



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

PEDRO LOBÃO MAGNAVITA

A REPARAÇÃO DO DANO
UMA MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL NO CONTEXTO DO ANTEPROJETO DO
PLS 236/2012 (NOVO CÓDIGO PENAL)

Salvador
2017

PEDRO LOBÃO MAGNAVITA

A REPARAÇÃO DO DANO

UMA MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL NO CONTEXTO DO ANTEPROJETO DO
PLS 236/2012 (NOVO CÓDIGO PENAL)

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia,
orientada pelo Prof. Ms. Misael Neto Bispo da
França.

Salvador
2017

PEDRO LOBÃO MAGNAVITA

A REPARAÇÃO DO DANO

UMA MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL NO CONTEXTO DO ANTEPROJETO
DO PLS 236/2012 (NOVO CÓDIGO PENAL)

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade
de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____.

Banca Examinadora

Misael Neto Bispo da França – Orientador _____
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia.
Universidade Federal da Bahia

Selma Pereira de Santana _____
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra
Universidade Federal da Bahia

Gabrielle Santana Garcia _____
Especialista em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia
Centro Universitário Jorge Amado

AGRADECIMENTOS

Dedico os agradecimentos, primeiramente, aos meus pais, Alex e Josiane, por tornarem tudo isto possível. Sem eles eu nada seria.

À Flávia, pela companhia, e por ser um porto seguro no meio da tempestade.
(Às vezes, a própria tempestade.)

Ao meu orientador, professor Misael, um mestre, pela atenção, paciência e dedicação aos alunos.

À professora Selma, pelas generosas e construtivas contribuições.

Ao querido amigo Luã, pela eterna boa vontade, ainda que nem sempre por mim merecida.

MAGNAVITA, Pedro Lobão. **A Reparação do Dano**. Uma Medida de Política Criminal no contexto do Anteprojeto do PLS 236/2012 (Novo Código Penal). 2017. 117 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RESUMO

Estudo teórico exploratório, que se propõe a analisar, sem esgotar a temática, o instituto da reparação do dano à luz dos fins atrelados ao Direito Penal e o seu sistema de penas, em especial no que concerne às alterações na temática trazidas pelo Anteprojeto do Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, com o fito de demonstrar que esta se configura uma medida de política criminal enquanto consequência jurídico-penal autônoma ao delito. Se aborda, inicialmente, o papel do Direito Penal e das penas nos Estados modernos, e o quadro de crise de legitimidade que se verifica hoje. Posteriormente, se faz uma exposição da tendência político-criminal de revalorização da vítima do delito, bem como as propostas de Justiça Restaurativa, o que retoma o debate acerca da reparação do dano e seus impactos ao Direito Penal. Por fim, serão discutidos os efeitos jurídicos da reparação no Direito Penal no ordenamento jurídico em vigor no Brasil, bem como em cotejo com as alterações propostas pelo anteprojeto. Conclui-se que a reparação do dano configura uma medida de política criminal eficiente, pois coaduna-se aos fins do direito penal e das penas. Noutra banda, embora o projeto em comento amplie parcialmente a aplicação do instituto, não lhe confere extensão o suficiente enquanto uma consequência autônoma a todos os delitos.

Palavras-Chave: Reparação do Dano; Proteção de Bens Jurídicos; Fins da Pena; Prevenção geral e especial; Terceira Via; Novo Código Penal.

MAGNAVITA, Pedro Lobão. **Damage Repair**. A Criminal Policy Measure in the context of the Preliminary Draft of PLS 236/2012 (New Penal Code). 2017. 117 pp. Monograph (Bachelor) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

ABSTRACT

Theoretical exploratory study, which proposes to analyze, without exhausting the theme, the institute of reparation of the damage in light of the ends related to the Criminal Law and its system of penalties, especially as regards the changes in the theme brought by the Draft Project of the Senate Law (PLS) 236/2012, with the purpose of demonstrating that this constitutes a measure of criminal policy as an autonomous legal-penal consequence to the crime. It addresses, initially, the role of criminal law and penalties in modern states, and the crisis of legitimacy that is taking place today. Subsequently, an exposition of the political-criminal tendency of revalorization of the victim of the crime, as well as the proposals of Restorative Justice is made, which takes up the debate about the reparation of the damage and its impacts to the Criminal Law. Finally, we will discuss the legal effects of reparation in Criminal Law in the legal system in force in Brazil, as well as in comparison with the changes proposed by the draft. It is concluded that reparation of harm constitutes an efficient criminal policy measure, since it is consistent with the purposes of criminal law and penalties. In another band, although the project in question partially amplifies the application of the institute, it does not give it enough extension as an autonomous consequence for all crimes.

Keywords: Damage Repair; Protection of Legal Goods; Fins da Pena; General and special prevention; Third Way; New Penal Code.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2.	A MISSÃO E A CRISE DO DIREITO PENAL	12
2.1	A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM NÍVEL SUBSIDIÁRIO SOB UMA PERSPECTIVA DE INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	13
2.2	A FINALIDADE DAS PENAS: DA RETRIBUIÇÃO AO ECLETISMO.....	22
2.2.1	Teorias absolutas	23
2.2.2	Teorias relativas	25
2.2.3	Teorias ecléticas	30
2.3	A FRUSTRAÇÃO DAS RESPOSTAS PENAIS TRADICIONAIS FRENTE UMA TENDÊNCIA EXPANSIONISTA: A NECESSIDADE DE BUSCAR OUTROS CAMINHOS.....	35
3.	A REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL	50
3.1	REPARAÇÃO DO DANO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A POLÍTICA CRIMINAL.....	50
3.2	REVALORIZAÇÃO DA VÍTIMA E JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	54
3.3	DISTINTOS MODELOS DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO DELITO.....	60
3.3.1	A reparação em relação de dependência com a sanção	60
3.3.2	A reparação como pena	62
3.3.3	A reparação autônoma em relação a pena (“terceira via”?)	63
3.4	REPARAÇÃO PENAL E CIVIL: DISTINÇÃO.....	68
3.5	REPARAÇÃO DO DANO, PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E FINS DA PENA.....	71
4.	REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E ANTEPROJETO DO PLS 236/2012: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES	80
4.1	BREVE HISTÓRICO DA REPARAÇÃO DO DANO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PLS 236/2012.....	80

4.2	ALGUNS EFEITOS JURÍDICOS DA REPARAÇÃO DO DANO NO ORDENAMENTO EM VIGOR.....	82
4.2.1	Efeitos Gerais Antes da Condenação.....	84
4.2.1.1	<i>Arrependimento Posterior (art. 16, Código Penal).....</i>	<i>84</i>
4.2.1.2	<i>Atenuante Genérica (art. 65, III, b, Código Penal).....</i>	<i>86</i>
4.2.1.3	<i>Crimes de menor e médio potencial ofensivo (Lei 9.099/95).....</i>	<i>87</i>
4.2.2	Efeitos Específicos Antes da Condenação.....	91
4.2.2.1	<i>Estelionato na modalidade emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos (art. 171 §2º, do Código Penal).....</i>	<i>91</i>
4.2.2.2	<i>Peculato Culposo (art. 312, do Código Penal).....</i>	<i>92</i>
4.2.2.3	<i>A Retratação: Calúnia e Difamação (arts. 138 e 139, do Código Penal) e Falso Testemunho (art. 342, do Código Penal).....</i>	<i>93</i>
4.2.2.4	<i>Delitos contra a ordem tributária.....</i>	<i>95</i>
4.2.3	Efeitos Após a Condenação.....	96
4.2.3.1	<i>O trabalho do condenado na Lei de Execuções Penais.....</i>	<i>96</i>
4.2.3.2	<i>Pena Restritiva de Direitos: Prestação Pecuniária.....</i>	<i>97</i>
4.2.3.3	<i>Multa Reparatória do Código de Trânsito Brasileiro.....</i>	<i>98</i>
4.2.3.4	<i>Suspensão Condicional da Execução da Pena, Livramento Condicional e Progressão de Regime.....</i>	<i>99</i>
4.3	ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ANTEPROJETO.....	101
5.	CONCLUSÕES.....	108
	REFERÊNCIAS.....	113

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo se volta a investigar se a reparação do dano pode ser uma medida de política criminal que deve ser integrada ao conjunto de respostas ao delito que compõem o Direito Penal, em face do contexto legislativo brasileiro, em especial no Anteprojeto do Novo Código Penal (Projeto-Lei PLS 236/2012). Inicialmente, se estabelecerá a base principiológica que sustenta o marco teórico aqui adotado, de forma a compreender o Direito Penal enquanto um sistema de defesa subsidiário de bens jurídicos, cuja lesão tem como consequência sanções penais. Para tanto, vale-se de mecanismos de penas e medidas de segurança, com a finalidade preventiva a novas violações, sejam elas de caráter geral, voltada à sociedade e especial, voltada ao infrator, desse modo promovendo a integridade do corpo social.

Todavia, constatar-se-á que as medidas penais tradicionais mostraram-se ineficientes, e que o sistema se encontra em crise, o que enseja a busca por medidas alternativas de resposta à criminalidade que possam atender de modo mais adequado aos fins do Direito Penal.

No curso destas vertentes críticas, será apresentada a reparação do dano enquanto uma medida alternativa de respostas ao delito, ao lado das penas e medidas de segurança, e constatar se ela é capaz de, ao mesmo tempo, restaurar a lesão causada, desfazendo as consequências do crime, reforçando a subsidiariedade do sistema, atuar com caráter preventivo de violações futuras, colaborando com o processo de reintrodução social do infrator e, por conseguinte, aos fins das penas aqui declinados, para que tenha força de levar à substituição ou ao menos uma atenuação da aplicação de uma pena.

Finalmente, se discorrerá acerca da evolução do instituto da reparação do dano no Direito Penal brasileiro, comparando-o às alterações trazidas pelo Anteprojeto do Novo Código Penal, atualmente o Anteprojeto do Projeto de Lei do Senado (PLS) 236/2012, que, dentre as alterações de diversas naturezas, trará modificações acerca da aplicação do instituto ao Direito Penal Material. Assim, será possível concluir se a reparação do dano pode ser uma medida eficiente de política criminal enquanto alternativa às respostas penais ao delito, em face das alterações

trazidas pelo PLS 236/2012.

O trabalho filia-se a linha crítico teórica, a fim de refletir acerca do pensamento posto e propor uma reflexão sobre uma nova maneira de ver o problema. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, valendo-se também de dados empíricos, pois o objeto da pesquisa ora posto parte do campo geral e teórico para então ser possível a verificação da hipótese. O meio de pesquisa utilizado será o bibliográfico, sem a necessidade de pesquisa de campo.

A esquematização do trabalho monográfico aqui apresentado será delimitada por meio de três etapas. Inicialmente será analisada a função do Direito Penal enquanto um sistema de proteção dos bens jurídicos fundamentais de uma sociedade, punindo as condutas consideradas como mais intoleráveis a ela, quando os seus demais meios formais e informais de controle mostrarem-se ineficazes, através da cominação de penas que têm como finalidade a prevenção geral e especial a violações futuras e reforçando a integridade do sistema. Por outro lado, se demonstrará que as medidas tradicionais de resposta à criminalidade não concretizaram de modo eficiente tais finalidades, o que enseja uma tendência de busca por medidas alternativas de punição.

Em um segundo momento, passará a analisar o instituto da reparação do dano no Direito Penal, concebendo-a dentre suas diferentes vertentes, bem como investigar de que modo o instituto se consistiria numa medida de resposta às questões apontadas, se poderia se consistir numa modalidade alternativa de punição, ao lado das clássicas penas e medidas de segurança que, ao mesmo tempo, restauraria a ordem violada e reforçaria o caráter preventivo do sistema, podendo atuar em substituição ou ao menos atenuação de uma eventual penalidade imposta. Para tanto, deverá o instituto ser confrontado com a missão atribuída ao sistema penal, de proteção de bens jurídicos e a concretização dos fins da pena.

Finalmente, será abordada a aplicação do instituto no Direito Brasileiro, desde a sua evolução histórica e o contexto do Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), cotejando as alterações propostas à legislação vigente, constatando-se que trará modificações ao instituto, enquanto uma medida dotada de efeitos jurídico-penais em resposta ao delito.

A hipótese do presente trabalho será a de que a reparação do dano pode ser

adotada enquanto medida de política criminal que se harmoniza aos fins do Direito Penal e das penas, consistindo em uma alternativa de resposta ao delito, e que o Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012), apresenta significativas alterações nesta área, ampliando a aplicação do instituto ao ordenamento brasileiro.

2. A MISSÃO E A CRISE DO DIREITO PENAL

O Direito Penal é o mais poderoso mecanismo que dispõe um Estado para a regulação da vida em sociedade. Através da ameaça de imposição de uma pena em face de determinados comportamentos tidos como proibidos, é o mais agressivo meio institucional de controle de um povo. É a maior expressão de violência legítima que pode ser empregada nas sociedades modernas. Este monopólio da força teve um papel histórico, de dar racionalidade à antiga vingança privada. (SANTANA, 2010, p. 18)

Nos dizeres de Paulo Queiroz (2011, p. 3):

Mais que, formal e materialmente, o direito penal é ele mesmo uma forma de violência (prisões, penas, medidas de segurança, legítima defesa), que se pressupõe justa e necessária relativamente às violências que regula e combate (os crimes), de modo que o direito penal é violência - nem sempre legítima - a serviço do controle da violência - nem sempre ilegítima.

Este grau de invasão violenta na esfera íntima das pessoas se verifica a partir do momento em que este é legitimado a suprimir um dos bens mais fundamentais da humanidade, a liberdade, aliás, como revela a história, já foi também para afrontar a integridade física e até mesmo a vida das pessoas. Desse modo, é evidente que há muito esse sistema punitivo não pode ser exercido de modo ilimitado ou injustificado, há nele uma razão de ser, e não um fim em si mesmo (CUNHA JR, 2012 p. 59).

Por outro lado, é preciso ter em mente que ao Direito Penal não lhe cabe, nem jamais deverá se propor, a atuar em todas as esferas da vida em sociedade, de modo que há uma infinidade de processos prévios de socialização, sejam eles formais, é dizer, exercidos pelo Estado, sejam informais, oriundos da própria comunidade, que moldam o nosso comportamento (QUEIROZ, 2011, p. 29).

Nessa constatação reside a usual comparação deste ramo do Direito com a ponta de um *iceberg*, isto é, há toda uma infraestrutura social prévia atuante. Neste sentido afirma Queiroz, valendo-se das palavras de Muñoz Conde que a ordem jurídica estatal “não é, portanto, mais do que o reflexo ou a superestrutura de uma determinada ordem social incapaz, por si mesma, de regular a convivência de modo organizado e pacífico” (CONDE 1985, p. 24 *apud* QUEIROZ, 2011, p. 30).

O presente trabalho propõe uma reflexão crítica acerca da moderna concepção do Direito Penal, finalidades e fracassos em face de nosso Estado Democrático Constitucional de Direito e seu complexo de direitos e garantias fundamentais. Portanto, se faz imperioso, nestas linhas iniciais, tecer considerações acerca dos fundamentos teóricos aqui adotados, a fim de esclarecer em que este sistema punitivo se justifica, qual o papel de suas penalidades e em quais limites podem ser exercidas, bem como as críticas a ele apontadas, para, a partir daí, poder vislumbrar novos rumos.

2.1 A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS EM NÍVEL SUBSIDIÁRIO SOB UMA PERSPECTIVA DE INTERVENÇÃO MÍNIMA

É assente no pensamento científico teórico a concepção do Direito Penal cuja finalidade é a proteção de bens jurídicos fundamentais (BITTENCOURT, 2007, p. 03). Se, por um lado, muito se diverge na tentativa de dar contornos precisos ao que exatamente significaria um bem jurídico, ao menos resta consensualizado que esta vertente é exitosa por apresentar uma moldura restritiva ao sistema punitivo, no que diz respeito a seus fins e limites de atuação (SANTANA, 2010, p. 183).

Consoante aponta Luís Régis Prado (2011, p. 31), a doutrina do bem jurídico nasceu no século XIX, a partir de uma perspectiva liberal e com o claro objetivo de limitar os avanços da intervenção penal, progressivamente se impondo como um dos pilares da moderna teoria do delito. Assim conclui o autor, a partir dos ensinamentos de Gonzales Rus que:

Surge ela, pois, como evolução e ampliação da tese original garantista do delito como lesão de um direito subjetivo e com o propósito de continuar a função limitativa do legislador, circunscrevendo a busca dos fatos merecedores de sanção penal àqueles efetivamente danosos à coexistência social, mas lesivos de entidades reais - empírico-naturais - do mundo exterior. (GONZALEZ RUS 1983, p. 13 *apud* PRADO, 2011, p. 31)

A concepção do bem jurídico a partir de uma perspectiva sociológica surge na Alemanha, propondo a interconexão entre o Direito Penal e outras ciências, inserindo-o no núcleo do substrato social, assim possibilitando determinar os limites

da atuação estatal em seu caráter repressivo, estando ainda, a noção de bem jurídico diretamente fundida aos valores da ordem constitucional. (PRADO, 2011. p. 63)

Compreendem-se bens jurídicos como valores ético-sociais selecionados pelo Direito com o objetivo de garantir-se, assim, a paz social, colocando-os sob sua proteção em face de perigo de ataque ou lesões efetivas (TOLEDO, 2002, p. 16).

Isto é dizer que o bem jurídico consiste num bem vital à comunidade ou ao indivíduo, que, diante deste especial significado que detém à vida em coletividade, deve ser protegido juridicamente.

É possível inferir, então, que a dificuldade em se dar uma fórmula fechada, uma definição jurídica exata para tais “bens indispensáveis à vida em comunidade” reside no fato de que tais valores não são pertencentes ao saber jurídico nem são imediatamente apreensíveis de maneira universal, eis que mutáveis de acordo com cada sociedade ao longo de seu momento histórico, decorrem da experiência humana. Ademais, antes de bens positivamente eleitos pelo Direito para sua tutela (então denominados jurídicos, por conseguinte), estes assim já eram arraigados na comunidade e valorados, conquanto são antecedentes ao próprio Direito.

A doutrina aponta diversas perspectivas para a identificação dos bens jurídicos. Podem ser eles individuais, como a liberdade, ou coletivos, como o meio ambiente. Há, ainda, bens jurídicos concretos, como a vida, e abstratos, como a “incolumidade pública”. Podem ele ter origem natural, como a integridade física, ou origem normativa, como o patrimônio. Podem ainda, ser ideais, como a honra (TAVARES, 1992, p. 182).

São, portanto, aqueles “pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa séria de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, as quais todo mundo conhece, numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito Penal tem que assegurar esses bens, punindo a sua violação em determinadas condições.” (ROXIN, 1998, pp. 27-28).

Assim, pode-se considerá-los como os bens ou valores merecedores da máxima proteção jurídica, missão esta outorgada ao Direito Penal, de modo a tutelar especialmente os valores mais elementares da ordem de convivência humana em

condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.

Conforme avistável, é dada ao Direito Penal a tutela dos bens jurídicos de maior relevância, sem os quais não seria possível a coexistência harmônica em sociedade, em face de uma ofensa efetiva ou potencial. Em face destes comportamentos tidos como atentatórios aos bens mais caros de um povo, e portanto, reprováveis institucionalmente, há um imperativo proibitivo de sua ocorrência, através da imposição de uma sanção penal àqueles transgridam a esta norma e lesionem algum bem jurídico.

No nosso sistema jurídico, a fonte maior e referência para a delimitação do âmbito de atuação do Direito Penal deverá ser haurida a partir de nossa ordem constitucional, e atuar em conformidade a ela, sob pena de violação de seus limites. (COELHO, 2003, p. 95)

Nesse sentido, Prado (2011, p. 52-53):

segundo a concepção aqui escolhida, (a noção de bem jurídico) deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (*Wertbild*) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o *paradigma* do legislador penal infraconstitucional. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada. (em itálico no original)

A partir da teoria do bem jurídico inserido num paradigma constitucional, buscou-se formular critérios capazes de impor os necessários limites ao legislador quando da avaliação do que realmente deva ser objeto de intervenção penal, estando tal avaliação em obrigatória consonância e circunscrita aos princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal.

Dessa forma, haveria de se buscar um conceito que represente não só critério material de interpretação das normas penais positivas, como também uma vinculação negativa ou limitação à sanção de novos tipos penais inserida na concepção de Estado Democrático de Direito. Este conceito de bem jurídico seria possível se se pudesse deduzi-lo de prescrições jurídicas positivas, que são prévias à legislação penal, conferindo ao legislador um critério material vinculante. Estas decisões valorativas apenas poderiam, portanto, estar contidas no texto constitucional (BECHARA, 2009, n. 1).

No que se refere a um Estado democrático constitucional de Direito, a tutela penal é indissociável do conceito de bem jurídico aqui disposto, somente sendo considerada legítima, face ao paradigma constitucional de direitos e garantias fundamentais, quando socialmente necessária, ou seja, quando imprescindível para assegurar as mínimas condições de vida, desenvolvimento e paz social, em face do princípio maior da liberdade e da dignidade humana, devendo sempre encontrar correspondência aos princípios penais, que são as vigas mestras, fundantes e regentes, de todo o ordenamento penal. (PRADO, 2011, p. 72)

Aqui compreendido o fim do Direito Penal enquanto proteção dos bens jurídicos mais fundamentais de uma sociedade à lesões efetivas ou a riscos em potencial, é imperioso ressaltar, ainda, que este somente estará legitimado para atuar quando todos os demais ramos de controle social restarem esgotados, sejam eles formais (pertencentes ao Estado), como informais (família, igreja, associações civis), conquanto se define o caráter da Subsidiariedade da intervenção penal, isto é dizer, ele sempre será a *ultima ratio*. (BITTENCOURT, 2007, p. 13)

Isto significa que, sendo a intervenção penal, em regra, a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida em sociedade, o seu papel de proteção de bens jurídicos só se evidenciará quando insuficientes os meios primários de proteção social. A *contrario sensu*, conclui-se que quando possível tal proteção através de métodos menos invasivos, a intervenção penal não estará legitimada. Nos leciona Paulo Queiroz (2011, p. 35-36) que o caráter subsidiário do Direito Penal em face de outras formas de controle social resulta, portanto, de imperativo político-criminal proibitivo do excesso, não se justificando, dessa forma, o emprego de um instrumento especialmente lesivo à liberdade se se dispõe de meios menos gravosos e mais adequados de intervenção, sob pena de violação ao princípio da proporcionalidade.

Assinala, ainda, Nilo Batista (2005, p. 87) que a utilização deste especial ramo do ordenamento na concomitante possibilidade de outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica, em verdade perturba a paz jurídica e, por derradeiro produz efeitos que contrariam os próprios objetivos do Direito.

Nessa esteira, acertadamente pontua Toledo que, não obstante “seja a tarefa

imediate do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, esta característica resta limitada à subsidiariedade de sua proteção e a importância ou gravidade da lesão causada a esses bens.” (2002, p. 13).

A natureza secundária, ou seja, acessória, das normas penais consiste, então, em uma exigência político-jurídica dirigida ao legislador e aos operadores do direito. Desse modo, só será legítima a criminalização de um fato, se tal providência se constitui como meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico, o que decorre da constatação de que outras formas de sanção se revelam inaptas para a tutela desse bem. Assim, somente sendo a sanção penal o instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma será legítima (LUISI, 2003, P. 39).

Diante desta peculiar característica do ordenamento penal em comento, conclui-se que a “ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente. “A lei penal, advirta-se, atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante.” (REGIS PRADO, 2011, p. 118).

O crime é, então, a partir de um ponto de vista material, um ato humano lesivo a um interesse juridicamente protegido (lesivo de bens jurídicos) de outrem, de modo que a intervenção penal não deverá ocorrer senão em face de dano ou perigo de dano ocorridos, ou seja, dano ou perigos em concreto. De modo diverso, não se estará a proteger bem jurídico algum, e sim penalizará a mera desobediência à norma penal (QUEIROZ, 1998, pp. 110-111).

Por outro ângulo, impende salientar, ainda, quanto à necessidade da ocorrência de lesão significativa a bem jurídico, e não apenas um comportamento moralmente reprovável para a sua punição:

É indiscutível que pretender aplicar penas quando não existe um direito ferido não só afeta o direito do apenado como também o dos demais cidadãos, ao transformar o modelo de estado: uma lei ou uma sentença que pretenda impor normas morais, cominando ou aplicando pena por um fato que não lesione ou exponha a perigo o direito alheio, é ilícita e sua ilicitude atinge todos que se beneficiam ou podem beneficiar-se do respeito ao âmbito da autonomia moral que a Constituição estabelece. (ZAFFARONI, 2003, p. 226)

A doutrina do bem jurídico apresenta profundos reflexos na Política Criminal, a partir de uma formulação restritiva e racional do Direito Penal, sendo este um mal

admissível somente na medida em que for plenamente necessário. Assim, serve como critério justo e claro ao legislador penal e, simultaneamente, como seu parâmetro crítico.

Por outro lado, figura oportuna a constatação de que não são todos os bens jurídicos dignos de tutela penal, nem em face a qualquer espécie de ofensa. Assim, afirma-se que nem todo bem jurídico necessariamente também consiste num bem jurídico-penal. Sendo a primeira das duas categorias mais ampla, a exigência de uma particular relevância social para a tutela penal de um bem jurídico consagra a peculiaridade deste ramo do direito, e tal exigência consiste na fundamentalidade do bem em questão aos indivíduos e à vida social.

Este princípio revela o seu caráter de fragmentariedade. Isto é dizer, a proteção penal não é absoluta. Há uma tutela seletiva dos bens jurídicos, de modo que merecerá a tutela penal apenas certas formas de agressão socialmente intoleráveis, de indiscutível relevância quanto à sua gravidade e intensidade da ofensa, o que impõe que o Direito Penal consista num “arquipélago de pequenas ilhas no mar do penalmente indiferente”. (REGIS PRADO, 2011, p. 71). Não é, portanto, um sistema exaustivo de proteção, configurando, sim, um sistema descontínuo de ilícitos.

O modelo de Direito Penal aqui defendido é, por conseguinte, consolidado a partir de uma perspectiva idealmente restritiva. Sendo ele responsável pela mais dura de todas as intromissões estatais na liberdade do cidadão, jamais poderá ser arbitrário ou ilimitado, e sim guiado pelos postulados da fragmentariedade e subsidiariedade. A intervenção penal deverá ser, portanto, tão mínima quanto necessária. Deve, então, tal paradigma de intervenção mínima nortear sempre a política criminal, com um caráter limitativo do *jus puniendi*, derivada da natureza do Direito Penal e da concepção de Estado de Direito Democrático, não sendo legítima nem necessária a intervenção penal sempre que outras medidas de política social atendam à proteção do bem jurídico, renunciando-se à pena estatal.

Por derradeiro, pode-se observar que a necessidade da intervenção penal está limitada pela impossibilidade de resolução do conflito social por outros meios primários. Assim, é possível que ela seja afastada se medidas menos gravosas de resolução e resposta aos conflitos consistirem em uma proteção suficiente destes

bens.

Neste sentido, o caráter mínimo da intervenção penal possui, além de sua dimensão externa, relativa aos diversos meios extrapenais de solução de conflitos, que devem ter preponderância ante a intervenção penal em si considerada, uma dimensão também de observância interna (intrapenal), que deve ser observada dentre as próprias espécies de sanções penais possíveis. Assim, a aplicação de uma sanção penal de maior gravidade não deverá ocorrer se uma mais leve se resulta mais eficaz. (DOBÓN, 2000, p. 102)

Dessa forma, ainda que legítimo o uso do Direito Penal para a repressão de condutas, esta deverá se manifestar da forma menos invasiva quanto seja necessária para a proteção do bem jurídico violado, observando-se a proporcionalidade em relação à lesão operada em face de sua gravidade e a necessidade da intervenção.

Ainda quanto à necessária proporcionalidade da repressão penal, esta entendida como a adequação entre os meios utilizados para a concretização das finalidades do Direito Penal, deve haver uma relação de correspondência entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena.

Deve haver, então, o constante questionamento acerca da possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir-se igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos. Assim, um meio não será necessário se o objeto da proteção puder ser satisfeito através da adoção de uma medida que se revele apta a atingi-los e forma menos onerosa (MENDES, 2004, p. 27).

Em decorrência da necessária proporcionalidade, afirma-se que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências que ele puder prevenir (crimes, vinganças e punições arbitrárias) seja superior à das violências constituídas pelas penas que ele comine. (MENDES, 2004, p. 27)

A proporcionalidade no Direito Penal consagra, então, uma adequada correlação os bens jurídicos protegidos e os bens atingidos mediante a imposição de pena.

A perspectiva da mínima intervenção apresenta, para Roberti (2001, p. 73) três funções primordiais: a de estabelecer as hipóteses de incidência do direito penal e, por conseguinte, os limites de restrição da liberdade humana (função

interpretativa restritiva), bem como de estabelecer a necessidade e intensidade da incidência das consequências jurídicas do delito. Desse modo, aliado aos princípios da proporcionalidade e aos critérios de necessidade e suficiência da sanção penal, a intervenção mínima balizará o grau da reprimenda estatal, em especial no que concerne à pena de prisão. A pena privativa de liberdade, então, está igualmente sujeita a mínima incidência, vez que a liberdade deverá ser o último bem jurídico a ser sacrificado em detrimento de qualquer outro penalmente protegido (ROBERTI, 2001, p. 86).

