

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**

ALLIAN DJEYCE RODRIGUES MACHADO

**EFICIÊNCIA E DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO
INSTITUTO DA REPARAÇÃO DO DANO NO SISTEMA DE
CONSEQUÊNCIAS DO DELITO**

CURITIBA

2018

ALLIAN DJEYCE RODRIGUES MACHADO

**EFICIÊNCIA E DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO
INSTITUTO DA REPARAÇÃO DO DANO NO SISTEMA DE
CONSEQUÊNCIAS DO DELITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização”.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios.

CURITIBA

2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

M149e Machado, Allian Djeyce Rodrigues
2018 Eficiência e direito penal: uma análise crítica do instituto da reparação do dano no sistema de consequências do delito / Allian Djeyce Rodrigues Machado; orientador: Rodrigo Sánchez Rios. – 2018.
179 f.; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018
Bibliografia: f. 166-179

1. Direito penal. 2. Reparação (direito). 3. Dano (Direito). 3. Política criminal. 4. Vítimas. 5. Delito. 6. Proporcionalidade (Direito). I. Rios, Rodrigo Sánchez. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 341.5

ALLIAN DJEYCE RODRIGUES MACHADO

**EFICIÊNCIA E DIREITO PENAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO INSTITUTO DA
REPARAÇÃO DO DANO NO SISTEMA DE CONSEQUÊNCIAS DO DELITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento, linha de pesquisa “Direitos Sociais, Desenvolvimento e Globalização”.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rodrigo Sánchez Rios
PUCPR - Orientador

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
UNICURITIBA - PR

Prof. Dr. Rodrigo Régner Chemim Guimarães
UNICURITIBA - PR

Curitiba, 28 de fevereiro de 2018.

Aos meus pais.

RESUMO

O crescente interesse na reparação do dano no marco do Direito Penal é resultado da convergência de dois principais fatores: a transformação dos interesses e sistemas político-criminais, que compreendem desde a crise da pena privativa de liberdade até a busca por novas formas de prevenção, e o desenvolvimento e aprofundamento dos estudos sobre o protagonismo da vítima no Direito Penal. Neste cenário, as proposições teóricas acerca da reparação do dano são heterogêneas. Envolvem desde defensores de um novo modelo de justiça, firmada em ideais traçados pela vitimologia e voltado, portanto, primordialmente às necessidades da vítima, até partidários de correntes abolicionistas que apregoam a substituição do sistema punitivo por um outro, fundamentado simplesmente na “solução de conflitos”. Há, ainda, concepções que pugnam pela instituição da reparação como uma nova modalidade sancionatória autônoma, ao lado das penas privativas de liberdade e restritivas de direitos, e da medida de segurança, posição, no entanto, negada por completo por percepções mais conservadoras que a concebem como instituto essencialmente de Direito Privado. A incorporação da reparação do dano no ordenamento jurídico-penal brasileiro, de igual modo, não é uniforme. Diante desses impasses, justifica-se perquirir se existe lugar para a reparação do dano na política criminal pátria e, sendo a resposta positiva, qual será, então, esse lugar. A reparação poderá ser considerada como um problema de Direito penal se, e na medida em que, auxiliá-lo no desempenho de sua função de proteção de bens jurídicos. Assim, ao se pretender dar resposta ao questionamento acerca do ‘*como*’ e o ‘*até que ponto*’ poderá ser incorporada ao sistema penal, será indispensável, antes, refletir a respeito de sua adequação às finalidades perseguidas por ele. Tal qual a norma penal em si, qualquer instrumento sancionatório é, e deve ser, revestido de um elemento teleológico: a pena não é apenas uma forma de retaliação, também constitui um meio de atingir um objetivo, qual seja, o de reforçar a proteção dispensada aos bens jurídicos. A incorporação irrefletida da reparação ao sistema penal pode acarretar efeitos diametralmente opostos aos de plano pretendidos, até mesmo frustrando as finalidades preventivas do delito ou satisfativas do interesse da vítima que lhe tenham sido traçadas. Por isso a importância em determinar com exatidão sua função político-criminal e o seu lugar dentro do sistema penal.

Palavras-chave: Reparação do dano. Política Criminal. Comportamento pós-delitivo positivo. *Ultima ratio*. Proporcionalidade.

