



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RÊNIO LÍBERO LEITE LIMA

DESPENALIZAÇÃO PELA REPARAÇÃO DOS DANOS:
PERSPECTIVAS PARA UMA NOVA ORDEM JURÍDICA

SOUSA - PB
2006

RÊNIO LÍBERO LEITE LIMA

DESPENALIZAÇÃO PELA REPARAÇÃO DOS DANOS:
PERSPECTIVAS PARA UMA NOVA ORDEM JURÍDICA

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Alba Tânia Abrantes Casimiro.

SOUSA - PB
2006

RÊNIO LÍBERO LEITE LIMA

DESPENALIZAÇÃO PELA REPARAÇÃO DOS DANOS: PERSPECTIVAS
PARA UMA NOVA ORDEM JURÍDICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em _____

BANCA EXAMINADORA

ALBA TÂNIA ABRANTES CASIMIRO
Orientadora

Examinador (a)

Examinador (a)

SOUSA - PB
NOVEMBRO - 2006

Dedico este trabalho a minha perseverante mãe, pela força e apoio, pelos carinhos e bons exemplos que me permitiram um crescimento pessoal, de caráter e humano. Ao meu pai *in memoriam* pelo seu eterno carinho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, ao ser Supremo, que me deu a vida e uma família como apanágio de amor e paz.

Aos meus pais e familiares, que apesar da distância, deram-me o apoio e a assistência necessários para a condução de mais essa tarefa.

A minha orientadora Professora Alba Tânia Abrantes Casimiro, que não mediu esforços para dar a assistência necessária à conclusão deste trabalho.

A minha amiga e Professora Maria Zélia Ribeiro, que tanto contribuiu para minha formação acadêmico-científica, emprestando-me muitos de seus imensuráveis conhecimentos.

E, em especial, a minha namorada Têssia Richelly, que sempre me deu o seu apoio em toda minha trajetória universitária, dispensando-me carinho, compreensão e dedicação em todos os momentos, bem como prestando-me o seu imprescindível auxílio com sua grandiosa sabedoria.

Enfim, a todos que contribuíram, direta e indiretamente para a conclusão deste trabalho.

Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo mar Eritreu a conquistar a Índia; e, como fosse trazido à sua presença um pirata que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre por andar em tão mau ofício; porém ele, que não era medroso nem lerdo, respondeu assim: basta, senhor, que eu, porque roubo em uma barca, sou ladrão, e vós, porque roubais em uma armada, sois imperador?. Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza: o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito os Alexandres. (VIEIRA, 1655).

RESUMO

A preocupação com os novos rumos do Direito Penal vem oferecer uma visão evolutiva e ao mesmo tempo uma crítica paralela tendente a nortear uma perspectiva mais humanista e menos repressiva desse ramo do direito. Diante da falência patente do sistema penal brasileiro e da debilidade da segurança pública, estão na ordem do dia as discussões sobre as soluções que visam às políticas de pacificação social e controle do crime. E é com esse objetivo que se buscará, nesse trabalho, delinear novas propostas de solução para a problemática do crime, numa fuga à gravosa repressão penal, através de meios que assegurem a reinserção social e que se evite a nefasta convivência de pequenos delinquentes com criminosos de grau de periculosidade elevada. É com vistas a essa perspectiva que se proporá a Despenalização pela Reparação dos Danos em alguns tipos penais, não com o objetivo de solucionar todo o problema da criminalidade no País, mas sim de ser o ponto de partida para uma reforma gradual do sistema penal, arrimado em bases sólidas e vislumbrando a dignidade do homem e a justiça social. Assim, o ordenamento jurídico-penal brasileiro poderia debruçar-se naqueles fatos graves, que atingem bens jurídicos relevantes e em que a agressão é irreversível, aplicando apenas nesses casos a solução penal. Os demais delitos mereceriam um substitutivo penal capaz de resolver o conflito. Assim, se o dano é reparável, sua recuperação, desde que satisfatória, seria o caminho mais fácil e justo para aplicação da justiça. A diminuição da incidência penal em relação aos delitos de pequena ou moderada gravidade proporcionaria uma prestação jurisdicional penal mais eficiente, pois a Polícia Judiciária poderia melhor desempenhar sua função, investigando apenas os delitos realmente merecedores da tutela penal; e os Juizes criminais teriam mais tempo e liberdade de julgar os casos que importem grave repercussão social. Isso impõe uma revisão obrigatória do sistema de penas vigente, para que a vítima não seja despojada de seus problemas, de modo que, assim como o autor, possa participar da solução do conflito, passando a conciliação a ocupar lugar de destaque na relação conflituosa, que respaldada em mecanismos restaurativos, vem tornar desnecessária a reprimenda penal, que submeteria a vítima a novos dissabores. É, pois, advogada pela Política Criminal Moderna a criação de mecanismos que assegurem às vítimas a satisfação do dano o mais prontamente possível. Ressalta-se a intenção de apresentar no trabalho uma abordagem que traga novos e modernos entendimentos acerca do tema, como forma de contribuição e apoio aos entendimentos surgentes que dão novo tratamento ao crime, enquanto fato humano e social merecedor da preocupação da Política Criminal. A metodologia empregada no presente trabalho se deu por meio do estudo de doutrinas, livros, revistas, artigos científicos e textos de internet, bem como pela análise de dados obtidos em órgãos de Segurança Pública, ao passo que o método foi de cunho exegético e histórico sistemático, revelador dos lastimáveis resultados do sistema repressivo penal que se encontra submerso numa profunda crise, para a qual não se tem discutido saídas.

Palavras-chave: Despenalização. Reparação dos Danos. Política Criminal.

ABSTRACT

The concern with the new directions of the Penal Right comes to offer an evolutionary vision and at the same time a critic parallel tendency to orientate a perspective more humanist and less repressive of that branch of the right. Before the patent bankruptcy of the Brazilian penal system and of the public safety's weakness, they are in the order of the day the discussions about the solutions that seek to the politics of social pacification and control of the crime. And it is with that I aim at that will be looked for, in that work, to delineate new proposed of solution for the problem of the crime, in an escape to the grievous penal repression, through means that assure the social to reinsert and that the disastrous coexistence of small criminals is avoided with criminals of degree of high danger. It is with views the that perspective that will intend penal softening for the Repair of the Damages in some penal types, not with the objective of solving the whole problem of the criminality in the Country, but of being the starting point for a gradual reform of the penal system, supported in solid bases and shimmering the man's dignity and the social justice. Like this, the Brazilian juridical-penal order could lean over in those serious facts, that reach important juridical goods and in that the aggression is irreversible, just applying in those cases the penal solution. The other crimes would deserve a penal to substitute capable to solve the conflict. Like this, if the damage is reparable, your recovery, since satisfactory, it would be the easiest road and exactly for application of the justice. The decrease of the penal incidence in relation to the crimes of small or moderate gravity would provide an installment more efficient penal jurisdiction, because the Judiciary Police better could carry out your function, just investigating really the crimes worthy of the it tutors penal; and the criminal Judges would have more time and freedom of judging the cases that import serious social repercussion. That imposes an obligatory revision of the system of featherses effective, for the victim it is not robbed of your problems, so that, as well as the author, it can participate in the solution of the conflict, starting the conciliation to occupy prominence place in the conflicting relationship, that backed in restorative mechanisms, it comes to turn unnecessary the penal reprimand, that would submit the victim to new insipidities. It is, therefore, advocated more quickly by the Modern Criminal Politics the creation of mechanisms that they assure the victims the satisfaction of the damage the possible. The intention is pointed out of presenting in the work an approach that swallows new and modern understandings concerning the theme, as contribution form and support to the understandings that appear that they give new treatment to the crime, while human and social fact worthy of the concern of the Criminal Politics. The methodology used in the present work if she gave through the study of doctrines, books, magazines, scientific goods and internet texts, as well as for the analysis of data obtained in organs of Public Safety, while the method was of analytic and historical stamp systematic, discloser of the pitiful results of the penal repressive system that one find submerged in a deep crisis, for which she have not been discussing exits.

Word-key: Penal Softening. Repair of the Damages. Criminal Politics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA APLICABILIDADE.....	13
1.1 A origem da Pena Privativa de Liberdade.....	14
1.2 A Pena Privativa de Liberdade como instrumento de controle social..	15
1.3 A aplicabilidade das Penas Privativas de Liberdade.....	18
CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA NOVA POLÍTICA CRIMINAL.....	22
2.1 Princípio da Insignificância.....	22
2.1.1 Princípio da Lesividade.....	25
2.1.2 Princípio da Subsidiariedade.....	26
2.1.3 Princípio da Fragmentariedade.....	26
2.2 Princípio da Intervenção Mínima.....	27
2.3 Princípio da Adequação Social.....	29
2.4 Princípio da Proporcionalidade.....	29
CAPÍTULO 3 DESPENALIZAÇÃO PELA REPARAÇÃO DOS DANOS: UMA MEDIDA ALTERNATIVA EFICAZ.....	31
3.1 Aspectos fundamentais da Despenalização.....	32
3.1.1 A Despenalização à nível constitucional.....	34
3.1.2 Teoria do Bem Jurídico: um instrumento da Despenalização.....	35
3.2 O papel da vítima na Despenalização.....	37
3.3 A Reparação dos Danos em outros ordenamentos.....	39
3.4 Os Discursos Penais e a Moderna Política Criminal.....	41
3.5 Condutas a serem Despenalizadas.....	44
CAPÍTULO 4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PRISMA PARA O DIREITO PENAL.....	47
4.1 Penas Alternativas: um paradigma para problemática criminal.....	51
4.2 Reparação dos Danos: uma via alternativa na perspectiva da Despenalização.....	54
4.2.1 Evolução histórica da Reparação dos Danos no Brasil.....	57
4.2.2 Natureza Jurídica da Reparação dos Danos.....	58
4.2.3 Perspectivas para Reparação dos Danos.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	65

UFCG - CAMPUS DE SOUSA
BIBLIOTECA SETORIAL

INTRODUÇÃO

A preocupação com os novos rumos do Direito Penal vem oferecer uma visão evolutiva e ao mesmo tempo uma crítica paralela tendente a nortear uma perspectiva mais humanista e menos repressiva desse ramo do Direito.

O crime é intrínseco à natureza humana, sempre existiu, mesmo nas civilizações mais rudimentares. Daí a necessidade histórica do homem civilizado em preocupar-se com a harmonia no convívio social, motivo que fez o direito presente em todas as civilizações, embora mais ou menos evoluído.

Apesar de o delito estar presente em toda a história do homem, nunca foi tratado, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, com o comprometimento que deveria, pois apesar de se reconhecer o fracasso das penas privativas de liberdade, pouco se tem avançado no campo das penas alternativas, e a discussão sobre uma terceira via para solução dos problemas ligados ao crime e a recuperação do delinqüente tem sido evitada pelos poderes constituídos.

O sistema penitenciário brasileiro é um caos total, não se cumpre a lei e o descaso com princípios mínimos de dignidade humana é latente. A superlotação dos presídios, as condições insalubres em que são mantidos os presos, a violência dentro dos estabelecimentos prisionais e a falta de assistência médica e psicossocial terminam por inviabilizar, completamente, a perspectiva de ressocialização do apenado, ao revés, a degradação humana que sofrem esses detentos lhes revela que continuar na bandidagem é questão de sobrevivência. Daí os altos índices de reincidência criminal, que, em algumas regiões do País, ultrapassam os 80% (LIMA, 2005, p. 28), e o que é pior, a maioria desses indivíduos voltam a praticar crimes ainda mais graves que os anteriores.

