode haver nenhum controle quanto as expressões e o silêncio dos interessados.

Ora, não há negociação de uma só pessoa, muito menos impondo certas condutas. O encontro mediado deve ser espontâneo e deixar à vontade seus participantes para que exponham suas emoções e trabalhem em conjunto para a solução do problema.

Para que haja este conforto em se expressar devem as partes estar de forma voluntária no procedimento restaurativo.

A voluntariedade exigida no confronto vítima-infrator pode ser considerada o cerne da justiça restaurativa, pois está se falando de uma gerência de resolução de conflitos e isto requer sensibilidade e conforto de ambas as partes já

que participação coagida impossibilitaria um acordo o qual passaria a ser, neste caso, uma imposição. Consoante a isto é a lição de Leonardo Sica (2007, p. 55):

Trata-se de requisito fundamental, pois é ele que vai caracterizar o aspecto preventivo geral da mediação como reação penal, pois a participação livre e consentida expressa um sentimento de confiança no ordenamento e de reconhecimento da mensagem normativa muito maior que aquele efeito ilusório derivado da ameaça de pena

Sem dúvida alguma é taxativo dizer que se a participação de alguma das partes na mediação não for voluntária, esta alternativa deve ser descartada e o judiciário deve intervir com sua formalidade.

Por tratar de assuntos de extrema intimidade exige-se o requisito da confidencialidade sobre aquilo que for tratado na esfera da mediação.

Para Sica (2007, p. 56) “a confidencialidade é o elemento de garantia para, no caso de mediação infrutífera, evitar que os fatos debatidos naquela sede possam ser usados em juízo, a não ser que as partes consintam para tanto”.

Assim, o sigilo deve ser encorajado, embora nunca absoluto tendo em vista que em alguns casos haverá envolvimento éticos, legais ou culturais que extrapolam o interesse dos envolvidos e agrega-se ao interesse social.

No entanto, em tudo que disser respeito à intimidade e atos que possam se reverter em prejuízo para alguma das partes deve haver garantia de confidencialidade.

Seguindo adiante, o procedimento restaurativo deve estar adequado à realidade cultural local. Em outra oportunidade foi dito que as medidas restaurativas tem sido utilizadas em várias sociedades, mas de forma adequada a suas realidades e isso confirma o que se busca no reconhecimento das convenções culturais.

Em verdade, não é possível submeter a um ambiente de diálogo e negociação pessoa que encare a questão como uma violação de seu foro de convicção, pois seria uma afronta a si e à restauração infrutífera.

Se estiver tudo adequado até este ponto deve ser fomentada nas partes a ideia de que uma relação em diálogo ajuda a esclarecer o dano sofrido e as necessidades surgirão como resultado.

Para Marshall, Boyack e Bowen (2005, p. 269 a 280) “o processo não é restaurativo caso se preocupe com a imputação de culpa ou vergonha em vez de abordar as consequências humanas do incidente, especialmente para a vítima; ou se for focado somente em compensação monetária sem considerar o valor da reparação simbólica, por exemplo, os pedidos de desculpas”.

Enfocar a necessidade do diálogo deriva do objetivo da justiça restaurativa em criar uma relação entre vítima e infrator no intuito de reestabelecer a paz social.

Outro requisito é a exigência de respeito autêntico entre as partes.

Tal necessidade deveria aparecer apenas implicitamente, já que o respeito deve estar imiscuído em qualquer relação humana. No entanto, as ofensas podem emergir em razão da condenável atitude que leva à mediação penal.

Para o bom andamento da mediação, as partes devem agir com decoro, isto é, não se envolvendo em abusos ou desacatos. O procedimento de mediação exige que as partes falem e deixem falar sempre por um equilíbrio pautado no respeito mútuo.

Ao longo do capítulo foi dito que o discurso vitimista influenciou nas bases fundamentais da justiça restaurativa e é dele que vem a exigência de que a mediação valide a experiência da vítima.

Por este requisito “os sentimentos, danos físicos, perdas e as ponderações da vítima devem ser aceitos sem censura ou crítica. O mal feito à vítima deve ser reconhecido e a vítima absolvida de qualquer culpa injustificada pelo acontecido” (Marshall, Boyack e Bowen, 2005, p. 269 a 280).

Por vezes, afirmou-se ser a vítima o centro da justiça restaurativa sendo a ela destinados os esforços de reparação que restaurem a situação em face do dano sofrido.

Não está se ignorando a responsabilidade do criminoso e a necessidade de recuperá-lo, mas há uma realocação da importância da vítima que passa a ter seu bem estar como finalidade essencial da restauração.

Sem contar que o reconhecimento do próprio infrator dos maus sentimentos causados à vítima é parte do processo de arrependimento e, conseqüentemente, de sua recuperação.

Partindo para os esclarecimentos finais, devem ser observadas na mediação as obrigações inerentes ao infrator. Ocorre que este é um procedimento voluntário, então as obrigações devem estar bem postas e servirem como um convite ao criminoso para se redimir com a vítima e com toda a comunidade, libertando-o de todo mal causado.

Ao contrário da justiça retributiva, que é baseada na reação contra fatos ocorridos no passado, a justiça restaurativa visa, por meio da mediação, atender às necessidades presentes e futuras objetivando reintegrar e recuperar o criminoso e sanar o dano da vítima.

Sica (2007, p. 53 a 56) sintetiza todo o exposto elaborando requisitos genéricos das mediações promovidas em todas as matérias que se valem da justiça restaurativa e requisitos específicos que qualificam a mediação penal:

Existem características comuns às mediações promovidas em todos os âmbitos: (i) a intervenção de terceiros imparciais na função de facilitadores, (ii) o envolvimento das partes em conflito, (iii) o consenso das mesmas às atividades de mediação e (iv) a natureza extrajudicial.

[...]

Os requisitos para qualificar a mediação penal são: (i) voluntariedade; (ii) confidencialidade e oralidade; (iii) informalidade; (iv) ativo envolvimento comunitário; (v) autonomia em relação ao sistema de justiça.

De forma direta e sucinta o criminalista paulista elenca o rol necessário que dá validade às mediações e coloca em prática as técnicas de justiça restaurativa e é justamente em termos práticos que deve se seguir o estudo.

7.2.4 Formas de Mediação

Para falar em técnicas, primeiramente, deve ser esclarecido que existe uma forma direta e outra indireta de realizar a mediação. A primeira consiste no encontro entre vítima e infrator diante do mediador no qual se desenvolverá a aproximação entre ambos e a solução do caso.

Já na mediação indireta não há o encontro entre vítima e infrator, mas o mediador fica responsável por desenvolver o diálogo a distância entre ambos até que se promova um encontro ou que mantenha a conversação até que se chegue a uma solução.

Ser vítima de um delito pode despertar temores e uma repulsa irreversível a quem sofre o dano e daí a necessidade de se viabilizar a medida indireta de mediação, pois através desta técnica evita-se a revitimização.

Por revitimização deve-se entender como o temor da vítima em encontrar novamente aquele que lhe impôs um mal.

No entanto, defende Sica (2007, p. 58 e 59) que para ocorrer a mediação, seja ela direta ou indireta, é necessário seguir um roteiro que tem início com o envio do caso pela autoridade jurídica competente para o âmbito da mediação.

Recebido o caso, incumbe ao mediador preparar a mediação estabelecendo contatos com vítima e infrator prestando-lhes informações e colhendo o consentimento de participação.

Aceitando as partes a participarem, dar-se-á início as sessões de mediação que, como dito, podem ser diretas, havendo encontros e diálogos pessoais, ou indiretas, quando o mediador promoverá o diálogo a distância.

No caso da mediação direta, o encontro divide-se em fases sendo elas: “1) exposição de algumas considerações introdutivas pelo mediador; 2) narrativa da experiência vivida pela vítima e reconstrução do fato pelo autor; 3) esclarecimento

do desenvolvimento dos fatos e encorajamento à compreensão recíproca das emoções provocadas pelo crime; 4) análise do tipo de danos sofrido pela vítima; 5) formalização de um acordo escrito de reparação (ou conciliação e; 6) considerações conclusivas do mediador” (Sica, 2007, p. 59 e 60).

Por fim, envia-se o caso ao judiciário como forma de monitorar o êxito da mediação. Restando infrutífera, a autoridade competente promove a denúncia e o processo segue no âmbito da justiça comum.

Mark Umbriet elaborou quadro com as etapas para a mediação apresentando os passos inerentes a cada um. Trata-se de sintetização trazida por Grazia Mannozi, citada na obra de Leonardo Sica (2007, p. 58 e 59, grifo nosso)

	Descrição do Modelo Geral de Mediação
I. Recebimento do Caso	<ul style="list-style-type: none"> - tomada de competência sobre o caso. - coleta e análise das informações relativas ao contexto em que se desenrolou o conflito.
II. Preparação para Mediação	<ul style="list-style-type: none"> - aquisição de informações ulteriores por meio do contrato com as partes em conflito. - explicação direta às partes do significado e o iter da mediação. - colheita do consenso à participação. - programa das sessões de mediação. - individualização da estratégia a ser utilizada para conduzir a mediação.
III. Condução da Mediação	<ul style="list-style-type: none"> - considerações introdutivas pelo mediador. - narração da própria vivência pela parte ou por quaisquer das partes. - identificação dos pontos da questão e dos interesses encobertos das partes em conflito. - formulação de diversas opções para a reparação/reconciliação. - alcance de um acordo formal, eventualmente rubricado pelas partes.
IV. Follow-up (Monitoramento)	<ul style="list-style-type: none"> - considerações conclusivas da parte do mediador. - valoração da conformidade da conduta restaurativa ao acordo de reparação rubricado pelas partes. - verificação do nível de satisfação das partes.

Em que pese tenha se afirmado pela informalidade da mediação como forma alternativa ao processo para resolução de conflitos, faz-se necessária uma organização procedimental para que se garantam os objetivos traçados pela justiça restaurativa.

Além do mais devem ser observadas garantias, ainda que mínimas, para as partes como o sigilo, a voluntariedade, a não revitimização, imparcialidade do mediador, dentre outros.