São oportunas, em linhas conclusivas, as lições de Dias (2001, pp. 41-42):

O novo século e o novo milênio devem, em conclusão, assistir à persistência da função do Direito Penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais, tanto individuais e pessoais, como sociais e trans-sociais; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo patrimônio irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico de valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro - mesmo num futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. O Direito Penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais (...). Apenas acrescentarei que não se trata da tutela de quaisquer bens jurídicos, mas só de bens jurídico-penais, entendendo por tais os bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e ou livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão de encontrar refração no texto e na intencionalidade da Constituição, em matéria seja de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e econômica.

Se, por um lado, a possibilidade de penalização por um fato deva encontrar correspondência no meio menos invasivo quanto necessário para o seu controle, sendo mais nociva a afronta ao bem jurídico penalmente protegido, tanto mais rigorosa deverá ser a sua proteção, o que consagra um imperativo de proporcionalidade.

Nos leciona Zaffaroni (2003, p. 75) que a intervenção mínima é uma tendência político-criminal contemporânea, que postula a redução ao menor patamar possível das soluções punitivas nos conflitos sociais, em face do frequente efeito contraproducente da ingerência penal do Estado na vida dos cidadãos. É uma premissa formada tanto por tendências abolicionistas quanto pela constatação dos resultados negativos de intervenções que mais agravam os conflitos em vez de os resolverem.

Em uma perspectiva mais ampla, para Vera Andrade (2006, p. 169), os ideais minimalistas não se voltam somente à programação normativa e aplicada pelos juristas (o Direito Penal legalmente considerado), e sim o “sistema penal” em que se institucionaliza o poder punitivo do Estado e suas complexas repercussões e fenômenos, o que inclui tanto a engenharia punitiva (a máquina estatal) quanto a cultura punitiva, que é a sua interação com a sociedade. Assim, leciona que:

por sistema penal, entende-se, portanto, neste contexto, a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, Prisão) a totalidade das Leis, teorias e categorias cognitivas (direitos, ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, universidade), na construção e reprodução da cultura do senso comum punitivo que se enraíza, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais.

Em síntese, no presente momento estabeleceu-se como fundamento e finalidade do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, que são os valores mais fundamentais de uma sociedade e tutelados pelo ordenamento jurídico. Seu papel é exercer tal proteção através da imposição de sanções penais àqueles que causem lesão ou exponham a risco tais bens. Se afirmou, no entanto, que tal proteção possui limites, eis que devem ser observados o caráter da subsidiariedade da intervenção penal, a sua fragmentariedade, a efetiva relevância (lesividade) da conduta, bem como que a intervenção penal somente deverá se manifestar quando necessária e de modo proporcional à lesão causada. Tais limitações decorrem do nosso modelo de Estado Constitucional de Direito e seu complexo de direitos e garantias fundamentais, que orienta o sistema penal a atuar seguindo o postulado da intervenção mínima, que norteia a política criminal em uma perspectiva sempre restritiva da ação estatal, através da adoção de medidas menos invasivas e violadoras da dignidade humana, optando por mecanismos, *a priori*, não criminalizantes, e abrindo espaço para outros meios de solução de conflitos, consagrando a tutela dos bens jurídicos em compasso com os princípios e garantias fundamentais.

2.2 A FINALIDADE DAS PENAS: DA RETRIBUIÇÃO AO ECLETISMO

Exposta no tópico anterior a concepção teórica que dá justificção ao Direito Penal amplamente considerado, cumpre-nos agora discorrer acerca das teorias que se voltam especificamente a dar legitimidade e uma finalidade às penas. Como apontado nas linhas pretéritas, a missão última do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, e neste desiderato, comina sanções de especial rigor, as penas, como consequência às lesões aos mesmos.

Doutrinariamente, concebe-se a pena como “uma espécie de resposta estatal diante do aparecimento de um conflito social que foi alçado normativamente à categoria de infração penal.” (FRANÇA JÚNIOR, 2016, p. 11)

É preciso, inicialmente, esclarecer que a ideia de “pena” é aqui focada em uma perspectiva mais restrita, sem imiscuir-se no instituto das “medidas de segurança”, que não são objeto desse estudo. É cediço que as reprimendas penais por excelência são as penas e as medidas de segurança. Tal opção reside no fato de que ambos os institutos guardam inúmeras diferenças (EL HIRECHE, 2004, p. 91), inicialmente porque a pena é decorrente de uma sentença condenatória e imposta àqueles imputáveis ou semi-imputáveis, isto é, aqueles que detêm minimamente condições de compreender o caráter reprovável de suas condutas, e baseia-se se no critério da culpabilidade. Já a medida de segurança, por sua vez, decorre de uma sentença absolutória imprópria, eis que diante de fatos típicos e ilícitos, contudo realizadas por aqueles inimputáveis, ou seja, os que não possuem o necessário discernimento para agir, e são, desse modo, submetidos a uma espécie de “tratamento”, calcado na medida da sua periculosidade.¹

Argumenta-se ainda, que as medidas de segurança não consistiriam verdadeiramente em sanções penais, eis que não decorrem da prática de um crime, e sim essencialmente administrativas e, portanto, devem consistir em sistemas distintos, tendo em vista suas peculiaridades. (ZAFFARONI, 1999).

Registre-se, ainda, que as penas e medidas de segurança são excludentes entre si, tendo em vista o modelo vigente no nosso ordenamento jurídico, que optou

¹ Conforme será demonstrado nos momentos seguintes, a voluntariedade do agente, leia-se, a vontade livre e consciente apta a atenuar o relevo penal do fato detém especial relevância ao estudo, contudo mostra-se incompatível com o conceito de inimputabilidade.

pelo sistema dual e alternativo, consoante se verifica no art. 98 do Código Penal, após a reforma de sua parte geral.²

Consoante aponta José Antônio Paganella Boschi (2014, p. 75), as punições são tão antigas quanto o homem, em suas mais variadas formas e finalidades. A instituição de regras mínimas de convivência a delimitar o espaço do proibido e do permitido decorre da vida em sociedade para a promoção de modo ao menos razoável da ordem, estabilidade e segurança.

Antes do surgimento do Direito Penal, a solução dos conflitos dava-se através da vingança privada. Isto é, cabia à vítima ou a seus parentes a concretização da justiça. Foi o surgimento do Direito Penal que proporcionou a monopolização do *jus puniendi* nas mãos do Estado. (SANTANA, 2010, pp. 17-18)

Nesse sentido, lentos foram os passos dados pela humanidade na evolução destas penas, desde cruéis e abomináveis (como as corporais, tortura, banimentos), até a pena privativa de liberdade que hoje concebemos, que corresponde ao marco de evolução cronológica da história das penas, tendo sido substituída a “punição do corpo pelo suplício da alma”. (BOSCHI, 2014, p. 80)

A pena é o instrumento de violência institucionalizada nas mãos do estado, de modo que esta reflexão é de fundamental importância pois, ao fim e ao cabo, buscar uma justificativa às penas é buscar a finalidade da própria concretização do Direito Penal. Daí se extrai que refletir acerca da legitimação e justificação da intervenção penal estatal, é se voltar a discutir acerca da questão do próprio destino do Direito Penal, e de que forma as se deve atuar para cumprir a tal função.

2.2.1 As teorias absolutas

A questão atinente aos fins que pode e deve perseguir a sanção penal não obteve, historicamente até os dias de hoje, uma resposta unitária ou um consenso (DOBÓN, 2000, p. 119). Tal preocupação com a finalidade das penas surgiu com as teorias absolutas. Nestas, a pena era concebida como uma decorrência natural da prática do ilícito, tendo uma finalidade em si própria, apartada do caráter de

² Assim preceitua o item 87 da Exposição Geral de Motivos da Lei 7209/84 (Reforma da Parte Geral do Código Penal): “Extingue o projeto a medida segurança para o imputável. (...) Não se retomam, com tal método, soluções clássicas. Avança-se, pelo contrário, no sentido da autenticidade do sistema...”

prevenção. Pune-se por que se pecou (*qui peccatum est*). Isto é, ela é imposta tão somente para conferir aplicabilidade ao ordenamento jurídico-penal. (EL HIRECHE, 2004, p. 09)

Sob uma perspectiva absolutista, a pena é a retribuição à ordem jurídica violada, daí por quê também conhecidas como teorias retributivas.

Nos dizeres de Bittencourt (1993, p. 102), através da imposição da pena absoluta, há o fim único e exclusivo de realizar a justiça, de modo que a pena é um fim em si mesma. A aplicação da pena consagra a realização da justiça, que nesta concepção consiste em, frente a um mal causado, um castigo que compense tal mal e o retribua ao seu autor. Isto é, a pena esgota-se na consequência do delito praticado.

Os dois maiores expoentes das concepções retributivas modernas são encontrados em Kant e Hegel (DOBÓN, 2000, p. 121). Na visão do primeiro, a pena é uma exigência da realização da Justiça, e pena justa seria aquela desprovida de qualquer fim. Para tanto, adota como referência a “Lei de Talião”, em que a pena consiste no mesmo dano provocado: “olho por olho, dente por dente”. Sendo ele frontalmente contrário à ideia de instrumentalização do homem, por esta consistir em afronta à dignidade humana, não poderia alguém ser punido para servir como exemplo aos demais (EL HIRECHE, 2004, p. 15-16). A concepção hegeliana, por sua vez, consiste em um processo dialético de reafirmação do direito, assim, sendo o crime uma violência contrária à ordem jurídica, a pena seria igualmente uma violência em sentido contrário, apta a restabelecer a ordem violada (DOBÓN, 2000, p. 122).

Diversas foram as críticas dirigidas às correntes absolutas, posto que hoje não mais possuem defensores (DOBÓN, 2000, p. 120). Argumenta-se que tais teorias são irracionais, pois calcadas numa ordem metafísica ou teológica (EL HIRECHE, 2004, pp. 55), e em verdade, não consistiriam numa verdadeira “legitimação” da pena, vez que esta seria uma entidade independente de fins, uma natural consequência do delito. Assim, não abarcam o caráter da subsidiariedade e da necessidade da pena, e em última análise representa em verdade, vingança, só que desta vez protagonizada pelo Estado (AMARAL, 2005, p. 179).

Desse modo, é forçoso reconhecer, que uma concepção unicamente

retributiva da pena não é suficiente para fundamentá-la na contemporaneidade, por ser incompatível, à luz de um Estado Democrático de Direito e o complexo de direitos e garantias fundamentais plasmados no texto constitucional, a mera imposição de um mal de tal gravidade aos cidadãos.

Por outro lado, é possível, ao menos, nelas reconhecer avanços, na incipiente tentativa de impor um limite às penas em atendimento à proporcionalidade do injusto, ainda que calcada na primitiva regra de Talião (AMARAL, 2005, pp. 176-177). Deste modo, a pena guarda direta relação com a extensão e qualidade do dano causado para a sua retribuição.

2.2.2 As teorias relativas

Partindo de uma concepção diversa, surgiram as chamadas teorias relativas da pena, também conhecidas como preventivas. Para estas, a pena não deve servir somente à realização da justiça, e sim como um meio de proteção da sociedade através da prevenção. A pena seria, então, algo instrumental, destinado a evitar a ocorrência e reincidência de crimes. (EL HIRECHE, 2004, p. 22). A lógica, para estas, não é punir por que se pecou, mas punir para que não mais se peque (*punitur et ne peccetur*) (BOSCHI, 2014, p. 93). Dentre elas, classifica-se a prevenção destinada à sociedade, chamada de “prevenção geral”, e ao infrator, denominada de “prevenção especial.”

Por prevenção especial, compreende-se a função da pena que se destina àqueles que, tendo cometido um ilícito, seriam compelidos a não mais fazê-lo. Desse modo, preocupa-se em evitar a reincidência (AMARAL, 2005, p. 198).

Tal concepção ganhou influência após a ascensão das ciências biológicas, psicológicas e sociais no papel de determinação do comportamento humano, o que contribuiu decisivamente para a humanização do Direito Penal. Foge-se, portanto, de uma ideia de intimidação, pois com ela não se trata de castigar o infrator, nem nele impor temor, e sim prepará-lo para a uma vida futura e pacífica em sociedade (DOBÓN, 2000, pp. 226-228).

Leciona Gamil Föppel El Hireche (2004, p. 27) que tal vertente teve Franz Von Liszt como grande nome. Em sua obra, defende que a função da pena, e a do

Direito Penal como um todo consistiria na proteção de bens jurídicos, o realizando através da incidência de pena sobre o delinquente, em atendimento ao critério de sua necessidade, que é o fim de evitar futuros delitos. Para isto, aponta três formas de atingi-lo, através da inocuização, intimidação e correção, a depender do risco que o agente imponha à sociedade.

Tais modalidades expressam-se a depender da classificação que se atribua ao criminoso, em virtude do seu grau de sua socialização (AMARAL, 2005, pp. 199-200). Caso se trate de um delinquente socialmente integrado, aquele que delinuiu apenas eventualmente, e não de forma contumaz, como num crime passional ou culposo, seria suficiente uma advertência ao infrator (intimidação). Por outro lado, na hipótese de alguém que possua *déficits* de socialização ou de personalidade corrigíveis, seja frequente na prática de crimes, impõe-se com a pena a sua correção e ressocialização (correção) à comunidade. Por fim, caso se trate de um indivíduo que não seja capaz de portar-se em respeito à lei, de modo incorrigível, inapto à vida em sociedade, a pena tem como condão afastá-lo do convívio social, em defesa da sociedade, através da neutralização (inocuização) do “incurável”.

Tal teoria também não permaneceu estreme de críticas. Inicialmente, El Hireche (2004, p. 61) constata que o caráter de prevenção especial não impõe limite às penas, ao revés poderiam culminar em penas indeterminadas ou eternas, até que se obtenha a “ressocialização dos desviantes” pretendida. A prevenção especial não explica satisfatoriamente, ainda, por quê punir aqueles criminosos que não possuam risco de reincidência, ou àqueles que de tal modo integrados no meio social não sejam considerados marginalizados da sociedade (crimes do colarinho branco, como os de grandes corporações e no meio político).

Afirma-se que a ideia de ressocialização poderia representar uma ingerência inaceitável na esfera de personalidade dos indivíduos (DOBÓN, 2000, p. 231), o que culminaria na imposição de uma “personalidade” oficial, incompatível com o pluralismo social e de valores numa sociedade moderna. Nesse sentido ainda, apontam teóricos partidários da teoria conhecida como etiquetamento, ou *labelling approach*, que defende que a criminalidade não se origina das qualidades dos indivíduos, e sim se manifesta como uma consequência fenomenológica produzida pela própria sociedade, isto é, a sociedade que cria o crime, o que resultaria na

paradoxal constatação de “quem” de fato necessitaria de uma “ressocialização” seria a própria sociedade, e não o agente (AMARAL, 2005, p. 201).

Argumenta-se, ainda, contrariamente ao ideal ressocializador, que não seria possível alcançar o fim pretendido através da imposição de uma pena, que em verdade possui profundos reflexos estigmatizantes, inegavelmente verificados nas condições de cumprimento de penas, degradantes e absolutamente distantes de todo contato social, que em verdade dessocializam, e avistável, por conseguinte, no retorno dos apenados à sociedade, e a forma como são “recebidos”, sob o rótulo de ex condenados. (DOBÓN, 2000, p. 232).

É avistável, no entanto, aspectos positivos nos ideais de prevenção positiva em decorrência da salutar busca por soluções reintegradoras dos cidadãos à sociedade, em alternativa às penas tradicionais, se suficientes a evitar a reincidência dos apenados sem os efeitos dessocializantes da privação de liberdade. Por outro lado, o intuito de intervir em indivíduos desviantes e educá-los para o adequado convívio social é um ponto desejável o que não se pode de todo modo excluir dos objetivos da pena.

Partindo de uma abordagem diversa, as correntes defensoras da prevenção geral vislumbram a sociedade como um todo como destinatária da pena. Entende-se pelo caráter de prevenção geral negativa, o esforço de coibir comportamentos, e por positiva o reforço dos valores e sentimento de confiança no sistema (prevenção de integração) (BOSCHI, 2014, P. 94). Aos partidários desta primeira, a pena tem como fim a prevenção de forma geral dos delitos, através de uma intimidação ou coerção psicológica sobre todos os cidadãos (AMARAL, 2005, p. 185). É dizer, uma advertência a todos para que não delinquam.

Para os teóricos da prevenção geral negativa, o efeito intimidante da pena consiste na influência que ela é capaz de exercer na expressão da vontade das pessoas, “delinquentes em potencial”. Assim, considera-se que as vantagens que se pretende alcançar através do delito sejam superadas pelas desvantagens que, através da pena, o Estado imporia como consequência do feito. (DOBÓN, 2000, p. 203)

Compreende-se assim, o poder intimidatório representado pela ameaça de uma sanção penal (a pena), consistente num mecanismo contramotivador que opera

sob a coletividade, e a aplicação da punição em si consiste em tornar eficaz a ameaça, confirmando a sua força intimidatória. (QUEIROZ, 2001, p. 37).

Defensores mais modernos dos ideais preventivos gerais negativos, tais como Luigi Ferrajoli, apontam existir uma dupla intimidação, a primeira que incide para evitar a prática de crimes, e a segunda, que age para coibir reações internas contra os delinquentes e a vingança privada, ou seja, a redução ao máximo das violências sociais. (EL HIRECHE, 2004, p. 33).

Tal vertente, por si só, também foi alvo de críticas por não estabelecer satisfatoriamente o limite para a intervenção penal, consistindo em uma tendência utilitarista ao “terror estatal” (AMARAL, 2005, p. 194), bem como em uma “carta branca” ao legislador no momento de impor coagir a sociedade através da ameaça de penas, tendentes, inclusive, à desproporcionalidade, para exercer o seu poder de coação (EL HIRECHE, 2004, p. 68). Apontam críticas a esta teoria, ainda:

porque não se torna possível determinar empiricamente o quantum da pena necessária para alcançar tal efeito. Quer porque, não logrando ele a erradicação do crime, fica próxima a tendência para se usarem para o efeito penas cada vez mais severas e desumanas, a ponto de o direito penal poder descambar, como tantas vezes historicamente descambou, num direito penal do terror (FIGUEIREDO DIAS, 1999, p. 101)

É cediço, também, que grande parcela da população não detém conhecimento pormenorizado do Código Penal ou das legislações extravagantes, nem antes realizam tal pesquisa para avaliar os riscos e as vantagens no seu cometimento, ao revés, crê que jamais será apanhada pela Justiça. Desse modo, constata-se que não é a pena, em si, o fator maior de intimidação operante, e sim o risco de ser descoberto. Desse modo, a eficácia da sanção está condicionada à maior ou menor qualidade da fiscalização operada pelo Estado (PAGANELLA BOSCHI, 2011, p. 95).

Destaca-se, por outro lado, o caráter de prevenção geral positiva da pena. Nesta concepção, ela é a forma na qual o Estado se utiliza para a manutenção e reforço no sentimento de confiança da comunidade na validade e vigência das normas penais, afinal em todo o ordenamento jurídico. Por este motivo também denominada de “prevenção de integração”. Desse modo, a pena teria o condão de confirmar a inviolabilidade das normas perante a comunidade, reforçando a

confiança da sociedade em suas leis. Assim, a pena alcançaria a integração do infrator e a comunidade, restabelecendo os valores violados e a fidelidade ao sistema (AMARAL, 2005, p. 186).

A pena representa, pois, a restauração da integridade dos sentimentos coletivos lesados pelo delinquente, reação necessária para a estabilização social (PAULO QUEIROZ, 2001, p. 40).

Neste mesmo sentido, merece destaque o apontamento trazido por (DOBÓN, 2000, p. 148):

común a todos los teóricos de la prevención general positiva em el seno de la teoría de la pena es su esfuerzo por subrayar que es posible, más racional y eficaz luchar contra el delito de forma positiva, mediante la afirmación y aseguramiento de las normas fundamentales de la sociedad, de la conciencia social de la norma o ejercitando a los ciudadanos em la fidelidad al Derecho. (...) Con la imposición de la pena se evita la comisión de futuros delitos mediante la *integración* del delincuente y la comunidad em la norma, a la vez que se restablece el ordenamiento jurídico vulnerado (em itálico no original)³

Opositores desta corrente defendem que estas muito se aproximam das concepções absolutas, consistindo em uma verdadeira releitura dos ideais retributivos, no qual se pune para a reafirmação do ordenamento.

Por outro lado, não apresentou adequadamente limites ao poder de punir, ao contrário, amplia a intervenção do Estado na busca da reafirmação da validade de seu ordenamento, legitimando a utilização de penas cada vez mais gravosas, desde que atendam às expectativas da coletividade (AMARAL, 2011, p. 189).

Evidenciando que o ideal de prevenção geral positiva em verdade não se preocupa substancialmente com a utilidade da sanção penal, evidenciando sua grande semelhança com as teorias absolutas, o trecho de autoria de Carrara, parafraseado por El Hireche se faz oportuna a transcrição:

O fim da pena não é que se fala justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja reparado o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser consequências acessórias da pena, alguma delas

3 O comum a todos os teóricos da prevenção geral positiva no seio da teoria da pena é o seu esforço em comprovar que é possível, mais racional e eficaz lutar contra o delito de maneira positiva, mediante a afirmação e sustentação das normas fundamentais da sociedade, da consciência social da norma, ou exercitando os cidadãos a fidelidade ao Direito (...) Com a imposição da pena se evita o cometimento de futuros delitos mediante a *integração* do delinquente e a comunidade à norma, vez que se restaura o ordenamento jurídico vulnerado. (tradução livre)

desejáveis. Mas a pena permaneceria como ato inatacável, mesmo quando faltassem todos estes resultados. O fim primário da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade. (CARRARA *apud* EL HIRECHE, 1957, p. 74, 2004, p. 64):

Diante desta posição, se pode verificar, neste momento, que todas as teorias da pena, em suas diversas concepções, a par de trazerem consigo aspectos positivos e certos avanços aproveitáveis, não foram capazes, de modo unitário, de apresentar uma solução à questão da sua legitimação e necessidade.

2.2.3 Teorias ecléticas

Nesse sentido, surgiram teorias mistas ou ecléticas, que buscaram apanhar os acertos de cada uma e superar seus antagonismos não mais concebendo uma única finalidade à pena, numa tentativa de dar uma justificação mais completa, situando-se entre os seus pontos extremos. Para os ecléticos, os ideais de retribuição, prevenção e socialização não são conceitos excludentes, e sim integrantes, com características distintas, do fenômeno da pena.

Assim, inicia-se uma reflexão crítica acerca das teorias da pena unitárias, isto é, aquelas que apenas atribuem uma função à sanção penal:

o nosso exame crítico das teorias da pena coloca em evidência um quadro pouco animador. Nenhuma delas resiste à crítica. O facto de na prática a sua escolha ser facultativa demonstra já a sua tênue vitalidade. O nosso direito penal, tal como se apresenta na sua aplicação diária, não se vê confirmado nem dificultado seriamente por nenhuma destas concepções. Certamente que de modo algum permaneceram ocultos os pontos débeis de cada uma das teorias, mas, em vez de aqueles serem superados, abriu-se com resignado ecletismo, caminho à chamada teoria unificadora, que combina as três versões entre si. (ROXIN *apud* EL HIRECHE, 2004, p. 70, 1998, p. 25)

Por oportuno, registre-se que as teorias ecléticas não consistem numa mera acumulação das funções anteriormente destacadas, o que acarretaria, por conseguinte, a justaposição também de seus elementos negativos. A teoria unificadora logrou êxito em perceber que cada uma das teorias explicativas da pena detêm aspectos úteis, que devem ser compatibilizados e não apenas somados, sob o risco de se alargar demasiadamente o âmbito de aplicação da pena.

Claus Roxin foi o responsável pela chamada teoria dialética unificadora, que

se destacou dentre as teorias ecléticas, por sua grande repercussão. Denomina-se “unificadora”, por observar as diferentes funções que a pena pode apresentar, e “dialética”, por se construir frente ao contraste da necessidade de proteção da sociedade contra violações individuais, e também dos indivíduos serem resguardados das agressões da coletividade (COSTA, 2008, p. 96). Em sua obra, o jurista reconhece o caráter útil da pena, ou seja, nela vê finalidades, rejeitando a ideia de retribuição, bem como assinala que em cada etapa a ela relativa, desde a sua cominação, aplicação e execução devam ser analisados em específico, para se definir qual a sua finalidade em cada um destes momentos (EL HIRECHE, 2004, pp. 74-75). Não se trata, contudo, da manifestação de suas funções de modo apartado em cada estágio da intervenção penal, e sim uma “ponderação diferenciada” (ROXIN, 2007, pp. 97-98).

Para a teoria dialética unificadora, é possível destacar três diferentes manifestações da pena. O primeiro momento, que consiste na sua cominação, representa caráter de prevenção geral, de forma subsidiária e limitada pelas garantias fundamentais. A aplicação, por sua vez, possui diferentes perspectivas, sob uma ótica de prevenção geral de integração, mantenedora dos valores da comunidade e de pacificação social e prevenção especial, relativa ao condenado, sempre limitada pela sua culpabilidade. No terceiro momento, que é o da execução da pena, esta só se legitimará se possibilitar ao apenado a sua ressocialização e o reingresso à comunidade, em respeito a sua autonomia (PAGANELLA BOSCHI, 2011, p. 104).

Assim argumenta o próprio Roxin:

La teoría unificadora, tal y como aquí se defiende, no legitima pues, cualquier utilización sin orden ni concierto, de los puntos de vista preventivo-especiales y generales, sino que coloca a ambos en un sistema cuidadosamente equilibrado, que sólo en el ensamblaje de sus elementos ofrece un fundamento teórico a la pena estatal (ROXIN, 1999, p. 98)⁴

Na sua obra, que compõe o funcionalismo teleológico, compreende que os institutos jurídico-penais (tais como a pena) devam ser concebidos de modo a

4 A teoria unificadora, tal qual aqui se defende, não legitima, pois, qualquer utilização sem ordem nem critério, dos pontos de vista preventivo-especiais e gerais, e sim coloca ambos em um sistema cuidadosamente equilibrado, que somente em uma montagem de seus elementos oferece um fundamento teórico à pena estatal (tradução livre)

desempenhar efetivamente a missão do Direito Penal, em interdependência.

Para Roxin, o papel do Estado Moderno, consistente na proteção de bens jurídicos essenciais alia-se ao dever de cumprimento das prestações públicas à assistência social que possibilitam o livre desenvolvimento das personalidades dos cidadãos, pressuposto de uma condição digna consagrada no texto constitucional. É possível que surja a necessidade de assegurar estas finalidades através dos meios do Direito Penal e suas funções preventivas, contudo que deverão sempre atender ao caráter de sua subsidiariedade, isto é, consistente na *ultima ratio*, somente autorizado a atuar quando indispensável à vida comum ordenada, limitada pela culpa individual. (EL HIRECHE, 2004, p. 76)

A missão de proteção de bens jurídicos tem como escopo delimitar o âmbito do punível, de modo que o momento de proibição de uma conduta, e conseqüente cominação de uma pena em abstrato, deverá observar o caráter preventivo-geral da pena. Isto é, a função da pena, no seu primeiro momento, que é o da sua cominação, decorrente da tipificação de determinado comportamento, deverá instrumental em atendimento a finalidade de prevenção geral. Assim, a cominação da pena influi na coletividade gerando a sua intimidação, motivando o indivíduo a não se portar de modo proibido.

Esta é a lição do jurista alemão:

as cominações penais só estão justificadas se tiverem em conta a dupla restrição contida no princípio da proteção subsidiária de prestações e bens jurídicos. Neste âmbito, o fim das disposições penais é o da prevenção geral. De acordo com a natureza das coisas não pode ser de outra forma, porque aquelas precedem temporalmente o sujeito ao qual se poderiam impor reacções retributivas ou de prevenção especial. (ROXIN, 1998, p. 32)

Nos ideais de “integração” defendidos pelo autor, a pena permite o fortalecimento da crença geral da sociedade no ordenamento jurídico e a pacificação da ordem violada. Por integração, é possível destacar o efeito pedagógico, de fidelidade ao direito, o de confiança no sistema, avistável pela sociedade quando o Direito se concretiza, e o de pacificação, verificado quando se constata que o apenado já foi punido suficientemente para que a consciência jurídica reste pacificada após a infração. Neste sentido, a pena que produziria o efeito de “integração” da sociedade, na visão de Roxin, seria a pena proporcional a gravidade

da culpabilidade, de modo que a pacificação social somente se produz quando a sociedade considera justa a pena imposta e a pena só será justa quando se corresponda à medida da culpabilidade (DOBÓN, 2000, pp. 168-169).

Na segunda fase da pena, que é a de sua aplicação e mensuração, a prevenção geral resta consubstanciada na concretização da ameaça que a pena representa para evitar delitos e o seu caráter de reforço do sistema, bem como por prevenir especialmente o criminoso a delinquir novamente, seja pela possibilidade de ser mais uma vez punido, ou pelo tempo que estará recolhido e não ofenderá a comunidade. Tais funções restam, contudo, limitadas pela culpabilidade (EL HIRECHE, 2004, p. 142)

É notável a preocupação de tal teoria acerca da necessidade da sanção. A pena somente poderá ser aplicada se atender aos fins protetivos (preventivos), contudo sempre encontrará limites na culpabilidade.