Diante da falência patente do sistema penal brasileiro e da debilidade da segurança pública, estão na ordem do dia as discussões sobre as soluções que visam à políticas de pacificação social e controle do crime.

E é com esse objetivo que se buscará, nesse trabalho, delinear novas propostas de solução para a problemática do crime, numa fuga à gravosa repressão penal, através de meios que assegurem a reinserção social e que se evite a nefasta convivência de pequenos delinqüentes com criminosos de elevado grau de periculosidade.

É com vistas a essa perspectiva que se proporá a Despenalização pela Reparação dos Danos em alguns tipos penais, não com o objetivo de solucionar todo o problema da criminalidade no País, mas sim de ser o ponto de partida para uma reforma gradual do sistema penal, arrimado em bases sólidas e vislumbrando a dignidade do homem e a justiça social.

Alguns crimes contra o patrimônio, sem violência à pessoa, são facilmente solucionados pela composição dos danos, sem a necessidade premente da tutela penal do Estado, que deve ficar resguardada para condutas mais graves e de difícil ou impossível reparação, pois os danos reparáveis contemplam essa solução mais simples que ora é proposta, qual seja a de se recuperar o estado das coisas por meio da reparação suficiente dos danos.

Despenalizar não implica em extinguir condutas ilícitas, mas na verdade em um abrandamento da pena de determinados delitos, sem, contudo, subtrair seu caráter de ilícito penal; é uma atenuação dentro do sistema repressivo que visa transformar um crime em contravenção ou em pena de multa ao revés da prisão, impulsionado pelo princípio da intervenção mínima do sistema penal.

A reparação do dano não é uma instituição nova, pois sua origem remonta há tempos anteriores mesmo às penas aflitivas como a privativa de liberdade e os castigos corporais, podendo ser encontrada no Código de Hamurabi ou no Código de Manú entre outros.

A missão do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos, desde que fragmentária e subsidiária, pois sempre que outros instrumentos de tutela não penais, ou outros ramos do Direito, como é o caso do Direito Civil, sejam suficientes para realizar a adequada proteção desses bens, deve-se evitar a reprimenda penal. Saliente-se, ainda, que não é qualquer lesão ou ameaça de lesão que deve ser protegida penalmente, mas apenas aquelas capazes de causar lesões mais graves, que sejam insuportáveis. Assim, os Princípios da Fragmentariedade e da Subsidiariedade dão origem ao Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, desenvolvendo um estado de pretensões penais minimalistas.

O Direito Penal passa, atualmente, por uma crise que faz confundir seus fundamentos históricos, pois a aplicação da pena tem se afastado, paulatinamente, ao longo dos tempos, de seus próprios conceitos. Na tentativa de se resguardar a dignidade desse ramo jurídico, é que se propõem soluções que minimizem as consequências dessa crise, e façam emergir os reais fins das penas. Para tanto, lançam-se propostas restaurativas com penas alternativas eficazes como as que visam reparar os danos.

A Reparação dos Danos é, assim, um instrumento alternativo que atende aos fins preventivo e pedagógico do Direito Penal, sendo de grande valia a sua aplicação no sistema punitivo como substitutivo da pena quando o crime foi praticado sem violência ou grave ameaça.

A metodologia empregada no presente trabalho se deu por meio do estudo de doutrinas, livros, revistas, artigos científicos e textos de internet, bem como pela análise de dados obtidos em órgãos de Segurança Pública, ao passo que o método foi de cunho exegético e histórico sistemático, revelador dos lastimáveis resultados do sistema repressivo penal que se encontra submerso numa profunda crise, para a qual não se tem discutido saídas.

Assim, o primeiro capítulo do trabalho versará sobre a pena privativa de liberdade, sua aplicação e ineficácia, desde a origem, ressaltando-se a incapacidade dessa modalidade de pena no mister da prevenção dos delitos e harmonia social.

O segundo capítulo tratará dos princípios norteadores da política criminal moderna, legitimadores de um Direito Penal de tendências minimalistas, isto é, que reprima apenas as agressões mais graves aos bens jurídicos mais relevantes.

No terceiro capítulo será tratado o foco principal do trabalho, o da despenalização de tipos penais respaldada na restauração dos danos, o que se defende ser uma medida alternativa eficaz, não com a pretensão de resolver a problemática criminal, mas sim de dar o primeiro passo na busca de uma necessária reforma do Código Penal Pátrio, fundada nos ensinamentos da Moderna Política Criminal.

Por fim, o quarto capítulo se dedicará ao tema da Justiça Restaurativa que envolve a reparação dos danos e a necessidade de, sempre que possível, recuperar o *status quo ante* das vítimas de delito, notadamente nos casos de crimes contra o patrimônio que são, por natureza, reparáveis.

CAPÍTULO 1 A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SUA APLICABILIDADE

Em meio às várias crises por que passa o País atualmente, entre as quais a corrupção, o desemprego, a crise da segurança pública e o descaso com a saúde e educação, a sociedade é estigmatizada pelo medo e insegurança, isso provoca equívocos na busca pela tão almejada tranquilidade social, no momento em que se recorre a medidas repressivas de extrema severidade, maculando a finalidade do Direito Penal, que passa a ter a pena privativa de liberdade como indispensável para solução dos conflitos sociais, no mesmo instante em que novas leis são insensatamente editadas, cada vez mais duras e iníquas, sobrepujando o caráter preventivo que deveria ter o ordenamento.

O sensacionalismo dos meios de comunicação tem contribuído para essa desnaturação penal, provocando nas pessoas a síndrome da “vitimização”, como chama Jesus (2005), pela qual as pessoas temem a qualquer momento ser vítimas da violência, o que lhes provoca a sensação de que apenas com penas mais severas é que se vai resolver o problema da segurança pública, não fazendo sequer distinção entre os crimes de alta ou baixa reprovabilidade.

A ausência de uma política criminal séria a ser discutida pelos Poderes Legislativo e Executivo afasta as possibilidades de se reduzir os índices de criminalidade, gerando na sociedade um sentimento de impunidade. De outra parte, a morosidade do Judiciário e o agravamento da situação vexatória dos presídios estão fora do foco das discussões da política criminal do País. Embora a prisão seja descrita como uma sanção que não pode alcançar quaisquer melhorias na vida da maioria dos prisioneiros ou nas suas relações sociais. Ao contrário, há um senso comum de que as perspectivas para um ajuste satisfatório na sociedade tornam-se mais difíceis com a prisão.

1.1 A origem da Pena Privativa de Liberdade

Na história da humanidade, a harmonia social sempre exigiu formas de controle e repressão a condutas reprováveis pela sociedade, mais tarde entendidas como penas. Nas antigas Grécia e Roma surgiu a idéia de cárcere, que era a prisão onde se colocavam os escravos, os delinquentes e os vencidos nas guerras.

As penas em sua origem eram desproporcionais e não eram ligadas a qualquer parâmetro de justiça, muitas vezes pagava-se pelo crime com a própria vida. Na vingança privada, cometido um crime, havia a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social.

No Período Medieval, as penas eram verdadeiras atrocidades contra os que cometiam crimes, além da pena de morte na fogueira, por soterramento ou afogamento, o confisco e a mutilação eram freqüentes. As sanções visavam à intimidação, mas dependiam da condição social e política do réu. Mais tarde foi dado lugar à vingança pública, promovendo a estabilidade do Estado organizado.

Nas primeiras manifestações da pena privativa de liberdade, as pessoas eram acorrentadas e colocadas em cavernas ou fossas onde ficavam esquecidas. Na Idade Média, a Igreja Católica admitia a pena privativa de liberdade como forma de penitência ao infrator para que buscasse a purificação.

Contudo, a idéia de pena com caráter pedagógico surgiu apenas no século XVI, em Amsterdã na Holanda, onde foram criadas casas correcionais para mendigos e prostitutas, passando a pena a ter, intrinsecamente, uma idéia de educação até então desconhecida.

No século XVIII, em meio à Revolução Francesa, foi conhecido o período humanitário das prisões, em que os sistemas carcerários foram expostos ao público, embora esses estabelecimentos não tivessem nada de humanos, o que embalou

revoltas contra os sistemas carcerários do mundo todo, tendo como marco principal a queda da Fortaleza de Bastilha, na França, que era utilizada como prisão.

Hodiernamente, embora se tenha avançado nos estudos penais e criminológicos, as prisões continuam a ser o remédio pretensamente eficaz para solucionar a problemática social do crime, o que é, do ponto de vista da segurança dos indivíduos e da harmonia social compreensível, pois, ainda não se chegou a um estágio de controle social do crime capaz de abolir completamente a prisão.

O Movimento da Lei e da Ordem, surgido na década de 90, defende que o Direito Penal deve ser de máxima intervenção, pois só assim pode resolver os problemas da criminalidade.

A pressão que os militantes desse movimento têm conseguido empreender no Congresso Nacional, respaldados na imprensa sensacionalista e no interesse politiquês de alguns parlamentares, vem acarretando a sucessiva criação de novos tipos penais, aumentando as penas e suprimindo as garantias dos cidadãos.

Entretanto, esse entendimento anacrônico jamais será capaz de solucionar os verdadeiros problemas da criminalidade, pois são eles, na verdade, problemas de ordem social, para os quais se devem destinar as políticas públicas.

1.2 A Pena Privativa de Liberdade como instrumento de controle social

O Estado, para manter a ordem, precisa, por vezes, aplicar um contra-estímulo ao infrator da lei, como forma última de prevenir novas infrações. A prisão, contudo, deve ser sempre pensada como *ultima ratio*.

No Brasil o sistema carcerário está em péssimas condições e enfrenta uma crise generalizada, sendo oportuna a noção das condições precárias dos cárceres brasileiros trazida pelo festejado criminalista Oliveira (2001, p. 7):

O grande lamento é que neste final de século a prisão continua a se apresentar como um espetáculo deprimente: orfana filhos de pai vivo; enviúva a esposa de marido combatido; prejudica o credor do preso tornado insolvente; desadapta o encarcerado à sociedade; suscita graves conflitos sexuais; onera o Estado; amontoa seres humanos em jaulas sujas, úmidas, onde vegetam em olímpica promiscuidade.

Mesmo diante de tantas dificuldades, a prisão ainda é, lastimavelmente, a única solução para os delinqüentes mais perigosos, uma vez que, trazendo riscos à convivência em sociedade, devem mesmo ficar segregados; o que não se pode perder de vista é a proporcionalidade da pena à gravidade do crime e à culpabilidade do agente, como reforça o mestre Oliveira (2001, p.7):

Tamanhas dificuldades indicam ser imprescindível a determinação de se levar a termo a execução da pena, reservando a prisão aos casos em que o infrator represente perigo concreto e contínuo à tranqüilidade social. Fora dessa hipótese, se não há necessidade de uma pena qualitativamente tão grave, urge que a prisão seja substituída não somente pela secular fórmula da multa, como também por outras opções com real sentido educativo, que possibilitem o retorno do infrator a coletividade, sem onerar tanto o contribuinte.

Nesse ínterim, não se pode admitir pena que não traga uma forte dose de eficácia; que vise reparar o dano causado; que recupere o infrator e que lhe seja alicerce para o exercício da cidadania. Mas, infelizmente, o que se tem observado é que o encarceramento, além de não preencher estes requisitos, é, pelo contrário, degradante da dignidade mínima do ser humano.

O Brasil passa por um processo de prisionalização nunca visto em sua história. Hoje se prende mais do que se solta, o que, somado ao aumento vertiginoso da criminalidade, como também da falta de políticas públicas eficazes, no combate ao crime, tem gerado um estágio de violência insuportável, em que alguns

Estados da nação, notadamente São Paulo e Rio de Janeiro, se vêem compelidos a reconhecer sua incapacidade de combater o crime. A respeito dessa fragilidade destaca Gomes (2003, p. 25):

Triste da sociedade que demanda mais e mais presídios, e não escolas, hospitais, centros de lazer, etc. Nunca terá futuro ou progresso a sociedade que só sabe reivindicar mais presídios, mais policiais, mais juizes. Tudo isso revela uma sociedade doente. Patologicamente mal concebida.