Tendo este panorama geral de como se dá a justiça restaurativa, vale adentrar numa perspectiva mais abstrata que decorre da influência trazida pela mediação com uma abordagem sobre a gestão comunicativa, expectativas das partes, mediação como forma de integração social e reação à inflação legislativa para só então fazermos uma última análise sobre ser possível ou não valer-se de tal técnica em substituição ao processo.

7.2.5 Considerações Gerais Sobre Mediação

Fixadas as linhas gerais do procedimento de mediação, é possível notar que há na justiça restaurativa uma verdadeira gestão comunicativa para que se atinjam os objetivos propostos.

A política criminal atual fundamenta-se na equação que tem a aplicação da pena como reação a uma ocorrência fática tipificada como delito, ou seja, conduta mais fato típico é igual a pena (conduta + fato típico = pena).

Este sistema é por demais simplório já que configura uma construção estática e mecânica e, embora aceito, é inflexível por ignorar uma valoração social do comportamento e meios alternativos de solução do conflito.

Há, portanto, uma falta de comunicação em prol, única e exclusivamente, da reação mecânica que atende apenas a preceitos imediatistas e ultrapassados justificados somente na pena.

Para Leonardo Sica (2007, p. 66) este déficit comunicativo “transforma-se num curto-circuito normativo quando o direito penal foca sua mensagem

normativa na pena: a mensagem transmitida está contida no preceito, mas o meio de comunicação escolhido é a consequência do descumprimento do preceito, ou seja, utiliza-se apenas uma parte, para comunicar a validade do todo”.

Confirma Sica a deficiência comunicativa na reação ao delito e daí que se sobrepõe a mediação como forma de restaurar a comunicação perdida e não ter a pena como única via de reação ao delito.

Christa Pelikan, valendo-se da lição de Luhmann, leciona que a norma penal tem como uma de suas funções “fornecer ao potencial queixoso/parte ofendida uma forma ou meio de comunicação que possa ser usado para assegurar os seus interesses” (Sica, 2007, p. 66).

Desta forma, tendo em vista que a vítima não pode reagir à ofensa com uma nova violência já que sua conduta está limitada pela norma penal, poderá utilizar-se da mediação como uma via comunicativa alternativa sendo que haverá uma confirmação da perspectiva da norma penal na estabilização social, objeto inalcançável pela reação estritamente punitiva. É neste sentido a lição de Sica (2007, p. 67), influenciado por Pelikan:

Por fundar-se na gestão comunicativa do conflito, a mediação pode agir como fator de estabilização social, como instrumento de veiculação do consenso. Nessa perspectiva, o ofício de mediação surge como esfera pública onde produz-se reconhecimento recíproco entre as pessoas, propagado sobre a forma de discurso; esclarecimento e confirmação de reivindicações legítimas geradas ao redor de expectativas normativas transmitidas pela lei, de forma muito mais concreta e palpável do que poderia fazer uma sentença penal condenatória confirmada apenas muitos anos depois. Christa Pelikan reafirma que ‘a mediação vítima-agressor ou outros procedimento de justiça restaurativa podem transmitir a mensagem de que a reivindicação legítima da vítima é apoiada pela sociedade’, sem, ainda, constituir-se numa justiça centrada nos ofensores, nem centrada só nas vítimas, pois ‘todo o esforço e ideias subjacentes almejam ir além da orientação para o agressor e além da orientação para a vítima. É sobre interação, é sobre trabalhar em conjunto para alcançar a compensação, por vezes até a reconciliação, é sobre esforçar-se para resolver as questões que resultaram do crime’

Em resumo, a gestão comunicativa como meio formador da mediação é nada mais do que um esforço comum para que se restabeleça uma ordem de equilíbrio entre vítima e infrator atendendo aos anseios da comunidade.

Com isto, aqueles que se submetem a um procedimento de justiça restaurativa cunhada na mediação cria perspectivas que derivarão de uma gestão de comunicação presidida pelo mediador.

Especialmente no enfoque da vítima deve lhe ser atribuído o empoderamento, já apontado como um dos requisitos da mediação penal.

Lembre-se que por este devolve-se à vítima sua autonomia e autodeterminação tendo em vista que o delito lhe impõe um verdadeiro descontrole sentimental e social.

Na lição de Sica (2007, p. 68 e 69) justifica-se este requisito, pois “no estudo da chamada questão criminal, atualmente, não pode desprezar da necessidade de abater o sentimento de insegurança dos cidadãos. Insegurança que, no entanto, não pode ser concebida como resultado único e direto da ausência ou fraqueza da repressão estatal, tal como propagam o senso comum e os discursos midiáticos”.

A vitimização já é inerente de cada cidadão numa perspectiva de grande insegurança em que se vive, portanto deve imperar a ideia de sobrepor o sentimento de autonomia e autodeterminação para que se possa viabilizar a mediação e ocorrer uma revitimização.

Prova desta centralização da vítima, é que a boa técnica de mediação propõe que a vítima escolha quem será o primeiro a falar no encontro, ela ou o infrator, no intuito de fazer equilibrar o lado emocional que, notadamente, vem abalado naquele que sofreu o dano.

André Goma de Azevedo, no artigo O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa (2005, p. 135 a 162) trata o empoderamento como um dos escopos da mediação no intuito de causar uma humanização do conflito que tem início em meio a uma total empatia. É sua colocação:

Naturalmente, ao se desenvolver, na mediação, a comunicação acerca das questões controvertidas a relação entre as partes aos poucos começa a ser restaurada ou estabelecida em patamares aceitáveis por estas. Nesse sentido, cumpre frisar que compete exclusivamente às partes (re)construir esta relação na medida em que estabelecem adequada comunicação.

Pode-se afirmar que a mediação aproxima-se de uma resolução em bons termos quando as partes começam a se comunicar diretamente sem se referirem ou se reportarem ao mediador. De igual forma, constatam-se alterações no tom de voz e na postura corporal que passam a ser mais suaves. Ademais, consta-se que as percepções negativas quanto ao conflito e a parte com que se está interagindo passam a ser mais positivas com planos de médio ou longo prazo sendo debatidos entre as partes.

Evidencia-se a expectativa relacional através da mediação com especial atenção à reparação sentimental e material da vítima.

A simplicidade das colocações em relação à mediação podem dar uma ideia de “direito fraco e mitigado”, porém, conforme explica Giuseppe Mosconi, “é uma impressão equivocada, pois a flexibilidade da mediação se funda essencialmente na constatação de que estamos diante de uma realidade sempre mais complexa, que não pode ser governada e reduzida, segundo a hipótese de Luhmann, pelo instrumento jurídico, mas requer, mais do que tudo, uma extrema flexibilidade do direito em relação à complexidade social” (Sica, 2007, p. 76 e 77).

É nesta flexibilidade que se atribui uma informalidade mitigada que faz emergir o ressurgimento da vítima como centro da mediação e não mero instrumento de prova.

Por sua vez, ganha destaque na justiça restaurativa uma garantia atribuída na justiça retributiva, qual seja, a proporcionalidade.

Nos procedimentos de restauração, ao contrário dos de retribuição, há característica de se basear na responsabilidade, pois esta surge das rodadas de negociações ocorridas pelos encontros entre vítima e infrator na busca de uma solução pacífica para ambos.

Ensina MylénneJaccoud (2005, p. 163 a 188) que os partidários da justiça restaurativa não simpatizam com a ideia da utilização da proporcionalidade na mediação em razão da subjetividade que caracteriza o procedimento. Em razão disto tal modelo alternativo tem sofrido críticas conforme citado pela autora.

Na realidade, nessa linha são feitos dois tipos de críticas ao modelo da justiça restaurativa: o fato de que uma causa pode receber um tratamento mais suave em um modelo restaurativo, ou que ele pode receber um

tratamento mais severo. Eventualmente, o debate sobre a proporcionalidade (ou sua ausência dela do modelo da justiça restaurativa) remete à questões de justiça e igualdade de tratamento.

Segue a canadense lecionando que em reação a tais críticas alguns modelos de justiça restaurativa, notadamente no Canadá, impõe ao mediador que as negociatas havidas na mediação não podem extrapolar medidas previstas na lei fazendo com “estas disposições restringem a subjetividade das partes, sem anulá-la completamente”. Há uma “reparação razoável” limitada pela lei.

Não há como ignorar a proporcionalidade que, além da questão legal, é garantia de igualdade entre as partes.

Assim como o empoderamento é característica indispensável à justiça restaurativa, deve ser também a proporcionalidade como forma de garantia especialmente ao infrator.

Vale o reforço, a proporcionalidade garante ao criminoso os limites da mediação, bem como a igualdade com a vítima que já tem elevada atenção na justiça restaurativa por ser o centro do objetivo da restauração.

Fica claro que é na figura do mediador que devem recair as observâncias de garantia e formalidades da justiça restaurativa e sua atuação já foi exaustivamente tratada, porém, é passível de questionamento quem seria e qual a formação ideal para ocupar a função.

O mediador é comumente tratado como facilitador e não tem poder nenhum sobre as partes, mas é sua função reconstruir o espaço comunicativo quebrado pelo delito e ajudar vítima e infrator a encontrarem uma interpretação comum a respeito do fato que os levem a superar o conflito (Sica, p. 69 a 72).

É possível identificá-lo como representante da comunidade que sofreu, secundariamente, com o fato criminoso, bem como um auxiliar das partes para a resolução do conflito.

Há quem entenda não ser de boa técnica ser o mediador um profissional da área jurídica, pois estaria viciado nas formalidades legais que

regulam o processo comum sendo, portanto, incompatível com a informalidade exigida na justiça restaurativa.

Outros postulam pela ideia de que deverá ser o mediador profissional que saiba lidar com o envolvimento emocional que a mediação faz emergir e que deva ser, preferencialmente, pessoa que conheça a realidade local da comunidade onde o fato ocorreu, pois a restauração, além de envolver a vítima, deve ser destinada a restituir a paz social local.