ABSTRACT

The growing interest in reparation in Criminal Law is a result of two main factors: the transformation of interests and criminal policy systems (which encompasses aspects from the imprisonment crisis until the search for new ways of prevention) and the development of studies regarding the victim's role in Criminal Law. With this in mind, theoretical propositions about reparation are heterogenous. They go from defenders of a new model of justice (rooted in ideals traced by victimology, in other words, a model faced to the needs of the victim) to supporters of an abolitionist approach (who advocate to the substitutions of criminal justice systems for something else, based on "conflict solution"). There are even notions that defend reparation as a new independent form of sanction, as well as the imprisonment and the rights restrictive penalties and the detention orders. On the other hand, that position is not followed by more conservative perceptions, that place reparation in the field of Private Law. Incorporating reparation in Brazilian Criminal Law is also not easy. That's why it is reasonable to ask if there is a place for reparation in criminal policy and (if the answer is yes) where will be this place. Reparation can be considered a Criminal Law problem if it helps in protecting legal interests. That way, by intending to answer 'how' and 'to which point' reparation can be incorporated to the criminal system, it will be first necessary to see if it meets its goals. As well as the criminal norm itself, any sanctioning instrument is, and must be, involved in a teleological element: penalty is not only a form of retaliation, but also constitutes a method to achieve a goal, which is reinforcing protection of legal interests. The rash incorporation of reparation to the criminal system can create opposite effects from the ones intended, even frustrating the preventive goals of criminalization or the victim's rights satisfaction. Hence the importance in determine exactly its criminal policy function and its place inside criminal system.

Key words: Reparation. Criminal Policy. Postdelictive positive behavior. *Ultima ratio*.

Proportionality.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	9
2.	PREMISSAS INICIAIS: SOBRE O <i>PORQUÊ</i> E <i>COMO</i> REPENSAR A SANÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL.....	11
3.	A REPARAÇÃO DO DANO NO MARCO DO DIREITO PENAL.....	25
3.1.	O REDESCOBRIMENTO DO PAPEL DA VÍTIMA E SUA RELEVÂNCIA TEÓRICA.....	25
3.2.	REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO CIVIL: UM DIREITO DA VÍTIMA À REPARAÇÃO PENAL?	36
3.2.1.	Vítima, bem jurídico e dano social.....	37
3.2.2.	Há de fato uma reaproximação do direito penal do direito civil?.....	39
3.3.	CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS: O QUE SE DEVE ENTENDER POR REPARAÇÃO?	44
4.	O SIGNIFICADO DA REPARAÇÃO PARA A TEORIA DA PENA	47
4.1.	OS EFEITOS RETRIBUTIVOS DA PENA	49
4.1.1.	Conteúdo e delimitação teórica	49
4.1.2.	Reparação e Retribuição	54
4.2.	EFEITOS PREVENTIVOS DA PENA.....	58
4.2.1.	Prevenção Geral Positiva	60
4.2.1.1.	<i>Conteúdo e delimitação teórica.....</i>	<i>60</i>
4.2.1.2.	<i>Reparação e sua idoneidade para satisfazer as exigências da prevenção geral positiva.. ..</i>	<i>66</i>
4.2.2.	Prevenção Geral Negativa	75
4.2.2.1.	<i>Conteúdo e delimitação teórica.....</i>	<i>75</i>
4.2.2.2.	<i>Estímulos e contra estímulos à prática delitiva e a legislação como instrumento de promoção de incentivos</i>	<i>80</i>
4.2.2.3.	<i>Reparação e sua idoneidade para satisfazer as exigências da prevenção geral negativa.....</i>	<i>88</i>
4.2.3.	Prevenção Especial	95
4.2.3.1.	<i>Conteúdo e delimitação teórica.....</i>	<i>95</i>
4.2.3.2.	<i>Reparação e sua idoneidade para satisfazer as exigências da Prevenção Especial</i>	<i>97</i>
4.3.	A REPARAÇÃO COMO NOVO FIM DA PENA?.....	101
4.4.	CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS: A REPARAÇÃO DO DANO ENTRE O QUE O DIREITO PENAL QUER E O QUE A PENA DEVE CONSEGUIR	104

5. AS DISTINTAS CONCEPÇÕES E MODELOS DE INTEGRAÇÃO DA REPARAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	109
5.1. REPARAÇÃO EM RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA COM AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIAS DO DELITO	110
5.1.1. A reparação como comportamento pós-delitivo positivo.....	111
<i>5.1.1.1. A reparação como causa de extinção de punibilidade/ liberação de pena.....</i>	<i>117</i>
<i>5.1.1.2. A reparação como atenuante ou causa de diminuição de pena</i>	<i>133</i>
5.1.2. A reparação no marco dos substitutivos penais.....	137
5.1.3. A reparação como efeito da condenação	143
5.2. REPARAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICO-PENAL DO DELITO	146
5.2.1. A reparação como “terceira via”: o projeto alternativo sobre reparação penal (AE-WGM).....	146
5.2.2. A reparação como pena.....	153
5.2.3. Conciliação entre autor e vítima como “solução global do conflito”	156
6. CONCLUSÃO.....	159
BIBLIOGRAFIA	166

1. INTRODUÇÃO

O recurso a qualquer expediente no âmbito do sistema penal exige, previamente, uma reflexão acerca de sua adequação às finalidades perseguidas por ele. A exigência de um elemento teleológico figura, nesta perspectiva, como mecanismo de legitimação e também de controle de sua eficiência. O Presente estudo direciona-se precisamente a este objetivo: tomando por premissa o fim reconhecido ao Direito penal, de proteção de bens jurídicos e, por conseguinte, as finalidades atribuídas às penas, visa-se investigar se a reparação do dano pode ser considerada como um problema do Direito penal e, sendo afirmativa a resposta a esta indagação, perquirir sob quais contornos ela deverá ser integrada à esta sistemática.