Outro agravante é que a política do Ministério da Justiça muda a cada nomeação de novo ministro ou a cada nova decisão do Conselho de Política Criminal e Penitenciária, inviabilizando o trabalho que vinha sendo desenvolvido. Entretanto, só mudam os planos, pois a situação piora a cada dia e a prisão é, cada vez mais, um ambiente degradante e vil, motivo que fortalece o entendimento de que se deve ponderar com muita seriedade e sem nenhum preconceito acerca da reprovabilidade da conduta delituosa do infrator e até que ponto a pena privativa de liberdade, é necessária, suficiente, útil e eficaz.

Assim como no Brasil, o instituto da prisão pouco tem avançado em outros ordenamentos jurídicos do mundo, e mesmo os países mais desenvolvidos encontram dificuldades na manutenção de seus sistemas carcerários, como lembra Oliveira (2001, p. 34):

Na Inglaterra, por exemplo, em 1990, o Governo de Margareth Thatcher divulgou o relatório White Paper, que contém uma análise das dificuldades do emprisonamento no Reino Unido, concluindo pela declaração de incapacidade do Estado para obter o senso de responsabilidade dos presos e utilizar a prisão como um instrumento inibidor da criminalidade. Pelo contrário, conclui o Relatório, a prisão é um empreendimento de altíssimo custo, mas só faz as pessoas se tomarem piores.

1.3 A aplicabilidade das Penas Privativas de Liberdade

Não é difícil se vislumbrar a aplicação de uma pena com equilíbrio, desde que se faça uma avaliação coerente da conduta e do grau de culpabilidade do indivíduo infrator. Certamente se observará que não há nada em comum entre a conduta de quem comete, por exemplo, um pequeno furto e de quem estupra e mata uma jovem mulher. Na verdade o único ponto em que essas duas condutas se aproximam é que ambas estão tipificadas no Código Penal Pátrio.

Embora cediço que as referidas condutas recebam penas quantitativamente diferentes, não se olvide que nos dois casos o processamento jurisdicional será semelhante. São, pois, pertinentes todos os argumentos que visem delinear os diferentes objetivos nas duas condutas. No furto, o objetivo primacial do ofendido é recuperar o bem perdido; evidencia-se, então, mais de uma forma de se solucionar esse conflito, pois além da solução punitivo-retributiva, destacam-se com muito bom gosto os meios reparatório e conciliatório, entres outros que têm surgido nas modernas discussões sobre o tema. Por outro lado, no estupro e homicídio, a ofensa aos bens jurídicos é escandalosamente maior, ofendendo, além da vítima e sua família, ao Estado, que deve reprimir atos tão lesivos à tranquilidade social e que provocam verdadeiro furor entre os cidadãos, dado o grau de reprovabilidade gritante de tais condutas.

O mestre Oliveira (2001, p. 7) disserta com muita propriedade sobre o tema:

Consistindo na privação de um bem jurídico do criminoso, a sanção penal não deve atingir certos direitos que são sagrados e inalienáveis para todo homem. Há de ser proporcional ao dano causado pelo crime e ao grau de culpabilidade, isto é, de reprovabilidade do criminoso. Aqui também se aplica o princípio físico da ação e reação: toda ação provoca uma reação de igual intensidade e em sentido contrário. A pena que excede essa medida é iníqua e contraproducente. Destinada a restabelecer o equilíbrio, ela o estaria

comprometendo e pesando demais num dos pratos da balança. A pena que se põe aquém ou além do nível justo, falha na sua finalidade de permitir, com sensatez, que o Estado exija a responsabilidade de qualquer pessoa presa.

Isto posto, não há que se dar o mesmo remédio penal a essas duas classes de infratores, pois, embora o furto tenha uma pena sabidamente menor, não se pode conceber que o pequeno larápio e o estuprador homicida sejam submetidos ao mesmo sistema carcerário, e menos ainda que sejam companheiros de sela, o que lamentavelmente tem ocorrido como regra no sistema prisional brasileiro.

O criminalista Jongman (2000) elaborou a teoria da “reação à frustração”, segundo a qual os conflitos com as leis nada mais são do que reação das pessoas, que foram frustradas na conquista de suas necessidades básicas. Cada criança é educada de modo a considerar determinados valores, como, patrimônio, status, dinheiro e poder. Pessoas que são excluídas e frustradas nessas conquistas procuram formas de realizar os seus desejos e, muitas vezes, através de atividades ilegais, o que mostra que a exclusão social tem papel fundamental para lastimável problemática criminal.

Ao se verificar o perfil sócio-econômico dos encarcerados no Brasil, avulta-se outro grave problema: a grande maioria dos detentos é pobre, proveniente das camadas sociais menos favorecidas, motivo que fortalece a tese segundo a qual seriam esses delinqüentes frutos das injustiças sociais reinantes no País. Está, pois, o sistema penal brasileiro efetivamente selecionando os delinqüentes entre as pessoas mais pobres da sociedade, que por sua vez, superlotam as prisões e constituem a clientela desse sistema. De modo inverso, aquelas pessoas que têm prestígio e influência do poder econômico, podem se valer de um tratamento penal

mais flexível e, na maioria das vezes, não recebem tratamento algum; segundo Zaffaroni; Pierangeli (2004, p. 58):

[...] na grande maioria dos casos, os que são chamados de "delinqüentes" pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas de pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como "delinqüentes" e não, como se pretende, um mero processo de seleção de condutas ou ações qualificadas como tais.

Quando se encarcera um pequeno infrator, não se está tirando dele apenas sua liberdade, mas também toda sua dignidade ao submetê-lo a uma prisão que arrebatava seus sonhos e expectativas, mostra-lhe a crueldade da natureza humana, humilha-o, violenta-o física e moralmente, subtraindo-lhe todas as perspectivas de progresso humano, tornando-o um forte candidato à reincidência quando deixar a prisão. Tais males são diametralmente opostos a uma pena que deveria educar o pequeno infrator.

Assim, está-se diante da necessidade não de se buscar a eficácia efetiva de uma pena mal aplicada, mas sim de se buscar a eficácia do Direito Penal Alternativo, para que se possa verdadeiramente seguir o Princípio da Intervenção Mínima do Estado em certas situações, bem como ser inexistente em outras, ou em outros casos atuar com mais rigor, porém buscando sempre a dose necessária de aplicação da pena para cada caso particular, sendo a prisão a última das soluções.

Razões tais embalam o fundamento de que o sistema penal não deve jamais ser interpretado como um objeto que se esgota em si mesmo, mas do modo mais amplo e menos burocrático possível, para que se veja o crime enquanto problema social e nunca apenas do próprio delinqüente. O programa penal do Estado deve, antes de tudo, ser programático.

O sistema penal, por meio das penas privativas de liberdade, procura alcançar a prevenção geral de condutas antijurídicas. Resta refletir se essa repressão de caráter retributivo não se aproxima de um conteúdo vingativo disfarçado sob a alegativa de que a pena é justa, pois apenas retribui uma ofensa a um bem jurídico; e se a pena é uma reação do Estado, proporcional ao mal sofrido, não se estaria diante de resquícios do princípio de Talião: "Olho por olho e dente por dente"? Então, essa reflexão seria mais ampla e abarcaria o próprio conceito de pena, sua finalidade e objetivo.

O Direito Penal, portanto, deve aspirar como fim último à formação de cidadãos conscientes e responsáveis, merecendo ser cada vez mais pedagógico e menos repressivo.

CAPÍTULO 2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA NOVA POLÍTICA CRIMINAL

O Direito Penal ao ser aplicado deve sempre ser balizado nos princípios que legitimam o sistema, de modo a harmonizar às aspirações sociais, somente intervindo nas relações sociais quando último meio de composição dos conflitos.

O jusfilósofo Reale (2002. p. 303.) admitia que princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”. Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, é a base de sustentação do conhecimento, são as vigas mestras do ordenamento jurídico, por isso a violação a um princípio é a forma mais grave de ilegalidade, pois agride todo o sistema, subvertendo seus valores fundamentais.

Para Francisco Tolêdo (2003), primeiro autor brasileiro a se referir ao alcance do princípio da insignificância, a adoção desse princípio contribui para redução do campo de incidência do Direito Penal. Segundo Tolêdo, a gradação qualificativa e quantitativa do injusto permite que o fato penalmente insignificante seja excluído da tipicidade penal.

Beccaria (2004) destaca em sua obra *Dos Delitos e das Penas* que: “Proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos”.

2.1 Princípio da Insignificância

Também chamado por Bagatela, esse princípio foi formulado por Claus Roxin, criminalista alemão e estudioso da Política Criminal (ROXIN apud TOLÊDO, 2003).

Este autor propôs a interpretação restritiva dos tipos penais, com a exclusão da conduta do tipo a partir da insignificante importância das lesões ou danos

verificados. Com muito acerto, esse criminalista indicou que o apego ao formalismo exagerado é prejudicial à sociedade, pois, assim sendo, ou se terá uma atuação tardia do Direito ou se verá muitas injustiças cometidas.

A “Criminalidade de Bagatela” (Bagatelledelikte), como é chamada pelos doutrinadores alemães, surge de forma significativa na Europa, a partir do século XX, em meio às crises decorrentes das primeira e segunda guerras mundiais, quando o crescente índice de desemprego e a escassez de alimentos, dentre outros fatores, provocaram um surto de pequenos delitos, como furtos e roubos de pequeno valor. Portanto, a origem fática do Princípio da insignificância está ligado ao caráter patrimonial.

De outra parte, os juristas romanos afirmam que o Princípio teve sua origem histórica no direito romano, fundamentado-se no brocardo “*minimus non curat Praetor*”, isto é, o Pretor não cuidava dos pequenos delitos.

O objetivo desse princípio seria, então, restringir o teor literal do tipo penal, ajustando-o aos comportamentos socialmente aceitos, a despeito de suas ínfimas lesões aos bens jurídicos, tornando-se um instrumento de interpretação restritiva da norma penal, evitando-se a interpretação puramente gramatical, que será sempre acompanhada de alguma injustiça.

Para esse princípio, a conduta formalmente descrita no tipo penal seria materialmente atípica, uma vez que situada entre as condutas socialmente aceitas, estando, portanto, excluída do tipo. Isto posto, seu fundamento é que não se pode punir o que a sociedade não reprova e tem por normal.

A insignificância abarca situações de ofensa mínima a bens juridicamente tutelados, tendentes a não justificar a incidência do Direito Penal, que seria desproporcional ao reprimir fatos juridicamente irrelevantes, como, no caso do furto

simples de um objeto de pequeno valor, que por certo terá sua tipicidade material elidida por esse princípio.

Os crimes de bagatela, num primeiro momento, se amoldam à figura típica, mas, posteriormente, têm sua tipicidade desconsiderada pelas suas ínfimas ofensas.

Nesse ínterim, a divisão da tipicidade em formal e material é oferecida a partir de uma visão constitucionalista da teoria do delito, considerando um outro princípio, qual seja o da dignidade humana, que assegura que as garantias constitucionais não podem sofrer limitações senão em virtude de interesse ou bem de igual ou maior valor.