A verdade é que independente de como deva ser a profissionalização do mediador, este deve estar preparado para atuar em um ambiente conturbado. Goma Azevedo (2005, p. 135 a 162) bem explica esta situação:

Iniciada a manifestação das partes, caso uma venha a interromper a outra ou caso seja utilizada uma linguagem agressiva, o mediador deverá com firmeza e tato manifestar-se para que não haja outras interrupções e para que a comunicação se desenvolva construtivamente. Nesta fase, a principal preocupação do mediador deve ser em transformar comunicações ineficientes (prévias à mediação) em eficientes e construtivas manifestações de interesses e necessidades. De acordo com o modelo espiral de Rubin o conflito responde a círculos viciosos (ou virtuosos) de ação e reação. Considerando que cada reação em regra é mais severa e intensa do que a antecedente, uma reação agressiva tenderá a produzir uma reação ainda mais agressiva, o que por sua vez proporcionará nova ação ainda mais agressiva – produzindo-se assim o círculo vicioso denominado de espiral de conflito destrutiva. De igual forma, quando há eficiente participação do mediador nesta fase, as partes são estimuladas a agirem de forma construtiva ao fazerem uso de linguagem neutra e não agressiva. Como resultado, essa ação produz uma reação construtiva que por sua vez proporciona nova ação ainda mais construtiva – produzindo-se assim um círculo virtuoso denominado de espiral de conflito construtiva.

Para bem gerir as ações e reações, deverá o mediador estar preparado para que ele próprio não exceda nas suas atribuições e o encontro da mediação descambe para uma piora da situação com a revitimização ou uma antecipação de culpa ao infrator.

Desta forma, independente da formação que tenha, o mediador deve passar por um processo de formação e, se possível, de estágio supervisionado para que se depare com as situações e puerpérios decorrentes da informalidade na justiça restaurativa.

Não obstante, o foco social obriga o mediador a fazer com que a mediação seja uma forma de integração social.

Corolário a isto, Heinz Messmer e Hans-Uwe Otto (Sica, 2007, p. 75) enfocam a mediação como forma integrativa no declínio de valores tradicionais.

Vista da perspectiva da integração social, então, a mediação é mais do que uma maneira de intervir para manter a ordem ou restabelecer a paz soa a lei: sua expansão na prática judicial pode estabelecer novas atitudes na direção do comportamento criminal, tanto nos controlados quanto nos contradores.

Por este objetivo no direcionamento da prática criminal, Grazzia Mannozi (Sica, 2007, p. 75 e 76) entende que a mediação não deve ter sua história restrita às culturas antigas mais simples, mas sim ser encarada como um “modelo realmente secularizado de pensar a justiça e, mais ainda, um método democrático de confrontar a complexa dinâmica das relações sociais”.

Theodomiro Dias Neto (Sica, 2007, p. 76) defende que sejam criados pelas sociedades pós-modernas “espaços públicos de liberdade onde o poder possa ser questionado e os temas relevantes possam adquirir visibilidade e ser objeto de deliberação coletiva”.

Não se trata de uma ideia inovadora, tendo em vista as experiências gregas dos períodos da implementação da democracia, porém o foco dado por Dias Neto é no sentido de tratar os problemas por meio de mediações prévias e não através do uso da força e da violência.

Ocorre que na sociedade moderna há um distanciamento entre as pessoas que inviabiliza soluções prévias neste sentido. Em grandes centros urbanos, para que seja possível uma política pública neste sentido, seria necessário modernizar os espaços públicos talvez tornando-os virtuais.

Hoje, o papel da mediação como forma de integração social acaba tendo espaço apenas após a ocorrência dos fatos danosos, sendo certo que a mídia é uma grande responsável por discutir e disseminar tais ideias, embora nem sempre da forma correta ou mais bem intencionada.

Desta forma, resta apenas a possibilidade mais imediata da mediação pós delito que é a que foi externada até este ponto. Além disto, a intenção de reintegração do infrator e a restauração da vítima mostram que há uma preocupação integrativa elevando ao máximo a intenção de maturar boas relações sociais.

Não bastasse tudo o que foi dito, para Leonardo Sica (2007, p. 77)

Há outro fator a ser ponderado, a inflação legislativa penal, que resultou na sobrecarga de trabalho para as agências judiciais, fez surgir uma forte pressão para a implementação de mecanismos processuais evasivos inócuos ou medidas meramente deflativas (transação penal, p. ex.) e impulsionou movimentos pontuais de despenalização e, em menor escala, de descriminalização, mal planejados, os quais, em geral, apenas retiram certas situações do âmbito do controle público, remetendo-as para um vazio e, por isso, não satisfazem as necessidades de regulação social dessa sociedade complexa e conflitiva, como, em tese, pode fazer a mediação.

Traz o estudioso a mediação como alternativa ao que fora estudado no capítulo passado, não deixando apenas ao encargo dos operadores do direito em procurar vias alternativas para a má atuação legislativa.

Para evitar repetições desnecessárias, agrega-se à solução proposta por Sica junto as que vem sendo adotadas nas soluções processuais, especialmente quanto aos delitos de menos impacto, como a aplicação da intervenção mínima, da insignificância, dentre outros.

De tudo o que fora exposto, a grande questão que surge é se a mediação tem força e atributos para substituir um processo regulado legalmente.

Marshall, Boyack e Bowen (2005, p. 269 a 280) observam que há limitações ao processo restaurativo:

A Justiça Restaurativa não é um substituto para o sistema de justiça criminal; é um complemento. Não se pode esperar que atenda todas as necessidades pessoais ou coletivas dos envolvidos. Os participantes devem ser informados sobre como os processos restaurativos se encaixam no sistema mais amplo de justiça, quais expectativas são apropriadas para o processo de justiça restaurativa, e como os resultados restaurativos podem ou não ser levados em consideração pelo tribunal.

Bernd Schünemann (apud Sica, 2007, p. 78) leciona que “os pré-requisitos para que a restituição ocupe o lugar da punição são, entretanto, não um problema de processo, mas da lei penal substantiva”, portanto, embora se tenha dito que a mediação é autônoma, ela deve estar limitada aos preceitos penais de modo que isto influí diretamente na via processual, meio por excelência de aplicação do direito substantivo.

A este respeito explica Sica “que a mediação deve ser compreendida como uma reação penal autônoma, cujo êxito impede a legitimação do exercício do poder punitivo, que inicia-se com a instauração dos procedimentos penais judiciais. Contudo, a concepção da mediação indica mais para um modelo integrado de ciências penais, reconhecendo as necessárias imbricações entre direito penal e processo penal”.

Em reforço, quando explicado a forma procedimental da mediação viu-se que quem remete a esta via é justamente a autoridade jurídica responsável, ou seja, há um roteiro processual que, por entender mais adequada a mediação, lhe oportuniza ao menos tentar a restauração.

É grande a doutrina e também não há como pensar de forma diversa que a mediação, bem como procedimentos de justiça restaurativa como um todo, são medidas prévias ao processo judicial.

Há inúmeras implicações, boas e críticas, que ainda poderia se falar a respeito de mediação e justiça restaurativa.

No entanto, realizado um lineamento geral já é possível tecer sua aplicação como forma de reação à microcriminalidade e, para encerrar, é sobre isto que se tratará.

7.3 Justiça Restaurativa Como Medida Alternativa ao Microcrime

Antes de mais nada ficou evidente a complexidade que se alberga acerca da justiça restaurativa e, diante disto, elaborou-se uma divisão em três modelos sendo o primeiro centrado na finalidade, o segundo centrado no processo e um terceiro centrado nas finalidades e no processo.

Trata-se de criação de Mylène Jaccoud (2005, p. 163 a 188) segundo a qual o modelo centrado nas finalidades “está direcionada para a correção das consequências; as finalidades restaurativas são centrais e prioritárias e isto, independentemente dos processos aplicados para atingir este ponto”. Trata-se, segundo Wallgrave (2005, p. 171) da “perspectiva máxima da justiça restaurativa”.

O segundo modelo apresentado é centrado nos processos onde as finalidades restaurativas são secundárias e só o fato de haver negociação já se considera forma de justiça restaurativa.

Este modelo foi inserido no Brasil através da Lei 9.099 de 1995 que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, microcrimes por excelência. No entanto, recebe calorosas críticas por servir de instrumento para, tão somente, desafogo do poder judiciário.

Por fim, o modelo que tem vazão para o processo e a finalidade restaurativa é mais restritivo e está definido através de processos com finalidade restaurativa e negociados.

A este último, refere-se Walgrave (2005, p. 163 a 180), como de “perspectiva minimalista ou diversionista (no sentido de encaminhamento alternativo) e se inscreve nas práticas de mecanismos civis e não de mecanismos jurídicos”.

Sintetizando os modelos explana Jaccoud (2005, p. 163 a 188):

O segundo modelo (modelo centrado nos processos) é o que mais corrrompe os princípios fundadores da justiça restaurativa. Uma justiça

participativa ou comunitária é uma justiça restaurativa se, e somente se, as ações expandidas objetivam a reparação das consequências vivenciadas após um crime. Um círculo de sentenças se insere em um modelo de justiça restaurativa contanto que os membros do círculo recomendem ao juiz a adoção de medidas restaurativas. Um círculo de sentença que recomenda encarcerar o autor do delito (sem a reunião de medidas restaurativas) não é um modelo de justiça restaurativa.

Só o primeiro e o terceiro modelo são modelos de justiça restaurativa. Assim como Walgrave (1999), nós acreditamos que a perspectiva *maximalista* é a mais suscetível para ampliar seu espectro de ação e transformar a racionalidade penal. Ela tem também a vantagem de desfazer a ideia preconcebida que a justiça restaurativa equivale a encontros entre os contraventores e as vítimas e que fora de tais encontros, nenhuma forma de justiça restaurativa é previsível.

Nota-se que o modelo de transação penal adotado no Brasil não se coaduna com as perspectivas restaurativas por ter sua base na perspectiva do cárcere, isto é, através da negociação não se instaura uma perspectiva social, mas apenas a possibilidade de ter um prisioneiro a menos.