Tal desiderato pressupõe, antes, entender as razões pelas quais deve-se estudar a reparação do dano ante à atual conjectura político-criminal, os problemas político-criminais que demandam o recurso a novas formas de intervenção penal e o motivo pelo qual a reparação tem sido invocada como resposta a muitos deles. Tais conteúdos serão objeto do primeiro capítulo, traçando as premissas aos pensamentos que serão expostos no decorrer desta investigação.

Neste mesmo desígnio, vê-se que não apenas problemas político-criminais reivindicaram o ressurgimento das discussões sobre a reparação, mas também a renovação dos debates a respeito da vítima e do papel por ela desempenhado no Direito penal. Por isso, há a necessidade em analisar de que modo as considerações sobre a vítima devem influenciar a discussão a respeito da situação da reparação no cerne do sistema punitivo, o que exigirá, para tanto, a delimitação dos contornos iniciais do que se entenderá por reparação. Tais problemáticas consubstanciarão o cerne do terceiro capítulo onde se analisará, ademais: a compreensão do papel da vítima neste contexto e o que ela pode esperar da reparação penal; o que a reparação penal se destina a “reparar”, ou seja, delimitação da compreensão do dano; e enfim, a definição dos diferentes propósitos e naturezas jurídicas que permitem conceber a reparação penal e a reparação civil como institutos diametralmente opostos.

Definidos estes conceitos preliminares, o próximo passo será averiguar o significado da reparação penal à luz das teorias da pena, o que se fará realizando um cotejo entre a concepção de reparação penal e cada uma das teorias da pena. Visa-se, neste íterim, entender se a reparação deve ser considerada como um novo fim da pena, ou se poderá/deverá se adequar a esta, atuando como um módulo auxiliar na persecução dos objetivos já definidos à sanção penal.

Compreendido o significado da reparação para a teoria da pena e definidas as características a ela imprescindíveis, no capítulo 5 cuidar-se-á de examinar as diferentes concepções teóricas vertidas a respeito da intersecção da reparação ao sistema penal, ao mesmo tempo em que, de maneira crítica, será analisado o estado da reparação no ordenamento jurídico brasileiro contrapondo-o, em alguma medida, à realidade normativa comparada. Intenta-se, nesta senda, partindo das conclusões paulatinamente alcançadas ao longo de cada etapa da investigação, identificar de que modo, numa perspectiva político-criminal, a reparação poderá ser alocada no ordenamento jurídico brasileiro de uma maneira eficiente, ou seja, que melhor consiga instrumentalizar o alcance das finalidades do Direito penal e da pena.

2. PREMISSAS INICIAIS: SOBRE O PORQUÊ E COMO REPENSAR A SANÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL

Em seu conhecido escrito “tem futuro o Direito Penal” ROXIN consigna a importância do Direito Penal como instituição social no âmbito de um Estado Social e Democrático de Direito e, considerando as transformações das sociedades, apresenta o prognóstico de que, nada obstante se verifique um aumento dos dispositivos penais e de violações, “as penas não de tornar-se mais suaves” e “a política criminal deve, portanto afastar-se ainda mais da pena privativa de liberdade”.¹ Neste contexto, indica a crescente prevalência, dentre outras medidas, da figura da reparação voluntária prestada antes da abertura do *procedimento principal*.² O jurista alemão salienta o caráter “socialmente construtivo” destas medidas de caráter voluntário e, especialmente em relação à reparação, sua especial possibilidade de congregar os interesses da vitimologia ao mesmo tempo em que privilegia finalidades de prevenção especial.

A política criminal atual, porém, segue por outro caminho. Já há alguns anos têm prevalecido, tanto no que se refere ao Direito Penal Clássico, quanto no que diz respeito ao Direito Penal Econômico, orientações de caráter preventivo geral.³ Winfried HASSEMER bem traduziu a realidade quando afirmou ter o discurso associado à política criminal contemporânea mudado radicalmente.⁴ Como uma decorrência lógica e natural das evoluções tecnológicas, científicas e sociais, as interações humanas e os empreendimentos empresariais assumiram uma nova face, sobrepujando as consequências da modernização outrora conhecidas, calculáveis, previsíveis, gerando inesperados riscos⁵. Estas mesmas transformações deram azo ao aperfeiçoamento de modalidades delitivas com contornos

¹ ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? In: **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-30, p. 19.