Sem embargo, não se pode conceber que a liberdade constitucionalmente garantida a todos seja cerceada em detrimento de uma ofensa insignificante a um bem jurídico de menor relevância. Portanto, nas infrações de bagatela não há necessidade de se impor uma sanção penal. Para tanto, é necessário que se observe, para aplicação da insignificância, a idéia conglobada da norma, ponderando-se resultado, conduta e culpabilidade.

Destaque-se, ainda, que o princípio da legalidade não pode ser compreendido em uma acepção restrita que provoque excessos na configuração do tipo penal, de modo que a conduta precisa estar previamente tipificada e ajustada a esse tipo, e que a sanção cominada previamente seja proporcional à reprovabilidade da conduta, sendo expressão da norma constitucional *nullum crimen sine lege*.

Alguns criminalistas mais conservadores, embora sejam a corrente minoritária, ainda resistem ao princípio telado sob a alegativa da ausência de previsão legal. Todavia, tal princípio é construção dogmática, fruto das discussões da Política Criminal, que procura solucionar as injustiças do direito mal aplicado e mal interpretado, valendo-se ainda da assertiva de que a norma escrita não esgota

todo o direito. É um princípio implícito, integrado aos Fundamentos do Estado Democrático de Direito, que resguarda a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade de aplicação da pena.

A bagatela tem, portanto, aplicação em qualquer tipo de crime, seja formal, material, de dano, de perigo, doloso ou culposo. E mais ainda no caso particular dos crimes de dano, uma vez que, nesses casos, é óbvia a facilidade de se mensurar a extensão da lesão.

Para melhor se entender o Princípio da Insignificância e sua finalidade jurídico-penal, deve-se relacioná-lo a outros princípios, tais como, o Princípio da Legalidade, da Lesividade, da Fragmentariedade, da Subsidiariedade, da Adequação social e da Intervenção mínima.

2.1.1 Princípio da Lesividade

Alguns doutrinadores elencam um subprincípio da Insignificância, qual seja, o da Lesividade, para o qual só se admite a aplicação da pena à conduta que lese direitos ou interesses de terceiros juridicamente protegidos, não se punindo a conduta puramente imoral ou antiética.

Assim, só se pode penalizar comportamento que prejudique direitos de outrem, pois as condutas internas ou individuais do ser humano, por mais estranhas que se apresentem, não legitimam a intervenção penal.

Esse princípio determina que a intervenção do Direito Penal deva ocorrer apenas quando necessário à proteção de certos bens jurídicos, o que implica que nem todo ataque terá, conseqüentemente, intervenção penal, pois apenas os casos de lesão aos bens juridicamente mais relevantes a justificarão.

Ao se afirmar que o objeto da tutela penal é um bem jurídico, e não qualquer comportamento está-se diante da idéia de culpabilidade, pois se trata da reprovabilidade adjetivada com algum comportamento humano, diferindo o Direito da Moral. Esse entendimento surge com os estudos desenvolvidos por Kant que procurava fazer uma interpretação da prática humana, definindo que a razão é o norte da ação (KANT apud SILVA JÚNIOR, 2002).

2.1.2 Princípio da Subsidiariedade

O caráter subsidiário permite que o remédio penal seja utilizado apenas quando for o último meio capaz de solucionar o conflito. Assim, o Direito Penal só deve atuar quando se observar o fracasso de todos os outros ramos jurídicos.

A função penal de dar guarida aos bens jurídicos mais importantes é o que o diferencia dos demais ramos do direito, pois esse apenas irá atuar quando os outros ramos jurídicos forem insuficientes para resolução das contendas, donde se destaca que a atuação penal é subsidiária.

2.1.3 Princípio da Fragmentariedade

Decorrente dos Princípios da Legalidade e da Intervenção Mínima e presumido no da Subsidiariedade, o Princípio da Fragmentariedade tem como fundamento que apenas as condutas mais graves merecem o rigor do Direito Penal.

Esse princípio denota que o legislador em sua função legiferante tem consciência apenas do prejuízo que a conduta a ser incriminada pode causar, não tendo como prever o total alcance da norma elaborada. Daí a importância dos Princípios da Fragmentariedade e Insignificância, pois impõem uma interpretação

restritiva da lei, impedindo que as penas sejam aplicadas a lesões penalmente insignificantes.

É escorreito que a atuação do Direito Penal resguarda-se para as condutas com significado penal, isto é, desde que sejam graves. Assim, o Direito Penal não constitui um sistema fechado, ao contrário, é fragmentário, para abarcar determinadas condutas seletivamente, conforme a necessidade.

2.2 Princípio da Intervenção Mínima

O Direito Penal, conforme já se dissertou alhures, só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais expressivos. As perturbações menos relevantes aos bens jurídicos devem ser objeto de outros ramos do direito, como o Direito Civil, por exemplo.

O Princípio da Intervenção Mínima tem sua origem ligada à ascensão da burguesia, contemporânea ao iluminismo, quando se passou a defender que a criminalização de um fato somente seria legítima, quando se constituísse no único meio idôneo a proteger determinados bens jurídicos.

Esse princípio impede que toda e qualquer lesão aos bens jurídicos seja penalizada, sendo apenas passível de sanção as condutas realmente intoleráveis. Por conseguinte, tem o objetivo de limitar o arbítrio legislativo, já que o Princípio da Legalidade impõe limites apenas ao arbítrio judicial.

Os Princípios da Fragmentariedade e da Subsidiariedade dão origem ao Princípio da Intervenção Mínima, legitimando o Direito Penal a atuar apenas nos casos de graves lesões a um bem jurídico fundamental para as relações sociais.

O “garantismo” do século XX, movimento impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promoveu uma verdadeira evolução nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, que atrelado ao Princípio da Intervenção Mínima originaram o chamado “Direito Penal Mínimo” ou “Minimalismo Penal”, que traz como proposta central a interferência mínima do Estado nas relações entre os indivíduos, pela qual a pena privativa de liberdade somente deve ser lançada para evitar um mal maior à sociedade, de modo que a desproporcionalidade da lesão sofrida ao bem a ser restrito, desautorizaria a sanção penal.

Desse modo, o Direito Penal Mínimo aponta para despenalização de vários tipos penais, estabelecendo vias alternativas que solucionem o conflito sem aplicação da prisão, o que além de resguardar a dignidade dos indivíduos que cometerem delitos de menor relevância, vem oferecer uma saída mais justa aos contendores, permitindo que vítima e infrator possam discuti-la.

De forma ainda muito tímida, a Lei dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95), é inspirada nas acepções minimalistas, contudo, a Política Criminal do País ainda anda a passos lentos e longe de alcançar um desenvolvimento razoável. Para Silva Júnior (2002, p. 11):

[...] na onda atual da globalização, com a diminuição do Estado, não se pode confundir direito penal mínimo com a mínima intervenção do Estado nas relações sociais. Ao contrário, a mínima intervenção do Estado (neoliberalismo) necessita da máxima intervenção na liberdade do indivíduo, pois reduz os investimentos em programas sociais, ao mesmo tempo em que aumenta os excluídos e a concentração de riqueza. A ordem social precisa ser preservada. Assim, na área criminal, o direito penal do neoliberalismo é o norte-americano, conhecido no Brasil como direito penal simbólico, que se caracteriza pela ampliação das condutas tipificadas, aumento e rigor das penas, diminuição das garantias individuais, ineficácia na proteção do bem jurídico e uso comercial e eleitoreiro da notícia do crime.

2.3 Princípio da Adequação Social

Diferentemente do Princípio da Insignificância que prevê condutas relativamente toleradas em razão de sua ínfima lesividade, o Princípio da Adequação Social observa total tolerância da sociedade que aprova as condutas.

A Adequação Social é princípio geral de interpretação da lei penal, através do qual se consideram atípicas as condutas que a sociedade entender aceitáveis.

Esse princípio é de grande utilidade em ordenamentos em que a Política Criminal seja pouco desenvolvida no plano prático, servindo de norte ao justo aplicador do direito, que está adstrito às transformações políticas, econômicas e sociais.

2.4 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Insignificância é fundado na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação ao delito no caso concreto.

Consoante o Princípio da Proporcionalidade, quando a lesão ao bem jurídico for ínfima, mesmo a pena mínima será desproporcional, pois se colocaria além da medida da relevância social da conduta.

Por isso, quando desrespeitada a proporcionalidade, o Direito perde o seu papel de base do Estado Democrático, uma vez que deveria resguardar os direitos fundamentais do ser humano.

O Princípio da Proporcionalidade surge com o Iluminismo e ao tempo da Revolução Francesa. Já em 1764 Cesare Beccaria delineava, expressamente, em sua obra *Dos Delitos e das Penas* que o Princípio da Proporcionalidade deveria ser observado pelo legislador, bem como pelo julgador. Tal idéia era entendida como

proibição de excesso, dado o desejo de uma atuação plausível da justiça, respondendo ao fenômeno criminal com uma reação na mesma medida, nem além, nem aquém do mal praticado.

Logo após a Segunda Guerra Mundial, o Tribunal Constitucional Alemão, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Suprema Corte Americana adotaram a Proporcionalidade como um princípio geral de todo o ordenamento, devendo orientar a atividade legislativa e a administração da justiça.

CAPÍTULO 3 DESPENALIZAÇÃO PELA REPARAÇÃO DOS DANOS: UMA MEDIDA ALTERNATIVA EFICAZ

Despenalização é uma diminuição do caráter punitivo do tipo penal, o que não implica em extinguir condutas ilícitas, mas na verdade em um abrandamento da pena de determinados delitos, sem, contudo, subtrair destes seu caráter de ilícito penal; é uma atenuação dentro do sistema repressivo que visa transformar um crime em contravenção ou em pena de multa em detrimento da prisão, ou mesmo que se deixe de aplicar a pena em homenagem a uma solução alternativa como a reparação do dano, impulsionada pelo princípio da intervenção mínima, o que seria uma resposta penal menos gravosa e mais eficiente, capaz de substituir a prisão por essa medida mais justa.

Diferentemente da descriminalização que se opera quando determinada infração é retirada totalmente do ordenamento jurídico, isto é, deixa de ser tipificada como crime, a despenalização busca uma alternativa paralela para que se evite uma pena muito gravosa para um delito inexpressivo, mas conservando o caráter de ilícito das condutas a serem despenalizadas.

O que se procura defender neste trabalho é que sejam criados mecanismos pelos quais a reparação dos danos causados ao bem jurídico sejam suficientes para fazer valer os Princípios da Subsidiariedade e da Intervenção Mínima, ou seja, que o Direito Penal se realize com mecanismos capazes de substituir a pena de prisão, como o é a Reparação dos Danos.

O Direito Penal não deve se ocupar, portanto, de conflitos que possam ser conciliados sem a sua interferência, a exemplo do Código Penal Português, que em seu artigo 75, disciplina que o Tribunal "não aplique qualquer pena, se a culpa do

agente for diminuta, o dano tiver sido reparado e a tal não se opuserem as exigências da recuperação do delinqüente e da prevenção geral”.

3.1 Aspectos fundamentais da Despenalização

A missão do Direito Penal é, sem embargo, a proteção de bens jurídicos, mas apenas daqueles mais importantes e indispensáveis ao homem como, por exemplo, a vida, a liberdade, e a saúde.

Pode-se falar em função do Direito Penal ao invés de missão, embora maior número de estudiosos advoguem essa última tese.

Hans Welzel apud Oliveira (2001) aprofunda a discussão e sem negar o princípio da proteção aos bens jurídicos, alinha-o a uma discussão social mais ampla, pois entende que a missão do Direito Penal é justamente proteger os valores elementares da vida em sociedade, propondo que esse ramo do direito tenha uma função ético-social.