A conexão entre os preceitos preventivos em atendimento à culpabilidade pode ser verificada em razão de que:

a pena não pode ser fundamentada nem pela culpabilidade, nem por sua finalidade preventiva, tomadas separadamente, pois a pena pressupõe, para ser legítima, tanto a necessidade social (isto é, preventiva), quanto uma reprovação pessoal do agente pela existência de culpabilidade. (ROXIN, 2006a, p. 74)

O terceiro momento, que é o da execução da pena, deverá se preocupar com a ressocialização do infrator sem, contudo, apresentar violações às garantias constitucionais. Em virtude da garantia constitucional da autonomia da pessoa que consagra, em última análise, a própria dignidade humana, veda-se, portanto, um tratamento ressocializante coativo (EL HIRECHE, 2004, pp. 82-83).

A execução da pena busca, então, permitir (não forçar) o condenado o desenvolvimento de sua personalidade, reunindo condições para que este possa reintegrar a coletividade.

A ressocialização detém tal importância, que na hipótese de conflito entre as funções preventivas gerais e especiais para a determinação da pena, esta última deverá prevalecer, em atendimento ao mandamento constitucional da ressocialização e da dignidade humana (FRATEZZI, 2010). Isto poderia ocorrer quando, em casos excepcionais, uma pena que, situando-se em patamar mínimo

adequado à culpabilidade, caso aplicada poderia ter em concreto efeitos prejudiciais à ressocialização, posto que nestes casos a sociedade consente em um tratamento mais benéfico em benefício da prevenção especial, o que não poderá, contudo, resultar em uma pena insignificante à coletividade, pois se maculará a crença na higidez do sistema e se estimulará a sua violação. (DOBÓN, 2000, p. 172-173)

Acerca de delitos de média e leve gravidade, seria possível haver penas mais brandas, se isto se justificasse por razões de prevenção especial. Nestes casos, a pena pode situar-se abaixo da medida da culpabilidade, podendo ainda aplicar os benefícios atinentes à suspensão condicional da pena, a reparação civil, a reconciliação e o trabalho comunitário (ROXIN, 2007, p. 83).

Dessa forma, constata-se um posicionamento favorável à adoção de soluções alternativas e menos penalizantes que atendam aos fins da pena sem, ao mesmo tempo, violar a integridade do sistema e à consciência jurídica da coletividade, o que permite inferir que deve se priorizá-las, em atendimento ao caráter da subsidiariedade do sistema.

Por fim, discorreu-se acerca das teorias explicativas da pena, desde aquelas que nela não veem uma finalidade, consistente portanto, num fim em si mesma, na retribuição do mal causado para a consagração da justiça, assim denominadas teorias absolutas. Por outro lado, expôs-se também as teorias relativas da pena, que nela veem uma utilidade, seja de prevenção geral, dirigida à sociedade, seja ela negativa ou positiva, consistente na intimidação geral e no reforço aos valores da comunidade e a integridade do sistema, bem como de prevenção especial, voltada à correção do infrator para que não cometa delitos e seja reinserido na sociedade pacificamente.

Ocorre que, nenhuma delas quedou isenta de críticas, por não apresentar uma fundamentação completa do complexo fenômeno que é a pena e a sua relação com a sociedade. Nesse sentido, valendo-se dos aspectos positivos de cada uma, as teorias ecléticas, em especial a Teoria Dialética Unificadora de Roxin, se voltaram a compatibilizar as diferentes manifestações destes fins e a sua manifestação em maior ou menor grau, em cada momento da intervenção penal, desde a tipificação de um comportamento (em obrigatória observância à tutela subsidiária de bens jurídicos) e a sua conseqüente cominação de uma pena em abstrato, até a aplicação

da pena e a sua individualização no caso em concreto limitada à culpabilidade, e posteriormente, a sua fase de execução até o cumprimento, com o retorno do apenado à sociedade.

Nesse sentido, possibilitou-se, em observância aos mandamentos constitucionais protetivos da dignidade humana, apresentar o que propõem as teorias explicativas do fenômeno da pena, que, assinalam, sempre deverá observar a finalidade protetiva e preventiva de bens jurídicos, limitada pela medida da culpabilidade individual, possibilitando a restauração da ordem jurídica e os valores coletivos, bem como possibilitando ao apenado o aprendizado, desenvolvimento de suas personalidades e o reingresso de modo pacífico à sociedade.

2.3 A FRUSTRAÇÃO DAS RESPOSTAS PENAIAS TRADICIONAIS FRENTE UMA TENDÊNCIA EXPANSIONISTA: A NECESSIDADE DE BUSCAR OUTROS CAMINHOS

Traçadas as bases teóricas que tentam compreender o fenômeno da pena, impõe-se agora refletir acerca das condições reais em que estas são verificadas em concreto. Inúmeras são as críticas apontadas aos sistemas penais modernos. Neste subcapítulo se buscará demonstrar que as medidas penais tradicionais restaram frustradas, tendo em vista que não alcançam os objetivos a que se dispõem. Argumenta-se, de modo relativamente pacífico na doutrina, que o Direito Penal passa por momentos de crise (YACOBUCCI, p. 29).

Por não exercer efetivamente o papel de tutela de bens jurídicos e não atuar nas consequências oriundas dos delitos, não se preocupa com o maior prejudicado, a vítima. Também por não oferecer medidas adequadas e eficazes aos apenados, não atua na solução do conflito e mostra-se carente de resultados para uma verdadeira pacificação coletiva, o que reflete na sua deslegitimação perante a sociedade.

Assim, é de se notar de que o Direito Penal não tem logrado êxito em apresentar soluções eficientes ao delito, em face dos três vetores nele envolvidos: o infrator, a vítima, e a sociedade. Em relação à vítima, esta não é devidamente amparada nem tem seus interesses protegidos pelos órgãos envolvidos na

persecução criminal. Em relação ao infrator, o sistema mostra-se falho por não deter condições mínimas que possibilitem o desenvolvimento interno dos criminosos e, por conseguinte, a sua ressocialização. Tampouco mostra eficiente em relação à sociedade, de sorte que esta não se encontra devidamente protegida pela inocorrência de uma efetiva prevenção de condutas criminosas, mesmo com o crescente número de prisões, ao revés, tem-se nela constatado até mesmo efeitos criminógenos.

Sabe-se que o sistema penal, especialmente a pena privativa de liberdade, ou seja, a pena de prisão, não cumpre o seu papel de prevenir a criminalidade e de promover a reinserção social dos condenados (BATISTA, 2005, p. 39).

Ademais, constata-se, ainda, a absoluta despreocupação com as vítimas dos delitos, relegadas à posição de “sujeito passivo do crime” ou “objeto material do delito”, que, não obstante já tenham sido alvo de uma primeira violência, a provocada pelo fato criminoso, são mais uma vez vitimadas pelas instâncias formais do Estado, como a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário, instrumentalizada em um papel de mero auxiliar, indiferente às mazelas suportadas, fenômeno conhecido como neutralização da vítima (SANTANA, 2010, p. XIV).

Se, por um lado, constata-se a ineficácia das sanções penais tradicionais, observa-se em sentido contrário o fenômeno de “inflação do Direito Penal”, em decorrência de uma falsa crença de que punindo mais severamente poderia se controlar a criminalidade, valendo-se do uso indiscriminado da pena de prisão, o que, consoante se aponta, é um contrassenso, uma falácia simbólica decorrente do fracasso do controle social (PALERMO, 2005, p. 183).

É de conhecimento geral as aviltantes condições das penitenciárias. As taxas subumanas de superlotação, falta de estruturas básicas de higiene, saúde e habitação, a seletividade do sistema e o forte caráter criminógeno do cárcere põem em xeque a sua real capacidade do cárcere em cumprir com os objetivos ressocializadores a que se predispõe, constituindo, assim, um institucionalizado sistema de violações de direitos humanos.

Percebendo tal fenômeno, estudiosos “chamavam a atenção para a desproporcionalidade racial, etária e de gênero, para os altos custos da prisão, e a sua discutível capacidade de redução na violência” (SILVESTRE; ATHAYDE, 2017,

p. 8).

Desse modo, concebe Hulsman (1997, p. 63) acerca das condições de vida no cárcere:

As regras de vida na prisão fazem prevalecer relações de passividade-agressividade e de dependência-dominação, que praticamente não deixam qualquer espaço para a iniciativa e o diálogo; são regras que alimentam o desprezo pela pessoa e são infantilizantes. (...) O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados.

Afirma-se que os riscos de homicídio e suicídio em prisões são 10 (dez) vezes superiores aos da vida em liberdade, isto sem levar em consideração o ambiente permeado por motins, violações sexuais, corrupções, falta de atendimentos médicos, alimentares e higiênicos, e diversas moléstias, que se manifestam, de algum modo, em cerca de 80% (oitenta por cento) dos internos (BATISTA, ZAFFARONI, ALAGIA e SLOKAR, 2003, p.126). Tais dados indicam a extrema situação de violência no cárcere, que é latente.

Por outro lado, constata-se um verdadeiro processo de “socialização” interna nos presídios, isto é, o condenado se familiariza e aprende a conviver no ambiente carcerário, que possui leis próprias, classes, uma rígida hierarquia baseada na necessidade de sobrevivência, controlada muitas vezes por facções criminosas, internalizando tais práticas. Trata-se do fenômeno da “prisionização”, que impacta nos presos e até mesmo nos funcionários da administração penitenciária, e impactará também, possivelmente, na posterior vida em liberdade (ALMEIDA, 2004, p. 110).

Nessas condições, falar em ressocialização é uma ironia de mau gosto: é simplesmente impossível desenvolver programas de educação, profissionalização, ou mesmo garantir um mínimo de dignidade às pessoas submetidas à custódia estatal. A realidade que se impôs é bem diversa: facções criminosas surgiram como forma de resistência à violência estatal e, hoje, efetivamente controlam os estabelecimentos prisionais, organizando a delinquência e disputando influência dentro e fora do cárcere (IBCCRIM, 2017, p. 01).

Tal situação não é recente no cenário brasileiro. Uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) designada para analisar o sistema carcerário, já em 1976 alertava:

as prisões brasileiras são ambientes de estufa em que a ociosidade é a regra, o tipo de confinamento promíscuo, considerada uma sementeira de reincidência, em virtude dos seus efeitos criminógenos⁵(IBCCRIM, 2017, p. 01).

Avista-se, contudo, que desde então tal situação não apresentou melhoras, pelo contrário. Dados de 2014 apontam que a população carcerária brasileira é formada por mais de 600.000 (seiscentos mil) detentos e detentas, que se amontoam em pouco mais de 370.000 (trezentas e setenta mil) vagas, numa superlotação de 161%⁶ (seiscentos e sessenta e um por cento) (DEPEN, 2014), hoje se sabe que este número já é maior. Os dados são alarmantes, e mesmo após tímidas tentativas de contenção desta tragédia humanitária, o Brasil é atualmente o país detentor do terceiro⁷ maior número de presos no mundo, e o único dentre estes em que estas taxas continuam a crescer (IBCCRIM, 2017, p. 01).

O Relatório Elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN acerca do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) reflete estes dados alarmantes, tendo concluído, entre os anos de 1995 e 2010:

o Brasil registrou, entre os cinquenta países com maior população prisional, a segunda maior variação na taxa de aprisionamento, com um crescimento na ordem de 136%. Apenas na Indonésia o ritmo de crescimento relativo da população prisional foi maior que no Brasil (DEPEN, 2014.)

No ano de 2001, a taxa média de presos por 100.000 (cem mil) habitantes no país era de 135 (cento e trinta e cinco). Cerca de dez anos depois, o número é de 306 (trezentos e seis), um crescimento de cerca de 127% (cento e vinte e sete por cento) (DEPEN, 2014), o que, em contraste com a taxa de crescimento populacional no mesmo período, de cerca de 12,5% (doze e meio por cento) (IBGE, 2013.)⁸,

Um ponto que merece muita atenção neste estudo, é a respeito dos delitos patrimoniais. Os dados demonstram que estes correspondem a uma parcela de 47% (quarenta e sete por cento) dos índices de encarceramento (DEPEN, 2012). Dentre

5 Extraído do Relatório Final do Sistema Carcerário, Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 04.06.1976, suplemento, p. 61.

6 Dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça – Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2014, atualmente, estima-se que a população seja de 700.000 (setecentos mil).

7 O jornal Folha de São Paulo, no dia 05/06/2014 noticia: Brasil passa a Rússia e tem a terceira maior população carcerária do mundo. <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>

8 Dados extraídos do Censo Demográfico do IBGE dos anos de 2000 e 2010.

eles, aqueles cometidos sem violência, compõem 20% do encarceramento nacional, o que Salo de Carvalho (2016, pp. 535-543) considera:

O encarceramento de pessoas que praticaram delitos sem violência contra o patrimônio privado talvez seja um dos quadros mais dramáticos e representativos da trama de seletividade que envolve a Polícia, o Ministério Público e o Judiciário nacionais. Dos pontos de vista ético, humanitário e político-criminal penso ser injustificável que tenhamos mais de 100.000 pessoas presas por **crimes cometidos sem qualquer tipo de violência e voltados contra o patrimônio privado**.(...) O Brasil, longe de ser o país da impunidade, encarcera muito, ou seja, o sistema punitivo opera de forma contrária ao que é cotidianamente divulgado, sobretudo pela imprensa. Mas ao mesmo tempo que encarcera muito, encarcera muito mal, no sentido de que inúmeras condutas não lesivas (crimes sem violência ou grave ameaça) não demandariam o uso da prisão. A propósito, conforme as lições da crítica criminologia, o cárcere é o instrumento mais caro disponibilizado pelo Estado para tornar as pessoas piores. (grifo no original)

Tal aspecto acerca dos delitos patrimoniais merece relevo em virtude da altíssima proporção que representa em toda a população carcerária. Será que é realmente no cárcere que tais condenados poderiam mais eficazmente arcar com as consequências de seus delitos? Seria uma hipótese muito radical permitir que o infrator possa, inicialmente, encarar os danos provocados e as consequências de suas atitudes, e tentar repará-los, antes de adotar medidas mais invasivas e estigmatizantes, que já sabemos serem de duvidosa eficácia? Nesse ponto em particular reside a alma deste estudo.

É evidente que tal possibilidade não se restringe aos delitos patrimoniais, nos quais a reparação pode ser mais facilmente visualizada e apreendida, mas também a todos estes em que seja compatível, em especial os de menor danosidade social, de reduzida ou nenhuma violência, a “pequena e média” criminalidade.

Há consideráveis partidários no ramo das Ciências Penais que defendem uma revalorização do instituto da reparação do dano no Direito Penal, enquanto uma sanção autônoma às demais, podendo atuar em atenuação ou até mesmo substituição à pena privativa de liberdade, nos casos em “que convenha, tão bem ou melhor, aos fins da pena e às necessidades da vítima” (SANTANA, 2013, p. 77)

Nesse sentido, aduz Selma Santana (2013 pp. 76-77) que

a importância desta sanção para o Direito penal descansa no princípio da subsidiariedade. A pena, considerada como a medida político-social mais severa, apenas deve ser aplicada quando um mesmo resultado não possa

ser alcançado através de outros meios menos graves. Por conseguinte, a pena deve retroceder na medida em que a reparação e os esforços de reconciliação sejam suficientes para a compensação do ilícito e para a satisfação das necessidades de prevenção geral e especial do Direito Penal.

Não se trata, aqui, da pretenciosa missão de solucionar a crise carcerária brasileira e a do próprio Direito Penal, e sim, estudar novas formas de lidar com um conflito que já sabidamente a sociedade está perdendo.

Há, reconheça-se, medidas legislativas preocupadas em apresentar respostas a essa questão. Dentre elas, merecem destaque a edição da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995), que instituiu mecanismos despenalizantes voltados à conciliação, a resolução sumaríssima dos processos e a reparação do dano, a exemplo da transação penal e a composição civil dos danos, a Lei de Penas Alternativas (Lei 9.714/1998) e a de Medidas Cautelares (12.403/2011), que, contudo, “sequer tiveram algum impacto significativo na curva carcerária histórica e acentuadamente ascendente” (FRANÇA JÚNIOR, 2017, p. 15).

Há, ainda, em trâmite atualmente no Congresso Nacional, o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236/2012, consistente no anteprojeto de Novo Código Penal, que prevê a ampliação de hipóteses de reparação de dano como alternativa à pena, que merecerá uma análise mais cuidadosa em apartado.

Acerca das penas alternativas, leciona El Hireche (1999, p. 181) que há uma errônea ideia de que estas são uma forma de impunidade, o que não procede. Merecem destaque ainda, os apontamentos de Flávio Gomes (1997, p. XVI), que trazem a notícia de que o Brasil, no ano de 1997, aplicava penas alternativas em apenas 2% (dois por cento) dos casos. Assim, constata, ainda que estamos em um patamar:

incomparavelmente atrás da Alemanha, Cuba e Japão (que impõem tais penas em 85% dos casos), Estados Unidos (68%), Inglaterra (50%) etc. Países com melhores condições econômicas adotam difusamente as penas alternativas e o índice de reincidência é de 25%. No nosso pobre e equivocado modelo penitenciário, que deposita fé no encarceramento de todos os criminosos, a taxa de reincidência é de 85% e ainda nos damos ao “luxo” de gastar cerca de quinhentos reais por mês com cada um dos 45 mil⁹ presos não violentos, cujos delitos causaram prejuízo médio de cem reais. (...) Não fosse por humanitarismo, razões econômicas já seriam o bastante

9 Conforme exposto, este número atualmente beira os 100.000 (cem mil), bem como tal custo se trazido à nossa realidade, após a correção da inflação de quase vinte anos, seria muito superior.

para uma profunda e radical mudança de atitude e de mentalidade. É preciso racionalidade! Não tem nenhum sentido pagarmos caro para transformar, nos presídios que temos, jovens e primários em criminosos violentos. (1997, p. XVI-XVII)

A esse respeito, embora as iniciativas se mostrem salutares, constata-se que o número de processos nas varas comuns acabou por não diminuir, ao contrário, cresceu, houve a revalorização de certos tipos penais referentes a crimes de menor relevância e danosidade social, concluindo-se que a adoção dos juzizados e seu modelo consensualista não resultou numa retração do *jus puniendi* (RODRIGUES, 2015, pp. 115-116). Defende-se, ainda, que as penas alternativas resultaram em “penas aditivas”, bem como que as medidas cautelares, já no primeiro ano de sua vigência, resultaram num acréscimo de 6,3% (seis vírgula três por cento) do número de prisões provisórias (FRANÇA JÚNIOR, 2017, p. 14 *apud* SALO DE CARVALHO, 2014, p. 19).

Conforme leciona Salo de Carvalho (2016, pp. 539-540), mesmo com tais inovações, a inclusão de medidas alternativas, “já nos primeiros anos de aplicação dos novos estatutos a expectativa viu-se absolutamente frustrada, pois o número de processos e de penas de prisão não apenas não diminuiu como aumentou.”.

Afirma, ainda:

A criminologia crítica, desde os anos 70, afirma a hipótese de que as instituições totais, notadamente a prisão e o manicômio, criam dispositivos de autoimunização a partir da consolidação de uma racionalidade carcerocêntrica. Não por outra razão, conforme é possível notar na realidade brasileira, as normas que instituem alternativas ao cárcere (ou ao processo criminal) não se consolidam efetivamente como mecanismos de superação, mas como instrumentos aditivos que reforçam a lógica prisional e ampliam a rede de controle formal. Por mais triste que seja o diagnóstico, nas últimas décadas, as penas e medidas alternativas se converteram em um conjunto de alternativas à liberdade e não ao cárcere ou ao processo (...) (2016, p. 540)

Os dados levantados apenas confirmam a tese. A partir de uma análise histórica, Salo de Carvalho, constata que no ano de 1985, o mapa de aplicação de pena no Brasil revelava que as penas aplicadas acima de 8 (oito) anos correspondiam a 38% (trinta e oito por cento) do total de condenações. Já os estudos realizados no ano de 2010, estas penas correspondiam a 52% (cinquenta e dois por cento), o que não deixa dúvidas de que se vive hoje sob o fenômeno do

“encarceramento em massa”¹⁰(SILVESTRE; ATHAYDE, 2017, p. 8).

Acerca deste fenômeno, discorre Luiz Luisi:

Reinhart Franck, em artigo aparecido em 1898, usa, pela primeira vez a expressão “hipertrofia penal”, salientando que o uso da pena tem sido abusivo, e por isso perdeu parte de seu critério, e, portanto, de sua força intimidadora, já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente. No nosso século têm sido inúmeras as advertências sobre o esvaziamento da força intimidadora da pena como consequência da criação excessiva e descriteriosa de delitos. Francesco Carnelutti fala em inflação legislativa, sustentando que seus efeitos são análogos ao da inflação monetária, pois “desvalorizam as leis, e no concernente às leis penais aviltam a sua eficácia preventiva geral (2003, p. 40).

A cultura pró-encarceramento é fomentada pela grande mídia, que, através do sensacionalismo prega o terror da criminalidade na população, reforçando o medo e, por conseguinte, um clamor por punições mais severas, coadunando-se à demonstrada falácia do “punitivismo populista”, valendo-se de uma “realidade inventada” e assimilada pelas massas, que constituem um discurso criminalizador de expansão do Direito Penal, em absoluta revelia aos estudados princípios limitadores do sistema e seu caráter subsidiário (GOMES MELO; ALBUQUERQUE, 2014, p. 85).

No caso brasileiro, é possível destacar como exemplo do fenômeno de expansão punitiva e a produção legislativa consequencialista as promulgações das sucessivas leis de Crimes Hediondos¹¹, que ampliaram o número de delitos dentre os já existentes no seu rol, como homicídio qualificado, extorsão mediante sequestro, falsificação de remédios, bem como a absurda vedação da progressão de regime, o que obviamente viola o caráter de individualização da pena, descabro que somente veio a ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal após cerca de uma década¹². Pode-se destacar, ainda, a Lei de Combate ao Crime Organizado (9.034/1995) e o Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/2003).

Acerca do fenômeno, expõe Salo de Carvalho:

Assim, juntamente com inúmeras outras alterações legislativas, aumentou o

10 Apenas a título de curiosidade, o Estado de São Paulo apresenta uma das maiores taxas de encarceramento do país, atingindo a incrível marca de 503 detentos por 100.000 (cem mil) habitantes (DEPEN, 2014).

11 Lei n. 8072 de julho de 1990.

12 Cf. súmula vinculante do STF n. 29, de 2009, e o HC 108.208/SC, 1ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 19-2-2013, DJe n. 054, de 21-3-2013.

input e restringiu o *output* do sistema punitivo – criação de novos tipos incriminadores, elevação de penas em abstrato, enrijecimento nas formas de cumprimento das penas (regimes prisionais), aumento das hipóteses de prisões cautelares, restrição de indultos e comutação de penas, p. ex. (2016, p. 531)

Acerca da propagação dos discursos de hipertrofia penal, discorre Wermuth (2011, p. 50):

Outra importante consequência da “mídiação do medo da criminalidade” é a sua influência na política, redundando na elaboração de legislações que, atendendo aos clamores midiáticos, cada vez mais alargam o âmbito de interferência do Direito Penal na vida social, bem como incrementam o seu rigor na tentativa de “tranquilizar” a alarmada população, proporcionando-lhe maior “segurança” por meio da atuação do sistema punitivo.

Aponta-se, assim, que a missão de proteção de bens jurídicos, para Callegari e Motta, teve sua lógica usurpada na tentativa de justificar o expansionismo penal:

No que diz respeito à proteção de bens jurídicos ocorreu um fenômeno ao contrário do que se está acostumado, ou seja, converteu-se em um critério positivo para justificar a criminalização de “novos bens jurídicos”, perdendo, assim o critério negativo que teve originariamente. É que originariamente o conceito crítico se formulou para que se limitasse o legislador à proteção de bens jurídicos e agora se converteu numa exigência para que se penalize determinadas condutas. (2007, p. 13)

É forçoso reconhecer, portanto, que a maliciosa manipulação expansiva do Direito Penal desatende a sua finalidade e não se coaduna com os seus fundamentos e princípios. É, portanto, imprestável e ilegítima. Neste sentido, se posiciona Silva Sánchez (2013, p. 79):

A visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.

Desse modo, há um reforço do “direito penal simbólico”, que em verdade resulta em políticas de criminalização dos marginalizados em atendimento aos clamores por segurança pública. As políticas criminais transformaram-se, em essencialmente consequencialistas e emergenciais. As medidas são adotadas em decorrência da opinião pública e seus reflexos político eleitorais, em detrimento da

opinião de estudiosos especialistas e dos resultados obtidos através de investigações científicas.

Por outro lado, o sistema punitivo se mostra extremamente seletivo, eis que tem como foco os grupos considerados problemáticos de uma sociedade, “para os quais o Estado não pareceria interessado em oferecer soluções alternativas, via políticas sociais, restando, portanto, soluções penais simbólicas”. (SOARES; GUINDANI, 2014, pp. 132-133)

Baratta destaca que:

la crisis de la prevención, de la función instrumental de la justicia penal significa también el fenómeno por el cual, no es tanto esta última la que debe ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas y conflictos, sino más bien, son de-terminados problemas y conflictos, cuando ellos alcanza un cierto grado de interés y de alarma social em el público, los que se convierten en la oportunidad de una acción política dirigida, antes que a funciones instrumentales específicas, a una función simbólica general: la obtención del consenso buscado por los políticos en la llamada ‘opinión pública (1991, p. 54).¹³

É necessário compreender que as desigualdades oriundas dos sistemas produtivos modernos refletem na sociedade, e mais especificamente naqueles que se encontram alijados dos centros econômicos e de poder. O sistema penal representa, então, uma lógica perversa e seletiva, que recruta como sua clientela aqueles mais vulneráveis e fragilizados, os miseráveis (QUEIROZ, 1998, p. 30).

A seletividade penal se opera ainda, ao se constatar que o número de fatos puníveis (delitos praticados) é significativamente superior ao de fatos efetivamente punidos. A ocorrência de uma série de delitos que sequer chegam ao conhecimento das autoridades, ou que, chegando até elas, não há registro, investigação, ou ainda que ela ocorra, não descamba na deflagração de uma ação penal, constitui o fenômeno conhecido como “cifra negra” da criminalidade. Assim, conclui-se que entre a ocorrência de um delito e a oficialização de uma resposta Estatal através da sentença concorrem inúmeros fatores que diluem o número de casos efetivamente

13 “A crise da prevenção, da função instrumental da justiça penal significa também o fenômeno pelo qual, não é tanto esta última que deve ser utilizada como instrumento para resolver determinados problemas e conflitos, senão é assim, são determinados problemas e conflitos que alcançam certo grau de interesse e de alarde social ao público, os que se convertem em uma oportunidade de ação política dirigida, antes que a funções instrumentais específicas, a uma função simbólica geral: a obtenção do consenso buscado pelos políticos na chamada opinião pública” (tradução livre)

considerados e menos ainda quanto aos realmente resolvidos.

É possível, portanto, diante da situação atual do Direito Penal, concluir que:

o sistema penal rouba o conflito às vítimas, não escuta as vítimas, não protege as pessoas, mas o próprio sistema, não resolve nem previne os conflitos e não apresenta efeito positivo algum sobre as pessoas envolvidas nos conflitos, não pode ser considerado (...) como um modelo de solução de conflitos (ANDRADE, 2006, p. 171)

Desse modo, a ciência penal deve opor novos olhares na tentativa de oferecer respostas mais adequadas à criminalidade, em face da tragédia prisional que vivemos. Isto é, desenvolver uma política criminal de viés crítico, preocupada com os direitos fundamentais, com vistas a renovar os já defasados horizontes da repressão penal.

Em decorrência do quadro que se insere o Direito Penal nos dias atuais, Selma Santana (2013, p. 59), reconhece a dificuldade enfrentada pelo sistema penal em adotar soluções que priorizem respostas alternativas à solução dos conflitos penais em detrimento da exclusão social do infrator.

Este modo de pensamento consiste na “cultura punitiva” da “racionalidade penal moderna”, fruto da maneira que historicamente as sociedades lidam com a questão criminal, desde o século XVIII, o que reflete no modo de atuar de todo o sistema, em uma herança essencialmente punitivista e avessa a uma reflexão aprofundada das questões penais e buscas por soluções inovadoras (SICA, 2008, p. 595).

Trata-se, assim, de um modo de pensar o sistema penal a partir de uma lógica tradicionalmente voltada à repressão, de sorte que “o sistema penal encontra-se preso em um conjunto de pensamento que torna muito difícil a entrada de ideias alternativas no rol de possibilidades de soluções penais” (SANTANA, 2013, p. 59).

Nesse sentido, expõe ainda Leonardo Sica que:

a pena (punição) como elemento central da racionalidade penal moderna, fundou-se, então, em teorias mais justificativas que legitimadoras: a natureza da pena é retributiva, não há como sustentar o contrário. Mesmo que sob funções manifestamente preventivas, as funções latentes da pena são a imposição de sofrimento e estigmatização, a exclusão da vítima e a apropriação de sua voz como forma de manter um sistema de castigos calculados que nada previne. Mais ilude, do que previne. (...) Inegavelmente, a expansão dessa racionalidade se deu por força das

teorias da pena e dos discursos nela apoiados, os quais, em conjunto, representam o grande obstáculo à adoção de formas não – ou menos – repressivas de controle e resposta institucional ao crime, as quais, fatalmente, resultariam em condutas menos autoritárias dos operadores e, logo, mais adequadas aos direitos individuais. E, na atualidade, diversos fatores concorrem para promover a reativação da racionalidade penal moderna (tais como o utilitarismo jurídico-penal, a juridicização da opinião pública e a exposição midiática excessiva e sensacionalista da justiça penal) – e, assim, formam uma barreira contra quaisquer movimentos de reforma que incluam temas como descriminalização de comportamentos, diminuição de penas e das hipóteses de encarceramento, desjudicialização da solução dos conflitos e diversificação dos procedimentos para aceitar a negociação, o acordo e o diálogo, barreira que, enfim, posiciona os direitos humanos como um entrave à manutenção da ordem e da segurança dos “homens de bem”. (2008, p. 596-597)

Diante deste lamentável porém inquestionável quadro, é necessário abrir os olhos para este problema. É necessário, portanto, romper com a racionalidade penal repressiva, reconstruir as “verdades” tradicionalmente arraigadas e buscar um novo paradigma de Direito Penal, norteado por correntes alternativas de política criminal que tentem oferecer soluções diversas, numa nova forma de tentar intervir nos conflitos sociais, em compromisso com a busca de um sistema mais humano. É tentar recuperar, pois, a sua racionalidade.