² Trata-se da terceira etapa do processo penal alemão, onde é realizada a preparação da audiência (*Vorbereitung der Hauptverhandlung*) e a audiência principal (*Hauptverhandlung*), na qual há a produção da prova e a prolação da sentença. O procedimento principal é precedido de duas etapas: o procedimento preliminar, em que é conduzida a investigação pela polícia e pelo Ministério Público, e que termina com a decisão desde no sentido de promover, ou não, a ação penal; e o procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*), o qual se dá sob o controle do juiz, que decidirá, nesta oportunidade, acerca da admissão, ou não, da ação penal. ROXIN, Claus. Op. Cit., p. 25, nota 46.

³ Veja-se o traçado histórico apresentado por ROXIN: ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Trad. Carmem Gómez Riverto y María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 17-36.

⁴ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma nova Política Criminal*. In. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política**. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 288.

⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. Deste mesmo autor, confira-se também: BECK, Ulrich **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002. Aproximando os estudos sociológicos de BECK à ciência penal, veja-se: FIGUEIREDO DIAS, J. de. *O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. n.33, 2001.p.39 e ss.

inovadores, tornando o ilícito um fato de árdua identificação e neutralização. Por outro lado, é possível asseverar que o Poder Público não é capaz de acompanhar tais evoluções nem de compreender a complexidade do alcance de suas repercussões nas suas mais variadas vertentes.

Estes dilemas mudaram significativamente a compreensão social do papel do Estado. A atmosfera de insegurança e, muitas vezes, impotência experimentada pela coletividade tem conduzido a profundas modificações no arquétipo penal como manifestação do *ius puniendi* estatal. Num verdadeiro paradoxo, ao mesmo tempo em que se compreende a abstração e gravidade desses novos riscos e tipos incriminadores que permeiam a interação social atual e, portanto, a insuficiência da norma penal para enfrentar nominadas situações, outorga-se a esta mesma norma o papel de neutralizá-los e impedi-los.

As dificuldades em lidar com a especialização das práticas delitivas e com os danos sociais por elas gerados têm nos conduzido a alcançar um estado onde “*tudo é prevenção*”. Os debates da política criminal, sob este contexto, dispensam análises acadêmicas, científicas⁶, multidisciplinares, para atender aos clamores públicos de “combate à impunidade”, instrumentalizados primordialmente por intermédio do sistema penal. Há uma inversão de valores onde o homem é colocado como a própria fonte dos riscos a ser neutralizado e os direitos fundamentais, outrora garantias de liberdade face às interferências desmensuradas do Estado, deixam de cumprir esta função, “*tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade*”⁷. A sociedade não mais se importa em relativizar direitos em nome da supremacia desta tendência: *o paradigma da prevenção*.⁸

O equívoco neste discurso encontra-se precisamente na tentativa de implementar esta *prevenção* recorrendo-se a uma eventual eficiência da resposta punitiva. Emprestando mais uma vez as palavras de HASSEMER, percebe-se que o Direito Penal vê subvertida toda sua lógica liberal ao ser compreendido não mais como ameaça, senão como *módulo auxiliar* e, neste desígnio, não como *ultima ratio*, senão como “*prima ratio*”, ou mesmo “*sola ratio*”. Observa-se, assim, uma “*crença difundida de que o Direito Penal é um instrumento idóneo para o domínio de grandes riscos, embora pertença à tradição deste ramo do Direito duvidar sempre desta idoneidade*”.⁹ Ainda no marco de uma perspectiva crítica não se

⁶ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma nova Política Criminal*. Op. Cit., p. 288.

⁷ HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. In: **Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais**. (Coord. Maria Fernanda Palma), Coimbra Almedina, 2004, p. 22.

⁸ Ibid., p. 23.

⁹ Ibid., p. 22.

ignora, seguindo a lição de PASTOR, o movimento de inversão, partindo de uma perspectiva cética da normativa criminal concebida como amarga necessidade social (inerente à ideologia iluminista), passando a um viés neopunitivista ancorado na simpatia exagerada das imaginadas vantagens da pena pública.¹⁰