Perfilando esse tema, Günther Jakobs apud Oliveira (2001) pondera que a função penal é a prevenção geral, confirmando o caráter normativo do Direito Penal de que a missão é a busca desse reconhecimento normativo por meio da prevenção geral positiva. Assim, para Jakobs, a aplicação de uma pena é uma confirmação do desenho da sociedade, de suas expectativas, distanciando-se do princípio da proteção dos bens jurídicos, desenvolvendo um conceito funcional de culpabilidade.

Para formular sua teoria, Jakobs recorre aos ensinamentos do professor da Universidade Bielfeld, na Alemanha, Niklas Luhmann apud Oliveira (2001), que vislumbra o direito como um instrumento fundamental da conservação do sistema social. Contudo, Jakobs não se distancia muito da teoria de Welzel, guardando com esta muitos pontos em comum.

Contrabalanceando essas teorias, pode-se repisar que o Direito Penal não tem como missão uma proteção qualquer, mas, sim, uma que seja subsidiária sobre os bens jurídicos, pela qual só possam ser punidas as lesões realmente relevantes a esses bens, desde que os meios não penais se revelem insuficientes para por fim ao conflito, fazendo surgir a necessidade da tutela penal, que é o remédio extremo do Estado.

Nesse diapasão, compreende-se que exista uma fundamentação social para a intervenção do Direito Penal, pois o conceito material de crime não basta à construção social do fato criminoso, sendo necessário que tal fato além de típico e antijurídico, seja culpável, ou seja, deve ser considerado o ajuste de certas qualidades materiais ao comportamento delitivo, com o processo de reação social ao fato, que tem por consequência última classificar, em termos estigmatizantes, os autores desses comportamentos como criminosos.

Além da aplicação como *ultima ratio*, o Direito Penal possui, ainda, caráter fragmentário, pois, ao tutelar os bens jurídicos, não o faz sempre de modo geral, mas, sim, distinguindo, frequentemente, determinadas formas de lesões, caracterizando uma proteção relativa desses bens, que somente devem ser defendidos diante de determinadas formas de agressão.

Assim, a proteção dos bens jurídicos deve observar o caráter limitativo pautado pelos Princípios da Subsidiariedade e da Fragmentariedade, momento em que ganham espaço outras medidas de Política Criminal Social como a Reparação dos Danos pelo autor do delito que, como se vê, é um comportamento idôneo a afastar a necessidade de aplicação da pena mais gravosa como a privativa de liberdade, uma vez que mostra a boa personalidade do infrator e sua consciência da conduta anti-jurídica que cometeu.

3.1.1 A Despenalização à nível constitucional

É sob o prisma constitucional que os princípios norteadores da Despenalização se afirmam como normas-base que orientam a delimitação material do que é injusto face à persecução penal, para que o ordenamento garanta, eficazmente, a tranqüilidade social.

A dinâmica das relações humanas faz emergir, constantemente, novos valores, alguns dos quais, merecedores de proteção penal. Por isso, os princípios exercem um papel fundamental nas atividades legislativa e judicial, permitindo que, mesmo após a edição de uma constituição, outros bens possam ter destaque valorativo na ordem constitucional, que, por sua vez, não é estática, pelo contrário, está aberta ao câmbio social.

Por vezes, condutas ilícitas atingem bens jurídicos de nível constitucional; ocorre, todavia, que a ofensa a esses bens pode comportar apenas um desvalor ético, no qual a reparação civil, por si só, já é capaz de aplicar ao caso um considerável efeito preventivo.

É de se reconhecer que as soluções reparatórias no âmbito civil resgatam a dignidade do Direito Penal, reservando-o para os casos mais graves de ataques a bens jurídicos. Então, mesmo que o bem jurídico seja agasalhado pela Constituição, não serão todas as lesões que exigirão a tutela penal.

A teoria do bem jurídico é essencial na implementação de mecanismos que viabilizem a Reparação dos Danos no Direito Penal como causa extintiva de punibilidade ou para desconsideração da relevância penal da conduta, servindo a reparação como legítima via alternativa para a aplicação das penas em um Estado Social e Democrático de Direito afeito a um Direito Penal de intervenção mínima.

Lastimavelmente, tem-se que admitir que a Política Criminal de Reparação dos Danos, no Brasil, não está constitucionalmente legitimada, pois o ordenamento jurídico-penal pátrio é baseado em fórmulas positivistas do início do século XX, que remontam a um Estado Liberal Individualista, pautado em rígidos conceitos e em uma legalidade formal absolutista que vislumbra o Direito Penal não com função de controle social, mas como um instrumento rígido e poderoso de coerção social. Nesse contexto em que o sistema penal foi idealizado se defendia a lógica formal, que tinha como seu maior expoente Hans Kelsen (1962) com a Teoria Pura do Direito.

Contudo, o cidadão de hoje é outro e o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e como tal prevê, constitucionalmente, a liberdade de autodeterminação para todos os indivíduos, desde que respeitem os direitos fundamentais dos demais.

3.1.2 Teoria do Bem Jurídico: um instrumento da Despenalização

O século XVIII foi palco de profundas transformações ideológicas que promoveram a ascensão do pensamento filosófico realista-positivo em detrimento do caráter apriorístico. Assim, o Iluminismo surgiu das necessidades históricas do indivíduo em busca de uma afirmação científica que se afastasse das especulações.

Foi nesse contexto que o pensamento reformador fez do Direito Penal uma ciência jurídica sistematicamente organizada, ao menos no plano teórico, hierarquizando os interesses humanos dignos de proteção penal.

O termo *bem* vem do latim *bene* ou *bonum*, que em sua acepção mais ampla e menos técnica é tudo que qualifica uma coisa ou ação positivamente. No sentido restrito, que mais interessa ao estudo realizado, pode variar conforme a área de conhecimento; no sentido econômico, é a coisa que pode satisfazer uma

necessidade humana; no sentido jurídico, bem é “tudo o que pode proporcionar utilidade ao homem, econômica ou não” (VENOSA, 2005. p. 328).

O conceito de bem jurídico se fundamenta no concreto objeto de tutela no âmbito específico do ordenamento jurídico-penal, podendo, inclusive, assumir relevância em outros ramos do direito.

No que diz respeito ao *valor* do bem, este é designado por uma qualidade que as coisas e os atos adquirem, conforme o fim a que se destinam. Assim, o *valor* tem uma conceituação mais ampla que o bem jurídico, na medida em que é um qualificativo finalístico variável de acordo com o bem jurídico destacado.

Na base da discussão do bem jurídico, existe, pois, a noção de que o fim determina o valor, nascendo a idéia de valoração dos bens jurídicos conforme sua perspectiva finalística, dando ensejo a distinção entre bens jurídicos e bens jurídico-penais.

No que tange à proteção dos bens jurídicos, disserta Amaral (2005, p. 115) reconhece que:

[...] o bem jurídico serve como limite ao poder punitivo estatal. Assim, quando a reparação do dano é considerada pelo direito penal e utilizada como reação, ela provoca a modificação do paradigma crime-castigo, substituindo-o por ofensa-reparação do dano. Esta via pode transformar o sistema penal altamente lesivo e estigmatizante, além de injusto, em um sistema algo mais humano, porque de natureza reparatória e conciliatória.

O bem jurídico não comporta conceitos a priori, mas abertos à leitura axiológica que cada grupo social faz dele, e continua Amaral (2005, p. 287):

A norma em vigor é consequência da concepção absoluta do bem jurídico, a qual vê naqueles de maior importância um ente do qual a vítima está plenamente alienada. O erro está em que são justamente a vítima e o grupo que a cerca, e que a observa, os sujeitos que

servirão de termômetro para valoração legislativa do bem jurídico. E não o Estado, que de forma auto-referencial ou em *auto poiesis* justifica *per se* a proteção de determinados bens jurídicos.

O bem jurídico, consoante predito, é uma utilidade do indivíduo para satisfação de suas necessidades; enquanto bens jurídico-penais se configuram como alguns certos momentos daqueles bens jurídicos em determinadas circunstâncias e sob específicas formas de proteção contra agressões. Tratam-se dos mesmos bens jurídicos, mas, graduados em pontos de insuportabilidade da lesão ou de perigo de lesão, em que passam a merecer a tutela penal.

3.2 O papel da vítima na Despenalização

Hodiernamente, é tendência mundial o resgate da vítima ao processo penal para que possa participar da atividade jurisdicional. Entrementes, no ordenamento jurídico brasileiro, a vítima ainda está relegada à condição de mero sujeito passivo do crime, sendo considerada irrelevante na solução do conflito. Assim, a vítima, figura que deveria ser considerada a maior interessada na solução do conflito, é simplesmente anulada, ao passo que o Estado toma para si o monopólio da pacificação dos litígios.

Lembre-se que nos tempos primitivos da vingança privada, a vítima era o centro das atenções despertadas pela prática do delito.

Com o surgimento do Direito Penal, o Estado passou a ser titular absoluto do *ius puniendi*, que tem como foco de sua pretensão o autor do delito, sendo a vítima colocada à margem do procedimento penal, inclusive, com o objetivo de se afastar a vingança privada. É de se ressaltar a Ação Penal Privada, em que a representação

cabe ao ofendido ou seu responsável, mas, toda persecução penal é dever do Estado.

A escola positivista estampa o entendimento de que o crime deve ter como objeto de estudo unicamente a figura do delinqüente.

Com os novos rumos da Política Criminal, todavia, se tem dado mais importância à vítima, realizando-se uma análise macroestrutural do crime, em que a criminalidade é encarada como um organismo complexo, um resultado do fenômeno estrutural da relação delituosa.

Esse novo pensamento criminológico, voltado para a figura da vítima, impõe uma revisão obrigatória do sistema de penas vigentes, para que a vítima não seja despojada de seus problemas, de modo que, assim como o autor, possa participar da solução do conflito, passando a conciliação a ocupar lugar de destaque na relação conflituosa.

Nas últimas décadas o desenvolvimento da criminologia permitiu a formulação da teoria triangular do delito, formada pelo criminoso, vítima e a administração jurisdicional, esta última representando a sociedade. Assim, lembra Amaral (2005, p. 124) que:

O 1º Congresso Internacional de Vitimologia (Jerusalém – 1973) recomendou às nações que criassem um instrumento oficial de compensação às vítimas de crime, independentemente da reparação material feita pelo próprio autor do fato. Seguiram-se os Congressos de Boston (1976), Münster (1979), Tóquio/ Kyoto (1982), Zagreb (1985), Jerusalém (1988), Rio de Janeiro (1991), Adelaide (1994) e Amsterdã (1997), os quais deram maior concretização às preocupações com a vítima na dinâmica do sistema penal.

Não é difícil perceber que o papel da vítima constitui elemento de destaque na Despenalização pela Reparação dos Danos, uma vez que sua participação no

processo penal por meio da conciliação, respaldada em mecanismos restaurativos, vem tornar desnecessária a reprimenda penal, que submeteria a vítima a novos dissabores, pois uma vez iniciada a persecução penal, além da vitimização já decorrente do delito, essa seria vitimizada uma segunda vez, ao se submeter às instâncias formais do direito, tendo que se apresentar à polícia judiciária, aos órgãos judiciais, a uma burocracia excessiva, passando por mais constrangimentos, perdendo tempo e despendendo recursos para patrocinar uma acusação.

Por isso, é advogada pela Política Criminal Moderna a criação de mecanismos que assegurem às vítimas a satisfação do dano o mais prontamente possível.

O sistema penal deveria orientar-se para a vítima, relegando o castigo do ofensor a segundo plano, de modo que o procedimento penal servisse também ao fim de satisfação da vítima, mas infelizmente, a melhoria da situação da vítima é meramente incidental à imposição da sanção ao réu.