Deve-se, portanto, consoante preleciona Maria Lúcia Karam (2006, p. 7) buscar instrumentos mais eficazes e menos nocivos que a simplista e simbólica intervenção penal. Esta consiste num mero apelo fácil que, sem, realizar as suas funções explícitas de proteção de bens jurídicos e evitar condutas danosas, não soluciona os conflitos e “ainda produz, paralelamente à injustiça decorrente da seletividade inerente à sua operacionalidade, um grande volume de sofrimento e de dor, estigmatizando, privando da liberdade e alimentando diversas formas de violência.” Continua a autora, que romper definitivamente com estas tendências criminalizadoras é compromisso indispensável à superação das relações de desigualdade, dominação e exclusão. O recrudescimento penal é, então, por conseguinte, imprestável ao reconhecimento e proteção dos direitos e garantias fundamentais.

O propagado quadro de deslegitimidade atual do Direito Penal conduz, hoje, ao fortalecimento de perspectivas abolicionistas, que preceituam a irracionalidade e nocividade do sistema penal. Assim expõe Luis Greco (2010, p. 8), em síntese, que os argumentos abolicionistas se voltam contra a crueldade e a seletividade do

Direito Penal, a sua incapacidade de cumprir com as funções de reprovação e prevenção da pena, o seu carácter estigmatizante, as cifras negras. Desse modo, a reflexão acerca da possibilidade dos cidadãos solucionarem conflitos por meio de outros ramos do ordenamento jurídico, como civil e administrativo foi campo fértil as teses abolicionistas.

Assim, Hulsman e Christie defendem que:

É preciso abolir o sistema penal. Isto significa romper os laços que, de maneira controlada e irresponsável, em detrimento de poucas pessoas diretamente envolvidas, sob uma ideologia de outra era e se apoiando em um falso consenso, unem os órgãos de uma máquina cega cujo objeto mesmo é a produção de um sofrimento estéril. (1997 p. 91)

Não se propõe, aqui, extinguir a pena de prisão nem o Direito Penal, consoante preceituam os abolicionistas. Contudo, há de se reconhecer em tal vertente respeitáveis constatações, em face da questão emergencial que se encontra o sistema hoje. Se sabe que ainda não dispomos de mecanismos de controle social eficientes para lidar com todos os casos, em especial aqueles de grande repercussão, que envolvem valores muito caros à sociedade, como a vida. É inegável, por outro lado, a obrigação premente de se reformular a estrutura e priorizar soluções menos invasivas, que proponham a solução do conflito e se preocupem com questões humanitárias.

Neste sentido, reconheça-se que, diante da carência de subsídios materiais e teóricos, ao menos momentaneamente, não se mostra factível a absoluta extinção da pena privativa de liberdade e do cárcere. Por outro lado, é de se notar que a sua aplicação não pode se manter nestes moldes.

Acerca dos ideais abolicionistas, parafraseando Marchi Júnior, Rogério Greco discorre que:

O abolicionismo surgiu a partir da percepção de que o sistema penal, que havia significado um enorme avanço da humanidade contra a ignomínia das torturas e contra a pena de morte, cujos rituais macabros encontram-se retratados na insuperável obra de Michel Foucault, perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social. Todavia, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de alguns abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção a abolição da pena. De

fato, a opção pela construção de sociedades melhores, mais justas e mais racionais, impõe a reafirmação da necessidade imediata de redução do sistema penal enquanto não se alcança sua abolição, de forma a manter as garantias conquistadas em favor do cidadão e, ao mesmo tempo, abrir espaço para a progressiva aplicação de mecanismos não penais de controle, além de privilegiar medidas preventivas de atuação sobre as causas e as origens estruturais de conflitos e situações socialmente negativas. (MARCHI JUNIOR apud GRECO 2010, p. 12)

Enquanto os ideais abolicionistas apresentam-se, ao menos na realidade atual, de difícil concretização. Uma concepção intermediária, portanto minimalista, parece mais factível. Não se tratam de posicionamentos contraditórios ou excludentes, e sim perspectivas com muitos elementos em comum.

Neste sentido, a reflexão trazida por Carlo Velho Masi (2012, p. 64) se mostra oportuna:

Propõe-se, assim, aperfeiçoar a pena privativa de liberdade, quando necessária, e substituí-la, quando possível e recomendável. Todas as formas de nossos dias deixam patente o descrédito na grande esperança depositada na pena de prisão, como forma quase que exclusiva de controle social formalizado. Pouco mais de dois séculos foi suficiente para se constatar sua mais absoluta falência em termos de medidas retributivas e preventivas, dado que se entende que a prisão reforça os valores negativos do condenado.

Como cediço, a pena privativa de liberdade de curta duração é uma das formas mais ineficientes de sanção. Assim, as sanções pecuniárias apresentam custos sociais muito menores que as não pecuniárias, por exemplo, de sorte que estas deveriam ser aplicadas somente na insuficiência preventiva daquelas.

Nesse sentido, faz-se necessária a defesa de um novo paradigma de direito penal, atrelado às implicações de um Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade humana e nos direitos fundamentais, que se consubstancia, na lição de Paulo Queiroz (1998, pp. 31-32) em:

reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marco de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também (...) um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado (...) não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é esse Estado, sabidamente por ação e/ou omissão, em grande parte corresponsável pelas gravíssimas disfunções sociais que sob seu cetro vicejam e pelos dramáticos conflitos que daí derivam.

Como medidas salutaras, aponta Sica (2008, pp. 602-603), a diminuição da duração máxima das penas de prisão, hoje no Brasil limitadas a 30 (trinta) anos, a supressão de um patamar mínimo para as penas, devendo a punição ser baseada no quanto necessário para prevenir o desvio (critério este de questionável aferibilidade, ele reconhece), pacificar a ordem violada, sem estigmatizar nem dessocializar o indivíduo. Defende, ainda, a reintrodução da vítima no processo penal, com a aceitação da reparação do dano causado e da restauração da paz jurídica como fins a serem atingidos pelo Direito Penal, bem como a valorização dos institutos da mediação e conciliação. Sugere, como exemplo, introduzir a reparação como causa extintiva de punibilidade em determinados delitos, como patrimoniais, e outrora integrante da pena em outros casos, “em nada avilta o Direito Penal, ao contrário, devolve-lhe a dignidade como meio grave, coator, mas não violento de resolução de conflitos.”.

Em linhas finais, nesta parte do estudo foi possível reconhecer que, embora o arcabouço teórico apresente o Direito Penal enquanto um sistema de defesa dos valores mais caros de uma sociedade, consoante apontado, os bens jurídicos fundamentais de uma sociedade, sendo responsável por, dessa forma evitar as agressões mais danosas à coletividade, não cumpre este papel. Os estudos têm demonstrado a incapacidade da pena privativa de liberdade em atender ao caráter de prevenção, e o profundo impacto negativo nos condenados, o que é contraproducente. Assim, não há um verdadeiro efeito de pacificação social, e sim um verdadeiro sentimento de descrença no ordenamento. Ademais, há uma subversão de seu caráter de subsidiariedade, que descamba, embora a experiência já se mostre frustrada, em uma política de expansão *ad absurdum* de seu raio de atuação, numa evidente contradição, como se o cárcere fosse a solução para a criminalidade, o que, consoante se viu, não ocorre.

Diante de todas estas constatações, é necessário ampliar as possibilidades de atuação no conflito penal. Neste próximo momento será analisado de que modo a política criminal se volta a esta preocupação.

3. A REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL

3.1 REPARAÇÃO DO DANO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A POLÍTICA CRIMINAL

As críticas apontadas no capítulo acerca do sistema penal impõem uma reflexão. As falhas viscerais do modelo carcerário fomentam políticas criminais alternativas.

Por política criminal, compreende-se o “conjunto de atividades – empíricas – organizadas e ordenadas à proteção de indivíduos e da sociedade para evitar os delitos.” (SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 21).

Por política criminal, nos dizeres de Zaffaroni, se concebe também a “ciência ou arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos” (2003, p. 118).

A política criminal é, assim, “o conjunto de princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação” (BATISTA, 2005, p. 34)

É papel da ciência penal, portanto, se portar de forma crítica no acompanhamento e na análise das diversas políticas criminais empregadas pelos Estados no fenômeno tocante à criminalidade para que seja possível a formulação de possíveis estratégias alternativas às existentes (FREITAS, 2008, pp. 802-803).

Acrescente, ainda, que as alternativas político criminais devem ter como foco a salvaguarda dos valores constitucionais e o desenvolvimento das potencialidades humanas, eis que a ordem de valores jurídico-constitucionais constitui o quadro de referência, e, ao mesmo tempo, o critério regulador do âmbito de aceitação da atividade punitiva por parte do Estado. (SANTANA, 2010, p. 183)

Se o Direito Penal deve ter uma dimensão mais liberal ou mais repressiva, mais benévola ou rígida, indaga Roxin (1999, p. 5), trata-se de uma questão variável no tempo e espaço, encontrando-se diferentes respostas em diferentes países e que, provavelmente nunca se alcançará um consenso mundial. Contudo, é inegável que, consoante demonstrado, as práticas que representam modelos repressivos têm se mostrado ineficazes, seja em relação aos infratores, às vítimas e à sociedade.

A política criminal, desse modo, deve se portar criticamente e fomentar mudanças nas práticas já engessadas, assumindo um compromisso com a comunidade. Nesse sentido, merece destaque a lição de Conde (2001, p. 77):

Uma dogmática absolutamente neutra, política ou valorativamente, não pode existir. A relação entre Dogmática jurídico-penal e Política criminal é, portanto, inevitável. Trata-se de saber, então, de que Política estamos falando; se de uma coerente com os valores do Estado de Direito, a democracia, e o respeito aos direitos humanos. Ou de uma baseada na manutenção das desigualdades sociais, dos privilégios de uns poucos sobre a maioria, a superioridade da raça ariana, a instrumentalização do ser humano a serviço de valores coletivos ou estatais, ou a negação dos direitos humanos mais elementares (...)

O compromisso da Política Criminal enquanto um instrumento de transformação pode também ser visto nos dizeres de Zaffaroni:

(...) não se pode falar em Política Criminal sem levar em conta o modo de exercício real do poder punitivo, pois seria absurdo que essa política se limitasse a precisar as disposições que o legislador deve plasmar na lei, como se atuasse à margem das características estruturais e eventuais (concretas) de um sistema penal determinado e segundo as quais será concretamente exercido o poder punitivo que tais normas habilitam. Por isso, a Política Criminal contemporânea deve abarcar em seu campo a valoração da estrutura do sistema penal e das propostas formuladas a seu respeito, ou seja, reconhecer um forte componente de política institucional. (2003, p. 274)

A busca por caminhos distintos traz a possibilidade de recuperar a legitimidade do Direito Penal e a sua efetiva concretização enquanto mecanismo de pacificação social.

A transcrição dos ensinamentos de Selma Santana (2010, p. 185-186) é imperiosa:

A legitimidade do Direito Penal está hoje - perdidas as matrizes de legitimação teocrática ou metafísica - na sua capacidade de reduzir ao mínimo possível o grau de violência gerado na sociedade. A legitimação do Direito Penal advém, assim, de que a sua existência, ainda que como um mal, traz consigo um mal menor do que aquele que se quer evitar. Para lograr legitimidade, vê-se o Direito Penal chamado a uma autoavaliação contínua, a fim de determinar se responde à exigência do "mínimo dano social" ou da "mínima violência". Esta regra o obriga a se avaliar perante outro Direito Penal, que possa ser igualmente eficaz, com menos dano social, com menos violência. A história do Direito Penal é a história dessa autoconfrontação - Direito Penal vigente / reforma do Direito Penal -, em que, não apenas se tomam em conta considerações utilitaristas, mas outros

princípios não utilitaristas. O Direito Penal manteve, pelo menos, o seu nível clássico de controle, reduzindo significativamente os seus aspectos repressivos: basta pensar, como aspectos essenciais, na supressão das penas corporais, na abolição da pena de morte, na significativa redução temporal das penas privativas de liberdade, na progressiva humanização da execução da pena de prisão ou no aparecimento de vasos elencos de penas de substituição.

Desse modo, consoante assinala Fernandes (2001, p. 05), se mostram em choque apelos por garantia e eficiência do Direito Penal, o que instiga a busca por uma nova forma de pensar a justiça criminal, sem, porém, se afastar da sua preocupação fundamental, que consiste na proteção dos bens jurídicos penalmente relevantes, e a viabilização da convivência harmônica em sociedade.

Tal forma de encarar a questão da criminalidade, na busca de novas soluções a antigos problemas decorre da constatação de que “a experiência pode resumir-se da seguinte forma: há uma falta de concordância entre a instituição carcerária *como meio* e a correção dos delinquentes *como fim* na imposição das sentenças” (DOTTI, 1998, p. 321) (grifos no original).

Nesta perspectiva, conclui-se que a política criminal tem como papel oferecer ao legislador ferramentas para subsidiar reformas no âmbito do direito penal, direito processual penal, na estrutura dos órgãos de repressão e demais instâncias da persecução criminal, com base em ensinamentos e princípios fundamentais da disciplina (FREITAS, 2008, p. 804).

Na mão destas mudanças, aponta Roxin (1999, p. 6), que nas últimas duas décadas surgiu e tem ganhado força a nível global uma corrente político-criminal que defende a inclusão da reparação dentre o sistema de ferramentas a serviço do Direito Penal. “Na maioria dos casos, esta vem vinculada a um esforço por um acordo de compensação, é dizer: uma reconciliação entre autor e a vítima”

Afirma Zaffaroni (1991, p. 159), que a substituição do sistema penal repressivo tradicional por mecanismos reais e efetivos de solução de conflitos poderá reduzir significativamente a violência, poupando vidas e muita dor inútil. Tal modelo, baseado na punição, fere de morte os direitos humanos e atua de forma arbitrária e seletiva nos segmentos mais frágeis da sociedade.

Não se propõe, aqui, substituir o sistema vigente ou aboli-lo dramaticamente, e sim, integrar de modo harmônico e preocupado com questões sociais e

humanitárias, uma medida que supostamente possa trazer impactos positivos aos envolvidos na questão criminal: a vítima, o infrator, e a comunidade.

Nesse sentido, é necessário reconhecer que os crimes e as condutas tidas como desviantes consistem num problema que atingem toda a vida em sociedade, e que não se apresentam devidamente resolvidas com medidas repressivas, devendo ser encaradas por uma multiplicidade de ângulos da vida social, eis que formadas por uma complexidade de fatores, dentre elas, devem ter premência as que fomentem o trabalho, a solidariedade e cooperação social (DOTTI, 1998, p. 329).

Há muito já anunciava Beccaria (1999, p. 98), acerca da necessidade de revermos sistemas de punições desumanos e falíveis:

A história dos homens é um imenso oceano de erros, no qual se vê sobrenadar uma ou outra verdade mal conhecida. Não me oponham, pois, o exemplo da maior parte das nações, que, em quase todos os tempos, aplicaram a pena de morte contra certos crimes; esses exemplos nenhuma força têm contra a verdade que é sempre tempo de reconhecer. Nesse caso, aprovar-se-iam os sacrifícios humanos, porque estiveram geralmente em uso entre todos os povos primitivos.

A inclusão ou o depósito de maior importância à reparação do dano no direito penal, dentre as medidas já existentes no nosso sistema sancionador, consiste na preocupação com as consequências materiais e imateriais provocadas à vítima representa a desvinculação do Direito Penal com suas pretensões abstratas, e o aproxima da realidade social (ROXIN, 1999, p. 13).

Somente assim será possível ressuscitar princípios há muito consagrados na ciência penal, e reafirmar o caráter de subsidiariedade, consistente na *ultima ratio* do sistema.

A discussão em torno de práticas alternativas tem seu mérito, consoante assinala René Ariel Dotti (1998, p. 322) no reconhecimento de que:

Todas as alternativas que se abrem como novas formas de substitutivos penais permitirão que o Direito seja um caminho importante e de grande força intrínseca, um ponto de necessária e otimista confluência entre o Homem e a comunidade.

Neste tópico, se demonstrou que as falhas apontadas ao Direito Penal exigem um papel político criminal de reformas no sistema. Tais reformas devem ter como

escopo a relegitimação de nossos mecanismos de solução de conflitos, com vistas à pacificação social, e com observância à concretização dos direitos fundamentais e o desenvolvimento das potencialidades humanas constitucionalmente assegurados.

Na mão destas mudanças, emergem correntes político criminais preocupadas com as consequências oriundas dos delitos e as suas vítimas, dedicando uma maior importância à reparação do dano nas questões penais, como a mudança na perspectiva de se realizar a justiça, afastando-se de seu caráter eminentemente repressor e aproximando-o dos interesses da coletividade.

3.2 REVALORIZAÇÃO DA VÍTIMA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

A retomada das preocupações dos cientistas jurídicos com a vítima tem grande importância para compreender o instituto da reparação. É preciso, inicialmente, conceituar o que se expressa por vítima. Leciona Palermo, (2009, p. 126), afastando-se do reducionismo que a qualifica como sujeito passivo do delito, crê ser mais adequado o entendimento de que vítima seria aquele ou aqueles ofendidos pelo delito. Isto é, o titular ou os titulares do bem jurídico lesionado ou exposto a perigo.

Como exposto anteriormente, tradicionalmente a vítima encontra-se em papel marginalizado nas questões envolvidas com o sistema penal. O exercício monopolizado do *jus puniendi* estatal através do Direito Penal foi responsável, historicamente, pela exclusão das vítimas nas questões criminais. Os tempos modernos mostram, assim, o redescobrimento do papel da vítima nesta questão, com um olhar atento aos interesses dos lesados que historicamente foram alijados do processo. Dessa forma, a ciência penal tem voltado a discutir questões anteriormente esquecidas.

Mas nem sempre foi assim. Ao longo da história, a vítima passou por três fases – protagonismo, neutralização e redescobrimento (MOLINA; GOMES, 2002, p. 78).

Leciona Selma Santana (2010, p. 17) que, antes do surgimento do Direito Penal, nas sociedades marcadas pela vingança privada, a vítima possuía papel central nos sistemas de justiça, vez que ela, ou seus parentes, eram os

responsáveis por solucionar os conflitos e promover a “justiça” que lhes parecesse adequada. Trata-se, aqui, da fase de seu protagonismo. Prado Amaral (2005, p. 122) ressalta que nos ordenamentos de herança germânica, o agressor era entregue ao ofendido, e as reações aos conflitos eram por ele adotadas, ou por seu grupo, para que exercessem a vingança. Posteriormente, a vingança de sangue foi sendo substituída pela figura da composição dos danos.

A segunda fase, consistente na neutralização da vítima, corresponde a formação dos Estados modernos e a concentração do direito de punir pelas vias estatais. Esta mudança teve o papel histórico de monopolizar as contrarreações ao delito e evitar a vingança privada, buscando uma maior equidade no tratamento penal, ainda que exercido por estados totalitários. Assim, surge um novo modo de encarar a questão criminal, sendo ela concebida entre a violação de uma lei estatal e a aplicação da sanção correspondente, na relação entre o delinquente e o estado, exercido pelo direito penal através da pena. Desse modo, o Estado representa um sujeito passivo constante dos delitos, eis que também interessado nas questões criminais, e a vítima concreta, apenas um sujeito eventual. Aqui, a vítima não se vê integrada na relação, bem como não seria uma tarefa deste ramo do direito tal preocupação, em virtude da clássica divisão entre direito penal e civil.

Assim, consoante Palermo:

El Estado como titular del ordenamiento jurídico asumió el lugar de la víctima y el Ministerio Público la titularidad en el ejercicio de la acción penal en la mayoría de los delitos. (2009, p. 129)¹⁴

Por outro lado, o desenvolvimento das teorias do bem jurídico e a compreensão destes valores como objetos ideais de proteção do Direito Penal foi responsável por reduzir objetivamente a vítima como o objeto material que recai a conduta delituosa, portadora do bem jurídico efetivamente lesionado, que é o centro das atenções da tutela penal. (DOBÓN, 2000, p. 37)

É avistável, dessa forma, que as escolas penais tradicionais, sejam elas de vertentes retributivas ou preventivas, bem como as origens da criminologia dirigiram suas atenções em relação às perspectivas do delinquente, as origens do crime e a

14 “O Estado como titular do ordenamento jurídico assumiu o lugar da vítima e o Ministério Público a titularidade no exercício da ação penal na maioria dos delitos.” (tradução livre)

sua ressocialização, pouco contribuíram para o estudo da vítima (DOBÓN, 2000, p. 37).

O desenvolvimento da ciência penal em compasso com a ascensão dos direitos e garantias fundamentais e das constituições modernas trouxe consigo a construção dos princípios processuais garantidores em favor dos réus e acusados. Daí, estes passaram a ser vistos não somente como alvos da lei penal, como também por ela tutelados perante os poderes estatais, o que igualmente reforçou a posição de isolamento da vítima do delito (PORTUGAL, 2012, p. 126).

A posição marginal da vítima no que concerne o sistema penal pode ser até hoje verificada. Segundo Cláudio do Prado Amaral (2005, p. 136), o ofendido ocupa posição de abandono no desenrolar do processo penal. Acentua, que além do processo de vitimização decorrente da prática de um delito, há uma nova fase de vitimização, consistente na maneira como a vítima é tratada pelas instituições do Estado envolvidas na persecução penal, a “vitimização secundária”.

No momento inicial de apresentação do fato à polícia, é tratada de modo impessoal e indiferente, além da extrema burocratização, o que transparece à vítima e à grande população que se trata de perda de tempo e dinheiro (AMARAL, 2005, p. 136). Não obstante, no curso dos procedimentos a vítima é utilizada como instrumento, seja como testemunha, exposta em julgamento às maliciosas indagações defensivas, numa tentativa de desqualificá-la, soar como mentirosa ou insinuar que ela concorreu para o crime, e muitas vezes confrontada face a face com o agressor, “como se a vítima fosse vítima de si mesma e do próprio sistema. A vítima no processo penal torna-se vítima de novos prejuízos: econômicos, morais, sociais e psíquicos.” (AMARAL, 2005, p. 136).

Assim, no melhor dos casos, a vítima será utilizada como um mero meio de prova, e seus interesses e impactos sofridos não são levados em consideração (SANTANA, 2010, p. 23).

Em face a estas questões, verifica-se o surgimento de correntes doutrinárias no âmbito criminal atentas as questões relativas à vítima, trazendo-a de volta ao centro dos interesses. Tais vertentes se concretizam, de um lado, na Dogmática Penal, denominada de vitimodogmática, de outro, na Criminologia, a Vitimologia. Estas vertentes, ainda que não tenham sido responsáveis por uma ruptura

revolucionária na posição da vítima, possibilitaram uma nova abordagem do fenômeno do crime de modo interconectado aos por ele lesados.

Assim, o direito penal da modernidade volta os olhos ao conflito criminal, incluindo a vítima na relação delituosa, em atenção a seus interesses e reconhecendo nela um papel positivo para a resolução dos conflitos.

Nesse sentido, “o pensamento reformador do ordenamento penal da atualidade tem uma de suas bases essenciais fincadas na consideração da vítima como pedra angular do delito” (DOTTI, 1998, p. 300).

Dentre as vertentes que rompem com a lógica penal tradicional, recuperam uma preocupação com os interesses das vítimas, destaca-se a proposta trazida pela Justiça Restaurativa, que consiste num modo de resolução de conflitos diverso da justiça criminal tradicional, através da busca pela solução da controvérsia social, e não somente a sua punição (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2016, p. 239).

Leciona Sica (2007, p. 10), que “qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime pode ser considerada como prática restaurativa”.

A justiça restaurativa se distancia da tradicional justiça retributiva porque enquanto esta é pautada no castigo, na sanção, e na estigmatização, aquela tem como foco a reparação e a conciliação, a integridade do corpo social.

Se, por um lado para a Justiça Retributiva o meio eficaz para imputar a responsabilidade e resolver o conflito é através do sofrimento e do castigo, o que a experiência apresenta efeitos contrários aos seus intentos, para Justiça Restaurativa, a controvérsia pode ser resolvida através da do reconhecimento dos danos sofridos pela vítima e suas necessidades, aliada ao estímulo ao ofensor a assumir a responsabilidade pelos seus atos e, ativamente, corrigir os males e conhecer as causas daquele comportamento, mediante também a integração da comunidade.

Trata-se, portanto, de uma modificação do paradigma punitivo com fulcro na neutralização do impacto dos delitos sobre os indivíduos, devendo os modelos restaurativos atuarem não em substituição ou superação, e sim em paralelo aos modelos punitivos tradicionais (SICA, 2007, p. 34).

Nesse sentido, Achutti e Pallamolla (2016, pp. 239-240) apresentam o

contexto das tendências restaurativas:

Assim, a Justiça restaurativa emerge como resposta, por exemplo, à pequena atenção dada às vítimas no processo penal e em razão do fracasso da pena privativa de liberdade para atingir os fins propostos pelas teorias da pena, em especial, a prevenção especial, a qual concebe a pena como um caminho para se buscar a ressocialização do condenado. (...) o modelo de justiça restaurativa estrutura-se sobre princípios próprios (...), que visam a redução da imposição de penas – principalmente a privativa de liberdade, com a inclusão de formas não violentas de resolução de conflitos que privilegiam o diálogo entre as partes direta (vítima e ofensor) e indiretamente (familiares, amigos e comunidade) implicadas no delito. A participação ativa das partes é buscada com a finalidade tanto de instaurar o diálogo quanto de possibilitar à reparação do dano decorrente do delito e a responsabilização do ofensor de maneira não estigmatizante e excludente.

O objetivo perseguido é, então, a restauração do equilíbrio das relações sociais lesadas pelo delito (consenso e paz social), buscando a solução do conflitos, em especial os delitos de pequena e média gravidade, sem a necessidade imediata de intervenções institucionais, como, por exemplo, a celebração de um acordo entre o ofensor e a vítima, objetivando a reparação do dano causado. (PALERMO, p. 2009, p. 136).

A importância de uma revalorização das práticas restaurativas se verifica na constatação de Roxin (1997, p. 109), ao afirmar que, independentemente de um castigo, a perturbação social originada pelo delito somente estará neutralizada, tanto para a vítima quanto à comunidade quando viabilizada a reparação do dano.

Acerca da valorização das práticas restaurativas, afirma Barreto (2013, p. 36):

Dessa realidade, apresenta-se na atualidade como opção processual para superação da crise apontada (...) centrada na composição (...) do conflito, através da mediação penal como forma de conciliação entre ofensor e vítima, consagrando os direitos e garantias individuais pátrios, uma vez que permite uma intervenção mínima do Direito Penal enquanto alternativa consensual de solução de conflitos e uma consequente desobstrução processual.

Dessa maneira, constitui-se em um mecanismo de efetiva resolução dos conflitos e pacificação social, objetivo este que não é atingido através das soluções penais tradicionais, de eminente caráter repressor e retributivo.

Consoante avistado, as falhas sistemáticas apontadas neste estudo evidenciam a necessidade de releitura dos meios penais de solução de conflitos

enquanto ferramentas de garantia (em face do *jus puniendi* estatal), atrelada à missão da Política Criminal contemporânea de tutela dos bens jurídicos mais relevantes de uma sociedade através de medidas menos invasivas quanto possíveis (BARRETO, 2013, p. 36). Assim, abre-se caminho para a busca de alternativas à pena de prisão sempre que este recurso não resulte absolutamente necessário, como por exemplo diante da gravidade social do delito.

Desse modo, é possível agregar um salutar momento comunicativo e reconciliador ao modelo tradicional de justiça, introduzindo-o ao sistema, sem, por outro lado, renunciar as garantias já consolidadas do processo penal (PALERMO, 2009, pp. 141-142).

É preciso atentar-se, todavia, que a amplitude dos efeitos atrelados à reparação do dano, enquanto medidas de alternativas ou amenização das penas, deve levar em conta os bens em jogo violados, de modo que não desemboque numa excessiva privatização dos conflitos ou desvirtuação dos efeitos preventivos, o que pode resultar na proteção insuficiente de determinados valores caros à sociedade.

Embora as tentativas de restaurativas entre vítima e ofensor possam sem empregadas em delitos de qualquer natureza, deve-se ter em mente as particularidades de cada ofensa. A mediação entre a vítima e o ofensor, por exemplo, poderia ser mais facilmente aplicável em casos de delitos patrimoniais ou lesões corporais leves, nos quais o potencial pacificador da reparação dos danos causados é mais facilmente constatado, bem como é menor a possibilidade desta aproximação impactar negativamente no interior das vítimas.