Desta forma, a perspectiva de justiça restaurativa que se propõe em reação ao microcrime são aquelas de concepção maximalistas, isto é, voltadas à finalidade ou à finalidade e ao processo.

Modelando uma forma de aplicação da mediação aos delitos de pequena ofensividade é de boa técnica usar o conceito de microcriminalidade apresentado por Sotero Santiago (1996) que trata sob duas perspectivas, uma de baixa periculosidade e outra de média ofensividade.

Pois bem, enquanto se carecer de uma sociabilidade não há como ver muito sucesso na instituição da mediação como alternativa prévia ao processo para delitos de maior gravidade, pois a gana retributiva ainda está encravada na cultura brasileira.

Certo é que as formas de justiça restaurativa estão se globalizando e prova disto é o grande incentivo da Organização das Unidas pela sua aplicação.

Vale observar que todos os artigos científicos consultados foram publicados em obra promovida pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) juntamente com o Ministério da Justiça do Brasil.

Sendo mais enfático, existem alguns documentos elaborados pelas Nações Unidas, mas merece destaque a Resolução 2002/12 de 24 de Julho de 2002 (Anexo 1) onde foram elaborados padrões para o campo da mediação e justiça restaurativa.

Pode ser que no Brasil, a longo prazo, haja uma maior aceitação da técnica e se admita expandi-la aos delitos de médio e até alto potencial ofensivo. Assim tem sido nos países que já adotam há tempos medidas restaurativas.

Delitos violentos ou cruentos dificilmente serão objetos de mediação, mas há uma boa perspectiva aos delitos mais simples e sem contato entre autor e vítima, notadamente os crimes contra o patrimônio.

Mas seria louvável a legitimação de medidas restaurativas, pelo menos, aos delitos de baixa periculosidade como experiência pela aceitação e possível ampliação da medida no futuro.

A criação de centros de mediação com a preparação e a desburocratização que se imiscui o processo pode ser o impulso que falta nas técnicas restaurativas no Brasil e é justamente este o caminho incentivado pela comunidade internacional.

Assim, além dos padrões gerais sugeridos pelas Nações Unidas, poderia se valer das experiências de outros países e adaptar a mediação de forma gradual para que com isto atenda-se a exigível obrigação de *ultima ratio* do processo penal.

Além do caráter técnico e social, há uma perspectiva institucional, pois se evitariam as penas de prisão diminuindo o cárcere que já ultrapassou há tempos seu próprio limite.

Enquanto a justiça restaurativa não toma forma no Brasil, restam apenas institutos burocráticos despenalizantes que em nada contribuem socialmente, mas tão somente pelo desafogo do judiciário. Especificamente, está a se falar da suspensão condicional da pena e das medidas despenalizadoras da Lei 9.099 de 1995, tratadas como benefícios ao réu.

Por serem institutos de prática corrente merecem uma maior atenção como fontes de reação formal ao microcrime.

8 REAÇÃO FORMAL À MICROCRIMINALIDADE

Já se passou pelas formas de reação no processo legislativo, medidas que o judiciário vem tomando e foi proposta a introdução de juntas de mediação no sistema penal brasileiro, porém não se esgotaram as medidas.

Em termos práticos tem havido movimentos nos âmbitos legislativo e judiciário com a finalidade de endurecer o tratamento a crimes mais graves e deixar mais branda a reação aos delitos de menor potencial ofensivo.

Daí surgem os institutos despenalizadores mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a transação penal e a suspensão condicional do processo e a suspensão condicional da pena.

Não há um aprofundamento teórico, mas sim uma visão conceitual e de aplicação prática que lhes dão o status de medidas formais que reagem ao microcrime.

No entanto, primeiramente é preciso deixar claro que tais institutos são reflexos dos movimentos de descriminalização que, segundo Gianpaolo Poggio Smanio (1998, p. 26) “consiste na retirada do sistema de um valor como objeto da tutela penal, reputando esse valor como passível de proteção por outros ramos do direito”.

Fica claro a sobreposição da intervenção mínima do direito penal, porém vislumbra o autor distinção entre os movimentos descriminalizantes e os despenalizadores e de descarcerização.

São despenalizadores processos que continuam a ver como típicos determinados fatos de menor potencialidade ofensiva, mas reduzem a sanção aplicada substituindo-as, por exemplo, por reações detentivas.

Já a descarcerização, explica Smanio (1998, p. 26) “significa a redução ou a extinção da prisão como medida processual cautelar” e conclui o professor:

Enfim, podemos falar que todos esses são verdadeiros processos de desinstitucionalização, ou desestatização, que se consubstanciam em retirar das instâncias formais de controle a resolução de certos conflitos, que passam a ser solucionados pela própria sociedade por meio da regulação social informal.

Em tempo oportuno já foi tratado de tais movimentos em seus aspectos gerais unificando-os como defensores contumaz da atuação em *ultima ratio* do direito penal.

Os institutos de que se irá tratar, embora tenham enfoque eminentemente institucional, são secundariamente modelos de reação a estes anseios de intervenção mínima.

Como se verá, a grande impertinência desta forma de desinstitucionalização é o fato de deixarem de lado a questão social que envolve o crime e fazer disto um instrumento meramente formal.

Para melhor entender segue-se aos conceitos e requisitos dos citados institutos para que se possa, ao final, fazer um juízo de valor sobre sua real e eficaz aplicação.

8.1 Suspensão Condicional da Pena

A suspensão da pena já podia ser observada no direito canônico e no direito romano, porém só ganhou forma próxima ao que se conhece hoje durante os séculos XIX e XX com o desenvolvimento nos Estados Unidos e na Europa, especialmente na França.

No Brasil o instituto começou a ser tratado em 1906 por Esmeraldino Bandeira que não teve êxito na sua colocação legislativa. No entanto, em 1922, sob

o conselho do Ministro João Luís Alves, o Presidente da República na época se mostrou simpático à ideia e, em 06 de setembro 1924, promulgou o Decreto 16.558 regulando a suspensão da pena.

O instrumento foi mantido no Código de 1941 e sofreu algumas alterações com a Reforma de 1984, porém manteve-se inabalável e continua sendo aplicado.

Na busca de uma definição Regis Prado (2013, p. 743) entende que “a suspensão condicional da pena é a suspensão parcial da pena privativa de liberdade de curta duração por determinado prazo, desde que cumprida e observados os requisitos previstos no artigo 77 do Código Penal”.

Já fica claro que a suspensão recai sobre penas privativas de liberdade impostas a delitos de baixa ofensividade tendo em vista que não são sanções que se estendem por um longo período.

Neste sentido, Aníbal Bruno, em sua festejada obra Das Penas (1976, p. 180), leciona que “assim se chama o ato pelo qual o juiz, condenando o delincente primário, não perigoso, a pena detentiva de curta duração, suspende a execução da mesma, ficando o sentenciado em liberdade, sob determinadas condições”.

Nota-se que tanto na perspectiva moderna quanto na desenvolvida no passado há definição eminentemente prática no intuito de não encarcerar aquele que comete delitos apenados com sanções de curta duração.

Em razão desta praticidade, majoritária doutrina tem sustentado a posição de se tratar a suspensão condicional da pena um direito subjetivo do réu, mesmo que concordem estar mantido seu caráter sancionatório já que são exigidas certas condições para que haja o benefício.

Neste sentido, é a docência de Prado (2013, p. 743) na defesa de que “a natureza jurídica da suspensão condicional da pena é questão altamente controvertida (*v.g.*, meio repressivo e preventivo da prática de novos delitos; substitutivo da pena privativa de liberdade de curta duração; causa *sub conditione* da extinção da punibilidade). Havido como direito público subjetivo do réu pela doutrina preponderante, o *sursis* apresenta caráter nitidamente sancionatório”.

Para Aníbal Bruno (1976, p. 180) a suspensão da pena tem natureza de política criminal no intuito de resguardo daquele que se envereda pela marginalidade, mas que não oferece qualquer perigo. Tratam-se de criminosos primários que devem ser resguardados para que não entrem ainda mais no submundo do crime e ensina que:

Desse modo poupa-se o pequeno delinquente à convivência desmoralizadora com outros condenados mais endurecidos no crime, ao regime carcerário de vida e pensamento imobilizados dentro de hábitos disciplinados rigorosamente, que cada vez mais distanciam o sentenciado das necessidades, dos esforços e dos pequenos conflitos da vida livre, atrofiando a capacidade de iniciativa e ação pessoal e assim aumentando o seu desajuste. E busca-se ao mesmo tempo promover, através de um regime de liberdade vigiada, um ensaio de retorno à convivência social.

É da ideia romântica de Aníbal Bruno pela reintegração social que Rogério Greco (2013, p. 208) entende ser “verdadeira medida descarcerizadora, a suspensão condicional da pena tem por finalidade evitar o aprisionamento daqueles que foram condenados a penas de curta duração, evitando-se, com isso, o convívio promíscuo e estigmatizante do cárcere”.

Seja como política criminal ou como benefício subjetivo do réu, a suspensão condicional da pena tem função implícita de desafogar todo o sistema carcerário que vive em meio ao caos.

Esta é, sem dúvidas, uma das mais contundentes críticas ao instituto e, para que se possa entender melhor como se presta a cumprir a função de descarcerização, é preciso ver quais seus requisitos conforme a norma penal, *in verbis*:

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 a 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 E 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.

Como primeiro dos requisitos objetivos há o *caput* do citado artigo cuja exigência é haver condenação a pena privativa de liberdade. Em reforço, o artigo 80 do Código Penal restringe o uso ao prever “a suspensão não se estende às penas restritivas de direitos nem à multa”.

Além disto, a pena imposta não pode ser superior a dois anos, salvo no caso de *sursi* etário ou sanitário, sendo o primeiro benefício em razão da idade e o segundo por razões de saúde que o justifiquem.

Em relação aos requisitos subjetivos, não pode ser o condenado reincidente em crime doloso e sua culpabilidade, antecedentes, conduta, personalidade e motivos se adequarem ao benefício da suspensão.

Não há discussão, se os requisitos forem preenchidos a pena imposta ao réu deverá ser suspensa.