Os atuais discursos de prevenção têm por fim dar concretude a uma premissa de maior eficiência da resposta punitiva, via de regra, mediante a criação de novos tipos de injusto, modalidades de sanção e a exasperação das penas já conhecidas.¹¹ Tudo isto sem adentrar na reflexão do discurso utilitarista do processo penal protagonizado por institutos peculiares, entre eles o da colaboração premiada (Lei.12.850/2013), aptos a tornar anacrônico o penalismo iluminista. Na tangente da norma penal substantiva estas exasperações são potencializadas nas ferramentas processuais, principalmente na fase de investigação. Diferente do que ocorria nos moldes de um Direito Penal liberal, onde os investigados e acusados lidam, como aponta HASSEMER, com a *suspeita*, os novos métodos de investigação – ex. cruzamento de dados pessoais, escutas telefônicas escutas ambientais –, em sua maioria sigilosos, refletem um cariz de instrumentos de controle. Trata-se de paulatino processo de “*diminuição das garantias e aumento do poder do Estado*”.¹² O paradigma da prevenção, enfim, é “*a necessidade premente de, tempestiva e eficazmente, evitar ou restringir ameaças ao mesmo tempo terríveis e vagas.*”¹³

Outrossim, não há margem de dúvida de que a teoria da pena, nos moldes sob os quais se apresenta configura-se insuficiente, pois esta não mais intimida e, menos ainda, ressocializa. A falência dos sistemas prisionais brasileiros e da pena corporal, em si, e em seu mais amplo aspecto, é largamente noticiada.¹⁴ A última publicação do *Justiça em Números*, tendo por base o ano de 2016, demonstra o exponencial crescimento da execução das penas privativas de liberdade. Conforme o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2016 havia 1,4 milhão de execuções penais pendentes, enquanto as execuções iniciadas totalizaram 444 mil, sendo mais da metade delas penas privativas de

¹⁰ PASTOR, Daniel R. *Prontitud de la Pena*. In: **Beccaria 250 años**. De la Obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 196.

¹¹ SILVA SANCHÉZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11), p. 20.

¹² HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos Fundamentais*. Op. Cit., p. 19.

¹³ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma nova Política Criminal*. Op. Cit., p. 308.

¹⁴ Na seara dos crimes econômicos, ressaltando a importância de atingirmos os proventos do crime como medida preventiva, e identificando as razões para a falência da pena corporal veja-se: CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013, p. 453 e ss.

liberdade (272 mil, 61,3%). Quando às demais penas – não privativas de liberdade – 163 mil resultaram de processos iniciados no juízo comum e 9 mil, nos juizados especiais.¹⁵

Em contrapartida, enquanto uma pesquisa elaborada pelo Ipea, a pedido do Conselho Nacional de Justiça, publicada em 2015, demonstrou que a população carcerária no Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos¹⁶, dados obtidos pelo INFOPEN 2014 revelaram que a população carcerária brasileira aumentou 74% apenas nos últimos oito anos.¹⁷ Pesquisando especificamente acerca dos índices de reincidência, o Ipea¹⁸ identificou uma taxa aproximada – o estudo tomou por base para a pesquisa quantitativa cinco Estados da Federação – de 24,4%. Quanto à capacidade prisional, a pesquisa registrou – apoiando-se em um mapeamento realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o apoio do Ipea – que o Brasil possuía, em 2012, 515.482 pessoas presas para apenas 303.741 vagas, apresentando, portanto, um *déficit* de 211.741 vagas¹⁹.

De acordo com o *World Prison Brief*²⁰ – o Brasil é o terceiro país que mais encarcera no mundo, ficando atrás de Estados Unidos²¹ e China. A convivência com altas taxas de criminalidade²² evidencia a existência de graves problemas no modelo de política criminal, política penal e política penitenciária adotado.

Em complemento, como um representativo da criminalidade econômica, pesquisas indicam que os índices de evasão fiscal têm aumentado, e não diminuído. Tomando por base o ano de 2016, verificou-se “um indicador estimado médio de evasão de 22,9% da arrecadação, que equivale a R\$ 474,4 bilhões ou 7,6% do PIB de 2016”. Apontou-se, ainda, que em relação ao exercício de 2015, “já atualizado com dados oficiais, houve um

¹⁵Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017, p. 137-138. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

¹⁶ **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa.** Ipea: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, 2015., p. 10.

¹⁷ Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Departamento Penitenciário Nacional/MJ. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal>. Acesso em: 08 de novembro de 2017.

¹⁸A pesquisa tomou por parâmetro de pesquisa a concepção legal de reincidência, isto é, considerando como tal apenas as hipóteses em que um indivíduo condenado pela prática de um crime volta a praticar outra infração penal pela qual recebe uma nova condenação. Vide: **Reincidência Criminal no Brasil.** Relatório de Pesquisa. Ipea: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, 2015.

¹⁹ Reincidência Criminal no Brasil. Op. Cit., p. 10.

²⁰ Fonte International Centre for Prison Studies (ICPS). Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

²¹ Sobre o sistema de determinação da pena nos Estados Unidos da América, vide: ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A.** Um estudo sobre as *United States Sentencing Guidelines*. Trad. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

²² O levantamento mais recente realizado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública está disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

incremento no montante estimado de evasão de R\$ 24,3 bilhões.”²³ Mesmo em relação à criminalidade fiscal, onde há a previsão legal de extinção da punibilidade *a qualquer tempo*²⁴ mediante o pagamento do tributo devido, não há a diminuição do índice delitivo, ou seja, a *prevenção* falha.