A pena deveria ser vislumbrada com um novo e primordial fim, o restaurador, cuja reparação expressasse um valor fundamental dessa pena, para o qual a justiça deveria empenhar-se ao máximo.

3.3 A Reparação dos Danos em outros ordenamentos

Nos Estados Unidos da América do Norte (EUA), a vítima, também lembrada no processo criminal, dispõe de um mecanismo processual civil para obter a restituição. Esse sistema diferencia a restituição da compensação. Essa é uma vantagem oferecida pelo Estado à vítima para compensar as perdas ou danos sofridos, ao passo que a restituição é a obrigação do autor do crime de custear os danos causados à vítima.

Os vários recursos de que dispõem as vítimas nos E.U. A, fizeram desse país o berço social em defesa das vítimas. O marco inicial dessa tendência data de 1970 e daí se expandiu para a Europa.

É pela via ordinária civil que a vítima busca a reparação pelos danos provocados ao bem jurídico, fundamentando seu pedido nos princípios comuns ao direito civil que regem a responsabilidade civil por ato ilícito, penal ou não.

No direito norte-americano vale o princípio da reparação absoluta nos processos civil e penal, não havendo a possibilidade de exercício da ação civil derivada do delito do processo penal, não comportando, portanto, a ação civil *ex delicto*.

Pelo Princípio da Oportunidade, em vigor nesse ordenamento, o acusador, que não é concursado, mas, sim, eleito, tem larga discricionariedade para propor, a qualquer momento, uma composição dos danos, inclusive depois do oferecimento da denúncia, que pode ser suspensa ou cancelada. Inclusive, o acusador norte-americano não está obrigado a oferecer a denúncia nem nos crimes de homicídio, e pode aproveitar-se da oportunidade para mediar a reparação dos danos.

Em vários Estados norte-americanos existem fundos especiais de reparação para os quais contribuem os delinqüentes, possibilitando à sua administração indenizar as vítimas de crimes, quando o delinqüente não tenha situação financeira favorável.

Na Costa Rica existe a chamada pena de prestação pecuniária, que obriga o condenado a pagar a vítima ou a sua família um valor fixado pelo juiz, desde que não exceda, obviamente, o *quantum* do prejuízo experimentado e levando-se em consideração a capacidade econômica do condenado. E, caso haja ação civil de ressarcimento será abatido o valor da pena de prestação pecuniária já paga

anteriormente. Essa espécie de prestação pecuniária guarda a natureza jurídica de pena, mas já pode ser considerada um avanço na perspectiva restaurativa da despenalização.

No Canadá foi desenvolvido um programa de restituição à vítima, colocando-a numa posição privilegiada, e buscando sempre sua satisfação, pois se considera que a vítima pode se dar por satisfeita com a restituição do bem subtraído, o que normalmente ocorre nos crimes contra o patrimônio. Esse País tem, assim, obtido excelentes resultados no controle de sua população carcerária. Oliveira (2001, p. 298) destaca:

Em alguns países da Europa, como Inglaterra, País de Gales, Escócia e Alemanha, a reparação do dano causado à vítima vem sendo considerada uma sanção penal autônoma, que evita a pena privativa de liberdade e pode ser aplicada com a prestação de serviço à comunidade, em determinadas horas do conjunto da carga horária de trabalho semanal do infrator. No Canadá, além da alternativa da *indenização*, há a opção legal de ocorrer tão somente a *reconciliação com a vítima*, que permite ao infrator reconhecer o seu erro e merecer as desculpas da vítima, em ato formal presidido pelo juiz da causa.

3.4 Os Discursos Penais e a Moderna Política Criminal

As discussões sobre a criminalidade comportam uma quantidade desenfreada de equívocos, pois, quase sempre acabam delineando uma solução com base no rigor e na majoração das penas, na expectativa de que os problemas sociais sejam resolvidos pelo Direito Penal.

A audácia dos criminosos, praticando crimes em plena luz do dia, e a violência que foge ao controle do Estado, têm feito com que pessoas mais desavisadas queiram trazer à tona os temas da prisão perpétua e da pena de morte. E o que é pior, essa pauta, muitas vezes, faz parte dos discursos no Congresso

Nacional, onde políticos procuram conquistar aquelas pessoas amedrontadas pela repercussão da violência, passando a defender, inescrupulosamente, as penas capital e perpétua.

O fato é que tais penas são vedadas, expressamente, pela Constituição Federal e sua não aplicação é colocada entre as garantias fundamentais, sendo consideradas cláusulas pétreas, isto é, que não podem ser alteradas por emenda constitucional. E mesmo com a promulgação de uma nova Constituição não seria possível a implementação de tais penas, pois, em um Estado Democrático de Direito não se admite o retrocesso de direitos e garantias fundamentais, mesmo com a implementação de uma nova ordem jurídica, o que torna o tema sempre inoportuno e a discussão superada. Garante Greco (2006, p. 3) que :

[...] o problema que a sociedade brasileira atravessa não poderá, jamais, ser resolvido com a *arma do Direito Penal*, mas que sua origem se encontra na incapacidade do Estado de atender aos seus deveres sociais, considerados como de segunda geração, tais como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência social, etc. [...].

As discussões penais estão extremadas em alguns ideais que se digladiam nas teorias erigidas pelos estudiosos da ciência criminal.

Assim, uma das correntes extremadas é a crítica abolicionista, que se perfaz no próprio momento em que nasce a lei penal, proibindo determinados comportamentos ou a eles impondo uma pena. É nesse momento que o movimento abolicionista se encorpa, questionando a necessidade do tipo penal incriminador que como sempre terá sua clientela pré-determinada, os pobres, miseráveis e desempregados, ficando de fora da aplicação da lei às pessoas mais abastadas.

Assim, consideram os abolicionistas que a prisão é um instrumento completamente irracional, que não pode ser aplicado sem que se ofenda à dignidade do ser humano.

Com força diametralmente oposta, o Movimento da Lei e da Ordem pauta o seu convencimento por meio do sensacionalismo, da veiculação de imagens chocantes, que tendem a causar revolta e repulsa no seio social. Crimes bárbaros são mostrados, a crueldade é destacada, e se defende que apenas o Direito Penal será capaz de solucionar todos os problemas.

Desse modo, o Estado Social vai sendo relegado em nome de um Estado Penal Repressor. Os investimentos em políticas sociais, saúde e educação ficam em segundo plano, sendo priorizado o setor repressivo, e o Congresso Nacional desenvolve uma atividade perene de fabricação de mais e mais leis.

Esse movimento objetiva uma limpeza social dos que não se adaptam ao convívio social, dos criminosos que são encarados como dejetos humanos, alavancando um processo de exclusão que se aproxima mais de um saneamento social que de justiça.

Para aqueles que se filiam ao Movimento da Lei e da Ordem, as Penas Alternativas, que evitam um encarceramento desnecessário, são, na verdade, um estímulo ao cometimento de outros delitos, uma vez que a Pena Privativa de Liberdade é afastada em nome das Alternativas.

Nesse cerne, o Direito Penal deve se preocupar com todo e qualquer bem jurídico, independentemente de seu valor, pelo que deve ser utilizado como *prima ratio* e não como *ultima ratio*, cumprindo um papel eminentemente repressor, não permitindo que quaisquer condutas indesejadas deixem de ser reprimidas.

Na esteira do Direito Penal máximo, há, ainda, o Direito Penal do Inimigo, desenvolvido por Günter Jakobs apud Oliveira (2001) na segunda metade da década de 1990.

Jakobs procurou traçar uma distinção entre um Direito Penal Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. O primeiro, tradicional e garantista, observa a todos os princípios fundamentais; já o segundo seria um Direito Penal despreocupado com tais princípios, uma vez que não se estaria diante de cidadãos, mas sim de inimigos do Estado, não podendo participar dos benefícios do conceito de pessoa.

Essas posições extremadas não correspondem a uma política criminal equilibrada, capaz de realmente teorizar institutos aptos a oferecer soluções viáveis à problemática criminal e é justamente nessa posição que se coloca o Direito Penal Mínimo, com um discurso social mais coerente, que defende ser a finalidade do Direito Penal tutelar, tão somente aqueles bens jurídicos mais importantes, vitais ao convívio social.

A inteligência do Direito Penal Mínimo se alicerça na aplicação de vários princípios, que servem de norte ao legislador na criação como na revogação de tipos penais, servindo, também, de orientação aos aplicadores do direito, a fim de que se produza uma correta interpretação das leis.

Dessa forma, contrariamente aos movimentos Abolicionista e da Lei e da Ordem, o Direito Penal Mínimo se encontra numa posição equilibrada, sendo uma via razoável para a boa aplicação do *ius puniendi* estatal.

3.5 Condutas a serem Despenalizadas

A Reparação dos Danos, instrumento idôneo à Despenalização, terá sempre como aporte o princípio da proporcionalidade da reação correspondente ao delito,

em termos restauradores, podendo produzir efeitos diversos, ao sabor da gravidade dos delitos, pois esses são gradativamente valorados, o que permite a aplicação de uma reparação proporcional.

Entre os crimes carecedores de despenalização por meio da reparação estariam os delitos de bagatela, sendo muitas vezes desnecessária mesmo a reparação dada a insignificância do fato. Há, contudo, delitos que não podem ser considerados meramente insignificantes, pois a dimensão do desvalor da ação exige que seja considerada, embora possa ser reduzida ou neutralizada por atos compensatórios, sendo passível de reparação e, por conseguinte, a despenalização.

Todas as contravenções penais comportam a despenalização, pois, na verdade, fogem elas à lógica do Direito Penal, já que este deve proteger os bens mais relevantes da sociedade, aqueles que outros ramos do direito não são capazes de tutelar.

Há, também, delitos considerados de gravidade mediana que podem, ainda, ser reparados eficazmente, tornando a pena supérflua, sob a perspectiva preventiva, o que pode ocasionar a dispensa da aplicação da pena.

Já nos crimes de gravidade acentuada, em que as necessidades preventivas mais rígidas se mostram indispensáveis, a pena, regra geral, não pode ser dispensada, devendo ser aplicada mesmo que haja a reparação dos danos, que deve ser sempre estimulada, mesmo nos casos de aplicação de pena privativa de liberdade, até mesmo como forma de diminuição de pena.

Todos os crimes contra o patrimônio ocorridos sem violência ou grave ameaça são carecedores da despenalização, uma vez que o patrimônio é reparável por sua própria natureza.

Do mesmo modo se colocam os crimes contra a fauna e flora nacional que mesmo tendo uma quantificação do dano mais difícil de ser mensurada, não deveriam tais crimes ensejar a privação da liberdade, pois tal medida desatende, completamente, a razoável aplicação do direito.

Observe-se que a despenalização com a conseqüente reparação dos danos deve ser uma medida eficaz, evitando que os delitos reparados voltem a ser cometidos, de modo que a reincidência específica do autor da conduta que já foi despenalizada uma vez poderia, em alguns casos, desautorizar a aplicação do substitutivo penal da reparação.

Então, para aplicar a reparação do dano como medida despenalizadora, é necessário se analisar a culpabilidade daquele que cometeu certo delito, pois o que se espera é que a pessoa que cometeu um ilícito de moderada gravidade reconheça seu erro e veja a reparação do dano como uma punição, embora menos severa, que o permita ter a consciência do caráter ilícito de seu comportamento.

Assim, todos os delitos cometidos sem violência ou grave ameaça podem *prima facie* autorizar a despenalização, visto que o maior prejudicado é a vítima e a restauração da situação anterior contempla seus direitos e pretensões.

O que se busca, na verdade, é evitar a aplicação da pena que seria uma reação desproporcional do Estado em razão das lesões mais ínfimas aos bens jurídicos, já que existem outros meios menos agressivos de tutelar os direitos dos indivíduos.