É possível, ainda, que o infrator se mostre absolutamente desinteressado e inerte à promoção da restauração. Assim, constata-se que o modelo tradicional de justiça ainda deverá subsistir, contudo aberto a novas possibilidades e medidas que surtam efeitos jurídicos,

Em linhas conclusivas, quadro de crise do Direito Penal, aliado à crescente preocupação com o papel da vítima na questão atinente à criminalidade faz emergir como alternativas de política criminal as relativas à Justiça Restaurativa. Por esta vertente, se concebe aquela que prioriza medidas voltadas à reparação dos danos causados pelos delitos, como resposta diante do fato criminoso a ser valorizada positivamente, estimulada, e colocada no ponto central do conflito. Propõe ela,

então, a atribuir uma maior importância na reparação do dano enquanto um dos mecanismos de resposta ao delito, introduzindo a vítima e a comunidade enquanto coautores da resolução do conflito e ampliando-lhe os efeitos jurídico-penais. Dessa forma, é possível, constituir o Direito Penal em uma ferramenta de pacificação social, de neutralização das consequências provocadas pelo delito, através de soluções primariamente não punitivas e estigmatizantes, logicamente, na medida do possível e recomendável, quando os bens em jogo não sejam de tal jaez que isto cause uma tutela preventiva deficiente.

3.3 DISTINTOS MODELOS DE REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO DELITO

Consoante demonstrado, a preocupação com a reparação do dano causado pelos delitos consiste em uma positiva tendência de política criminal moderna em face do sistema de penas tradicionais.

É avistável, entretanto, que existem diversos modos de realizar tal reparação nos ordenamentos vigentes, consoante aponta a doutrina. É dizer, não há um tratamento único, em virtude do seu conteúdo material, natureza jurídica e funções desempenhadas (SANTANA, 2010, p. 28).

Neste momento, exporemos diferentes modalidades de reparação do dano causado pelo delito, e a sua relação com o Direito Penal.

3.3.1 A reparação em relação de dependência com a sanção

Neste modelo, os dispositivos do Direito Penal, sejam eles materiais ou processuais, servem para contribuir com que a vítima obtenha, com mais facilidade, a indenização civil por parte do autor do delito, Aqui, como se vê, a reparação desempenha um papel bastante limitado, buscando satisfazer interesses exclusivamente privados (DOBÓN, 2000, p. 63).

Neste modelo, com o reconhecimento da responsabilidade penal, surge o dever civil de indenizar. Nesta visão, o dano causado consubstancia-se nos danos de natureza civil provocados. Como a reparação é vista em uma perspectiva eminentemente civil, ao Direito Penal cabe somente facilitar a sua execução, dando

à vítima um título judicial que lhe permita demandar a reparação através das vias judiciais ordinárias.

Aqui, a reparação do dano pode, ainda, eventualmente possuir efeitos no curso da execução da pena, como para a progressão de regime ou obtenção de uma suspensão condicional da execução da pena (*sursis*).

É avistável, portanto, que esta concepção, consagrada pela tradicional divisão entre as tutelas penal e civil, pouco se alia ao panorama político criminal aqui traçado, eis que retira da reparação penal qualquer autonomia, reduzindo-a a interesses econômico-civis.

Consoante leciona Dotti (1998, p. 305), o regime clássico de separação de instâncias, sofre severas críticas. Propõe-se, então a superação da distinção entre crime-pena e dano-ressarcimento. Tal problema, leciona, se projeta deste o Direito Romano até os dias atuais, e não se mostra adequado às atualizadas orientações de que a vítima pode servir positivamente enquanto meio de recuperação social das ofensas do delito, o que é aconselhado pela doutrina que se conceda maior peso à vítima no processo penal, para além das meras pretensões indenizatórias materiais.

Por outro lado, ao se constatar que a reparação surge como obrigação em decorrência da responsabilidade penal reconhecida, cuja pena será também aplicada de maneira independente, pouco agrega sistema penal como alternativas nem para a melhora da condição da vítima.

Desse modo, em porte de um título dado pelo estado, cabe a vítima promover, as suas expensas, um processo de cobrança, como a “ação civil *ex delicto*”, já integrada ao ordenamento jurídico brasileiro. Além da possibilidade de insolvência e as conhecidas dificuldades da execução civil, o grande tempo despendido no processo, os altos custos, avistáveis em grande parte dos casos, argumenta-se que autor de um delito, enquanto privado de sua liberdade, fica impossibilitado de fazer algo para reparar o dano causado, embora as investigações empíricas tenham constatado, em muitos delinquentes, a necessidade de o fazê-lo, sentimento este que vai sendo pulverizado e perdido no decorrer do cumprimento da pena.

Assim, nem mesmo a introdução de uma ação civil isenta de custas, ou a cumulação pelo mesmo juízo, da execução da pena e da indenização decorrente do delito, apresentam alguma vantagem significativa (SANTANA, 2013, p. 64).

3.3.2 A reparação como pena

Há outra vertente, que vislumbra a reparação do dano enquanto uma pena estatal aplicada pelo Direito Penal. Reconhecida a responsabilidade penal, o infrator será condenado a uma pena, no qual poderá ser a reparação do dano. Assim, vislumbra-se nela uma nova categoria de pena, em adição ao catálogo convencional (SANTANA, 2010, p. 55).

A reparação consiste, então, a própria sanção penal. Para seus partidários, a reparação não deve ser uma alternativa ao Direito Penal, e sim a ele integrado. A proposta se fundamenta, principalmente, em dois argumentos. O primeiro é de que a reparação possui um notável caráter penal, e o segundo a ausência de necessidade imposição de uma pena privativa de liberdade em muitas hipóteses (AMARAL, 2005, p. 151).

Para os defensores desta perspectiva, leciona o autor, a reparação poderia ser a única sanção penal aplicável para uma série de ilícitos, por ser um mecanismo eficiente de conscientização do infrator acerca da ilicitude de sua conduta, bem como possuir efeitos intimidativos eficazes, a *pecunia doloris*, portanto adequados à teoria dos fins da pena.

Nas hipóteses em que não ocorra dano concreto, não haveria sentido em impor esta sanção.

Embora os esforços para a promoção da reparação através da coerção penal sejam positivos, constata-se, em verdade, *mutatis mutandi*, a sua aparição como uma pena alternativa à privativa de liberdade, o que já ocorre, por exemplo, no caso Brasileiro, com a pena restritiva de direito prevista nos artigos 43, I e 45, §1º, do Código Penal¹⁵.

Objeta-se, em sentido contrário, que se a satisfação material da vítima se convertesse no próprio fim da sanção, corre-se o risco da transmutação de interesses civis em penais, o que continua a pôr em xeque a questão dos limites da

15 Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; Art. 45, § 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.

intervenção penal no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Consoante pode se extrair da presente perspectiva, constata-se que, ao integrar a reparação às penas aplicáveis aos delitos, ou seja, uma reparação forçada, como pena, também pouco se contribui para o quadro atual.

3.3.3 A reparação autônoma em relação a pena (“terceira via”?)

Dentre as propostas relativas à reparação do dano e seus efeitos ao Direito Penal, uma delas se demonstra maior aproximação às teses aqui levantadas. Consoante infirmado, tanto a reparação penal concebida como responsabilização e indenização civil do delito, quanto como na forma da sanção penal aplicada ao seu cometimento, não consistem em mudanças de paradigmas referentes ao quadro atual.

Objetando-se as concepções anteriores, nas quais a reparação é imposta, seja como pena em si, ou como consequência da responsabilização penal, a exemplo da *action civile* francesa e a *compensation order* inglesa, Roxin (2006, p. 25) não vê nelas efeitos vantajosos, sendo inefetivo que a pena e a reparação se encontrem em interdependência.

Nesse sentido, as modalidades de reparação que são impostas, pouco acrescentam ao Direito Penal nem concretizam os efeitos positivos ao infrator atrelados à reparação, indo somente de encontro aos interesses da vítima.

Tal questão se torna evidente, se cogitarmos a hipótese de descumprimento da obrigação. Mesmo que se atribua à jurisdição penal a execução de tal obrigação, é evidente que não se poderia promovê-la de modo forçado sem a violação da dignidade humana, como obrigando o infrator, por exemplo, através de trabalhos forçados. Por outro lado, igualmente não é possível a prisão em decorrência do não cumprimento desta obrigação, no caso em que ela seja a única pena aplicada, visto que assim se recupera a prisão por dívidas. Registre-se, ainda, o inconveniente da subsistência de um dever de indenizar aos apenados privados de sua liberdade, que pouco podem atuar para amenizar as consequências de sua conduta.

Assim, é de se notar, que ainda que se tente, através da justiça penal, promover a reparação forçada, em pouco ou quase nada se altera o quadro do

Direito Penal, nem se dedica a especial importância ao instituto da reparação, o que “significa somente um deslocamento da demanda civil para o processo penal, e de nada adianta ao prejudicado se o título não for exequível, o que ocorre na maior parte dos casos.” (ROXIN, 2006, p. 25).

Por estes motivos, há uma valorização maior do sentido desta reparação como consequência autônoma à pena, enquanto um conceito jurídico-penal que assume especial relevância em razão da voluntariedade, contribuindo para a conciliação entre autor e vítima. Desse modo, a reparação deve ser voluntária. Somente através desta assunção voluntária da responsabilidade que pode se considerá-la uma “terceira via”.

Neste modelo de reparação não é o prejudicado quem deve demandar a reparação imposta, por meio das vias institucionais, é o próprio infrator, que desvinculado a meios coercivos como a pena, se propõe a promover uma prestação reparadora dirigida à vítima, de modo que tal comportamento seja positivamente valorado e repercuta eficazmente sobre a pena, podendo atenuá-la ou substituí-la, a depender de determinados critérios. A fundamental distinção referente a esta concepção de reparação consiste no requisito da voluntariedade, que é um de seus pilares. Desse modo, a reconciliação e a reparação poderiam se converter em elementos essenciais dentro o sistema de sanções (ROXIN, 1999, p. 7).

Acerca da reparação enquanto uma terceira via, discorre Selma Santana:

A importância desta sanção para o Direito Penal descansa no princípio da subsidiariedade. A pena, considerada como a medida político-social mais severa, apenas deve ser aplicada quando um mesmo resultado não possa ser alcançado através de outros meios menos graves. Por conseguinte, a pena deve retroceder na medida em que reparação e os esforços de reconciliação sejam suficientes para a compensação do ilícito e para a satisfação das necessidades de prevenção geral e especial do Direito Penal. (2013, p. 76-77)

Nesse sentido, trata-se da reparação enquanto medida que produza efeitos autônomos em relação a pena, ou uma “terceira via” dentre as consequências jurídico-penais do delito, ao lado das penas e medidas de segurança que, em alguns casos, poderia constituir a única resposta a ele (DOBÓN, 2000, p. 66).

A razão em se denominar tal perspectiva uma “terceira via”, segundo amaral, reside no fato de que:

Tal qual a medida de segurança substitui a pena como uma segunda via – onde a pena não consegue cumprir sua missão de prevenção especial, ou somente poderia fazê-lo limitadamente em virtude do princípio da culpabilidade-, a reparação do dano substitui a pena como “terceira via”, nas hipóteses em que a necessidade dos sujeitos passivos do delito (vítima e comunidade) poderiam ser satisfeitas de forma muito mais eficiente que por meio da imposição de uma pena (2005, p. 142).

Deste modo, compreendida enquanto uma via intermediária entre as penas e medidas de segurança, a reparação serve como forma de desaprovação, que confirma a infração da norma, confrontando o autor diretamente com as consequências da conduta por ele praticada, o que propicia uma experiência de aprendizado construtiva, podendo dar resposta à antinomia dos fins da pena, adequando-se ao modelo teórico já existente. Assim, a reparação poderia harmonicamente inserir-se no sistema, de modo que se reforça a visão do direito penal como instrumento de controle de comportamentos para a proteção da sociedade (AMARAL, 2005, pp. 153-154).

Um esclarecimento deve ser feito acerca da terminologia reparação enquanto “terceira via”. Conquanto não se trata de uma sanção do ponto de vista de uma consequência jurídica imposta, soa uma aparente contradição incluí-la numa classificação ao lado das penas e medidas de segurança. Por outro lado, é avistável que a reparação penal apresenta, dentre outras características, um caráter penalizante, e mais além, reflete uma relação de subsidiariedade. Desse modo, se mostra mais adequada a compreensão dela enquanto uma consequência jurídico-penal autônoma do delito, ou, como alguns autores, partidários do funcionalismo sistêmico, um “equivalente funcional da pena”.¹⁶

A viabilização da reparação, bem como de uma reaproximação entre autor e vítima, para a obtenção de um acordo ou reconciliação permite transformar o processo penal, anteriormente uma relação bilateral (estado x delinquente), em trilateral. Desse modo, o ofendido participa ativamente da solução do conflito, o que, para Roxin, pode apresentar efeitos positivos, tanto para os envolvidos quanto a toda a comunidade. (1999, p. 14)

Trata-se, portanto, do fomento de consequências ao delito de modo inclusivo, e não exclusivo, valorando-se positivamente uma conduta pós delitiva voluntária,

¹⁶ Como se avista em PALERMO, 2009.

apta a anular ou atenuar as consequências do delito, e, conseqüentemente, a intensidade da resposta penal necessária (PALERMO, 2009, p. 142).

Consoante expõe Santana (2010, p. 61-62) os principais argumentos em favor desta concepção consistem nas vantagens trazidas à vítima, cujos interesses são inegavelmente mais bem contemplados com a reparação do que através de uma pena privativa de liberdade ou de multa. Porém, não os benefícios não se restringem a ela, vez que “uma reparação que fosse ao encontro, apenas, do interesse da vítima deveria supor a voluntariedade do agente.”

Noutro vértice, ressalta a autora, uma reparação voluntária também apresenta vantagens ao autor, que através de seu comportamento construtivo poderia obter uma relevante diminuição de sua pena (SANTANA, 2010, p. 65). Desse modo, apresenta também significantes efeitos de prevenção especial, por possibilitar um estímulo à reintegração do infrator, na medida em que o obriga a encarar e arcar com as consequências de sua conduta à vítima, podendo chegar com ela um acordo.

Nos casos de pequena ou média criminalidade, a reparação pode ser suficiente para “satisfazer as necessidades de estabilização contrafática das expectativas comunitárias na vigência da norma violada” (SANTANA, 2010, p. 65), propiciando o restabelecimento da integridade do sistema e a confiança na norma, entre outras palavras, a prevenção geral. Portanto, o restabelecimento da harmonia social se mostra positivo, ainda, a toda coletividade. Enfim, verifica-se que, atendendo a teoria dos fins da pena, o restabelecimento da paz jurídica provocado pela reparação resulta na diminuição da necessidade de demais medidas interventivas (pena), o que representa, ainda, vantagens à administração da justiça.

Santana (2010, p. 188) ressalta, entretanto, que a definição de reparação como compensação das consequências do delito tem um sentido normativo, e não naturalístico. Em suas palavras:

A reparação voluntária significa uma prestação construtiva realizada pelo autor do delito, que pode conduzir a uma situação na qual a vítima e a sociedade possam sentir-se, ao menos, razoavelmente “apaziguadas”. A reparação se orienta para a satisfação dos interesses lesados e a superação dos conflitos abertos, tanto em nível individual, como é o caso da vítima, quanto em nível coletivo (...)

É notável, dessa forma, que tal vertente propõe, de modo geral, que um comportamento adotado pelo infrator, após o cometimento do delito, com vistas a, de alguma forma, tentar amenizar ou neutralizar os danos por ele provocados, represente efeitos jurídico-penais autônomos.

Registre-se que apenas diante da assimilação e assunção voluntária da responsabilidade é que a reparação consiste numa via autônoma de consequências ao delito. “Assinale-se, todavia, que o princípio da voluntariedade é irrenunciável como condição básica da reparação.” (SANTANA, 2010, p. 187)

Desse modo, o conceito de reparação com consequências jurídico-penais poderá consistir em uma maior gama de possibilidades, englobando todas as atuações voluntárias de caráter construtivo do ponto de vista social do autor do fato diante do ofendido e da comunidade. Esta situação pode ser verificada quando a mera reparação de interesses privados não se mostrem suficientes para a reprovação do fato a partir dos fins da pena, como em delitos de maior gravidade, nos delitos sem uma vítima em concreto, ou sem dano, nos quais a reparação do dano à sociedade deverá ser simbólico, como através de prestações de serviços à comunidade ou prestações pecuniárias em favor de instituições com fins sociais, sempre em respeito a autodeterminação do infrator, eis que deverá se guiar pela voluntariedade. (AMARAL, 2005, p. 172)

Como avistável, neste modelo, enquanto consequência jurídico-penal autônoma em relação ao delito, a reparação detém papel mais relevante se comparada nos demais, em virtude da extensão de seus efeitos. Mais além, a valorização da voluntariedade do autor também se mostra como um de seus pilares, tendo em vista que, em todos os casos, independentemente da natureza e gravidade do delito, se, de alguma forma, o infrator tenta reduzir as consequências de sua conduta, seja à vítima ou à coletividade, este comportamento deverá ser positivamente valorado pelo ordenamento jurídico, para atenuação de sua responsabilidade. Desse modo, afirmam seus partidários, ser possível vislumbrar pontos positivos para as vítimas, os infratores, a administração da justiça, enfim toda a sociedade.

3.4 REPARAÇÃO PENAL E CIVIL: DISTINÇÃO

De acordo com Selma Santana, uma das críticas apontadas à reparação do dano decorrente do delito é que a sua inclusão é incompatível com o Direito Penal, eis que a indenização do dano é de natureza civil e sempre decorre da prática de algum ato ilícito, não devendo se constituir numa reação jurídico-penal. “Neste ponto, deve-se voltar a reflexão acerca da natureza da reparação enquanto terceira via de respostas, se esta seria penal ou civil. (2010, p. 188)

Assim, cumpre-nos, nesse momento, discorrer brevemente acerca da distinção entre as responsabilidades de ambas as naturezas.

Consoante leciona Carrera (2006, p. 19-21), a função da responsabilidade civil é de natureza essencialmente compensatória. Nela, se busca o ressarcimento dos danos, independentemente de efeitos preventivos. Desse modo, a sua graduação não é mensurada em função da gravidade da conduta, ou das necessidades preventivas que possam concorrer, e sim vinculada à qualidade do dano. Ademais, no âmbito civil a obrigação de reparar está vinculada a causação de um dano, seja ele moral ou material. Na ausência de dano, inexistirá a responsabilidade civil, ainda que se tenha cometido um delito.

Por outro lado, leciona, ainda, que a responsabilidade penal não pressupõe a realização de um dano (real). Isso ocorre por que a tipificação de determinadas condutas nem sempre consiste em um resultado danoso a alguém determinado, o que ocorre nos delitos de perigo, sejam eles em concreto ou abstratos, delitos que atinjam bem jurídicos supraindividuais, como a administração da justiça ou aqueles de mera conduta. Nestes casos, não há um dano patrimonial ou moral provocado a uma vítima concreta, contudo sempre ocorrerá um dano social, que é o comportamento socialmente lesivo consubstanciado pela prática do crime. Acerca da lesão ao corpo social, afirma:

es evidente que la lesión a un bem jurídico tutelado por el Derecho penal a través de una conducta delictiva supone algo más que la lesión a la vida, la integridad, o la libertad de la víctima concreta, y que crea un daño que va más allá: la lesividad social no a la víctima concreta, sino a las víctimas potenciales. (2006, p. 21)¹⁷

17 “É evidente que a lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal através de uma conduta

Diante do exposto, é possível extrair uma constatação fundamental. O direito civil e penal se estruturam sob conceitos diferentes de dano. Como avistável, a responsabilidade civil decorre diretamente da provocação de um dano material ou moral para uma pessoa determinável, e a sua função é a de compensar tais danos. O direito penal, por outro lado, trata do dano de maneira diversa: a abrangência é maior. Não se nega a possibilidade de que, em alguns delitos, haja um dano material ou imaterial concretamente provocado nas vítimas, diretas ou indiretas do delito. Todavia, tal comportamento não se resume a isto. A tutela penal consiste a resposta diante dos comportamentos socialmente mais intoleráveis. Desse modo, o dano provocado pelo delito transcende as meras dimensões privadas, resultando também, num dano social, visto que o delito atinge a toda coletividade. Assim, recorre-se ao Direito Penal, cuja gravidade da intervenção expressa a importância do bem violado e reafirma a integridade do ordenamento, prevenindo-o de novas violações.

Assim Santana vislumbra a diferença entre os institutos:

A reparação civil busca reconstituir a condição patrimonial da vítima à situação em que ela se encontrava inserida antes da ocorrência do delito, devendo o seu valor ser suficiente para compensar o dano sofrido. A reparação, como terceira via, em contrapartida, não pode e não deve ser orientada apenas para esse fim, uma vez que a necessidade de ressarcimento da vítima não constitui seu fundamento único. Direito Penal, a nosso entender, se vincula a uma postura preventiva, no sentido de prevenir futuras ofensas a bens jurídicos, tendo como referências vítimas potenciais ou a própria comunidade. A reparação penal orienta-se para a revalidação da norma jurídica, para a ressocialização do autor do delito, para o restabelecimento da paz jurídica. (...) Se o ressarcimento fosse o fim único da reparação, como terceira via, ela seria algo totalmente dispensável, uma vez que a reparação civil, por si só, já cumpre este papel. (...) A reparação civil, em suma, tem como fundamento o dano, é transmissível *mortis causa* e é assegurável. A reparação penal é perfeitamente concebível em casos de ausência de danos. Sobre esse ponto de vista, a orientação à vítima pode produzir-se sem que isso suponha uma *contradictio in terminis*, inclusive em delitos sem danos efetivos à vítima, em *victimless crimes*, delitos que afetam bens jurídicos supra-individuais, em casos que o autor do delito careça de meios materiais de reparação, uma vez que o decisivo é o aspecto de “ato pessoal de restabelecimento do direito vulnerado” (ROXIN), inerente ao esforço voluntário reparatório.” (2010, pp. 188-189)

É importante ressaltar que a reparação do dano que representa efeitos jurídico-penais é aqui considerada em uma perspectiva ampla. Em uma visão

delitiva supõe algo mais que a lesão à vida, à integridade ou à liberdade da vítima concreta, e que cria um dano que vai mais além: a lesividade social não à vítima concreta, e sim às vítimas em potencial. (tradução livre)

restrita, a reparação é concebida como o retorno ao *status quo ante*, restrita a danos civis. Ocorre que, o conflito penal não representa somente um choque de interesses entre autor e vítima, vai mais além. O conflito atinge a categoria de delito e desperta o interesse penal em razão de sua repercussão negativa à coletividade, pois apresenta efeitos nefastos à sociedade.

Assim, aponta Palermo (2009, p. 142), ser possível que, ao mesmo tempo, a reparação englobe os danos civis (materiais ou morais) suportados pela vítima direta (o indivíduo ou grupo de pessoas ofendidos pelo delito) como pode, também, ter uma destinação vinculada à sociedade, como modo de restauração da paz jurídica coletiva. Daí, portanto, se constata que a reparação do dano no direito penal tem uma natureza mista. O dano, portanto, é compreendido também amplamente, como o “dano social” ocasionado, daí por que a preocupação com a neutralização de tal vulneração ao sistema atrelar-se à missão de tutela de bens jurídicos bem como aos fins atribuídos à pena, em especial os de prevenção geral positiva, ou integradora.

Justamente por isso que se deve compatibilizar o patamar de valoração do dano causado e, conseqüentemente, mensurar no que se consistirá a reparação em concreto, a partir dos critérios de reprovação de comportamento próprios do Direito Penal.

É dizer, a culpabilidade, à luz dos fins das penas, como já abordado em capítulo anterior, sempre deverá balizar a reprimenda penal, consistindo em seu limite. “Isto permite concluir que se, apesar de terem sido produzidos danos graves, a culpabilidade for reduzida, a prestação de caráter penal do agente fica substancialmente abaixo dos danos provocados.” (AMARAL, 2005, p. 154)

Por outro lado, registra ainda o autor, isto não quer dizer que a reparação nesse caso representaria um prejuízo ao ofendido, quanto ao restante de seus dissabores, visto que este “poderia naturalmente fazer valer sua pretensão por um ressarcimento completo, porém dita pretensão se resolverá conforme critérios civis e se fará efetiva através de seus instrumentos de execução.”. Desse modo, a reparação levada a cabo pelo infrator, em alguns casos, poderá até exceder a esfera de prejuízos imediatos, o que somente poderá ser aferido em uma análise concreta dos fatos. (2005, pp. 154-155)

Assinala Palermo (2009, p. 100-101), que o sistema penal volta seus olhares a gravidade do fato, conceito que não se confunde com o prejuízo perpetrado pela vítima ou terceiros em decorrência do delito. Desse modo, não pode o ordenamento penal sustentar o conteúdo da reparação partindo de critérios primordialmente civis. Desse modo, a depender da gravidade do fato criminoso, bem como da necessidade efetiva de pena em concreto, em delitos de menor expressão, a “pequena e média criminalidade”, poderiam ser suficientes, a depender do caso, medidas como a reconciliação com os envolvidos, o recebimento de explicações ou desculpas, a devolução do objeto subtraído ou o seu valor correspondente, a reconstrução do que foi danificado, a retratação pública de ofensas à honra, ou a prestação de serviços em benefício da vítima. Seria possível, ainda, a hipótese da vítima recusar-se das prestações reparadoras. Neste caso, como não são os interesses dela os únicos atrelados à reparação, recomenda-se que os esforços restaurativos se deem de modo simbólico, pelo infrator em benefício da comunidade, como mencionado anteriormente.

Assim, é evidente que o Direito Penal constitui-se em um mecanismo que dispõe de mais ferramentas para assegurar a efetiva reparação do dano, estimulando-a através da isenção ou redução da pena. (SANTANA, 2013, p. 64) Sendo o dano aqui contemplado, um misto de elementos civis e penais, na visão de Roxin, leciona a autora, esta distinção não se apresenta útil, visto que “isto não constitui nenhum dano, apenas ilustra o reconhecimento de que os diferentes ramos do Direito não podem ficar totalmente isolados uns dos outros, confirmando a interdisciplinaridade”.

3.5 REPARAÇÃO DO DANO, PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E FINS DA PENA

Nos momentos anteriores, foram expostas as diferentes concepções acerca da reparação do dano causado pelo delito e, em seguida, em que medida a reparação que interessa ao Direito Civil se difere da vinculada ao Direito Penal. Conforme se viu, estas não apresentam um conteúdo absolutamente excludente, podendo, em alguns casos, comunicar-se e até mesmo coincidirem, contudo

diferenciam-se nos fins a que são destinados.

Neste momento, se mostra imperioso expor, então, de que modo a reparação do dano se atrela aos fins atribuídos ao Direito Penal e o seu sistema de sanções.

Conforme abordado, à luz de um Estado Constitucional de Direito comprometido com as liberdades individuais, a missão precípua do Direito Penal consiste na tutela dos bens jurídicos mais fundamentais de uma sociedade.

Assim, eleva a categoria de crime, ou seja, um comportamento considerado como socialmente danoso, aqueles que representem uma lesão aos bens ou que os exponham a risco significativo, despertando-o neles o interesse penal.

Para isso, o sistema atua de modo preventivo, cominando, aplicando e executando sanções penais, de modo a evitar transgressões futuras.

Isto ocorre quando as demais modalidades de controle social, sejam elas formais (operacionalizadas pelo estado) ou informais (pertencentes à sociedade) se mostraram incapazes de resolver o conflito, o que implica no princípio da subsidiariedade do Direito Penal, que o legitima a atuar somente quando estritamente necessário.

As cominações penais possuem, uma destinação à sociedade, que além de uma norma de caráter geral para que não delinqua sob a ameaça de punição (prevenção geral negativa), um caráter positivo, responsável por demonstrar a integridade do sistema penal que foi violado, reforçando o sentimento de respeito à norma e às instituições perante o conflito, primando pela integridade e o respeito aos bens jurídicos fundamentais, e buscando a pacificação coletiva (prevenção geral integradora ou positiva).

Noutra banda, possuem também uma destinação específica ao infrator (prevenção especial), que, através da imposição e execução de uma pena, vê neste mal um mecanismo que o estimule a não reincidir. Ademais, a execução da pena deverá possibilitar ao apenado o seu desenvolvimento interno, seja moral ou intelectual, para possibilitar a sua ressocialização e seu reingresso harmônico à sociedade.

Consoante exposto no início do trabalho, ao Direito Penal é atribuída a missão da tutela dos bens jurídicos fundamentais de uma sociedade. Esta proteção deverá encontrar conformidade com os valores de matriz constitucional, em

observância aos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Desse modo, é sob uma ótica constitucional que ganham relevo os ditames da proporcionalidade, lesividade, subsidiariedade e fragmentariedade, que se consagram como princípios que norteiam a delimitação da esfera de atuação do Direito Penal.

Aponta Cláudio do Prado Amaral (2005, pp. 111), que a reparação do dano ocasionado pelo delito pode ser suficiente, em inúmeros casos, enquanto uma medida de política criminal que possa proteger, até mesmo de modo mais eficiente, o bem jurídico atacado. Desse modo, reduzida será a necessidade da atuação penal para a proteção deste.