Também por isso a política criminal voltada aos delitos econômicos tem se alterado radicalmente. Quanto à chamada criminalidade reiditícia, ou *del profitto*²⁵ os esforços têm se voltado ao desenvolvimento de medidas de recuperação dos rendimentos auferidos a partir de práticas delitivas, identificando-os, neutralizando-os e impedindo sua integralização à economia formal²⁶: “evidencia-se fundamental retirar do infrator a possibilidade de usufruir das vantagens ilícitas provenientes da sua empreitada delitiva, proporcionando um ‘asfixiamento econômico do agente do crime’”.²⁷

Os problemas evidenciados nesta política criminal pautada pela prevenção normativa são de, ao menos, duas ordens: primeiro, uma subversão dos pressupostos de prevenção, outorgando-se à norma penal a atribuição de, pela ameaça da sanção, dissuadir potenciais agentes delitivos ao não cometimento de crimes; segundo, uma transmutação dos pressupostos dogmáticos penais clássicos, essencialmente diversos das modalidades delitivas verificadas atualmente, tanto em sua forma, quanto em seus resultados.²⁸

²³ Sonegação no Brasil – Uma estimativa do Desvio a Arrecadação do exercício de 2016. Disponível em: <http://www.quantocustaobrasil.com.br/artigos/sonegacao-no-brasil%E2%80%9393uma-estimativa-do-desvio-da-arrecadacao-do-exercicio-de-2016>. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

²⁴ Neste sentido, Cf. artigo 2º da Lei 4.729/65 (autorizando a extinção), artigo 14 da Lei 8.137/90 (autorizando a extinção); artigo 98 da Lei 8.383/91 (revogando a possibilidade); artigo 34 da Lei 9.249/95 (autorizando); artigo 15 da Lei 9.964/2000 (que instituiu o REFIS); artigo 9º da Lei 10.684/2003 (que instituiu o PAES); artigos 68 e 69 da Lei 11941/2009 (que instituiu o REFIS da Crise) e Lei 12.382/11 (que alterou o artigo 83 da Lei 9430/96).

²⁵ FORNARI, Luigi. **Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie**, Padova: Cedam, 1997, p. 39 e ss. Na literatura brasileira, segundo KNOPFHOLZ: “A criminalidade econômica atual é uma criminalidade de poder. [...] Passa-se da ação criminoso violenta à sub-reptícia. São delitos de inteligências – em oposição aos de violência – não somente pela utilização de recursos tecnológicos, mas pela atuação de pessoas altamente qualificadas.” KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013. pp. 29-30.

²⁶ Sobre o tema da perda de bens relacionados direta e indiretamente com o crime, remetemos o leitor ao texto: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 118, p. 123-158, 2016. Ver também: CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia*. Op. Cit.

²⁷ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado. Op. Cit., p. 26.

²⁸ Especificamente no âmbito da dogmática penal, e analisando as principais razões para a incompatibilidade entre os sistemas penais dito clássicos e a realidade atual veja-se o estudo de SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. “Teoría del Delito y Derecho Penal Económico”. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.20, n.99, nov-dez./2012, p. 327-356. O jurista identifica, aqui, que Uma das principais razões para a incompatibilidade deste sistema clássico com a realidade atual se assentam no fato de estarem os crimes econômicos, em sua maioria, relacionados ao denominado *Direito Penal de empresa*. Isto é, referidos a um grupo organizado de pessoas fortemente fragmentado e cuja finalidade precípua é de caráter lícito. Destarte, partindo-se deste modelo, a coparticipação de vários sujeitos em uma estrutura hierárquica organizada produz inúmeras distorções: a) A dissociação entre “ação e responsabilidade”, pois o executor direto da ação, não

Todavia, um sistema de prevenção – para ser eficaz ao fim ao qual se propõe – deve significar um equilíbrio entre o respeito às garantias individuais fundamentais e as seguintes posturas: a redução das oportunidades delitivas; a certeza da punição; a criação de uma cultura cidadã a qual propicie a consciência sobre a necessidade de um controle social, ainda que mínimo; assim como a instituição de sistemas que viabilizem tal controle e o aumento das reflexões sobre ética.²⁹ Cada qual destes elementos proporciona uma ampla e profunda análise capaz de ensejar resultados por demais proveitosos na construção de uma política preventiva eficaz, ou seja, hábil a equilibrar a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos com uma efetiva resposta à criminalidade³⁰. Trata-se, portanto, de um inescusável privilégio à prevenção técnica ou organizacional, em detrimento da prevenção normativa.³¹