Poder-se-ia questionar pela facultatividade do juiz aos requisitos subjetivos, porém é exigência dos artigos 156 e 157 da Lei de Execuções Penais que se motive a concessão ou a denegação da suspensão no ato decisório, ou seja, se mal justificado é passível a decisão de reforma pela concessão ou não do benefício.

Diz-se que é condicionada a suspensão da pena por haver uma série de imposições ao beneficiário, notadamente aquelas previstas no artigo 78 e 79 do Código Penal.

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48).

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

- a) proibição de frequentar determinados lugares;
- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado.

Pelas condições impostas é possível identificar duas espécies de suspensão condicional da pena, além dos já citados *sursis* etário e por razões de saúde, quais sejam, o a suspensão simples e a especial.

A simples é a suspensão da pena pela imposição de condições estabelecidas pelo julgador, seguindo as bases do §1º do artigo 77 do Código Penal, já a suspensão especial é possível quando há reparação de dano e preenchidos os requisitos gerais subjetivos e objetivos.

Pois bem, feito isto o condenado se submeterá a um período de provas que corresponde ao lapso de dois a quatro anos para a suspensão simples ou especial e de quatro a seis anos para a suspensão etária ou sanitária.

Segundo Regis Prado (2013, p. 748) o período de provas consiste no lapso temporal durante o qual o condenado está obrigado ao cumprimento das condições impostas como garantia de sua liberdade”.

Pelo menos em tese, é durante este tempo que o condenado deverá provar estar em sintonia com a intenção de reintegrá-lo socialmente sendo que há causas que podem revogar o benefício e levá-lo ao cárcere para cumprimento da pena privativa de liberdade imposta.

Dentre os casos de revogação estão, por exemplo, o advento de sentença condenatória irrecorrível por crime doloso e o descumprimento das condições do artigo 78, §1º do Código Penal, além da facultatividade na revogação por descumprimento das condições impostas como um todo.

Pode ainda o prazo da suspensão ser prorrogado no caso de ser o condenado processado por novo crime ou contravenção.

Certo é que uma vez superado o lapso do período de prova sem que tenha sido revogado o juiz extinguirá a pena privativa de liberdade. Este é o sentido

do artigo 82 do Código Penal (Expirado o prazo sem que tenha havido revogação, considera-se extinta a pena privativa de liberdade).

Corolário ao benefício da suspensão condicional do processo está a possibilidade legal em substituir as penas privativas de liberdade por outras restritivas de direito. Assim é a previsão do artigo 44 do Código Penal.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º (VETADO)

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Rogério Greco (2013, p. 144 e 145) ensina que “o artigo 44 do Código Penal elenca os requisitos necessários e indispensáveis para que o juiz possa levar a efeito a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. São requisitos considerados cumulativos, ou seja, todos devem estar presentes para que se possa realizar a substituição. Dois deles, segundo entendemos, são de ordem objetiva (incisos I e II do artigo 44) e o terceiro, de natureza subjetiva (inciso III do artigo 44)”.

Sem mais delongas, a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos se aproxima do interesse prático produzido também pelo benefício da suspensão condicional da pena.

Diz-se interesse prático, pois, na realidade, ambos são instrumentos de desafogo do sistema carcerário. A resposta estatal dada ao delito é tratada por critérios eminentemente técnicos que agradam tão somente ao Estado.

Fica evidente que as críticas tecidas ao longo do trabalho acerca da desconsideração da vítima como elemento base do evento criminoso não são mera utopia. Nota-se uma via legal onde o criminoso é o foco e a finalidade prática é a mecânica processual.

São instrumentos que adequaram seus requisitos para reagir à microcriminalidade, porém todo o contexto social que traz a carga da conduta e a necessidade de restauração da vítima fica à mercê de uma política que faz da burocracia sua forma instrumentalizar medidas que atendam ao Estado.

Incumbe as instituições sociais e aos operadores do direito sensíveis ao problema elaborarem meios de buscar uma restauração social através de medidas aquém do direito.

O ordenamento penal brasileiro não se presta a fomentar medidas adequadas aos reais interesses sociais, mas serve de instrumento simbólico com políticas públicas inócuas.

Prova disto é a edição da Lei 9.099 de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Criminais, que deveria ser uma oportunidade de dar uma nova linhagem legal ao tratamento dos pequenos delitos, mas resumiu-se a servir como mais um meio descarcerizador para o acusado e ignorando o ofendido como principal prejudicado do delito.

Prevê a Lei dos Juizados Especiais Criminais a transação penal e a suspensão condicional do processo como medidas de reação ao microcrime, tratado nesta ordem em sentido estrito, e daí faz valer um estudo mais panorâmico.

8.2 Transação Penal e Suspensão Condicional do Processo

Foi através da Lei 9.099 de 1995 que se instituiu o tratamento para julgamento e execução das infrações consideradas de menor potencial ofensivo.

Lembrando da lição de Sotero Santiago (1996), está sendo regulamentado tratamento direcionado ao que batizou de microcriminalidade em sentido estrito, isto é, aquela que em razão da mínima ofensividade merece reação proporcionalmente baixa.

Na lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (2013, p. 750) é explicado que “a referida lei, cumprindo, aliás, o comando do art. 98, I, da CF, deve ser interpretada no contexto de um movimento despenalizador, ou, ainda mais especificamente, desencarcerizador (tais são os seus propósitos)”.

Mais uma vez emerge a falência do sistema retributivo sendo “o drama causado pelas superpopulações de encarcerados e pelas condições desumanas de cumprimento das penas demonstra o desencanto com as prometidas funções destinadas às sanções penais e a conseqüente falência de todo o sistema punitivo de privação de liberdade” (2013, p. 750).

São válidas as críticas com aquilo que vem se tratando, porém, deixando-a de lado neste momento, é preciso, primeiramente, absorver a postulação técnica que trouxe a Lei 9.099 de 1995.

De início deve ser questionado o que a Lei diz quando se refere ao crime de menor potencial ofensivo. Poderiam ser apresentadas inúmeras posições e técnicas para chegar a um conceito, mas há previsão legal que sepulta qualquer discussão. Neste sentido o artigo 61 da Lei em estudo:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Com caráter eminentemente prático, consideram-se de menor potencial ofensivo todo delito com pena não superior a dois anos e todas as contravenções penais independente da sanção que acarrete.

Nota-se que a praticidade buscada pela regulamentação está em estreita sintonia com o movimento despenalizador e traz à tona as críticas de Pacelli (2013), pois não se emerge o contexto fático das condutas, mas tão somente a incapacidade do Estado em absorver uma reação ao grande número de delitos desta magnitude que ocorrem.

Para que se evite a superlotação do já inchado sistema carcerário, valeu-se o legislador brasileiro do modelo conciliatório através do instrumento da transação penal.

Noutra ocasião, houve a oportunidade de serem esclarecidas as diferenças entre mediação e conciliação, sendo que esta última consistia em algumas peculiaridades que merecem ser lembradas.

Pois bem, na conciliação a visão do conflito derivado da infração é no sentido de que há um problema a ser resolvido e para atingir seu objetivo, ou seja, solucionar o conflito, esboça acordos e orienta a discussão sobre elementos comuns que podem ser vantajoso para todos.

O responsável por conduzir esta solução negociada é um expert em resolução de problemas e a si há a incumbência de dirigir a questão para o acordo.

Uma vez posto à mesa, o problema deve ser encarado sob a perspectiva de presente e futuro, devendo o conciliador desencorajar as partes a remoerem o passado e, além disso, evitar que se sobrelevem as emoções, pois estas são estranhas ao processo e diminuem a chance de acordo.

Desta forma, o foco na conciliação deve ser sempre a negociação e só haverá sucesso se o acordo for consignado.

No sistema adotado no Brasil incumbe ao Ministério Público, se entender cabível, fazer este esboço de proposta que consistirá na oferta pela

aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa. Trata-se da transação penal.

Segundo Smanio (1998, p. 79) “a transação penal é o novo instrumento de política criminal que dispõe o Ministério Público para, entendendo conveniente ou oportuna a resolução sumarássima do litígio penal, propor ao autor da infração de menor potencial ofensivo a aplicação sem denúncia e instauração de processo de pena não privativa de liberdade”.

Diante dos contornos práticos que ganhou a transação penal ao longo dos anos, boa parte da doutrina entende-a como uma forma de discricionariedade regrada mitigando a obrigatoriedade da ação penal. Pacelli (2013), por sua vez, é mais cauteloso a esse respeito.

Ensina o afamado processualista que o princípio da obrigatoriedade da ação penal é direcionado a imposição de penas privativas de liberdade, ou seja, orienta-se por um procedimento condenatório.

As medidas despenalizadoras trazidas na Lei 9.099 de 1995 são orientadas por um processo conciliatório em detrimento da imposição de uma pena privativa de liberdade. Neste sentido segue Pacelli (2013, p. 758)

Partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da inadequação das penas privativas de liberdade, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a imposição de pena privativa de liberdade não será a melhor solução para o caso penal. Por isso, estabelece situações nas quais, preenchendo o acusado determinados requisitos, elaborados a partir da consideração da natureza do crime, da apenação e das condições pessoais do agente, o primeiro passo a ser seguido pelo *parquet* será a propositura da transação penal.

Com a lúcida explicação fica evidente que a lei elabora situações onde o processo condenatório é desobrigado em razão de sua ineficiência, dando espaço, ao menos inicialmente, para um procedimento de conciliação.

Assim sendo, “a transação penal, pois, constitui direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto à

pena a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do artigo 76 da Lei 9.099 de 1995” (Pacelli, 2013, p. 758).

Chega-se, portanto, a conclusão de que há ao réu direito subjetivo a um processo conciliatório quando atendidos os requisitos legais. Se, e somente se, restar infrutífera a tentativa de conciliação é que se emergirá o processo condenatório.

Como dito, está no artigo 76 da lei referida a forma preliminar com esboço de como deve o Ministério Público proceder com a proposta:

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.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º 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.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Não há razão para maiores aprofundamentos, mas deve se ter em mente que uma vez cumpridos pelo réu os requisitos exigidos pela Lei 9.099 de 1995 terá ele direito subjetivo a pelo menos ouvir uma proposta para que a denúncia não seja recebida.