Para o autor, quanto mais rápida a reparação do dano, apta a restabelecer o *status quo ante*, menor será o relevo penal do fato, que poderá, em alguns casos, ser irrelevante. Ainda que presente a lesividade, vez que se trata de um comportamento delituoso, uma rápida reparação teria o condão de mitigá-la, eis que a ofensa ao bem jurídico violado foi atenuada, “fazendo da lesão algo passageiro e fugaz no âmbito social, econômico e cultural, até que perca sua força determinante criminalizadora”. (p. 112)

Registre-se, ainda, que embora a tutela penal aos bens jurídicos apresente uma preocupação preventiva, ou seja, voltada a evitar novas lesões às vítimas futuras, em potencial, não poderia o fazê-lo em absoluta despreocupação com a vítima concreta, cujos bens violados também devem ser protegidos.

Conforme Palermo (2009, pp. 83-84), em nada vale o raciocínio de que a proteção de bens jurídicos se relaciona aos destinatários da norma (autor e vítima) apenas de modo potencial, e uma vez ocorrido o delito, o sistema afastar-se dos indivíduos “de carne e osso”, os efetivamente envolvidos no conflito. Assim afirma o autor:

El Derecho penal no puede centrar su interés exclusivamente en la prevención, y una vez fracasado en esa tarea, erradicar de la solución penal a la víctima directa y pretender influir únicamente en la vida futura del autor, para satisfacción de los intereses de las víctimas potenciales. La reparación a la víctima no es una cuestión de interés exclusivo entre privados (...) pues a la vez que se ofende a una víctima en concreto se ha vulnerado una norma fundamental de convivencia. (...) No puede aceptarse, sin embargo, que con la excusa de proteger de mejor forma los intereses de las víctimas potenciales (...) y tras el fracaso de la función preventiva no se considere,

entre las funciones del Derecho Penal, la atención a la situación social del sujeto ofendido.¹⁸ (p. 84)

Assim, a reparação do dano incluída no sistema penal permitiria uma proteção mais completa a tais bens, vez que as lesões que se propõe a evitar, idealmente, também seriam observadas em concreto, podendo ser neutralizadas ou atenuadas pelo esforço restaurativo.

Por outro lado, à luz da teoria do bem jurídico atrelada ao princípio da subsidiariedade, ou intervenção mínima, se, de algum modo, a proteção a um bem jurídico puder ser eficazmente exercida através de medidas não penalizantes, ou menos penalizantes, estas deverão tomar lugar, eis que a pena deve sempre consistir na *ultima ratio*.

Desse modo, leciona Santana (2010, p. 187), que a introdução da reparação enquanto uma consequência jurídica autônoma não distancia o Direito Penal da sua missão protetiva de bens jurídicos nem impede a promoção da paz jurídica. Isto é dizer que o comportamento tido como socialmente danoso (crime), continuaria desencadeando as consequências penais e processuais já existentes, sendo a reparação do dano, dentre elas, apenas mais uma das possibilidades.

Por outro lado, Dobón (2000, pp. 117-118) traz um apontamento oportuno. para que se possa descobrir até que ponto é possível que a reparação do dano seja incorporada ao leque de consequências jurídico-penais do delito, e se desenvolva com autonomia, podendo até mesmo consistir na única delas, é imprescindível refletir sobre a sua idoneidade para satisfazer os fins outorgados às sanções penais tradicionais. Isto se verifica pois não é possível converter um instituto numa consequência do delito ou até mesmo abrir mão da aplicação de uma pena a seu favor, sem se verificar em que medida esta se coaduna às teorias dos fins das penas.

Desse modo, se for possível constatar que é viável configurar o instituto de tal

18 O Direito penal não pode centrar seu interesse exclusivamente na prevenção, e uma vez fracassado nesta tarefa, erradicar da solução penal a vítima direta e pretender influir unicamente na vida futura do autor, para a satisfação dos interesses das vítimas potenciais. A reparação à vítima não é uma questão de interesse exclusivo entre particulares (...) pois uma vez que se ofende uma vítima em concreto, se vulnerou uma norma fundamental de convivência. (...) Não se pode aceitar, sem embargo, que a pretexto de proteger da melhor forma os interesses das vítimas potenciais (...) e ante o fracasso da função preventiva não se considere, entre as funções do Direito Penal, a atenção a situação social do sujeito ofendido. (p. 84)

modo que possa satisfazer aos fins da pena, enquanto uma medida menos gravosa adotá-la é uma imposição em respeito aos princípios da subsidiariedade e da pena como *ultima ratio*. Ademais, caso se considere que o instituto apenas satisfaz tais fins parcialmente, é possível incluí-la de modo a relativizar ou atenuar a gravidade de uma pena. Por último, em se verificando que a reparação não se coaduna às finalidades outorgadas ao Direito Penal, consistindo em uma satisfação de interesses exclusivamente cíveis, a medida em nada poderá influir na responsabilidade penal.

Conforme abordado no capítulo primeiro, é possível conceber as finalidades atreladas à pena, a partir das concepções preventivas gerais, dirigidas à coletividade e preventivas especiais, destinadas ao infrator.

De um ponto de vista da prevenção geral negativa, a qual vê a pena enquanto um instrumento de intimidação e contramotivação de comportamentos, o seu potencial é limitado. É de se notar, que a intimidação provocada pelas penas tradicionais, em virtude de seus efeitos mais severos, possui uma representatividade maior de temor no seio coletivo, eis que uma pena de prisão é mais grave do que a obrigação de reparar o dano.

Conforme aponta Amaral (2005, pp. 196-197), diante da consciência coletiva a obrigação de reparar o dano consiste em um dever menos gravoso que a pena. Assim, a depender do caso, a inclusão de substitutos à pena poderia reduzir o seu poder intimidatório, ainda que diante de um conceito amplo de reparação, do “dano social”. Desse modo, o delinquente potencial não veria tantos riscos em ser descoberto, visto que a devolução do produto do crime, em geral, poderia resolver a sua situação. Por outro lado, registra, estudos empíricos têm demonstrado que a gravidade da pena tem um significado mais limitado para a prevenção geral.

Por outro lado, há muito constatava Beccaria (1999, p. 92), que o rigor do castigo não causa tanto efeito sob o espírito humano quanto a sua certeza, eis que nossa consciência é mais afetada por impressões ligeiras e frequentes, do que um abalo violento, mas passageiro. Assim, “todo ser está submetido ao império do hábito; e, como é este que ensina o homem a falar, a andar, a satisfazer suas necessidades, é também ele que grava no coração do homem as ideias de moral por impressões repetidas.”

Se assim não fosse, a exasperação indiscriminada das penas e o fenômeno da inflação penal (o que, conforme demonstrado, ocorre) refletiria diretamente na redução do cometimento de delitos (o que, conforme visto, não ocorre). Constata-se, em verdade, que a efetividade nas fiscalizações e a probabilidade de ser descoberto assume maior relevância, não há em verdade uma ponderação e avaliação de riscos baseado na pena em abstrato.

Em uma perspectiva distinta, Dobón (2000, p. 219) registra que a obrigação de reparar o dano também agrega elementos penais, característicos do dever civil de indenizar o dano (*pecunia doloris*), e, em casos de pequena gravidade penal, contudo com danos expressivos, a responsabilidade civil poderia representar um temor maior que o da própria intervenção penal.

Não obstante, registre-se que, para Santana (2010, pp. 126-127) o caráter de prevenção geral atingido pela reparação manifesta-se essencialmente no seu caráter preventivo geral, na vertente positiva, ou seja, a prevenção de integração.

Em suas palavras:

Nesse contexto aponta-se para o sentimento de inquietação pela infringência da norma e se por se estar sob ameaça, sentimento este que a prática do delito faz surgir na coletividade, podendo ser dissolvido através da reconciliação entre autor e vítima. A reparação, além disso, pode transmitir à comunidade, sujeita a um mesmo ordenamento jurídico, a convicção de que o Estado cuida dos interesses das vítimas. Assim, constituem objetivos centrais de uma prevenção geral, voltada para a integração e a pacificação, visando à reestruturação da paz jurídica, o efeito de confiança, gerado quando o Direito se realiza para o cidadão, quando o autor de um delito fez tanto que a consciência jurídica da coletividade reste confirmada.

Para Amaral, sob a ótica da prevenção geral positiva, a sanção penal confirma a validade da norma vulnerada e reforça a confiança no direito enquanto instrumento de coesão da sociedade. Por outro lado, afirma que as sanções clássicas não apresentam relação substancial com a natureza do delito, sendo apenas símbolos de desaprovação sem correspondência unívoca, seja para todos os tipos de ilícito, seja para os destinatários da norma. Assim, constata que a aproximação entre as consequências do injusto causado e a reação levada a cabo pelo sistema permite uma melhor consideração da integração do sistema e a pacificação do conflito, que assim pode ser neutralizado, e promovendo um reforço à

consciência jurídica coletiva e o respeito aos valores coletivos.

O fim de prevenção geral integradora está relacionado com a reparação, que provoca efeitos positivos em toda a sociedade, conquanto significa um reconhecimento dos valores sociais protegidos pelo Direito, devolve a confiança ao ordenamento jurídico. Assim, “a perturbação social que é provocada pelo delito só é realmente eliminada se o dano for reparado e o *status quo ante* reestabelecido.” (ROXIN, 2006 p. 24).

A reparação possui um relevante efeito geral, que permite alcançar a paz social, perturbada após um delito, eis que são considerados os direitos da vítima na resolução do conflito. Desse modo, a prevenção de integração se concretiza de modo mais evidente, “pois não se pode falar de prevenção geral integradora quando o principal prejudicado pelo delito é apartado da solução do conflito.”¹⁹ (PALERMO, 2009, p. 295) (tradução livre). Desse modo, conclui o autor, que uma orientação dos fins da pena voltados unicamente ao futuro, seja pela intimidação, ressocialização, internalização dos valores e respeito às normas, tem que ser superada.

Neste sentido, as cominações penais não apresentam identidade com os danos provocados, o que faz com que estas normas percam o conteúdo explicativo de suas sanções previstas *in abstracto* e se limitem a demonstrar um juízo de reprovação, em prejuízo da tutela dos bens violados. Desse modo, a introdução de uma medida de resposta que se atrela ao diretamente ao objeto de proteção da norma vulnerada, como é o recurso à reparação dos danos causados pelo delito, seja ela operada de modo imposto ou voluntário, “contribui significativamente ao restabelecimento da integridade social e respeito ao sistema normativo.” (AMARAL, 2005, p. 156)

À luz da teoria da pena, consoante delineado, a pena capaz de promover a prevenção de integração será aquela adequada a medida da culpabilidade do autor, que assim fará a sociedade sentir no seu âmago a realização da justiça. A culpabilidade, outrossim, configura o limite máximo para imposição de uma pena. Por outro lado, uma reparação voluntária realizada pelo autor, pelos seus efeitos preventivos gerais, poderia atenuar a pena e reduzi-la, eis que restarão amenizadas os imperativos de prevenção geral. Por derradeiro, as necessidades preventivas

19 “pues no se puede hablar de prevención general integradora cuando el principal perjudicado por el delito es apartado de la solución del conflicto” (PALERMO, 2009, p. 295)

gerais serão tão maiores quanto o grau de lesividade social de determinado comportamento, o que impõe a necessidade de subsistência da aplicação de uma pena, ainda que em reduzido patamar, como meio pedagógico e de reforço à integração.

Neste sentido, esta concepção valorativa da reparação do dano no direito penal, provoca uma reformulação da tradicional concepção acerca do princípio da culpabilidade, na medida em que as expectativas por justiça se tranquilizam no seio da comunidade, ao se constatar que as lesões provocadas à vítima foram neutralizadas (ou ainda, reduzidas), o que consiste numa resposta positiva que fortalece o sentimento de fidelidade à norma e às instituições, o que pode ser capaz de atenuar a perturbação social provocada pelo delito. (AMARAL, 2005, p. 191)

Ademais, não são apontados apenas efeitos de prevenção geral no instituto. É possível reconhecer, ainda, efeitos relativos a figura do delincente, a chamada prevenção especial. Por prevenção especial, consoante já visto, se compreende o caráter da pena que, dirigida ao infrator, busca nele compeli-lo a não mais delinquir.

Inicialmente, superando uma concepção de ressocialização enquanto o “tratamento do delincente” ou a internalização forçada de um modelo de comportamento socialmente aceitável, por esta se mostrar uma função que escapa da missão do Direito Penal e incorre na violação da dignidade humana, objetivar uma “ressocialização” do condenado é, antes de tudo, evitar a dessocialização provocada pela pena. Reconhecidos são os efeitos estigmatizantes e dessocializantes naqueles privados da liberdade, pois afastados da sociedade não são possibilitados nem estimulados a um adequado processo de construção interna positiva (DOBÓN, 2000, pp. 234-235).

Nesta perspectiva, a reparação, enquanto uma medida de alternativa à pena detém um papel de relevo no sentido da prevenção especial, por constituir-se em uma alternativa à exclusão social do infrator.

Nesta perspectiva posiciona-se Selma Santana:

Fatores especiais de eficácia preventiva especial são encontrados sob diversos aspectos. Através da possibilidade da reparação voluntária com consequências de sanção, o autor é motivado a lidar com as consequências do delito e com o sofrimento da vítima, podendo levar uma consternação que estimule a ressocialização. A experiência do delito e a tentativa de reparação são, por conseguinte, pontos de partida decisivos para um

aprendizado social referido ao delito, e, portanto, especificamente, jurídico-penal. No caso concreto, podem ser desenvolvidas a sensibilidade social para os direitos alheios e uma atitude de autonomia e diálogo na superação do conflito. (..) As condições fundamentalmente melhores da reparação ganham uma importância considerável. Ao contrário da pena, a princípio desintegradora e abstrata, o caminho construtivo da reparação conduz, de forma consequente e desde o princípio, à integração do culpado. Além disso, a composição do conflito leva a uma proximidade mais humana entre o autor e a vítima, afigurando-se, esta, consequentemente, como a reação mais humana. (SANTANA, 2010, pp. 127)

Desse modo, efeitos preventivo-especiais também residem na vinculação entre o conteúdo da reparação e o da conduta lesiva, o que possibilita a confrontação do autor do fato com as consequências diretas do delito e as necessidades da vítima, e com isso se abre a oportunidade para que o responsável pelo delito dirija sua atenção para os valores que estão por trás da norma vulnerada, estimulando, assim, o respeito aos bens jurídicos protegidos. Não se objetiva, assim, o ultrapassado ideal de ressocialização, educação, ou tratamento. “Trata-se, pois, de estimular no indivíduo processos que favoreçam o respeito deste às normas jurídicas no futuro, através do cuidado dispensado ao conflito que reside no fato e com a vítima.” (AMARAL, 2005, 156)

Em síntese, é de se notar o aspecto edificante e representativo de um aprendizado e reflexão moral, quando o autor de um delito, mesmo que não espontaneamente, porém de modo voluntário (leia-se, não forçado) se inclina no sentido de arcar com as consequências de sua conduta provocadas na vítima. Desse modo, se se objetiva restaurar o estado anterior das coisas, ainda que não completamente, tal comportamento possui inegável repercussão útil à sociedade, por despertar no infrator o sentimento de responsabilidade perante os demais. Assim, através desta voluntariedade seria possível a recuperação da paz social, o que se verifica em menor medida caso esta fosse decorrente de uma condenação.

4. REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO E ANTEPROJETO DO PLS 236/2012: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES

No momento anterior, foram expostas algumas tendências de política criminal, representativas de uma revalorização da vítima e do fomento à reparação do dano, bem como algumas de suas diferentes concepções e vertentes, diferenciando a reparação que mais se coaduna ao Direito Penal daquela que guarda elementos exclusivamente civis. Ademais, buscou-se analisar instituto da reparação em cotejo aos fins de proteção de bens jurídicos fundamentais e o caráter de prevenção da pena, seja ela geral ou especial.

Neste momento, se faz imperioso analisar de que modo o legislador brasileiro trata da temática, a sua evolução histórica e os efeitos imputados pelo ordenamento jurídico em vigor, para, em seguida, compará-las às alterações previstas pelo Anteprojeto do Novo Código Penal (PLS 236/2012).

4.1 BREVE HISTÓRICO DA REPARAÇÃO DO DANO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO PLS 236/2012

Como se viu anteriormente, em tempos primitivos a resolução dos conflitos era operada pela coletividade, o que também se fez presente em *terra brasilis*. Nas mais diversas tribos indígenas, prevalecia o Direito Criminal costumeiro, com traços da Lei de Talião. Nestes grupos, a justiça era exercida pelo cacique, que determinava as penas, como a devolução do que foi furtado e castigos corporais. (MADLENER, 2005, p. 36)

Com a chegada da colonização europeia, houve um absoluto abandono das práticas indígenas, vistas como inferiores e atrasadas, o que permite se afirmar que o “direito português varreu as instituições dos aborígenes acossados pelo ciclone de uma civilização intolerante, sanguinária e devastadora, segundo lhe devia parecer pelo que viam e sofriam”. (BEVILÁQUA *apud* MADLENER, 1896, p. 84, 2005, p. 36)

Desse modo, durante muito tempo de colonização portuguesa, vigeram as

Ordinações do Reino de Portugal, tais como Afonsinas, Manoelinas e Filipinas.

A reparação do dano no direito penal na vigência das ordinações podia ser identificada em alguns casos, como no caso do delito de incêndio, onde o juiz determinava que fossem avaliados os danos provocados à propriedade queimada, e nos casos de queixas criminais maliciosas ou quando o acusado era absolvido, ou perdoado. (MADLENER, 2005, p. 39)

Desde 1500, até cerca de 1830, o Direito Português foi de enorme influência normativa. Somente a partir deste ano veio surgir o primeiro conjunto de normas penais sistematizadas e reunidas por um Código. (D'OLIVEIRA, 2014, p. 30)

No Brasil, após a Independência, já na vigência de sua primeira Constituição, o Código Criminal do Império determinava que o delinquente reparasse o dano que causasse com o delito, de modo mais completo na medida do possível, e, na dúvida, a favor do ofendido. Aqueles que não possuíssem condições de o fazê-lo, seriam condenados a prisão com trabalhos pelo tempo necessário até que levantasse a quantia para sua satisfação. (MADLENER, p. 48)

Como se pode inferir, já havia uma preocupação do ordenamento com as questões relativas à reparação do dano, não enquanto medidas despenalizantes ou políticas alternativas, mas sim enquanto consequências da prática do ato ilícito, cujos interesses competiam, em todos os casos, à justiça civil, e convertia-se em execução penal em caso de insolvência.

Com a proclamação da república, a reparação do dano continuou sendo um efeito da prática do delito, e uma circunstância a ser valorada na aplicação da pena, sendo mantida a separação de jurisdições civis e penais. Por outro lado, buscou estimular o criminoso ao pagamento da obrigação gerada pela prática da infração, como pela penhora de parte dos proventos do condenado, e a impossibilidade de gozar de certos benefícios como liberdade condicional, suspensão da execução da pena, reabilitação, se adimpli-la ou demonstrar a incapacidade de o fazer. (MADLENER, p. 77)

Nos dias de hoje, encontra-se em vigência o Código Penal de 1940, cuja parte geral sofreu reformas em 1984, e sucessivas alterações pontuais na parte especial ao longo dos anos. Por outro lado, constata-se também, um grande número de legislações extravagantes versando em matéria penal, criando verdadeiros

microsistemas, o que provoca muitas confusões e incongruências. Nesse sentido, surgem propostas legislativas no sentido de dar uma normalização a esta confusão, como o Anteprojeto de Novo Código Penal, que tramita sob o nome de Projeto de Lei do Senado (PLS 236/2012), elaborado por uma comissão de juristas a requerimento do Senado Federal, que dispensará um estudo mais cuidadoso a seguir. Nas justificativas do projeto, expõe-se:

A legislação penal vigente há muito não representa as práticas sociais de um povo que sofreu significativas transformações. (...) Nessas mais de 7 décadas muitas tentativas foram feitas de Atualizar o Código Penal. Todas resultaram em fracasso. Mas o Código foi alterado pontualmente por inúmeras leis. Além disso, surgiram leis penais extravagantes, fora do Código, sobre pontos diversos. (...) Hoje, existem aproximadamente 117 leis penais em vigor, que abrigam cerca de 1.800 tipos penais, entre crimes e contravenções. É natural, então, que nossos preceitos normativos sejam revistos, para espelharem melhor nossos novos valores e poderem se ajustar melhor também a um mundo cujas relações sociais ocorrem de forma mais exposta, difundida e fragmentada. A Constituição de 1988 necessita de um ordenamento jurídico penal que a ela responda. (BRASIL, 2012, pp. 196-197)

Desse modo, vislumbra-se uma proposta de, ao mesmo tempo, consolidar as legislações penais tão pulverizadas por um “sem-número” de diplomas legais desconhecidos da grande população, proporcionando-se um tratamento mais equilibrado e proporcional, adequando o sistema penal às exigências da vida atual em sociedade.

4.2 ALGUNS EFEITOS JURÍDICOS DA REPARAÇÃO DO DANO NO ORDENAMENTO EM VIGOR

Neste momento, serão estudados, sem esgotar a temática, que é ampla, os efeitos jurídico-penais atrelados à reparação do dano atribuídos pelo ordenamento na legislação em vigor, diante das diversas modalidades possíveis.

Para uma compreensão mais dinâmica, se optou por apresentar, inicialmente, dever de reparar os danos causados por algum ato ilícito, que não necessariamente consista num crime ou guarde relação com o Direito Penal, a princípio, até as modalidades que podem ser melhor estudadas à luz das linhas teóricas apresentadas nos momentos anteriores.

Desse modo, se tenta obter uma visualização que alie os momentos possíveis da reparação e seus efeitos de modo gerais e particulares, a depender da espécie de crime que se analise.

Assim, primeiro serão analisadas os efeitos jurídico-penais da reparação do dano se operada **antes** da efetiva condenação, sejam gerais, aplicáveis todos os tipos de delito ou um grupo específico, até os efeitos observados em delitos em particular.

Por último, observaremos os efeitos operados **após** uma condenação, de mesmo modo, dos casos gerais aos particulares, discorrendo acerca de que modo o instituto apresenta repercussões no âmbito penal.

O dever de reparação de dano, como visto, não é de exclusivo estudo do Direito Penal. De modo geral, todo ato contrário ao direito, e portanto, ilícito, que porventura ocasione algum dano, enseja o dever de indenizar. Esta é a chamada responsabilidade civil, que consiste na obrigação de reparar os danos, consoante preleciona os ditames do Direito Civil. Assim, o dever de reparar o dano causado é consectário da ocorrência de um ato ilícito. Desse modo, é notável que não são todas as modalidades de reparação que possam interessar e agregar de algum modo a este estudo, enquanto modalidades alternativas de resposta ao delito.

A responsabilidade surge, então, a partir de uma conduta contrária a norma jurídica, seja ele de natureza civil ou não. Por outro lado, para a configuração da responsabilidade penal, se exige uma reunião maior de requisitos, que é a existência de um fato típico, ilícito e culpável.

Como se pode notar, a ilicitude, enquanto um comportamento contrário ao Direito, se faz presente tanto na responsabilidade civil quanto na penal. Como se sabe, o ordenamento jurídico é “uno”, ainda que possua ramificações por critérios úteis, de modo que a diferença na configuração da responsabilidade resulta unicamente na natureza da norma infringida.

Destarte, “o ilícito é uno, e o que o caracteriza são os resultados que dele emergem (civis, penais ou ambos), dependendo da repressão específica que determinado ramo do Direito a ele reservou, separada ou cumulativamente.” (FILIPETO, 2001, p. 38)

Desse modo, quando reconhecida a existência de um crime, lembre-se, um

ato típico, *ilícito*, e culpável, mediante uma sentença condenatória, a teor do artigo 91, I do Código Penal²⁰, um destes efeitos é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado. Ademais, a teor do art. 387, IV²¹ do Código de Processo Penal (CPP), alterado pela lei 11.719/2008, tal sentença deverá fixar um patamar de valor mínimo a ser indenizado, a ser tomado como referência no momento de uma liquidação de tais danos, bem como tal sentença consistirá em um título executivo judicial para que a vítima ou seus sucessores promovam a execução no juízo cível, à luz dos códigos processuais. Trata-se, aqui, da ação civil *ex delicto*.

4.2.1 Efeitos Gerais Antes da Condenação

4.2.1.1 Arrependimento Posterior (art. 16, Código Penal)

O arrependimento posterior, disposto no artigo 16 do Código Penal²², introduzido na parte geral após a reforma de 1984, é instituto aplicável aos delitos dolosos e culposos, consumados ou tentados, consistindo numa causa especial de redução de pena relativa aqueles crimes praticados sem violência ou grave ameaça a pessoa, na hipótese de que o autor opere a reparação do dano ou restitua os produtos do crime até imediatamente antes do ato judicial de recebimento da denúncia. Desse modo, logrará a redução obrigatória em um a dois terços da pena. Ainda que, em um primeiro olhar, tal dispositivo pareça abarcar somente delitos de natureza patrimonial, tal restrição não se verifica, portanto não há óbice para que surta efeitos em delitos diversos. Ademais, o arrependimento deverá sempre ser voluntário (não forçado), independentemente de que seja espontâneo, portanto deverá ser isento de coações sejam elas físicas ou morais.

Consoante demonstra a Exposição de Motivos do Código penal, em seu item 15, o arrependimento posterior constitui uma providência de política criminal instituída mais em favor da vítima que do infrator, consistindo num fomento à

20 Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime

21 Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

22 Arrependimento posterior - 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.

reparação do dano, norteados por razões de prevenção especial. Somente os crimes praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, e portanto, dolosos, impedem o reconhecimento do instituto. A violência ou grave ameaça deverá surgir de um comportamento doloso, por conseguinte aplicável aos delitos culposos. Daí, ainda se extrai a conclusão que na hipótese de ocorrência de dano à coisa, como num furto com rompimento de obstáculo, a aplicação é possível (QUEIROZ, 2011, p. 265).

Ademais, a reparação poderá ser total ou parcial, de modo que tal graduação deverá ser correspondida no *quantum* abatido da pena, sendo possível de um a dois terços, consoante prevê o dispositivo. Contudo, registre-se, que tal posicionamento não é pacífico, no sentido de que há entendimentos conflitantes nos Tribunais Superiores, preceituando-se que a reparação deva ser integral.²³

Na parte especial do código e demais legislações extravagantes, há muitas modalidades delituosas que preveem uma espécie de arrependimento posterior específicas. Uma crítica pode ser apontada à nomenclatura utilizada no dispositivo, segundo Marcelo Lessa Bastos:

Não é demais destacar que a denominação “arrependimento posterior”, escolhida para rubrica do dispositivo, é um crasso pleonasma, posto que, se é arrependimento, só pode ser mesmo posterior, vez que ninguém se arrepende do que ainda não fez, mas do que já fez.. À toda evidência, melhor seria ter denominado o art. 16 de “reparação do dano”, já que é disto que cuida.(2002, p. 2)

Trata-se de situação na qual o crime já foi consumado, mas se for possível a reparação o agente terá em seu benefício a causa obrigatória de diminuição da pena de um a dois terços.O instituto tem natureza jurídica de causa obrigatória de diminuição de pena (de um a dois terços), analisado na terceira fase da dosimetria (BOSCHI, 2014, p. 231).

Como se vê, o legislador valorou positivamente uma postura voluntária

23 a) POSIÇÃO DO STJ

Nesse sentido é o entendimento do STJ: "O entendimento desta Corte é no sentido de que a minorante do ressarcimento posterior do dano, prevista no art. 16 do Código Penal, deve observar a voluntariedade do Acusado e o integral ressarcimento do prejuízo" (Quinta Turma, HC 156424, de 03/10/2011).

b) POSIÇÃO DO STF

Em sentido contrário, o STF admitiu a reparação parcial: "A norma do artigo 16 do Código Penal direciona à graduação da diminuição da pena de um a dois terços presente a extensão do ato reparador do agente" (Primeira Turma, HC 98658, de 15/02/2011). (CAPEZ, 2011)

construtiva do autor de um delito, que procedesse à reparação do dano, contudo em casos mais específicos, beneficiando-o com uma redução de pena.

4.2.1.2 Atenuante Genérica (art. 65, III, b, Código Penal)

Preceitua o artigo em comento²⁴, que é uma circunstância que sempre atenuará a pena, ter o agente procurado por sua espontânea vontade e de modo eficiente, logo após o cometimento do crime, evitar as consequências dele decorrentes, minorá-las, ou ter reparado o dano até a data do julgamento. Como se depreende, são três as condutas possíveis, duas delas (evitar as consequências ou atenuá-las) praticadas num lapso temporal de “logo após”, ou seja, deve ocorrer no mesmo contexto fático, e a terceira (reparar o dano), desde que seja antes do julgamento.

Tal circunstância geral de atenuação encontra fundamento no arrependimento do agente, que com a sua conduta voltada a evitar ou minorar as consequências provocadas pela sua conduta, ou indenizar a vítima até a data do julgamento, demonstra sensibilidade, responsabilidade e um juízo crítico pelos seus atos. (BOSHI, 2014, p. 230)

Cita-se, como exemplo, a conduta de quem, após desferir uma lesão a outrem, lhe possibilita atendimento médico para aliviar a dor ou evitar resultados mais graves, ou que presta auxílio, financeiro, pessoal, durante o período que esteja incapacitado.

É de se notar, que tal dispositivo possui uma abrangência maior que o analisado anteriormente, visto que amplia o lapso temporal permitido para a reparação do dano, bem como não faz ressalvas quanto à existência de violência ou grave ameaça, todavia, enquanto uma circunstância atenuante genérica, e incidente na segunda fase de dosimetria da pena, possui um impacto menor no *quantum* reduzido.