Enquanto os dois últimos aspectos – relacionados a uma espécie de monitoramento social e a majoração das reflexões sobre ética – consubstanciam-se em expedientes próprios de estruturas democráticas, cujos contornos são de assaz relevância para a criação de um sistema de contrapesos hábil a refrear ilícitos das mais variadas naturezas, sejam no âmbito privado, sejam no cerne da atividade pública, o primeiro, está intimamente relacionado à instituição de sistemas de prevenção situacional: mecanismos voltados não ao indivíduo, potencial infrator, mas, sobretudo, à identificação e neutralização de *situações criminógenas*, circunstâncias que ensejam oportunidades para a prática de condutas delituosas. Na seara da criminalidade econômica, pode-se dizer que se incluem, neste desígnio, os chamados programas de *Compliance*, sistemas empresariais internos de integridade,³² e também os

raras vezes, é um subordinado em estado de completa ausência de autonomia decisória; b) a fragmentação dos elementos do tipo, eis que, em “*contextos de divisão funcional de trabalho, tanto horizontal como vertical, a execução material, o domínio da informação relevante, a capacidade de decisão e as condições subjetivas de autoria podem diluir-se em sujeitos distintos dentro da estrutura empresarial*”; c) a materialização de externalidades derivadas denominadas *dinâmicas de grupo*, é dizer, *déficits cognitivo-valorativos e volitivos* a afetar os sujeitos integrantes do grupo.

²⁹ Sobre o papel da tecnologia na prevenção de delitos empresariais, veja-se: STOPANOVSKI, Marcelo. A tecnologia como catalisadora da informação na prevenção e no combate à corrupção. *in*: “Lei Anticorrupção: Transparência e Boas Práticas”. **Cadernos FGV Projetos**. Ano 11, nº 27, abril 2016, p. 54-65.

³⁰ HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. *In*. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura e Política**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 266.

³¹ O tema será trabalhado posteriormente, todavia, por hora, confira-se: KENNEDY, David M. **Disuación y prevención del delito**. *Reconsiderando la expectativa de pena*. Traducción de Luciana Morón. Madrid: Marcial pons, 2016.

³² Sobre o tema, vide: BERMEJO, Mateo G. **Prevención y Castigo del Blanqueo de Capitales**. Una Aproximación desde el Análisis Económico del Derecho. Tesis Doctoral. Universitat Pompeu Fabra, 2009. BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal: Prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012. SÁNCHEZ, Jesús María. (Director); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y Reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013, p. 197-228.

mecanismos de *Whistleblowing*.³³ O segundo fator, a seu turno, direciona-se ao aprimoramento das instituições em detrimento de uma tendência de exasperação de penas e criação de novos tipos penais. Significa dizer que não é a gravidade das penas a responsável pela intimidação do agente, influenciando-o negativamente quando de sua decisão para a realização ou não do delito, senão a alta probabilidade do cumprimento efetivo destas sanções, em um cálculo prévio assemelhado a um “*desconto de futuro*”, legitimado por uma fórmula de *baixa probabilidade X alta gravidade*³⁴. Cesare BECCARIA já havia consignado reflexão semelhante em seu clássico “*Dos Delitos e das Penas*”, ao dispor que “*Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas*”. O marques milanês complementa: “*A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.*”³⁵

Desde a década de 80, as Nações Unidas vêm trabalhando no sentido de impulsionar o aprimoramento e aplicação de medidas não privativas de liberdade. Só em 2016, porém, o Conselho Nacional de Justiça publicou as *Regras de Tóquio*: resultado de um longo processo de debate que culminou com sua publicação em 1990, num Congresso sobre Prevenção do Delito e tratamento do Delinquente, constituem regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não restritivas de liberdade³⁶. Em suma, reconhecendo os problemas da realidade carcerária, trata-se da enunciação de princípios básicos para o desenvolvimento de medidas substitutivas ao aprisionamento, elencando, como objetivos fundamentais, dentre outros, a racionalização das *políticas de justiça criminal* e o comprometimento em “*assegurar o equilíbrio adequado entre os direitos dos infratores, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e*

³³ Confira-se: RAGUES I VALLÈS, Ramón. **Whistleblowing**. Una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013. Também: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal. O fenômeno do *Whistleblowing*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 137. ano 25, p. 89-123. São Paulo: d. RT, nov. 2017.

³⁴ Fazendo remissão ao termo empregado por ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Análisis económico del derecho y política criminal. *Revista de derecho penal y criminología*, 2.^a Época, n.º extraordinario 2 (2004) pág. 31-73.

³⁵ BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Milano, Rizzoli, 1988, p.114. A respeito de uma análise acurada do § XXVII, “*Dolcezza della Pena*”, vide HORVITZ L. Maria Ines. ***Dulzura de las Penas. In Beccaria 250 años***. De la Obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 311-323.