Tanto é assim que incumbe ao juiz fiscalizar a atuação do promotor e, sendo constatada como inadequada, terá de remeter o processo ao Procurador Geral responsável para que atue da forma que achar mais bem adequada.

Há quem vá mais além entendendo que o magistrado pode fazer as vezes do promotor de justiça e oferecer a proposta de conciliação, porém não foi esta a posição admitida pelo Supremo Tribunal Federal que inclusive sumulou orientação pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal.

Uma vez proposta, como já se disse, tem o promotor de justiça ampla discricionariedade para escolher qual, ou quais, sanção privativa de direitos que deverá ser aplicada.

Por ser consensual, a concordância entre as partes deve ser expressa e se houver desacordos passa-se a fase seguinte do procedimento que é o oferecimento da denúncia de forma oral dando regular seguimento ao feito.

Uma vez aceita a proposta, ou contraproposta, já que não está vedada legalmente, esta deverá ser homologada pelo juiz que analisará a legalidade, bem como a aceitação das partes.

Contra a atuação do magistrado será cabível apelação, bem como os remédios do mandado de segurança por parte do Ministério Público ou habeas corpus por parte do réu, a depender do caso concreto.

Vale o reforço de que todo este procedimento ocorre se preenchidos os requisitos legais, caso contrário o Ministério Público oferecerá a denúncia sem qualquer possibilidade de transação.

Ainda na Lei 9.099 de 1995, corolário ao seu intuito descarcerizador, há ainda a possibilidade de se proceder com a suspensão condicional do processo.

Alguns fazem confusão entre transação penal e suspensão condicional do processo por ambos estarem previstos na Lei 9.099/95. No entanto, são institutos independentes entre si e com aplicações próprias.

Segundo Smanio (1998, p. 92) “a transação penal é destinada às infrações de menor potencial ofensivo e não poderá ser realizada se o autor do fato

já houver sido beneficiado com transação anterior no prazo de cinco anos, bem como se já foi condenado anteriormente por sentença definitiva, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade. Ambos são impedimentos da transação”.

Já a suspensão condicional do processo “destina-se aos crimes com pena mínima igual ou inferior a um ano, abrangendo, portanto, mais crimes de infração de menor potencial ofensivo” (1998, p. 92).

Esta é a diferenciação básica, embora existam outras no sentido técnico como implicar ou não em condenação ou servir de análise para os antecedentes.

André Estefam (2012, p. 421) leciona que a suspensão condicional do processo cuida-se “de acordo processual travado entre o acusador e o autor do fato, no qual aquele abre mão de prosseguir uma condenação criminal e este aceita submeter-se ao cumprimento de determinadas condições durante um prazo (período de prova) fixado pelo juiz, ao término do qual haverá a extinção da punibilidade”.

Vale ressaltar que pelo conceito atribuído com excelência por Estefam é de se notar que não há como confundir o instrumento em estudo com a suspensão condicional da pena, objeto de estudo no tópico anterior.

Pois bem, a suspensão condicional do processo tem incidência em infrações com penas não excedentes a um ano, enquanto a suspensão condicional da pena tem âmbito de aplicação sobre condenações a penas iguais ou inferiores a dois anos, por vezes quatro no caso de aplicação etária ou sanitária. Neste, aplica-se com ato da condenação, naquele junto ao recebimento da inicial.

Quanto aos efeitos, na suspensão condicional da pena se suspende a execução de pena privativa de liberdade, enquanto na suspensão condicional do processo há suspensão do processo e prescrição.

Por fim, enquanto o gera a reincidência, a suspensão do processo não gerará.

Sintetizando citadas diferenças, Estefam (2012, p. 423, grifo nosso) apresenta quadro comparativo.

	“Sursis” Processual	“Sursis Penal
Âmbito de incidência	Infrações cuja pena não exceda um ano	Condenações a penas iguais ou inferiores a dois anos (ou quatro excepcionalmente)
Pressuposto	Recebimento da inicial	Condenação
Efeito	Suspensão do processo e da prescrição	Suspensão da execução da pena privativa de liberdade
Reincidência	Não gera reincidência	Gera reincidência

Feitas as distinções preliminares já pode ser observado que a incidência da suspensão condicional do processo exige alguns requisitos e estes estão apontados no artigo 89 da Lei 9.099 de 1995.

Art. 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.

§ 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.

Novamente sem fazer grandes referências aos requisitos, com sua leitura despreziosa já é possível identificar a suspensão condicional do processo como mais um instrumento descarcerizador.

Tanto é assim que recentemente o Superior Tribunal Justiça reconheceu a obrigatoriedade da aplicação da suspensão condicional do processo como direito subjetivo do réu.

Neste sentido é o Informativo 513 do STJ “a suspensão condicional do processo representa um direito subjetivo do acusado na hipótese em que atendidos os requisitos previstos no art. 89 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais”.

Sepultando qualquer discussão a respeito, o Supremo Tribunal Federal estancou entendimento na edição da Súmula 696 segundo a qual “reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas recusando-se o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal”.

Assim sendo, atribui o entendimento ao juiz uma função de fiscalização da legalidade e oportunidade sobre a atuação do Ministério Público dando reforço ao instituto como direito subjetivo do réu.

Isso mostra a intenção cada vez mais acentuada do Estado em se desvincular da responsabilidade retributiva que ele mesmo assumiu e quando presta a faz de forma totalmente ineficaz e desumana.

Com um discurso puritano de que se evitaria colocar o autor de pequenos delitos no meio da alta marginalidade carcerária, acabou-se por desviar a finalidade fazendo da Lei 9.099 de 1995 simples instrumento material de desafogo do judiciário e do sistema carcerário atribuindo ao Ministério Público esta real aplicação.

8.3 Considerações Finais

Pelo exposto, se sobrepõe às funções tradicionais do direito penal e do processo penal como matérias de estabilização uma nova perspectiva de controle social.

Trata-se, conforme nomenclatura de Smanio (1998, p. 102 e 103) da formação de “instâncias formais de controle social”.

Em inúmeras oportunidades referiu-se às críticas que os institutos da suspensão condicional da pena, transação penal e suspensão condicional do processo recebem da doutrina, no entanto a jurisprudência as tem ignorado.

É bem verdade que em um caráter imediatista em face da superpopulação carcerária a medida é bem-vinda, mas para que seja atendida a função de reintegração do infrator, além da descarcerização, devem ser organizados programas de reabilitativos.

Dentre outras oportunidades, escolas técnicas-profissionalizantes, educação básica, programas de empregos, acompanhamento psicossocial de estruturação familiar constituiriam medidas sociais de reabilitação do criminoso.

Pode parecer utópico diante da falta de esperança por políticas públicas melhores e mais efetivas, mas a seletividade de condutas feitas pela Lei 9.099 de 1995 permite um contato direto com o microcriminoso viabilizando um tratamento diferenciado.

Enquanto políticas sociais não se sobrepõem no sistema vigente no Brasil, nos resta acompanhar o desenrolar de políticas burocratizadas que atendem tão somente os anseios da ineficiência do Poder Público.

9 CONCLUSÃO

Durante todo o trabalho a intenção foi a de questionar quais as reações que existem em face dos delitos de pequena ou média ofensividade, batizados como microcrimes.

Foi possível notar que, apesar da pouca abordagem doutrinária, não condiz com a realidade prática, especialmente a legislativa e a forense.

Os pequenos delitos podem ser observados desde as culturas mais distantes que, embora previssem para estes medidas com reações rigorosas, por vezes cruentas, havia a possibilidade de um abrandamento neste rigorismo todo.

Durante o estudo notou-se que em várias destas longínquas culturas adotavam-se medidas próximas ao que conhecemos hoje em dia como a conciliação e a mediação.

Até que, após o advento das sociedades modernas, houve um movimento de verdadeira internacionalização do direito penal. Trata-se do direito penal comum que pairou pela Europa entre os séculos XVI e XVII.

Foi neste período que culminou, mesmo que de forma inconsciente, uma humanização do direito penal, uniformizando-o.

Através deste fenômeno começaram a surgir as escolas e movimentos criminais que foram se difundindo cada vez mais, especialmente pelo continente europeu, trabalhando a dogmática e formando conceitos sobre muitos dos instrumentos criminais que conhecemos hoje.

Entre estas várias escolas e movimentos se destacou a do positivismo jurídico, porém sem deixar de ressaltar a importância e legado deixado pelos demais pensamentos da época.

Foi por meio do positivismo que surgiu a necessidade da normatização para que o direito penal pudesse ter efetiva reação à criminalidade como um todo, inclusive, obviamente, contra os pequenos delitos.

Ademais, se sobrepôs uma política retribucionista que tem prevalecido há vários anos com intuito básico de retribuir na mesma medida o mal causado pelo infrator, sendo certo que a maior reação ao delito tem sido o cárcere.

Acontece que nos últimos anos tem sido observada uma verdadeira derrocada da estrutura criminal fomentada ao longo dos últimos séculos e daí tem surgido na academia movimentos abolicionistas e despenalizantes.

Em meio a todo este panorama ainda é irretocável a normatização escrita para que se reaja ou cobre qualquer medida juridicamente e aí surge um especial personagem, qual seja, o legislador.

É no inflamado discurso como representantes do povo que os legisladores cuidam de toda a estrutura legislativa e fomentam as políticas criminais que achem mais adequadas aos que lhes elegeram.

Ocorre que a atuação tem sido um verdadeiro desastre e, ao invés de se dar atenção às políticas abolicionistas e formas alternativas de reaproximação social entre as pessoas, tem sido adotada cada vez mais uma política expansionista que resultou num verdadeiro e desnecessário inchaço legislativo.

Fica evidente que a atuação do legislador, mesmo que não se possa generalizar, tem tido um sentido estritamente eleitoreiro e imediatista frente a pressões populares e, especialmente, midiáticas.