Consoante aponta Paganella Boschi, embora o Código não tenha fixado uma proporção exata para ser reduzida a pena diante das atenuantes previstas no artigo

24 Circunstâncias atenuantes

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 consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;

65, com vistas a manter a hierarquia destas com as causas especiais de diminuição ou aumento de pena, que impactam de modo mais significativo na dosimetria, há inclinação na doutrina de recomendar a fração de 1/8 (um oitavo) a 1/6 (um sexto) da pena. (BOSCHI, 2014, p. 234)

Tal dispositivo não pode ser confundido com a desistência voluntária, prevista no artigo 15²⁵ do Código Penal, por que não houve interrupção do *iter criminis*, e sim a perfectibilização de uma figura típica que, contudo, tende a ter suas consequências reduzidas voluntariamente pelo agente. Também não se confunde com o arrependimento posterior, visto que este se restringe a uma categoria menor de delitos e exige um momento mais restrito a ser executado, bem como impacta em proporções diversas na dosimetria da pena.

4.2.1.3 Crimes de menor e médio potencial ofensivo (Lei 9.099/95)

A lei n. 9.099/1995, que institui os Juizados Especiais, trouxe profundas alterações na estrutura de resolução dos conflitos penais, preconizando a adoção de medidas alternativas despenalizantes ou não privativas de liberdade, bem como dando especial relevo à reparação do dano nos delitos abarcados por ela. Assim, construiu um novo procedimento aplicável a delitos de menor gravidade, incluindo etapas prévias a deflagração ou prosseguimento do processo, de modo a aliar os interesses das vítimas à persecução penal, incluindo-a no processo e permitindo que ela tenha papel importante nestas etapas. Desse modo, houve considerável avanços pra vítima, cujos interesses ganharam especial destaque. (FILIPETO, 2001, p. 96)

O âmbito de competência de tais juizados se atrela aos chamados delitos de menor potencial ofensivo. Por crimes desta natureza, consoante preleciona o artigo 61 do diploma normativo²⁶, compreendem-se aqueles cuja pena máxima cominada seja de, no máximo 2 (dois) anos²⁷. Assim, instituiu três importantes mecanismos de negociação e consenso: o momento da composição civil dos danos, a transação

25 Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados

26 Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

27 Inicialmente, quando da criação da lei, tais crimes se restringiam aos com pena máxima de até 1 ano.

penal, e a suspensão condicional do processo, que serão analisados em apartado.

Desse modo, a lei que instituiu os juizados especiais criminais inseriu um “microssistema” processual próprio no nosso ordenamento jurídico, com vistas a favorecer a celeridade na resolução dos feitos de menor expressividade, e possibilitar a reparação do dano. Ademais, seus efeitos não se restringem ao âmbito dos juizados, eis que deverão ser verificados em delitos de menor potencial ofensivo que tramitem em conexão em outros foros, bem como introduziu a suspensão condicional do processo, que abarca também os delitos considerados de “médio” potencial ofensivo, consoante se verá.

Após a tomada de ciência das autoridades da prática do delito, será lavrado um termo circunstanciado e designada a audiência preliminar. Nessa audiência, se intenta a composição civil dos danos, o primeiro momento em que os envolvidos no delito são possibilitados de realizar uma conciliação. Desse modo, os sujeitos da relação discutem acerca da reparação do dano causado, conduzidos por um juiz ou conciliador, e, atingindo eles um acordo, este será reduzido a termo e homologado pelo Juiz. Tal acordo se converte em título executivo e poderá ser executado no juízo cível caso descumprida a avença. Por outro lado, o infrator pode se beneficiar com a extinção da punibilidade do delito, na hipótese deste ser de iniciativa privada ou de ação condicionada à representação da vítima, consoante preceitua o parágrafo único do artigo 74²⁸ do diploma.(FILIPETO, 2001, p. 96)

Nas hipóteses de ação penal pública incondicionada, também será possível a composição dos danos, contudo esta não acarretará a extinção da punibilidade, e o procedimento seguirá. Não obstante, caso o infrator seja eventualmente sancionado por alguma prestação pecuniária à vítima, o *quantum* devido deverá ser abatido, para não ensejar uma desproporcionalidade da sanção ao infrator e enriquecimento sem causa para ela.

Ademais, como forma de ampliar o papel da vítima nesta esfera, foi alargado o rol de delitos que carecem de representação, como as lesões corporais leves e culposas, de modo que a persecução penal dela dependa, o que poderia despertar o

28 Art. 74 A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

interesse na reparação e acarretar as consequências despenalizantes ao infrator. Por outro lado, a celebração de tal acordo não impede que a vítima pleiteie civilmente a complementação dos danos, caso entenda insuficientes.

Não sendo possível a composição civil, a vítima poderá exercer o seu direito de queixa ou representação, ou, ainda, não exercê-lo imediatamente, até o decurso do prazo decadencial para tanto, o que pode possibilitar uma posterior reconciliação fora do ambiente forense.²⁹

Posteriormente à fase de composição, caso esta não tenha logrado êxito, ou tenha sido firmada no âmbito de um delito de ação pública incondicionada, o Ministério Público oferecerá uma proposta de transação penal, que inclusive consiste num direito público subjetivo do suposto infrator (LOPES JR, 2014, p. 983). A transação penal acarreta numa pena antecipada, prévia ao oferecimento da denúncia, na qual o suposto infrator aceita uma penalidade mais leve, consistente em pena de multa ou restritiva de direitos, como a prestação pecuniária à vítima, que será analisada a seguir, e que não implicará em antecedentes.

Por oportuno, registre-se que, embora os juizados especiais cuidem de infrações tidas como mais leves, e de modo mais célere, este menor potencial ofensivo não dispensa a configuração dos pressupostos básicos para o exercício da persecução criminal. Assim, a “transação penal não é uma alternativa ao pedido de arquivamento, senão um instituto que somente terá aplicação quando houver *fumus comissi delicti* e o preenchimento das demais condições da ação penal.” (LOPES JR, 2014, p. 978)

Por outro lado, registre-se que o descumprimento do acordo transacionado jamais poderá se converter em pena privativa de liberdade, visto que na transação penal não houve o devido processo legal (este sequer se iniciou) que condenasse o acusado. Desse modo, quando do descumprimento, deve-se proceder à execução da sentença homologatória. No caso da multa reparatória, por exemplo, caberá ao Ministério Público ajuizar a execução, jamais a vítima, eis que se trata de uma sanção de natureza jurídica penal. (FILIPETO, 2001, p. 105)

A lei dos juizados especiais agregou ainda mais um dispositivo em que a

²⁹ Há posicionamentos contrários, como o de Luiz Flávio Gomes, alegando que a não adoção do modelo de *plea bargaining*, não seria possível que a conciliação fosse celebrada fora da audiência. (FILIPETO, 2015, p. 99)

reparação dos danos assume um papel relevante, que consiste na suspensão condicional do processo. Trata-se de uma modalidade mais moderna da *sursis*, sem a necessidade do desenrolar de todo um processo até a condenação. Um aspecto interessante deste instituto é que ele não se restringe aos delitos de menor potencial ofensivo.

Em suma, se trata da possibilidade da paralisação do processo, após o recebimento da denúncia, por um período de tempo determinado, durante o qual o acusado consente em se submeter a determinadas condições, dentre as quais, a reparação do dano, que se atendidas, acarretam na extinção da sua punibilidade no fim do referido lapso. Conforme o artigo 89³⁰ desta lei, a suspensão condicional do processo é admissível aos delitos com pena abstrata mínima menor ou igual a um ano, “tornando-se, assim, mais abrangente que o âmbito de aplicação dos institutos restritos às infrações de menor potencial ofensivo.” Ademais, a suspensão condicional do processo é também aplicável aos delitos regulados pela legislação ambiental, com especificidades (Lei n. 9.605 de 12/2/1998). (VASCONCELOS, 2015, p. 109)

Aceita a proposta, o processo será suspenso durante o período de prova, que será de dois a quatro anos. O acusado terá todo este período para efetuar a reparação do dano, que caso não o faça, sem comprovar a absoluta impossibilidade o fazê-lo, acarretará na revogação obrigatória do benefício, e o processo seguirá o seu curso. Ademais, a suspensão consiste em um instituto de *nolo contendere*, ou seja, há a aceitação das condições impostas, porém sem o reconhecimento de culpa (LOPES JR, 2014, p. 981)

Um ponto que merece menção diz respeito aos delitos cometidos contra a mulher em relação de violência doméstica (Lei Maria da Penha), bem como os contra o idoso (Estatuto do Idoso). Nestes, embora o tipo penal enquadre-se na categoria de menor ou médio potencial ofensivo, a depender das penas em abstrato, estarão vedados os benefícios alternativos aqui explanados.

Conforme é avistável, a lei dos juizados encerra uma grande preocupação

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

com a posição da vítima para a resolução do conflito e a reparação do dano sofrido, de modo que agregou ao ordenamento jurídico dois grandes institutos com vistas a possibilitar que a reparação do dano se efetive, e trazendo também efeitos penais.

Assim, entendeu o legislador, que nestes delitos, de menor lesividade para a sociedade, a efetiva reparação do dano causado é mais importante que a necessidade de punição do infrator. É de se notar que o seu raio de atuação é ainda restrito às infrações cominadas com pena máxima de dois anos, e no caso da suspensão condicional do processo, àqueles cuja pena mínima não exceda um.

Tal papel de importância da vítima pode ser notado ao se constatar que a celebração de um acordo restaurativo, já em audiência preliminar, nos delitos de ação privada ou pública condicionada a representação, resolvida está a questão criminal, com a extinção da punibilidade. Noutra banda, há ainda a possibilidade de, logo no início do processo, este ser suspenso, caso o acusado consinta com algumas restrições e se obrigue a reparar o dano.

4.2.2 Efeitos Específicos Antes da Condenação

Tecidas as considerações acerca dos efeitos gerais atribuídos à reparação do dano na legislação penal, agora serão analisados dispositivos que a preveem de modo específico em alguns tipos.

4.2.2.1 Estelionato na modalidade emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos (art. 171 §2º, do Código Penal)

O artigo em comento³¹ traz a descrição típica desta modalidade de estelionato que é realizada através de cheque sem suficiente provisão de fundos, popularmente conhecido como “cheque sem fundos”.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões, formulou a súmula de número 554³², cujo enunciado dispõe que caso o cheque

31 Estelionato. Art. 171 Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Fraude no pagamento por meio de cheque

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento

32 Súmula n. 554/STF O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento

emitido sem suficientes fundos seja pago integralmente após o recebimento da denúncia, não fica obstada a ação penal. Desse modo, valendo-se de uma interpretação em sentido contrário (a *contrario sensu*), tem se entendido que ocorrendo o pagamento antes de tal momento, a ação ficará obstada. Tal entendimento foi sumulado antes da introdução do dispositivo do arrependimento posterior, contudo, a jurisprudência considerou entendeu pela compatibilidade dos institutos.

Consoante leciona Claudio do Prado Amaral, trata-se de uma orientação jurisprudencial *contra legem*. “As razões que consideraram esse tipo penal merecedor de tal tratamento, contudo, são obscuras do ponto de vista científico e alvo de diversas críticas.” (2005, p. 312).

Assim segue:

É difícil compreender quais as razões de política criminal para que o delito fique excluído em se tratando de fraude no pagamento por meio de cheque, não ocorrendo a mesma exclusão da figura típica em outros delitos contra o patrimônio cometidos sem violência ou grave ameaça, em que a restituição da coisa ou a indenização da vítima seja também feita antes do recebimento da denúncia, como, por exemplo, o furto, o estelionato em sua forma básica e a apropriação indébita. (2005, p. 312)

Para o autor, tal tratamento mais benéfico quanto a esta modalidade de fraude em especial, em detrimento das demais formas equiparadas não encontra respaldo. Desse modo, concretiza-se uma manifesta desproporcionalidade.

4.2.2.2 Peculato Culposo (art. 312, do Código Penal)

O peculato, delito praticado contra a Administração Pública, pode ser praticado de diversos modos, como através da apropriação por parte de um funcionário público de um bem que tem posse em razão do cargo, ou o seu desvio, seja para si ou para terceiros. Ocorre que, é possível que tal delito conte com uma colaboração involuntária de funcionário público, que viola o seu dever objetivo de cuidado, seja atuando de modo negligente, imprudente ou imperito, criando condições favoráveis a prática de tal modalidade. Trata-se do peculato culposo³³.

da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.

33 Peculato:

Desse modo, para que se configure tal modalidade se exige uma relação direta entre a atuação funcional culposa e o delito praticado pelo terceiro. (CUNHA, 2014, p.746).

Ocorre que, diante de uma conduta menos reprovável, privilegiando-se o ressarcimento aos bens públicos, abriu espaço o ordenamento para a possibilidade da reparação do dano nesta modalidade ocorrer até o trânsito em julgado, gerando a extinção da punibilidade, encerrando o interesse penal no fato, e até mesmo que ocorra após, de modo que logrará uma redução de pena pela metade. Caso se trate da modalidade dolosa,

O legislador, ao cuidar da matéria, reservou um tratamento diferenciado a esta modalidade de delito contra a Administração Pública, contudo não intencional. Note-se que inexistem outros delitos desta natureza punidos a título de culpa, o que demonstra uma preocupação maior com o resguardo do erário do que com a punição do comportamento em si, que é menos reprovável.

4.2.2.3 A Retratação: Calúnia e Difamação (arts. 138 e 139, do Código Penal) e Falso Testemunho (art. 342, do Código Penal)

Os delitos contra a honra são a Calúnia, Difamação e Injúria, previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal. Nestes pune-se aqueles que ofendem a honra, seja ela objetiva, como a reputação e a boa fama que o indivíduo detém no meio em que convive, ou subjetiva, que ofende a dignidade íntima e o decoro pessoal da vítima. (CUNHA, 2014, p. 137)

Desse modo, aquele que comete calúnia pode ser apenado com até dois anos de detenção, a difamação até um ano, e a injúria até seis meses.

Nestes dispositivos, destaca-se o artigo 143³⁴, que versa acerca da

Art. 312 - Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio

Peculato culposo

§ 2º - Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 3º - No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

34 Retratação

Art. 143 - O querelado que, antes da sentença, se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, fica isento de pena.

possibilidade de o infrator retratar-se das calúnias ou difamações provocadas, na qual ele quedaria isento de pena pois extinta a punibilidade. A retratação consiste em confessar que fez uma afirmação falsa, voltar atrás nas alegações feitas, admitir o erro. Doutrinariamente se reconhece a retratação como ato unilateral, ou seja, independe de aceitação daquele que foi ofendido no seu direito, visto que o interesse maior é a busca pela verdade. Registre-se que tais efeitos somente atingem quando da ação privada, o que não ocorre, por exemplo, difamação contra funcionário público no exercício de suas funções.

Retratar-se, no entanto, não significa somente negar ou confessar a prática da ofensa, é muito mais. “É escusar-se, retirando do mundo o que afirmou, demonstrando sincero arrependimento.” (CUNHA, 2014, p. 143)

Outrossim, é controversa a impossibilidade de retratação pelo crime de injúria. Consoante leciona Perozi Lopes, essa desavença tem por base, conforme a doutrina majoritária, o simples fato de que o bem jurídico tutelado pelo delito de injúria é a honra subjetiva e que, se fosse concedido o benefício da retratação, a mácula ao decoro e à dignidade do ofendido seria muito maior. Todavia, não parece ser um critério coerente para a exclusão da retratação à injúria. (LOPES, 2011, p. 60)

Tal desproporcionalidade pode ser percebida, ainda, ao se notar que a injúria, na visão do próprio legislador, é uma conduta menos gravosa, eis que apenada de modo significativamente mais brando que as demais modalidades típicas.

De modo similar à retratação abordada no tópico anterior, o crime de Falso Testemunho, previsto no artigo 342 do Código penal, se tipifica quando se faz afirmação falsa, se nega ou se omite diante da verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Assim, objetivando-se resguardar o resultado do processo em que se praticou o crime, cujas informações falsas poderiam alterar completamente, e gerar danos incalculáveis, o legislador optou por oferecer o perdão (causa extintiva da punibilidade) desde que, antes do julgamento do processo em que foi cometida a falsidade, o agente se retrate completamente perante o órgão na qual as declarações foram realizadas, resguardando-se assim, também, a administração da justiça. (AMARAL, 2005, p. 311)

4.2.2.4 Delitos contra a ordem tributária

Mais uma categoria de delitos em que a reparação assume enorme relevo se trata das infrações penais que envolvam sonegação de tributos fiscais ou de contribuições previdenciárias, previstas nos artigos 1º e 2º, da lei 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A, do Código Penal.

Nestes delitos, denominados de sonegação fiscal, sonegação de contribuição previdenciária e apropriação indébita previdenciária, como medida de priorizar a arrecadação, a adesão ao regime de parcelamento, editou-se a lei n. 10.684/2003. Nela, há a previsão da suspensão da pretensão punitiva do estado para aquele que aderir ao regime de parcelamento da dívida, bem como que, caso efetuado o pagamento, a qualquer tempo, inclusive após o trânsito em julgado de sentença condenatória, punibilidade restará extinta.

Tal permissividade do legislador, no que pertine tal categoria de crimes, que, *mutatis mutandi*, consistem na prática de uma fraude em prejuízo dos cofres públicos, tem gerado embates doutrinários e jurisprudenciais.

É dizer, nos crimes contra a ordem tributária, o interesse público em jogo se torna muito mais evidente que nos delitos de natureza meramente patrimonial. Enquanto neste, somente é lesado o patrimônio e o interesse de particulares, naqueles se vislumbra um dano ao erário, que pertence a toda coletividade, que não raro alcança cifras milionárias.

Nesse sentido, são oportunas as críticas apontadas por Marcelo Lessa Bastos:

Não faz o menor sentido contemplar o ladrão que investe contra o patrimônio de uma única pessoa com uma mera causa especial de redução de pena, ao passo em que ao sonegador que investe contra o patrimônio público se assegura a extinção da punibilidade, ainda que ele não tenha pago todo o tributo sonegado de uma só vez e, sim, parceladamente. Isto sem falar que, não raras vezes, furta-se um bem de determinado valor, não necessariamente alto e, devolvendo-o, obtém-se apenas a redução da pena; ao passo em que sonegam-se milhões de reais e, ajustado com o Fisco o parcelamento, sabe-se lá em quantas vezes e se vai ser honrado, assegura-se a extinção da punibilidade. Neste último caso, o desvalor da ação é muito maior –sonegação de milhões de reais – e também o desvalor do resultado o pode ser – pagamento parcial. No primeiro caso, conforme o valor da res furtiva, o desvalor da ação e do resultado pode ser bem menor. Como se pode continuar convivendo, em pleno século XXI, sob a égide do

princípio da igualdade constitucionalmente assegurado – art. 5º, caput, Constituição Federal – com regras tão iníquas, que conduzem a situações paradoxais?! Nenhum fundamento jurídico justifica a diversidade de tratamento dado pelo Legislador ao furtador e ao sonegador; ao ladrão de galinhas e ao empresário. A única coisa que explica – e ao mesmo tempo causa revolta ao jurista consciente – este paradoxo é o fato de que o ladrão de galinhas será sempre o inimigo, ao passo em que o sonegador pode estar sentado à mesa da gente. É a discriminação econômica em sua forma mais odiosa – reservando a punição para uns menos favorecidos e trazendo a impunidade para os mais abastados. (BASTOS, 2002, p. 3-4)

Há, como se nota, uma grande preocupação com o ressarcimento do dano aos cofres públicos, com a previsão de grandes benesses aos infratores, sem um lapso de tempo determinado, podendo o processo ser suspenso com o parcelamento, e extinto quando pago, a qualquer tempo. Por outro lado, não se vislumbra a mesma possibilidade quando os danos interessam somente aos particulares, que, como se é de notar, se trata de uma conduta menos socialmente lesiva.

4.2.3 Efeitos Após a Condenação

Com a condenação, a reparação do dano também se faz presente em alguns momentos, consoante veremos.

4.2.3.1 O trabalho do conenado na Lei de Execuções Penais

A reparação do dano pode ser considerada também durante a execução da pena privativa de liberdade, nos ditames da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984). Segundo preleciona, o trabalho do preso é um dever social do mesmo, para a promoção do reparo à vítima ou seus sucessores e o seu desenvolvimento pessoal.

É de se notar, Consoante preceitua o artigo 29, §1º, a, o produto da remuneração do trabalho do condenado deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios. Tal trabalho será remunerado, de modo que parte da renda auferida ficará afetada à reparação do dano causado.

É de se notar, obviamente, que não se trata de trabalhos de natureza forçada,

eis que expressamente vedados pela Constituição Federal, contudo a sua não realização implicará em “falta grave” no curso da execução.

Desse modo, ao preso será permitido o trabalho, logicamente conciliado ao regime de cumprimento de pena, seja em regime aberto, fechado ou semiaberto. Por outro lado, os dias trabalhados são também contabilizados no cômputo da pena cumprida, de modo que três dias de trabalho efetivamente cumprido reduzirão um dia de pena, consoante versa o instituto da remição, previsto no art. 126³⁵.

4.2.3.2 Pena Restritiva de Direito: Prestação Pecuniária

Dentre as possíveis penas restritivas de direito como alternativas à privativa de liberdade, em 1998 foi agregada ao nosso sistema penal a pena de prestação pecuniária. Essa pena consiste na condenação do acusado ao pagamento em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, em um valor entre um e trezentos e sessenta salários mínimos, consoante preleciona o artigo 45, §1^{o36} do Código Penal. Poderá consistir, ainda, em uma prestação de natureza diversa, caso o beneficiário consinta.

As penas restritivas de direito consistem na possibilidade de, aplicada uma pena privativa de liberdade, dentro de determinados requisitos, previstos no artigo 44, do Código Penal, que esta seja substituída por penas alternativas, dentre as quais insere-se a prestação pecuniária.

Dessa forma, dada a natureza penal desta sanção, que se difere da multa penal e a multa reparatória (que será analisada a seguir), caso o sentenciado injustificadamente não cumpra a pena alternativa aplicada, ocorrerá a sua conversão para pena privativa de liberdade, conforme reza o artigo 44, §4^{o37}, do Código Penal.

35 Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. § 1o A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

36 § 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.

37 § 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Tal modalidade já era prevista e aplicada na legislação de Crimes Ambientais (9.605 de 12/2/1998), contudo restrita a este âmbito em específico.

Diversamente da multa reparatória, a prestação pecuniária pode ser destinada à vítima ou aos seus dependentes, dentre os quais estão incluídos não somente os sucessores, mas também aqueles que se encontrem em relação de dependência socioeconômica da vítima, como o companheiro. (FILIPETO, 2001, p. 130)

Outrossim, a redação do dispositivo demonstra ser indiferente que a prestação se destine à vítima e seus dependentes ou entidades de fins sociais, deixando ao arbítrio judicial a destinação da prestação pecuniária. Desse modo, deve ser utilizado como norte o princípio do resguardo da vítima, destinando a ela, inicialmente tal prestação. Caso assim não seja possível, como no delito que não haja vítima, ou com seu falecimento não se encontrem mais dependentes, o juiz optará pela destinação às instituições sociais. (FILIPETO, 2001, p. 131)

Os critérios de sua fixação não estão bem delineados, consoante aponta Paganella Boschi. Dessa forma, o caráter reparador da reparação atenua, mas não elimina o princípio da culpabilidade geral que norteia a aplicação da pena, eis que esta também é uma. Desse modo, a culpabilidade e a proporcionalidade deverão balizar o aplicador. (BOSCHI, 2014, p. 322).

4.2.3.3 Multa Reparatória do Código de Trânsito Brasileiro

Por outro lado, a Lei 9.503/98, que instituiu o Código de Trânsito, mostrou preocupação com a vítima e com o dano, prevendo a penalidade de multa reparatória nos delitos ocorridos no contexto de trânsito. Ademais, estendeu a aplicação dos institutos dos juizados especiais criminais em alguns delitos, como a lesão corporal culposa, ainda que a pena extrapole o limite legal. (FILIPETO, p. 2001, p. 1177)

Esta espécie de pena encontra similaridades com a pena restritiva de direitos mencionada anteriormente, mas com ela não se confunde.

A multa reparatória trazida pela Lei nº 9.503/97 no contexto das infrações cometidas mediante a condução de veículo automotor, introduziu no âmbito

processual penal brasileiro a possibilidade de se buscar a reparação civil de cunho patrimonial através de uma sanção na esfera penal.

O art. 297³⁸ estabelece que esta penalidade consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou de seus sucessores, de quantia calculada com base nos critérios de fixação da pena de multa do Código Penal, sempre que o crime gerar prejuízo material. Na fixação do quanto a ser reparado, o julgador deverá se ater ao prejuízo material demonstrado nos autos, como custos médicos, hospitalares ou danos ao automóvel.

A multa reparatória se difere da prestação pecuniária pois, esta não é uma medida alternativa à privação da liberdade, e sim uma sanção que é imposta cumulativamente a pena, nos delitos de trânsito, e pressupõe um dano material ao ofendido.

Preceitua o dispositivo que o juiz pode impor a pena de multa reparatória ao réu, desde que tenha ocorrido prejuízo material à vítima, cujo valor será a ela revertido, não podendo ser superior ao prejuízo demonstrado no processo. Ou seja, o magistrado aplicará a reparação como uma das penas.

4.2.3.4 Suspensão Condicional da Execução da Pena, Livramento Condicional e Progressão de Regime

Embora já se tenha uma sentença condenatória transitada em julgado, a fase de execução da pena privativa de liberdade, poderá ser suspensa, desde que o condenado preencha determinados requisitos de ordem objetiva e subjetiva e aceite as condições previstas nos artigos 78 e 79 do Código Penal.

Desse modo, se tem o instituto do *sursis*, que se volta a preservação da liberdade do infrator, que pode resgatar sua dívida social sem perder o vínculo familiar, emprego, prevenindo-se dos malefícios do cárcere e seu estigma. (BOSCHI, 2014, p. 333)

Durante o período de prova, que poderá ser de dois a quatro anos, similar ao que ocorre na suspensão condicional do processo, o apenado ficará sujeito a

38 Art. 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

algumas condições, dentre as quais a reparação do dano, salvo absoluta impossibilidade de o fazê-lo. Ademais, se o apenado já tiver efetuado esta reparação, estará sujeito a condições menos restritas.

Após o surgimento do instituto da suspensão condicional do processo, o presente instituto perdeu um pouco seu âmbito de aplicação, contudo por ser mais amplo, permanece de modo residual.

Por outro lado, o livramento condicional consiste na possibilidade de, após o cumprimento de uma fração da pena que seja de dois anos ou mais, e tendo reparado o dano, o apenado tenha restabelecida a sua liberdade, também mediante determinadas condições.

Já fase de execução da pena privativa de liberdade, o condenado por crime contra a administração pública, ou seja, aqueles capitulados no título XI do Código Penal, consoante preceitua o dispositivo em destaque, somente poderá lograr a progressão de regime se efetuar a reparação do dano ou a devolução dos bens auferidos com o ilícito.

O Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que tal dispositivo³⁹ encontra guarida constitucional e não representa prisão por dívida, podendo inclusive o apenado efetuar um acordo de parcelamento. Eis que:

a Corte destacou que, em matéria de crimes contra a administração pública — como também nos crimes de colarinho branco em geral —, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, haveria de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvessem apropriação de recursos públicos. Por outro lado, a imposição da devolução do produto do crime não constituiria sanção adicional, mas, apenas a devolução daquilo que fora indevidamente apropriado ou desviado. Ademais, não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida. Outrossim, a norma em comento não seria a única, prevista na legislação penal, a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal. (BRASIL, 2014)⁴⁰

Assim, aqui estão reunidas, sem esgotar a temática, uma parcela dos efeitos

39 § 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014.

jurídicos atrelados à reparação do dano, que importam a este estudo.

4.3 ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELO ANTEPROJETO DO PLS 236/2012

Como se pode notar, a reparação do dano na legislação penal pode se manifestar de variadas maneiras, com especificidades e tratamentos desproporcionais, e trazendo efeitos diversos.

Diante da grande pulverização de normais penais, espalhadas por inúmeras leis esparsas, o Anteprojeto do PLS 236/2012 surge, com a proposta de unificar o diploma, numa tentativa de harmonizar os dispositivos e dar uma maior sistemática ao Direito Penal.

Assim, o Novo Código, revogando todos os tipos penais esparsos, os reúne em um total de 543 artigos, divididos entre as partes geral e especial. A análise que se seguirá tomará como referência o relatório final do anteprojeto, publicado no diário do Senado Federal em 10/07/2012 (BRASIL, 2012).

Por outro lado, o código não interferiu nas disposições processuais vigentes, como na sistemática adotada pela Lei dos Juizados Especiais, mantendo o tratamento dado aos crimes de menor e médio potencial ofensivo e os institutos da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, de acordo com os critérios já estabelecidos.

4.3.1 A reparação do dano na parte geral

Na parte geral do anteprojeto, é possível extrair efeitos jurídico-penais da reparação do dano, consoante veremos.

De modo similar à sistemática hoje adotada, a reparação também poderá consistir numa atenuante genérica:

Circunstâncias atenuantes

Art. 81. São circunstâncias atenuantes, quando não constituam, privilegiem ou diminuam especialmente a pena do crime:

(...) II - ter o agente: b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficácia, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano; (...) (BRASIL, 2012, p. 254)

Trata-se, aqui, de uma circunstância atenuante genérica que incidirá na fixação da pena quando da segunda fase da sua dosimetria.