CAPÍTULO 4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO PRISMA PARA O DIREITO PENAL

A Justiça Restaurativa é uma nova forma de se abordar o Direito Penal, voltado à reparação dos danos. Essa moderna idéia de política criminal foi pensada por Paul McCold e Ted Wachtel apud Jesus (2005, p. 42), membros do *International Institute for Restorative Practices*, e introduzida no Brasil em 2003, no XVIII Congresso Mundial de Criminologia no Rio de Janeiro.

Para esses autores, o crime causa danos à pessoa e a justiça deve diminuí-los ao mínimo possível, pois a Justiça Restaurativa é um processo colaborativo que envolve as partes afetadas mais diretamente pelo crime, já que são, verdadeiramente, os principais interessados na melhor alternativa de se reparar os danos sofridos pela conduta delituosa.

A teoria da Justiça Restaurativa é orientada sob três vertentes: a Janela da Disciplina Social, pela qual se busca afastar as práticas puramente punitivas, que tendem a estigmatizar as pessoas sob uma perspectiva obscura; o Papel das Partes Interessadas, segundo o qual as práticas restaurativas proporcionam às partes expressarem suas emoções e melhor descreverem os danos causados, facilitando assim sua reparação, já que a cooperação entre as partes é elemento essencial da Justiça Restaurativa. Se as principais partes interessadas são a vítima e o autor do delito, as partes secundárias são o Estado e a própria sociedade, contudo, essas partes não têm vínculo emocional com o autor ou vítima, razão por que não devem usurpar para si o conflito, interferindo na conciliação e na reparação dos danos; no que tange a terceira vertente da Justiça Restaurativa que é a Tipologia das Práticas Restaurativas, todas as partes interessadas (primárias e secundárias), desde que

haja consenso, devem buscar, conjuntamente, uma solução que melhor atenda aos anseios emocionais das partes por meio de um acordo livre e plenamente consciente entre as partes envolvidas.

Exemplo de elementos da Justiça Restaurativa no Brasil é Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), que em seu artigo 126 cuida da remissão que é um instituto que promove a exclusão, suspensão ou extinção do processo referente à aplicação de medidas sócio-educativas.

A Lei n.º 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) adotou a aplicação de medidas alternativas, em que se busca na audiência de conciliação, a composição civil e, caso esta reste frustrada, o representante do Ministério Público, se presentes alguns requisitos como ser o réu primário e a pena menor que dois anos, formulará proposta de aplicação imediata de pena alternativa.

A Justiça Restaurativa está, ainda, em fase embrionária no Brasil e caminha timidamente, como destaca Jesus (2005, p. 43) em interessante artigo:

Deve-se assinalar, de início, que não há, na legislação brasileira dispositivos com práticas totalmente restaurativas. Existem, contudo, determinados diplomas legais que podem ser utilizados para sua implementação, ainda que parcial.

Nesse cerne, destacam-se alguns dispositivos do Código Penal Pátrio que trazem algo de restaurador, dos quais, alguns são analisados a seguir:

Arrependimento posterior: é de se reconhecer certa evolução do artigo 16 do Código Penal, que foi implementado pela reforma da parte geral do Código em 1984, constituindo uma providência de Política Criminal e instituído com o objetivo estimular a reparação dos danos nos crimes sem violência ou grave ameaça à

pessoa. Nesse dispositivo o legislador esboça um reconhecimento da importância da vítima na relação criminosa.

Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

As medidas alternativas são, sem dúvida, um eficaz instrumento de ressocialização de que dispõe o atual Direito Penal, pois, resgata, com sua aplicação, o verdadeiro fim da pena, o seu caráter pedagógico. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é, entre as penas alternativas vigentes, a mais utilizada.

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos artigos 46, 47 e 48.

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

A reparação do dano é colocada entre as circunstâncias atenuantes legais genéricas, tendo o condão de atenuar a pena do agente, refletindo sua boa personalidade, que deve ser levada em consideração pelo julgador no momento da aplicação da pena.

Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:
III - ter o agente:

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

O artigo 78 do Código Penal favorece o condenado de bons comportamento e personalidade, e que tenha reparado o dano, oferecendo-lhe um substitutivo penal que atenda aos anseios de aplicação da pena, restringindo alguns direitos do indivíduo e baseada em ideais humanitários, deixando de aplicar uma pena mais gravosa a um indivíduo de pouca ou nenhuma periculosidade.

Art. 78. Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

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

Há que se destacar, ainda, em se tratando de pena restritiva de direitos, que a prestação pecuniária, trazida pela Lei n.º 9.714/ 98, pode ser aplicada em favor da vítima, de seus dependentes, ou de entidade pública ou privada com fins sociais e se realizada em favor da vítima ou de seus dependentes tem caráter indenizatório. A prestação pecuniária deve ser fixada entre um e 360 salários mínimos, com base no princípio da proporcionalidade, a fim de se encontrar um valor que além de restaurar a situação da vítima, sirva à reprovação e, conseqüentemente, à prevenção de novos delitos.

Dos dispositivos legais acima analisados, conclui-se que o legislador deu os primeiros passos no necessário resgate da vítima ao processo penal, observando, embora minimamente, as novas diretrizes da Política Criminal. Infelizmente, esses dispositivos ainda esbarram no legalismo e tecnicismo próprios dos juízes brasileiros

e na burocracia de um Judiciário sufocado de processos, muitos dos quais desnecessários, impedindo uma utilização mais larga e coerente daqueles substitutivos penais.

4.1 Penas Alternativas: um paradigma para problemática criminal

A violência como fenômeno social demanda soluções do Estado, que deve inibir e coibir as ações violentas e atentatórias contra a harmônica convivência entre os homens. Contudo, nem sempre se utilizam os meios mais justos e eficazes para combater a violência.

A pena privativa de liberdade, remédio comumente utilizado, como já se delineou acima, traz em seu bojo graves e permanentes efeitos contrários ao que pretende o Direito Penal, inviabilizando seu caráter preventivo.

Assim, urge que a prisão seja imposta somente aos criminosos de alta periculosidade que praticam delitos mais graves. Fora disso, o infrator deve ser submetido a medidas menos gravosas, que sejam restritivas de direitos, tal como a limitação de fim de semana, a proibição de freqüentar determinados lugares ou a outras, como, prestação de serviços à comunidade, pena de multa e a obrigação de reparar o dano, medidas que vêm cumprir de modo alternativo o fim do Direito Penal.

A Organização das Nações Unidas (ONU), no IX Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Cairo, no Egito, em 1995, recomendou a utilização das Penas Alternativas sempre que se tratar de delitos de menor intensidade delinqüencial.

Embora as Penas Alternativas não tenham um caráter intimidativo, trazem uma maior valoração do caráter pedagógico, buscando realmente recuperar o delinqüente, mantendo-o em convívio com a sociedade e educando-o mais

eficazmente, à medida que se busca realmente adequar a pena à gravidade do delito e às condições pessoais do infrator, apontando para sua conscientização e solidariedade.

É mister destacar que o encarceramento por si só não é suficiente para recuperar o infrator, pois as etapas da reeducação e ressocialização são comumente esquecidas a despeito da inoperância do Sistema Penitenciário Brasileiro, o que respalda ainda mais a aplicação das Penas Alternativas, como forma de se tentar resgatar a finalidade teórica das Penas.

O ex-ministro da Justiça Néelson Jobim, em 1996, quando se achava investido no cargo, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.684 que pretendia alterar o Código Penal, ampliando o rol das Penas Alternativas, que foi transformado na Lei nº 9.714/98. Na exposição de motivos ele diz:

Se infelizmente não temos, ainda, condições de suprimir por inteiro a pena privativa de liberdade, caminhamos a passos cada vez mais largos para o entendimento de que a prisão deve ser reservada para os agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social. Para os crimes de menor gravidade, a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Sua conduta criminosa não ficará impune, cumprindo, assim, os desígnios da prevenção especial e da prevenção geral. Mas a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social. Nessa linha de pensamento é que se propõe a ampliação das alternativas à pena de prisão. (JOBIM, 1996).

As Penas Alternativas são substitutivos penais para crimes de menor potencial ofensivo, cuja pena não exceda a dois anos.

Ainda se pode verificar alguma resistência quanto à aplicação das Penas Alternativas, pois o Poder Judiciário se acomoda no subterfúgio de não ter funcionários que acompanhem a aplicação dessas penas.

Ressalte-se por oportuno que o judiciário tem competência para julgar, mas a administração da Segurança Pública e do Sistema Penitenciário é dever do Poder Executivo, que deveria efetivar e expandir as Centrais de Apoio às Penas Alternativas – CENAPAs, criadas em 2000, e que deveriam ser compostas por psicólogos, assistentes sociais e advogados, responsáveis pelo acompanhamento e execução dessas medidas.

O total geral de presos no Brasil, segundo estatísticas do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em junho deste ano, era de 371.482 (trezentos e setenta e um mil, quatrocentos e oitenta e dois) presos, para uma capacidade de aproximadamente 200.000 (duzentas mil) vagas, e para agravar essa situação, um levantamento feito pelo próprio DEPEN, em 2003, mostrou que entram no Sistema Penitenciário, anualmente, 9.000 (nove mil) presos, ao passo que saem apenas 5.400 (cinco mil e quatrocentos), o que aponta para uma crescente superpopulação de encarcerados no país.

Entre os anos de 2000 e 2002, o Instituto "Sou da Paz" do Rio de Janeiro realizou um estudo em que observou que se aplicando as penas alternativas, o custo de um preso cai de R\$ 750,00/ mês para cerca de R\$50,00/ mês. E o que é mais importante, com a aplicação dessas medidas, o índice de reincidência despenca de 42,5% para 17,5%.

Seguindo esse raciocínio, observa-se que, conforme dados das Secretarias de Segurança Pública e Defesa Social de alguns Estados da Federação, entre as quais as de Pernambuco, Paraíba e Rio de Janeiro, de 15 a 25% dos presos cometeram crimes sem gravidade alguma. De modo que, uma vez substituídas as penas de prisão pelas alternativas, importaria numa economia bastante substancial para o Ministério da Justiça, o que permitiria novos investimentos em Política

Criminal, visando à diminuição da reincidência e a uma recuperação social mais eficaz dos egressos.

4.2 Reparação dos Danos: uma via alternativa na perspectiva da Despenalização

A Lei n.º 9.714/98 foi um reflexo da tendência mundial de se buscar alternativas ao cumprimento das penas privativas de liberdade, conseqüência da humanização das penas que coincide com a própria evolução histórica do Direito Penal.

Não se pode olvidar que, antes mesmo da instituição das penas violentas de conteúdo corpóreo ou de segregação, a punição consistia na reparação do sofrimento da vítima.

O desenvolvimento pretérito do instituto da indenização teve grande destaque na Alemanha, onde foi dividido em três partes: o *Wehrgeld* – reparação dos danos à vítima, que posteriormente passou a ser a indenização civil; *Busse* – quantia paga à vítima a título de pena; e o *Friedensgeld* ou *Fredum* – paga ao Estado para garantir a paz pública atingida pelo crime, que mais tarde passou a ter *status* de multa criminal.

Assim, vê-se que a prestação pecuniária, além de antecedente da pena, também surgiu como forma de resgatar a figura da vítima, sempre colocada à margem do procedimento penal, mas que deveria ser a razão primacial da intervenção penal, pois é a parte mais fragilizada da relação delituosa.

Considerar o delinqüente mais importante que a vítima é uma inversão de valores; daí exsurge em importância a reparação dos danos, pois visa equilibrar o conflito, devolvendo à vítima o seu “bem da vida”, verdadeiro interesse em provocar a tutela jurisdicional do Estado.