Não se valem de qualquer técnica que possa aprofundar sobre a real tipificação de determinadas condutas ou sua resolução através de esferas alternativas que não sejam a penal.

O efeito desta má atuação tem sido um verdadeiro colosso de tipos penais considerados de ofensividade pequena ou média que nem sempre merecem a punição extrema do direito, que é a cessação da liberdade.

Conscientes disto, os operadores do direito têm se valido de princípios como o da fragmentariedade, subsidiariedade, insignificância, dentre alguns outros para fazer valer a máxima da *ultima ratio* exigida ao direito penal.

E mais, assinando um atestado da própria culpa, tem os legisladores atuado no sentido de prever medidas eminentemente despenalizadoras que cessam com a necessidade do encarceramento.

Tais providencias legislativas ingressam no ordenamento jurídico com a falácia de evitar a miscelânea entre infratores de pequeno delitos com criminosos da mais alta periculosidade, dando-lhes a oportunidade de refletir sobre seus atos e uma segunda chance de permanecer em liberdade. Trata-se de uma reação formal ao microcrime.

No entanto, embora se digam bem intencionados, tais instrumentos penais e processuais acobertados com o manto da despenalização têm servido como meros instrumentos de desafogo do judiciário.

Em verdade, as instituições jurídicas vivem o caos do despreparo daqueles que a regulamentam e organizam, daí haver uma verdadeira enxurrada de processos que travam o sistema e a efetividade que deveria ser inerente ao poder judiciário.

Como já dito, há nas palavras de muitos uma verdadeira falência do sistema penal o que acaba dando vazão para outras tentativas de adequar a situação social com a resposta jurídica e, dentre estas medidas, está a justiça restaurativa.

Trata-se de reação à criminalidade em franco desenvolvimento, embora tenha sua inspiração máxima nos povos de culturas nativas passadas, especialmente os aborígenes canadenses e os maoris neozelandeses.

O principal vetor da restauração é dar especial importância à vítima tratando-a, de fato, como a principal prejudicada com o evento danoso e para se chegar a uma plenitude tem sido utilizada a mediação.

Em que pese exista uma formalização da justiça restaurativa, esta deve ser política adequada a cada cultura e realidade social, não podendo ser estipulado

um padrão fixo, pois aquilo que tem bons resultados numa comunidade pode não surtir os mesmos efeitos noutra.

Em relação ao Brasil, a mediação penal pode sofrer uma forte resistência, mas não deve ser deixada de lado por isto e o melhor caminho para inseri-la no contexto jurídico nacional é através dos microcrimes.

Já existe uma aceitação das medidas conciliatórias aos pequenos delitos, notadamente após o advento da Lei 9.099 de 1995 e por meio disto conclui-se que existe uma maior flexibilidade que poderia oportunizar a mediação penal, aos menos no caso da microcriminalidade.

Em geral, os pequenos delitos quando não resultam de violência causam, por vezes, meros desconfortos que passam a ser ignorados pelas vítimas, embora traga um efeito de extrema insegurança.

Desta forma, além das medidas conciliatórias que têm tido sua atuação meramente burocratizada, vale a tentativa pela criação de centros de mediação e maiores aprofundamentos que resultem na formulação de um sistema adequado como reação ao microcrime no cenário brasileiro.

A este respeito vale a observação de que a pessoa que exerce a função de facilitador, isto é, o mediador não tem como ideal ser de formação jurídica como defende parte dos estudiosos sobre o assunto.

É certo que devem receber um treinamento e enfocá-los sobre as adversidades que possam encontrar no implemento da justiça restaurativa, porém uma pessoa adversa ao direito poderia conduzir a mediação sem os vícios jurídicos ensinados desde os bancos da academia.

Haverá sempre uma fiscalização ou, se infrutífera, a atuação da justiça formalizada numa segunda etapa, portanto, é de bom alvitre que haja outras visões e tratamento no assunto.

A multidisciplinaridade pode vir a ser grande elemento agregador ao sucesso da justiça restaurativa já que no Brasil a insuficiência do poder público já é tão perceptível que mesmo os bons profissionais das áreas podem ser taxados por incrédulos na busca da restauração.

Nada melhor que, observando as formas estudadas adequando-as aos preceitos necessários e valendo-se da multidisciplinaridade inerente à justiça restaurativa, iniciar seu ingresso buscando a restauração nos pequenos delitos.

Todo o exposto culmina em medidas que reagem ou reagiriam ao microcrime em um panorama atual e imediatista.

No entanto, em longo prazo, requer-se uma reestruturação dos tipos penais mantendo apenas os que verdadeiramente ofendam bens jurídicos relevantes e deixando para áreas diversas o trato com condutas criminalmente irrelevantes.

Um bom começo seria a extinção das contravenções penais ou, pelo menos reagir com tratamento unicamente civil ou administrativo já que em sua grande maioria trata-se de condutas que já se encontram adequadas socialmente ou são de baixíssima ofensividade, que sequer merecem a atenção da justiça penal.

Não obstante a isto, faz-se necessária uma profunda reforma no sistema processual que trata da microcriminalidade buscando enaltecer a vítima como parte do evento criminoso, dando-lhe a oportunidade de ser restaurada o mais próximo possível daquilo que vivia anteriormente ao delito.

Além disto, efetivar políticas públicas de reestruturação de locais esquecidos, urbanizar comunidades que estão alheias à sociedade bem como reduzir a distância econômica efetivamente, e não com a ilusão de bolsas, pode ser um grande passo para a redução da criminalidade.

Há muito já se sabe que a sensibilidade com a situação social e educacional é o grande impulsionador do sucesso futuro de uma nação e, para que se evitem maiores preocupações com medidas retributivas ou restaurativas, clama-se por uma verdadeira revolução sócio educacional.

Por fim, há que se ter em mente que o microcriminoso é ainda uma alma perdida em busca da luz e cabe o esforço comum para que efetive sua reinserção social e evite que parta para infrações futuras que possam resultar em transtornos e prejuízos a todos, pois o interesse é coletivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANCEL, Marc; **A Nova Defesa Social - Um Movimento de Política Criminal Humanista**; 2ª Edição; Editora Forense; 1979

-----; in BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

-----; in PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo; in PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

ASÚA, Luiz Jiménez de; **Princípios de Derecho Penal – La Ley y el Delito**; Editora Abeledo-Perrot – Editorial Sudamericana; 1990;

AZEVEDO, André Gomma de; **O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 135 a 163; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

BALDRY, Anna Constanza; SCARDACCIONE, Gilda; SCALI, Melania; in SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

BECCARIA, Cesare; **Dos Delitos e Das Penas**, 2ª Edição, Editora Martin Claret; 2007;

BETTIOL, Giuseppe; in PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

BLANCO, Rafael; DÍAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna; ROJAS, Hugo; in SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

BRIZZI, Carla Caldas Fontenelle; **A Globalização e os Novos Paradigmas do Direito Penal no Combate ao Terrorismo**; disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf; visto em 8 de Janeiro de 2014;

BRUNO, Aníbal; in PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

CARNEVALE, Manuel; in PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

CARVALHO, Salo de; **Antimanual de Criminologia**; 5ª Edição; Editora Saraiva; 2013;

CERETTI, Adolfo; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

CONDE, Muños; apud GRECO, Rogério; **Código Penal Comentado**; 7ª edição; Editora Impetus; 2013;

Conselho da Europa – União Europeia; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal;** Editora Lumen Juris; 2007;

DARWIN, Charles Robert; apud BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais;** 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

DIAS NETO, Theodomiro; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal;** Editora Lumen Juris; 2007;

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa; <http://www.priberam.pt/dlpo/Conceito>; 2008 – 2013; consultado em 09 de janeiro de 2014;

DORADO MONTERO, Pedro; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1,** 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

ESTEFAM, André; **Direito Penal, 1 – Parte Geral;** 2ª Edição; Editora Saraiva; 2012;

FARGET, Jacques; apud JACCOUD, Mylène; **Princípios, Tendências e Procedimento que Cercam a Justiça Restaurativa;** em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos;** Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 163 a 188; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter; apud BRIZZI, Carla Caldas Fontenelle; **A Globalização e os Novos Paradigmas do Direito Penal no Combate ao Terrorismo;** disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf; visto em 8 de Janeiro de 2014;

-----; apud SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; **Dimensão do Princípio da Proporcionalidade na Repressão à Macrocriminalidade Econômica**; disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/adriana_maria_gomes.pdf; visto em 08 de Janeiro de 2014;

FERRI, Enrico; **Princípios de Direito Criminal**; 2ª Edição; Editora Bookseller; 1999;

-----; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford; **Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 79 a 124; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

FRANCISI, Pietro de; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

GARCIA, Basileu; **Instituições do Direito Penal**; 7ª Edição; Editora Saraiva; 2008;

GARLAND, David; **La Cultural Del Control – Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea**; Editora Gedisa; 2001;

GAROFALO, Rafael; **Estudio Sobre el Delicto y La Teoria de La Represión**, Julio Cesar Faira Editora; 2005;

GILISSEN, John; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

GOMES PINTO, Renato Sócrates; **É Possível Justiça Restaurativa no Brasil**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 19 a 40; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

GRAMÁTICA, Filippo; apud BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

-----; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

GRECO, Rogério; **Código Penal Comentado**; 7ª edição; Editora Impetus; 2013;

HALEY, John O.; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

HALLE, Cris; apud RIPOLLÉS, José Luis Díez; **La Racionalidad de Las Leyes Penales – Práctica y Teoría**; Editora Trota; 2003;

HASSEMER, Winfried; **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**; Editora Fabris; 2005;

JACCOUD, Mylène; **Princípios, Tendências e Procedimento que Cercam a Justiça Restaurativa**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 163 a 188; disponível em [180](http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-</p></div><div data-bbox=)

%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf;
acessado em 05 de Janeiro de 2014;

LANZA, Vicente; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

LOMBROSO, Cesare; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

LYRA, Roberto; apud **Criminologia**; 4ª Edição; Editora Forense; 1995;