Por outro lado, constata-se que o Arrependimento Posterior não mais existe. Contudo, o instituto foi realocado às circunstâncias especiais de diminuição de pena, como já o era, de modo a condensá-las num único dispositivo:

Cálculo da pena

Art. 84. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério das circunstâncias judiciais deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, observados os limites legais cominados; por último, as causas de diminuição e de aumento.(...)

Causas de diminuição

§ 5º 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 1/3 a 1/2. (BRASIL, 2012, p. 257)

Como se vê, o instituto do arrependimento posterior enquanto uma causa especial de redução de pena é mantido. Todavia, antes possibilitando a redução de um aumento de pena em até dois terços, o projeto propõe que tal influência agora seja limitada até a metade da pena. Desse modo, há uma redução dos efeitos de uma reparação voluntária, se comparados com o Código atualmente em vigor, na contramão das tendências de política criminal aqui estudadas.

Ademais, o código também manteve a vedação da redução aos crimes dotados de violência ou grave ameaça à pessoa. Consoante justifica a comissão elaboradora:

Arrependimento posterior. É mantido, mas com menor possibilidade de redução da pena, quando houver a reparação do dano ou a devolução da coisa, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. A redução do percentual se justifica pelo tratamento dado, no capítulo dos crimes contra o patrimônio, à reparação do dano, que pode produzir a extinção da punibilidade. (2012, p. 257)

Como se observou em momentos anteriores, a valoração de um comportamento voluntário e positivo do infrator no sentido de diminuir as consequências por ele geradas não deveria se restringir a uma determinada categoria de crimes, eis que é possível, em maior ou menor grau, para quaisquer

delitos. Assim, poderia ser feita uma modulação dos efeitos em cada caso em particular, dada a especificidade dos tipos delituosos, como violentos ou não, etc, ampliando as possibilidades ao máximo em que seja possível e desejável.

Ademais, registre-se ainda, que se adotou aqui uma concepção muito restrita de reparação, que se confunde com as questões meramente civis-patrimoniais, o que poderia ser ampliado e ser objeto de novos olhares da dogmática penal, no sentido do dano social causado pela conduta criminosa.

Mais adiante, se mantém a reparação do dano enquanto condição para a progressão de regime nos delitos contra a administração pública:

Sistema progressivo

Art. 47. A pena de prisão será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso ostentar bom comportamento carcerário e aptidão para o bom convívio social e tiver cumprido no regime anterior (...)

§5º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, salvo comprovada impossibilidade, a que não deu causa. (2012, p. 235)

Consoante preleciona a comissão de juristas, houve uma ligeira alteração no sentido de que a progressão será permitida se a reparação do dano se mostrar impossível, a não ser que o próprio condenado tenha dado causa a esta impossibilidade. “Não faz jus ao benefício quem, tendo lesionado a administração pública, usufruiu dos recursos até exauri-los, por exemplo.” (2012, p. 235).

Ademais, no tocante ainda aos delitos contra a administração pública, a reparação do dano causado se mostra como uma das condições para a aplicação substitutiva das penas privativas de liberdade pelas penas restritivas de direito:

Aplicação

Art. 61. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: IV- nos crimes contra a administração pública, houver, antes da sentença, a reparação do dano que causou, ou a devolução do produto do ilícito praticado, salvo comprovada impossibilidade a que não deu causa; (2012, p. 244)

Nota-se, ainda, que no que se refere à pena restritiva de direitos na modalidade prestação pecuniária, esta não mais será direcionada à vítima,

consoante se vê:

Prestação Pecuniária

Art. 64. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, à 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 mensais. (2012, p. 246)

A desvinculação da pena de prestação pecuniária com a indenização à vítima, consoante proposto pela comissão, objetiva dissociá-la da responsabilidade civil, bem como em decorrência da sistemática atribuída aos delitos patrimoniais (p.246).

Note-se que aqui houve uma significativa modificação em detrimento da vítima, visto que não mais será beneficiária da pena alternativa de prestação pecuniária.

Ademais, é possível afirmar que houve equívoco da comissão nesta constatação, tendo em vista que tal pena é uma forma de amparo a vítima, visto que já existe a pena de multa e a prestação de serviços sociais continua subsistindo, e, na hipótese de posterior judicialização na via cível, os valores poderiam ser compensados.

É possível perceber, ainda, que o legislador brasileiro permanece na tendência de priorização do ressarcimento ao patrimônio público, criando mais rígidas restrições aos apenados por crimes que ofendam este bem.

Todavia, não é possível, em cotejo com o modelo do Código atualmente em vigor, perceber significativas mudanças no tratamento geral dado à reparação do dano. Esta continua a ser uma atenuante genérica ou uma causa especial de diminuição de pena, ainda limitada temporalmente ao início formal do processo (recebimento da denúncia).

4.3.2 A reparação do dano na parte especial

Com a condensação de todos os tipos penais em um único diploma legal, buscou-se efetivar o princípio da reserva do código, revogando-se os tipos na legislação esparsa.

Muitos delitos foram destipificados, como é o caso do peculato culposo, passando a ser um indiferente penal a discussão acerca da sua reparação.

Por outro lado, o regramento de alguns dispositivos se manteve, como é o

caso do delito de falso testemunho, que continuará permitindo a retratação com a extinção da punibilidade.

Ademais, neste ponto, pondo fim à discussão acerca da retratação nos delitos contra a honra, o projeto prevê que a injúria também comportará a extinção de punibilidade decorrente, conforme se extrai da passagem: “Art. 142. Extingue-se a punibilidade se o acusado, antes da sentença, retratar-se cabal e suficientemente da calúnia, da difamação ou da injúria, com a aceitação da vítima.” (BRASIL, 2012, p. 65)

Outra alteração significativa consiste numa mudança de paradigma nos delitos que envolvam o patrimônio, privados e públicos. Se, na legislação em vigor, o sistema mostra grande complacência àqueles que lesam o patrimônio público, como nas sonegações fiscais e previdenciárias, e rigoroso com àqueles que apenas dizem respeito à bens particulares, há mudanças nesta perspectiva.

No que se refere aos delitos patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, dentre eles o Furto (art. 155), inclusive nas modalidades majoradas, hoje integrantes do tipo qualificado, Dano (art. 163). Apropriação indébita (Art. 165), Fraude à execução (Art. 168), Duplicata simulada (art. 169), Fraude Informática (art. 170) e Estelionato (art. 171), algumas considerações são oportunas.

Quanto à natureza da ação penal, o furto, o estelionato, a apropriação indébita, a fraude informática, agora, embora continuando sujeitos à ação de titularidade pública, esta será condicionada à representação da vítima, o que demonstra um maior papel decisório dela acerca da persecução penal do delito, o que propicia que esta atinja uma reparação. Os demais, são de ação privada, o que igualmente se aplica, eis que a vítima sempre poderá oferecer o seu perdão enquanto causa extintiva da punibilidade.

Ademais, na mão destas mudanças, há uma causa de extinção de punibilidade comum a todos eles: A reparação do dano pelo agente até a sentença de primeiro grau, ou decisão em foro por prerrogativa de função, extingue a punibilidade da conduta, desde que a vítima a aceite. (BRASIL, 2012, p. 300)

Consoante se vê, tal alteração demonstra um grande impacto no tratamento penal dado aos delitos patrimoniais sem violência, introduzindo uma cláusula despenalizante que prioriza a reparação do dano.

Mostra-se, ainda, uma providência em prol dos envolvidos diretamente no delito, eis que dependerá do diálogo dos envolvidos em um esforço pela conciliação. Por outro lado, não traz alternativas à possibilidade de recusa da vítima em ter o seu dano reparado, ainda que o infrator voluntariamente o queira fazer, deixando-o refém dessa decisão, quando poderia também prever prestações no interesse da coletividade.

Saliente-se que tal dispositivo se aplica ainda às hipóteses de furto com abuso de confiança ou mediante fraude, com invasão de domicílio, durante o repouso noturno, mediante destreza, mediante o concurso de duas ou mais pessoas, o que dá um maior espectro de atuação, não abrangido pelos dispositivos hoje em vigor, que sequer permitiriam a suspensão condicional do processo.

Tal providência de política criminal se mostra congruente ao quadro de crise carcerária delineado. A preocupação se mostra evidente se confrontado com o dado anteriormente estudado de que cerca de 47% (quarenta e sete por cento) dos encarcerados no Brasil lá estão por terem praticado delitos patrimoniais, consoante demonstrado em momentos anteriores, dentre os quais, cerca da metade, ou seja, mais de 100.000 (cem mil) pessoas, sem sequer terem praticado com violência ou grave ameaça. Desse modo, se ampliarão as possibilidades de caminhos alternativos que não estão abarcados pelos institutos despenalizantes em vigor, como na hipótese de reincidências, que as afastam, ainda que se tenha reparado o dano.

Assim, a introdução de uma causa extintiva da punibilidade em virtude da reparação do dano nos delitos desta natureza, mesmo que limitados aos não violentos, bem como a mudança da natureza da ação penal, que agora dependerá de representação, traz positivas perspectivas e um novo modo de tratar a temática, ainda que de modo tímido, em benefício das vítimas, possibilitando ainda um tratamento menos severo ao infrator, fomentando a reparação do dano.

Por outro lado, no que se refere os delitos de natureza tributária, a prioridade na reparação do dano se manteve, contudo com algumas restrições.

A Fraude Fiscal e Previdenciária (art. 348), que congloba as hipóteses anteriores de sonegação fiscal (artigos 1º e 2º da lei 8.137/90), sonegação previdenciária e apropriação indébita previdenciária (tipificadas no código penal, nos

artigos 168-A e 337-A), continuarão possuindo como causa de extinção de punibilidade o pagamento integral do débito.

Assim versa o dispositivo em comento:

Extinção da punibilidade e redução da pena

§ 5º O pagamento dos valores dos tributos, contribuições sociais e previdenciárias, inclusive acessórios, extingue a punibilidade se efetuado até o recebimento da denúncia, assim considerado o momento posterior à resposta preliminar do acusado. Se posterior, reduz a pena de um sexto até a metade. (BRASIL, 2002, p. 392)

Como se pode notar, o legislador entendeu por limitar o aspecto temporal do pagamento da reparação ao recebimento da denúncia, o que atualmente poderia se realizar até mesmo após uma sentença condenatória. Caso isto não ocorra, se incidirá na causa especial de diminuição de pena, como na parte geral.

Ademais, o delito de descaminho (art. 349), alvo de embates acerca da sua natureza, se seria fiscal ou não, também apresentará o mesmo tratamento, o que hoje não ocorre, extinguindo-se a punibilidade na hipótese de reparação do dano, com a nova limitação temporal, vez que “aplica-se ao descaminho toda a disciplina de extinção da punibilidade, de tipicidade e de insignificância referente aos crimes contra a ordem tributária”. Consoante registra a comissão, isso evita a inconstitucional desequiparação de benefícios a crimes de mesma índole. (BRASIL, 2012, pp. 392-393)

É de se notar, assim, que em termos de política criminal voltada à reparação do dano causado pelo delito, o Anteprojeto do PLS 236/2012 proporcionou algumas alterações significativas, ora ampliando tais possibilidades e efeitos, como se vê nos delitos de natureza patrimonial não violentos, ora excluindo das modalidades de penas alternativas, como a prestação pecuniária.

Enquanto uma modalidade de resposta jurídico autônoma do delito, a reparação continuará operando nos delitos contra a honra, agora nas três modalidades, porém também seguirá em um caráter eminentemente patrimonial, relativa a alguns delitos contra bens privados ou públicos, contudo de modo mais isonômico.

5. CONCLUSÕES

No presente estudo, se pode compreender enquanto fundamento e finalidade do Direito Penal a proteção de bens jurídicos, que são os valores mais fundamentais de uma sociedade tutelados pelo ordenamento jurídico. Seu papel é exercer tal proteção através da imposição de sanções penais àqueles que causem lesão ou exponham a risco tais bens. Se viu, no entanto, que tal proteção possui limites, eis que devem ser observados o caráter da subsidiariedade da intervenção penal, a sua fragmentariedade, a efetiva relevância (lesividade) da conduta, bem como que a intervenção penal somente deverá se manifestar quando necessária e de modo proporcional à lesão causada.

Tais limitações decorrem do nosso modelo de Estado Constitucional de Direito e seu complexo de direitos e garantias fundamentais, que orienta o sistema penal a atuar seguindo o postulado da intervenção mínima, que norteia a política criminal em uma perspectiva sempre restritiva da ação estatal, através da adoção de medidas menos invasivas e violadoras da dignidade humana, optando por mecanismos, *a priori*, não criminalizantes, e abrindo espaço para outros meios de solução de conflitos, consagrando a tutela dos bens jurídicos em compasso com os princípios e garantias fundamentais.

A doutrina do bem jurídico apresenta, portanto, profundos reflexos na Política Criminal, a partir de uma formulação restritiva e racional do Direito Penal, sendo este um mal admissível somente na medida em que for plenamente necessário. Assim, serve como critério justo e claro ao legislador penal e, simultaneamente, como seu parâmetro crítico.

Neste sentido, o caráter mínimo da intervenção penal possui, além de sua dimensão externa, relativa aos diversos meios extrapenais de solução de conflitos, que devem ter preponderância em face da intervenção penal em si considerada, uma dimensão também de observância interna (intrapenal), que deve ser observada dentre as próprias espécies de sanções penais possíveis. Assim, a aplicação de uma sanção penal de maior gravidade não deverá ocorrer se uma mais leve se mostra igualmente ou suficientemente eficaz.

Por derradeiro, se conclui, também, que a necessidade da intervenção penal

está restrita a impossibilidade de resolução do conflito social por outros meios primários. Assim, é possível que ela seja afastada se medidas menos gravosas de resolução e resposta aos conflitos consistirem em uma proteção suficiente destes bens.

Ademais, as vertentes teóricas unitárias da pena mostraram se insuficientes para explicá-la do modo complexo que é, e os efeitos que apresenta perante a nossa sociedade. Assim, ganhou destaque um posicionamento eclético, representado pela Teoria Dialética Unificadora de Claus Roxin. Nesta, se compreende o fenômeno da pena diante dos vários momentos em que esta opera efeitos na sociedade, deste a sua cominação em abstrato, até a sua aplicação e execução. Neste sentido, surgem critérios de limitação e de necessidade da pena, que se configura a partir do grau de culpabilidade do ofendido, em cotejo com as exigências de prevenção geral, que devem ser sempre observadas, contudo no curso da execução da pena terá preponderância a prevenção especial, de modo que se ofereça ferramentas de reaproximação do infrator com a sociedade, com a menor estigmatização e segregação possível.

Outrossim, a demonstrada falência do modelo repressivo atual demonstra a crise de legitimidade enfrentada pelo Direito Penal, que tem se mostrado um sistema que não atende aos fins propostos. Os estudos demonstraram a incapacidade da pena privativa de liberdade em atender as funções de prevenção, e o profundo impacto negativo nos condenados, o que é contraproducente. Assim, não há um concreto efeito de pacificação social, e sim um verdadeiro sentimento de descrença no ordenamento, descaracterizando a construção teórica das prevenções de integração e especial. Ademais, há uma subversão de seu caráter de subsidiariedade, que descamba, embora a experiência já se mostre frustrada, em uma política de expansão *ad absurdum* de seu raio de atuação, numa evidente contradição, como se o cárcere fosse a solução para a criminalidade, o que consoante se viu, não ocorre.

A crescente importância do instituto da reparação do dano representa uma tendência de resgate da vítima, antes alijada do sistema penal, e uma valorização de seus direitos fundamentais, dotando-a de um papel relevante nas questões criminais, consagrando as modernas vertentes que defendem a Justiça

Restaurativa, por assim compreenderem ser possível promover a justiça e a pacificação social, com a redução das soluções punitivas.

Assim, propõe-se constituir o Direito Penal uma ferramenta de pacificação social, de neutralização das consequências provocadas pelo delito, através de soluções primariamente não punitivas e estigmatizantes, buscando a reaproximação entre o infrator, a vítima e a comunidade, logicamente, na medida do possível e recomendável, quando os bens em jogo não sejam de tal jaez que isto cause uma tutela preventiva deficiente.

E a pacificação social ocorre somente quando reparado o dano. Assim, soluciona-se o conflito, visto que se possibilita a restauração da ordem violada, a neutralização das expectativas sociais e o reequilíbrio do estado da vítima, permitindo ainda a integração do infrator e o reforço à validade das normas.

A reparação do dano causado pelo delito, em especial se promovida de modo voluntário, pode apresentar positivos reflexos no direito penal, pois demonstra uma preocupação com as vítimas, que têm seu sofrimento atenuado, contudo não só para elas, pois demonstra efeitos positivos para a sociedade, que vê reduzidos os efeitos nefastos do delito, permitindo a sua aproximação com o infrator, colocado em confronto com as consequências de suas atitudes, que ainda permite uma autorreflexão e o despertar de uma consciência crítica. Por outro lado, tais efeitos não são de modo tão evidentemente percebidos através de uma pena, ou numa reparação coercitiva, eis que atos eminentemente passivos.

O dano para o direito penal, deve ser assim compreendido em uma perspectiva ampla, o dano social. Pois só é legítima a intervenção penal quando tal ofensa se torne de tal proporção que exceda a esfera dos interesses particulares e se torne nociva, danosa à sociedade como um todo. Isso caracteriza a sua lesividade. Diante disso, é notável que a reparação enquanto uma consequência autônoma do delito não pode ter a pretensão de ser a única em absolutamente todos os casos. Algumas vezes o dano social causado é de tal proporção que os fins preventivo-integrativos da pena não estejam plenamente satisfeitos. Desse modo, não há uma proposta de substituição das respostas penais ao delito clássicas, há uma inclusão de novas possibilidades. Se, como demonstrado, a reparação do dano pode concretizar de modo eficiente os fins preventivos da pena em alguns casos,

podendo torná-la desnecessária, já em outros, concretizá-los de modo parcial, fazendo com que o prosseguimento do processo ou a execução da pena possam ser mitigados, ou, gerando uma mera redução de pena, não há motivos para não considerá-la.

Pode-se objetar que a inclusão da vítima na relação delituosa poderia subverter o sistema acusatório do processo penal, incidindo num nocivo desvirtuamento de seus fins, estrutura e princípios informadores.

Talvez tais pontos tenham coerência. Outrossim, deve-se compreender que o processo, dotado de um caráter instrumental, de assegurar as garantias fundamentais do acusado, tem também o objetivo de concretizar o direito material. Por outro lado, por quê não agregar mecanismos processuais prévios que consigam aliar as pretensões e direitos fundamentais da vítima, afinal a garantia da sua justa restauração também o é, e concretizar de modo mais completo a efetiva tutela de bens jurídicos? Desse modo, a justiça material parece se consolidar de modo bem mais evidente.

Por outro lado, percebe-se que o ordenamento jurídico pátrio atribuiu efeitos juridico-penais à reparação do dano em diversas passagens pelos diplomas legislativos. Contudo, ainda não se vê um verdadeiro papel de autonomia no instituto, com algumas exceções como nos mecanismos trazidos pela lei dos juizados especiais, bem como em passagens eventuais em delitos específicos. Por outro lado, percebe-se que quando se trata de delitos fiscais ou previdenciários, em geral praticados por pessoas jurídicas de porte, o legislador se mostrou excessivamente permissivo, com interesses meramente arrecadatários, permitindo que o dano aos cofres públicos fosse restituído a qualquer tempo, e assim seria extinta a punibilidade. Desse modo, o sistema aparentemente apresenta soluções diversas e sem critérios precisos.

Na mão destas constatações, surge o PLS 236/2012, que propõe a criação de um Novo Código Penal. Dentre suas várias alterações, algumas são avistáveis quanto à reparação do dano às vítimas. Cumpre recordar que os delitos patrimoniais são responsáveis por cerca de 47% (quarenta e sete por cento) dos hoje encarcerados. Dentre estes, por volta da metade (vinte por cento) foram cometidos sem violência ou grave ameaça. Desse modo, trazendo a previsão de extinção de

punibilidade nos delitos patrimoniais não violentos, garante à reparação uma força vinculante autônoma capaz de elidir o conflito penal, por se entender que, especialmente nestes, a satisfação privada, encerra as necessidades de prevenção da pena. Ademais, também reintroduz a vítima na resolução do conflito, dotando-a de papel decisório na persecução penal, eis que o exercício da ação penal carecerá de representação. Estimula ainda, a reaproximação do ofendido e ofensor, estimulando uma reconciliação, vez que a vítima deve aceitar a reparação por parte do infrator.

Desse modo, apresenta mudanças positivas. Contudo, ainda não há, ainda, a atribuição de um papel de verdadeira autonomia à reparação. O projeto traz tímidos avanços, que contudo poderiam ser mais explorados. É notável que se insiste em atribuir uma faceta preponderantemente civil-patrimonial à reparação. Por outro lado, ao extirpar a vítima enquanto beneficiária da prestação pecuniária, neste ponto a deixa em situação maior de desamparo.

O sistema penal brasileiro deve caminhar no sentido de ampliar as possibilidades e efeitos da reparação do dano, conciliando também dispositivos processuais que permitam e fomentem as práticas restaurativas prévias ao exercício de fato da pretensão punitiva.

Desse modo, a hipótese investigada apenas se demonstrou parcialmente confirmada. A reparação enquanto uma via autônoma de resolução dos conflitos poderia ser aplicável a todas as categorias de delitos, respeitadas as suas peculiaridades, por que é uma medida de política criminal eficiente e mais humana.

Por fim, conclui-se que a reparação do dano é uma eficiente medida de política criminal, por ser mais humana, por reforçar o princípio da subsidiariedade que implica na sanção penal se constituir na *ultima ratio*, por ser eficiente à luz dos fins das penas, por permitir à introdução dos interesses lesionados da vítima em jogo, contudo, à luz do Anteprojeto de Novo Código Penal, embora se atribua a ela um papel de maior destaque, especialmente aos delitos de natureza patrimonial, mostra avanços, porém esta não se consagra enquanto verdadeira consequência autônoma do delito.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella; *Justiça Restaurativa e Sistema Penal Brasileiro: Crítica ao Projeto de Lei n. 7006/2006*, in: *Processo Penal e Garantias*, 2 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016
- ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014
- ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. *La reparación a la víctima em el marco de las sanciones penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000
- ALMEIDA, Gevan de Carvalho. *O crime nosso de cada dia*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004
- AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira Via*. Leme: J. H. Mizuno, 2005.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e expansão*. *Revista Sequência*, n. 52, p. 263-182, jul. 2006
- BARATTA, Alessandro. *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*. *Pena y Estado: la función simbólica del derecho penal*. Barcelona: PPU, 1991, p. 37-55
- BARRETO, Luciana de Barros. Monografia. *Justiça Restaurativa: Os critérios de escolha dos bens jurídicos ante a reparação como uma terceira via na resolução dos conflitos*. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2013.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *“Arrependimento Posterior” e Extinção da Punibilidade*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano 11, N° 2 e Ano 111, N° 3 – 2001-2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13278-13279-1-PB.pdf>>, <acesso em 10/08/2017>
- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro: Revan, 2003
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Artigo: *O Rendimento Da Teoria Do Bem Jurídico No Direito Penal Atual*, *Revista Liberdades* n. 1, maio de 2009. disponível em <https://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/3-ARTIGO#_ftn4>, <acesso em 10/07/2017>
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. Causas e Alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993
- _____. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.1
- BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 7ª ed.
- BRASIL, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN*, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas->

prisonal/base-de-dados-infopen.xlsx>, acesso em 08/2017

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei 236/2012*. Institui o Novo Código Penal. Publicado no Diário do Senado Federal em 10/07/2012

_____. *Código Civil*, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. *Lei 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo de Jurisprudência nº 772/STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo772.htm>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CALLEGARI, André Luís; MOTTA, Cristina Reindolff, *Estado e política criminal: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social*, In: Callegari et al., Política criminal, estado e democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

CALLEGARI, André Luis. WERMUTH, Maiquel Ângelo. “*DEU NO JORNAL*”: notas sobre a contribuição da mídia para a irracionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do direito penal, Revista Liberdades, Publicação do IBCCRIM, n. 02, dez/2009.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, vol I – Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

CARRARA, Francesco. *Programa de Direito Criminal*. São Paulo: Saraiva, 1957

CARRERA, Enora Garro. *Reparacion del daño e individualización de la pena*. Derecho comparado y regulacion española. Universidad del País Vasco: 2006

CARVALHO, Saló de. *O Encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário*. In: Processo Penal e Garantias. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONDE, Muñoz. *Edmundo Mezger y el derecho penal de su tiempo*. Valencia; Tirant lo Blanch 2001

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade Humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012

CUNHA, Rogério Sanchez. *Manual de Direito Penal: Parte Especial*. Salvador: Juspodium, 2014.

D'OLIVEIRA, Heron Renato Fernandes. *A história do direito penal brasileiro*. In: Científico Projeção, Direito e Sociedade, v.5, n.2, dezembro/2014

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

_____. *O Direito Penal Entre A "Sociedade Industrial" e a "Sociedade Do Risco*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 33, Jan / 2001

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1998

EL HIRECHE, Gamil Foppel. *A falência da pena de prisão*. Revista do CEPEJ, Salvador, n.5 , p.173-194, jan./jun.1999.

_____. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de interesses difusos e crimes do colarinho-branco: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

FERNANDES, Fernando. *O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal*. São Paulo: Almedina, 2001.

FILIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado por crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis da, *Uma teoria substancialmente crítica da pena: o abolicionismo pede passagem*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais IBCCRIM, ano 24, n. 285, agosto/2016

_____, *O grande encarceramento: só a descriminalização "salva"*. In: Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 293, ano 25, abril de 2017

FREITAS, Ricardo de Brito A. P, *O estatuto teórico da Política Criminal*. In: Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008

GOMES, Luiz Flávio. Prefácio. In: CHRISTIE, Nils. *A indústria do Controle do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GOMES MELO, Marcus Alan de Melo e ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. *Mídia, medo e expansão punitiva*. In: Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GONÇALVES, Marco Frattezi. *A teoria dialética unificadora da pena criminal: breve análise contextual*. Âmbito Jurídico, Rio Grande do Sul, v. 13, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8779>. Acesso em ago 2017.

GONZALEZ RUS, Juan, *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, Mach, Serie Univ, 201, 1983

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 2A ed. Niterói: Luam, 1997

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, *Desencarceramento em Massa*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 293, ano 25, abril de 2017

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, Atlas do Censo Demográfico 2010. Rio de Janeiro: IBGE, 2013

KARAM, Maria Lucia. *Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal*. Boletim do IBCCRIM. São Paulo, ano 14, n. 168, nov. 2006

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Gabriel Perozi. *A retratação no direito penal*. Monografia. Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente: 2011

- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. Ed. rev. Aum. Porto Alegre: S.A, Fabris, 2003
- MADLENER, Silma Marlice Sorub De Souza. *Da reparação do dano causado pelo delito no direito brasileiro com referências ao direito espanhol e suas reformas recentes*. Tese. 473p. Univesidad Nacional de Ensino a Distancia. Madrid: 2015
- MARCHI JÚNIOR, Antônio Padova. *Abolicionismo Criminal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10380-10380-1-PB.htm>>, acesso em 08/17
- MASI, Carlo Velho. *Criminalidade Econômica e Repatriação de Capitais*. Porto Alegre: PUCRS, 2012.
- MATHIESEN, Thomas. *A caminho do século XXI – Abolição, um sonho impossível? - Conversações Abolicionistas*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, v. 4
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- MOLINA, Antonio Garcias-Pablo de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002
- PALERMO, Pablo Galain. *La reparacion del daño como equivalente funcional de la pena*. Montevideo: Universidad Catolica del Uruguay, 2009.
- _____. *¿LA Reparación Del Daño Como Tercera Vía Punitiva?*. Universidad Católica de Uruguay: Redur 3, 2005. Disponível em <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/galain.pdf>>, acesso em 08/2017
- PORTUGAL, Daniela Carvalho. *Criminologia Crítica e o Papel da Vítima no Direito Penal*. Em: Teses da Faculdade Baiana de Direito. Vol. 04. Salvador, 2012.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 5 ed. rev. atual e ampl., São Paulo: RT, 2011.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- _____. *Funções do Direito Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001
- _____. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2011
- ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2001
- ROXIN, Claus. *Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências*. Tradução: Fernando Fragoso. Revista Brasileira de Ciências Criminais, número 65, marco/abril. São Paulo: RT, 2007
- _____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- _____. *Pena y reparación*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, p. 5-15, 1999b
- _____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- _____. *A reparação como terceira via e o pensamento vanguardista de Claus Roxin*. Revista do

CEPEJ, Salvador, BA, n. 12, jan. 2013, p. 57-84.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. *Estudos críticos de criminologia e direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Cultura Punitiva, Direito de Defesa e Algumas propostas de reforma penal*. In: EL HIRECHE et al. *Novos Desafios do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: AD-HOC, 2000.

_____. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós- industriais*. 3. ed. Brasil: Revista dos Tribunais, 2013

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins. *Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira*. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 293, ano 25, abril de 2017

SOARES, Luiz Eduardo; GUINDANI, Miriam Krenzinger A. *Aspectos Babélicos do debate contemporâneo sobre a questão criminal no Brasil*. In: *Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002

VASCONCELOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Contratos em espécie e responsabilidade civil*. Coleção Direito Civil, v. 3. São Paulo: Atlas, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Los Desafios del Nuevo Derecho Penal*. In: *Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. et al. *Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: revan, 2003.