O bem-estar coletivo deve, sem embargo, sobrepor-se ao individual, preceito que impulsionou o legislador a elaborar a redação do artigo 45 e seu parágrafo primeiro do Código Penal Brasileiro:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos artigos 46, 47 e 48.

§ 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Com essa redação, o legislador se distanciou das diretrizes da multa reparatória, preferindo a prestação de serviços à comunidade, relegando mais uma vez a vítima, que deveria ser o principal destinatário da tutela estatal, nesse sentido discorre Oliveira (2001, p. 143):

No que diz respeito ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, a lesão causada pelo crime tanto pode atingir, diretamente, a coletividade do corpo social, sem a completa particularização ou personificação da vítima, tal como ocorre com o tráfico de drogas, por exemplo, como pode afetar mais intensamente o patrimônio (moral e econômico) de determinada pessoa.

Restaurar a situação anterior da vítima, longe de ser um enriquecimento sem causa, é garantia da efetivação da justiça, oferecendo o verdadeiro equilíbrio social nas relações entre os homens.

A responsabilização penal e civil do indivíduo pelo mesmo delito, representa total desproporção entre a conduta e a pena, porquanto, a ação civil *ex delicti* seria suficiente para resolução do conflito. Se além da reparação civil do dano, sobrevier

condenação penal, estar-se-á submetendo o infrator a um mal maior do que é necessário e, portanto, desproporcional.

A reparação tem o condão de prevenir novos delitos, pois exerce um comando punitivo eficaz, apesar de instituto de conotação civil, o que admite uma proximidade entre os Direitos Civil e Penal, não constituindo óbice ao sucesso da medida.

Isto posto, pode-se dizer que a reparação cumpre um papel ressocializador, promovendo a reintegração social do delinqüente que, ao reparar o dano vai estar reconhecendo seu erro e procurando minimizá-lo voluntariamente, além de perceber a eficácia da lei, circunstâncias essas que diminuem, consideravelmente, as chances do indivíduo voltar a delinqüir.

Assim, tem a reparação dos danos a capacidade de neutralizar a turbação criada pelo fato delitivo, devolvendo a estabilidade social, que por sinal é o papel do Direito Penal, promovendo a reconciliação entre autor e vítima, comprovando que a reparação é hábil a promover a solução concreta do problema.

Os avanços legislativos no campo da reparação são, ainda, acanhados e conservadores em face das propostas da Moderna Política Criminal, mesmo com tantos bons exemplos em ordenamentos outros que se utilizam de métodos restaurativos.

No Código Penal Brasileiro, o principal dispositivo afeito à Reparação dos Danos, qual seja o artigo 16, é apenas causa de diminuição de pena, longe de alcançar o ideal da despenalização.

Mas, não é apenas o Poder Legislativo que está alheio à evolução da Política Criminal; o Judiciário, enquanto responsável pela aplicação da lei, não cuida de diminuir as tensões existentes entre a opção político-criminal do Legislativo e o

Sistema Penal, carecedor de aporte principiológico. Salvo raras e honrosas exceções, por parte de alguns Desembargadores, o Princípio da Insignificância não é sufragado como base de uma prestação jurisdicional justa.

4.2.1 Evolução histórica da Reparação dos Danos no Brasil

A idéia de reparação foi introduzida no Brasil entre os anos de 1603 e 1830, através das Ordenações Filipinas, que era uma compilação de leis portuguesas reunidas por Dom Felipe II, monarca espanhol, e vigorou no País até o advento do Código Civil em 1916.

Mas, já em 1824, com a outorga da Constituição Imperial, foi imposta a elaboração do Código Criminal do Império, criado em 1830, que previu a ação civil no processo criminal, cuidando expressamente da Reparação dos Danos no capítulo IV, sob o título "Da Satisfação". O artigo 21 desse estatuto prescrevia que o delinqüente satisfaria o dano que causasse com o delito. Contudo, houve pouca aplicação desse dispositivo, dado o rigor excessivo do legislador.

A Carta Política de 1824, influenciada por ideais iluministas, aboliu expressamente a infâmia, a confiscação dos bens, os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, bem como todas as práticas cruéis adotadas no país.

Proclamada a República, a matéria passou a ser tratada no Código Penal de 1890, estabelecendo a independência das ações civil e penal, restando a indenização do dano regulamentada pelo Código Civil.

O Código Penal de 1940, em vigor atualmente, referencia, inexpressivamente, a reparação do dano, preocupando-se exacerbadamente com a imposição da pena privativa de liberdade.

Em 1995, a Lei 9.099 resgata, embora de modo muito incipiente, a reparação dos danos; e em 1998 a Lei n.º 9.605 criou, na seara dos crimes contra o meio ambiente, a pena de prestação pecuniária, destinada a entidades públicas ou privadas.

No panorama global, a partir do século XIX, quando os direitos penal e civil são percebidos individualmente, a reparação dos danos passa a ser tida como consequência natural do delito, tendo maior destaque na esfera civil. Nesse ínterim, Biding apud Jongman (2000) afirmava que a pena deveria “produzir uma ferida” para o delinqüente, enquanto a reparação do dano deveria “curar outra, sem provocar uma segunda”, tendo a pena e a reparação do dano conteúdos e objetivos diversos. A composição dos danos visaria restabelecer um *status* ultrajado, injusto, enquanto a pena seria uma resposta enérgica ao dano pelo Estado em face da ordem jurídica, uma vez que a infração é irreparável para o ordenamento jurídico e a pena seria uma retribuição dessa agressão.

Para Von Liszt apud Jongman (2000), ambos os conceitos seriam “reação ao injusto”, mesmo a despeito de terem conteúdos diferentes, servindo ao fim de proteção do ordenamento jurídico através da luta contra o injusto.

4.2.2 Natureza Jurídica da Reparação dos Danos

A Despenalização arrima-se nos Princípios da Subsidiariedade, Fragmentariedade, Insignificância e Intervenção Mínima, com base nos quais se defende uma reforma no Estatuto Penal que insira um mecanismo que preveja a obrigatoriedade da Reparação dos Danos para determinados crimes de menor potencialidade lesiva, além das hipóteses já resguardadas pela Lei dos Juizados Especiais dos crimes de pena máxima até dois anos, em que são verificadas a

conciliação e a transação penal. Assim, por estar previsto no Código Penal, tal mecanismo seria, sob esse prisma, considerado uma pena autônoma e, portanto, de natureza jurídica penal.

Assim, a interferência penal, sempre que possível for a solução dos conflitos na seara civil é afastada em razão de um substitutivo penal a priori, pois pode ser observado, se possível, antes mesmo da denúncia. A despenalização é, portanto, sanção penal autônoma, que evita que a pena privativa de liberdade seja aplicada.

4.2.3 Perspectivas para Reparação dos Danos

A Moderna Política Criminal, no afã de aplicar o Direito Penal apenas aos casos realmente merecedores da tutela penal, estabelece entre as medidas alternativas mais eficazes a Reparação dos Danos.

A despeito da eficácia da Reparação dos Danos, é de se ressaltar que em boa parte dos casos de lesões aos bens jurídicos, o infrator não teria recursos suficientes para restabelecer o equilíbrio econômico da relação conflituosa por meio da devida reparação.

Nesse cerne, para que não reste a injustiça do desequilíbrio econômico causado pelo delito, dada a insuficiência econômica do autor, é mister se defender a criação de um Fundo de Reparação de Danos às Vítimas, formado por receitas oriundas das multas penais e de verbas públicas, uma vez que é dever do Estado garantir a defesa dos bens jurídicos, obrigando-se, em última instância, a promover a indenização da lesão experimentada pela vítima.

Do mesmo modo que ao Estado é atribuída a obrigação de cuidar do Sistema Penitenciário, deve sê-lo também de cuidar da constituição do Fundo de Reparação às Vítimas, o que não majoraria as despesas com a segurança pública, pelo

contrário, poderia, inclusive, reduzi-las, dado o elevado custo da aplicação das penas privativas de liberdade em casos desnecessários e a manutenção do Sistema Carcerário.

Na Austrália, segundo Amaral (2005, p. 382), de 100% dos delinqüentes sentenciados nos tribunais, menos de 30% são condenados à prisão, pois a prioridade é uma justiça que restaure a situação anterior entre os contendores. No ordenamento australiano, o chamado Ato das Sentenças de 1985, pelo qual dispõe na seção 11 que: "Um Tribunal não pode sentenciar uma pessoa à prisão, sem antes ter considerado todas as outras alternativas disponíveis". Ressalta Amaral (2005, p. 111/112), que:

Em inúmeros casos, a reparação do dano ocasionado pelo delito é suficiente como medida de política criminal para proteger (inclusive, com mais eficiência) o bem jurídico atacado, afastando a vulneração de excesso ocasionada por uma atuação demasiada, desnecessária e desproporcional do direito penal. Note-se que quanto maior for a velocidade com que o dano é reparado, restabelecendo-se o *status quo ante*, menor será o relevo penal do fato, que pode chegar a ser, até mesmo, quase imperceptível. Na hipótese, embora lesado o bem jurídico – e portanto, presente o princípio da lesividade – a rapidez na reparação do dano operaria uma relativização de tal princípio, fazendo da lesão algo passageiro e fugaz no âmbito social, econômico e cultural, até que perca sua força de determinante criminalizadora. Assim, a lesividade passa a assumir um caráter de diretriz programática reservada para os casos de lesão de morosa indenização, ou de difícil ou impossível reparação.

Assim, conclui-se que nenhuma alternativa é apropriada para as circunstâncias do caso em exame, senão aquela que melhor atenda aos anseios de uma justiça humanitária atenta aos dissabores da vítima e a uma efetiva recuperação do delinqüente.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 3 ed. São Paulo: Rideel, 2006.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela Reparação de Danos: a Terceira Via*. Lema: J. H. Mizuno, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Perfil, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio Século XXI Escolar: o Minidicionário da Língua Portuguesa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

GOMES, Luiz Flavio. *Fernandinho Beira-mar e os Presídios Federais: Revista Consulex- ano VII, nº 154*. Brasília: Consulex 2003

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Justiça Restaurativa no Brasil: Revista jurídica CONSULEX – ano IX – n.º 208 – 15 de setembro de 2005*.

JOBIM, Nélon. *Exposição de motivos do Projeto de Lei n.º 2.684*. 1996. Disponível em <http://www.soleis.com.br>. Acesso em 03/09/06.

JONGMAN, Riekent. *Penas Alternativas e Dignidade Humana*. 2000. Disponível em <http://www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em 03/09/06.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Armênio Amado. Coimbra: Sucessos, 1962.

LIMA, Rênio Líbero Leite. *A Reincidência Criminosa no Presídio Regional de Sousa (PB) em Face da Realidade Nacional: revista Brasileira de extensão Universitária*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2005.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira; SAVEDRA, Mônica Maria Guimarães. *Metodologia da Pesquisa jurídica: Manual para Elaboração e Apresentação de Monografias*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. *Metodologia Científica: a Construção do Conhecimento*. 6 ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

SILVA JÚNIOR, Edílson Miguel da. *Direito Penal Mínimo*. 2002. Disponível em <http://www.escriitorioonline.com.br>. Acesso em 06/09/06.

TOLÊDO, Francisco Assis. *Princípio da Insignificância*. 2003. Disponível em <http://www.escriitorioonline.com.br>. Acesso em 06/09/06.

VIEIRA, Antônio. *Sermão do Bom Ladrão*, 1655.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Disponível em: <http://www.depen.gov.br> – acesso em 03/09/06.

Disponível em: <http://www.soudapaz.org.br> – acesso em 06/09/06.