LUIZI, Luis; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

MACCOLL, Paul, apud JACCOUD, Mylène; **Princípios, Tendências e Procedimento que Cercam a Justiça Restaurativa**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 163 a 188; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>;
acessado em 05 de Janeiro de 2014;

MAED, Margaret; apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1** – 9ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2011;

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis; **Curso de Criminologia**; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

MANNOZZI, Grazzia; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

MARSHALL, Cris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen; **Como a Justiça Restaurativa Assegura a Boa Prática? Uma Abordagem Baseada em Valores**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 269 a 280; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

MAURACH, Reinhart; **Derecho Penal - Parte General**, 2 Tomo; Editorial Astrea; 1995;

MASSON, Cleber; **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**, Editora Método; 2009;

MELO, Eduardo Rezende; **Justiça Restaurativa e Seus Desafios Histórico-culturais. Um Ensaio Crítico Sobre os Fundamentos Ético-Filosóficos da Justiça Restaurativa em Contraposição à Justiça Retributiva**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 53 a 78; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

MESSMER, Heinz; OTTO, Hans-Uwe; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio; **Criminologia**; 8ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2012;

MOLINOWISKY, Bronislaw; apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1 – 9ª Edição**; Editora Revista dos Tribunais; 2011;

NUCCI, Guilherme de Souza; **Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**, Editora Revista dos Tribunais; 2010;

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio; **Curso de Processo Penal**, 17ª Edição; Editora Atlas; 2013;

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela; **Justiça Restaurativa – Processo Possíveis. Mediação Penal – Verdade – Justiça Restaurativa**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 125 a 134; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

PELIKAN, Christa; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

-----; **Elementos do Direito Penal, Volume 1**; Editora Revista dos Tribunais; 2005;

RAMÍREZ, Juan Bustos; **Control Social y Sistema Penal**; Editora PPU – Promociones Publicaciones Universitarias; 1987;

Resolução 2002/12 – Princípios Básicos Para Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal; Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas; 24 de Julho de 2002;

RIPOLLÉS, José Luis Díez; **La Racionalidad de Las Leyes Penales – Prática y Teoría**; Editora Trota; 2003;

-----; **Política Criminal y Derecho Penal - Estudios**; Editora Tirantlo Blanch; 2004;

ROBLES, Diego Torrente; in RIPOLLÉS, José Luis Díez; **La Racionalidad de Las Leyes Penales – Prática y Teoría**; Editora Trota; 2003;

ROCCO, Arturo; PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

RÖDER, Carlos David Augusto; PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

ROSA, Felipe Augusto de Miranda; **Sociologia do Direito – O Fenômeno Jurídico Como Fato Social**; 18ª Edição; Editora Jorge Zahar; 2009;

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo – Volume 7**; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

-----; **La Expansión Del Derecho Penal – Aspectos De La Política Criminal En Las Sociedades Posindustriales**; Editora Civitas; 2001; Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/31317639/Silva-Jesus-Maria-La-Expansion-del-Derecho-Penal>; acessado em 20 de Janeiro de 2014;

SANTIAGO, Luciano Sotero; **O Direito Penal Brasileiro em Face da Macro e Microcriminalidade**; Revista do Centro Acadêmico Afonso Penal; Universidade Federal de Minas Gerais; 1996; disponível em <http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/245/244>; acessado em 8 de Janeiro de 2014;

SANTOS, Juary C.; SANTIAGO, Luciano Sotero; **O Direito Penal Brasileiro em Face da Macro e Microcriminalidade**; Revista do Centro Acadêmico Afonso Penal; Universidade Federal de Minas Gerais; 1996; disponível em

<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoacaap/index.php/revista/article/viewFile/245/244>;
acessado em 8 de Janeiro de 2014;

-----; apud BRIZZI, Carla Caldas Fontenelle; **A Globalização e os Novos Paradigmas do Direito Penal no Combate ao Terrorismo**; disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf; visto em 8 de Janeiro de 2014;

SCHAFFSTEIN, Friedrich; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

SCHUNEMANN, Bernd; ALBRECHT, Peter-Alexis; PRITTWITZ, Cornelius; FLETCHER, George; ALFARO, Luis Miguel Reyna; **La Víctima em el Sistema Penal**; Editora Juridica Grijley; 2006;

SMANIO, Gianpaolo Poggio; **Criminologia e Juizado Especial Criminal**; 2ª Edição; Editora Atlas; 1998;

SOARES, Orlando; **Criminologia**; 1ª Edição; Editora Biblioteca Jurídica Freitas Bastos; 1986;

SPENGLER, Adriana Maria Gomes de Souza; **Dimensão do Princípio da Proporcionalidade na Repressão à Macrocriminalidade Econômica**; disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/adriana_maria_gomes.pdf; acessado em 08 de Janeiro de 2014;

SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

THOT, Ladislao; apud ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1** – 9ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2011;

UMBRIET, Mark S.; apud JACCOUD, Mylène; **Princípios, Tendências e Procedimento que Cercam a Justiça Restaurativa**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 163 a 188; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

-----; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

VON LISZT, Franz; **La Idea Del Fin En El Derecho Penal**; Editora Temis; 1998;

VOLD, Georg B.; apud BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio; **Direito Penal – Introdução e Princípios Fundamentais**; 2ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2009;

VOLTAIRE, François Marie Arouet; apud PRADO, Luiz Regis; **Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 1**, 12ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2013;

WALGRAVE, Lode; apud JACCOUD, Mylène; **Princípios, Tendências e Procedimento que Cercam a Justiça Restaurativa**; em SLAKMON, Catherine; DE VITO; Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes; **Justiça Restaurativa – Coletânea de Artigos**; Ministério da Justiça e PNUD – Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento; 2005; p. 163 a 188; disponível em <http://portal.tj.sp.gov.br/Download/FDE/6%20-%20Textos%20Complementares/Livro%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa.pdf>; acessado em 05 de Janeiro de 2014;

-----; apud SICA, Leonardo; **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**; Editora Lumen Juris; 2007;

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique; **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral – Volume 1** – 9ª Edição; Editora Revista dos Tribunais; 2011;

ANEXO 1

Resolução 2002/12

37ª Sessão Plenária

24 de Julho de 2002

O Conselho Econômico e Social,

Reportando-se à sua Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, na qual o Conselho requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal que considere a desejável formulação de padrões das Nações Unidas no campo da mediação e da justiça restaurativa.

Reportando-se, também, à sua resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais” no qual se requisitou ao Secretário-Geral que buscasse pronunciamentos dos Estados-Membros e organizações intergovernamentais e não-governamentais competentes, assim como de institutos da rede das Nações Unidas de Prevenção do Crime e de Programa de Justiça Criminal, sobre a desejabilidade e os meios para se estabelecer princípios comuns na utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, incluindo-se a oportunidade de se desenvolver um novo instrumento com essa finalidade, Levando em conta a existência de compromissos internacionais a respeito das vítimas, particularmente a Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, Considerando as notas das discussões sobre justiça restaurativa durante o Décimo Congresso sobre Prevenção do Crime e do Tratamento de Ofensores, na agenda intitulada “Ofensores e Vítimas – Responsabilidade e Justiça no Processo Judicial,

Tomando nota da Resolução da Assembleia-Geral n. 56/261, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planejamento das Ações para a Implementação da Declaração de Viena sobre Crime e Justiça – Respondendo aos Desafios do Século Vinte e um”, particularmente as ações referentes à justiça restaurativa, de modo a se cumprir os compromissos assumidos no parágrafo 28, da Declaração de Viena,

Anotando, com louvor, o trabalho do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa no encontro ocorrido em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001, Registrando o relatório do Secretário-Geral sobre justiça restaurativa e o relatório do Grupo de Especialistas em Justiça Restaurativa,

1. Toma nota dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativas em matéria criminal anexados à presente resolução;

2. Encoraja os Estados Membros a inspirar-se nos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal no desenvolvimento e implementação de programas de justiça restaurativa na área criminal;

3. Solicita ao Secretário-Geral que assegure a mais ampla disseminação dos princípios básicos para programas de justiça restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, a rede de institutos das Nações Unidas para a prevenção do crime e programas de justiça criminal e outras organizações internacionais regionais e organizações não-governamentais;

4. Concita os Estados Membros que tenham adotado práticas de justiça restaurativa que difundam informações e sobre tais práticas e as disponibilizem aos outros Estados que o requeiram;

5. Concita também os Estados Membros que se apoiem mutuamente no desenvolvimento e implementação de pesquisa, capacitação e outros programas, assim como em atividades para estimular a discussão e o intercâmbio de experiências;

6. Concita, ainda, os Estados Membros a se disporem a prover, em caráter voluntário, assistência técnica aos países em desenvolvimento e com economias em transição, se o solicitarem, para os apoiarem no desenvolvimento de programas de justiça restaurativa.

Princípios Básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal

PREÂMBULO

Considerando que tem havido um significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo.

Reconhecendo que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que veem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas, Enfatizando que a justiça restaurativa evolui como uma

resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades,

Focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades,

Percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade,

Observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos,

Reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores,

I – Terminologia

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.

4. Partes significa a vítima, o ofensor e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime que podem estar envolvidos em um processo restaurativo.

5. Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo.

II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional

7. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. A vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

9. As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo.

10. A segurança das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução.

11. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade.

III - Operação dos Programas Restaurativos

12. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os

princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros:

- a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos;
- b) O procedimento posterior ao processo restaurativo;
- c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;
- d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa;
- e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.

13. As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos;

a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais.

b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo, as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão;

c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo.

14. As discussões no procedimento restaurativo não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional.

15. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente.

17. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

18. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

19. Os facilitadores devem ter uma boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

IV. Desenvolvimento Contínuo de Programas de Justiça Restaurativa

20. Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais.

21. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, deve promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles tem em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados Membros devem por isso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

V. Cláusula de Ressalva

23. Nada que conste desses princípios básicos deverá afetar quaisquer direitos de um ofensor ou uma vítima que tenham sido estabelecidos no Direito Nacional e Internacional.

Tradução livre por Renato Sócrates Gomes Pinto