³⁶ LANFREDI, Luís Geraldo San’Ana. (Coord.). **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça: CNJ, 2016.

a prevenção do crime”. (Itens 1.4 e 1.5) No Brasil, determinações desta natureza estão incorporadas ao ordenamento desde 1984, com a Lei nº 7.209 e desde o ano 2000 tem sido desenvolvida uma *política nacional de penas e medidas alternativas*³⁷. Todavia, passados já mais de trinta anos da alteração legal não houve uma diminuição significativa das taxas de encarceramento ou da população encarcerada. Por esta razão – ineficiência – mas também alicerçados em discursos que tangenciam o abolicionismo, alguns estudiosos asseveram que o sistema de penas alternativas acabou por se firmar como “*uma forma de complementariedade ao sistema penal*”³⁸, inseridas num “*quadro de diversificação das penas para ampliação do poder punitivo do Estado*”³⁹.

Em 2011, houve uma transformação do escopo da política nacional junto ao Depen, o que se verificou com a formação do grupo de trabalho destinado a consolidar um Sistema Nacional de Alternativas Penais – SINAPE: já não se falava, então, somente em penas alternativas, senão em alternativas penais. Os órgãos responsáveis por esta política têm se mostrado conscientes não apenas dos desafios a ela inerentes, senão também do tratamento interdisciplinar que exige, porquanto pressupõe desde uma mudança no consciente cultural da sociedade civil, até uma atuação Estatal que não se resume a aplicação de sanções penais diferentes da privação de liberdade, mas exige a efetiva observância de seus deveres para com a implementação dos direitos fundamentais, máxime no que diz respeito aos direitos sociais.

Assim, objetivando o aprimoramento das pesquisas a subsidiar esta nova política, o Conselho Nacional de Justiça e o Ministério da Justiça firmaram Acordo de Cooperação Técnica em 2015⁴⁰ (Termo de cooperação técnica nº 006/2015) com o propósito de

³⁷ De início conduzida pela Central de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (Cenapa), depois, pela Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas (CONAPA - 2002), atualmente a política nacional de alternativas penais é desenvolvida pela Coordenação Geral de Penas e Medidas Alternativas, vinculada à Diretoria de políticas Penitenciárias junto ao Departamento Penitenciário Nacional, no Ministério da Justiça. A respeito do percurso de desenvolvimento destas políticas no Brasil, vide: Conselho Nacional de Justiça. Postulados, princípios e Diretrizes para a política de alternativas penais. Brasília: 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

³⁸ Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais”, p. 12.

³⁹ KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, Vol. 3, N. 5, p. 95-113, jan./jun., 2006, p. 105. A mesma autora, sobre o tema, afirma que os institutos de *plea bargaining* e *probation* dos Estados Unidos são exemplos claros dos resultados equivocados desta política de incentivo à implementação penas alternativas, categoricamente afirmando que essa “*diversificação das penas para ampliação do poder punitivo concretiza-se fundamentalmente, como nos juizados especiais criminais brasileiros, através da consentida submissão à pena, em procedimentos abreviados*”. O fundamento de sua crítica, está na compreensão de que “*Na ampliação do poder punitivo, foram deixados para trás anteriores avanços de propostas descriminalizadoras e deslegitimadoras*”. (p. 106).

⁴⁰ Antes, uma CPI foi instaurada a fim de investigar as causas e possíveis soluções para os problemas verificados no sistema carcerário brasileiro. Embora nenhuma solução específica tenha sido apontada, o

“ampliar a aplicação de alternativas penais, com enfoque restaurativo, em substituição à pena privativa de liberdade”. No ano seguinte, houve a efetiva instauração da *Política Nacional de Alternativas Penais* (Portaria nº 495 de 28 de abril de 2016), estas, compreendidas como: “penas restritivas de direitos; transação penal e suspensão condicional do processo; suspensão condicional da pena privativa de liberdade; conciliação, mediação e técnicas de justiça restaurativa; medidas cautelares diversas da prisão; medidas protetivas de urgência. A partir daí, uma série de trabalhos foram desenvolvidos no sentido de compreender as causas do que se identificou como uma “cultura do encarceramento” e de propor soluções.

Assim, foram publicados os “Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais”⁴¹, um guia para o “Modelo de Gestão para as Alternativas Penais no Brasil”⁴². Três são os postulados, isto é, os conceitos estruturantes do modelo de gestão em alternativas penais que se pretende instituir: (i) intervenção penal mínima, desercarceradora e restaurativa; (ii) Dignidade, liberdade e protagonismo das pessoas em alternativas penais; e (iii) Ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para o desencarceramento.

Quanto ao primeiro deles (intervenção penal mínima, desercarceradora e restaurativa) trata-se da descriminalização de lesões a bens jurídicos que podem ser protegidos de igual ou melhor forma por outros meios, ou na impossibilidade de descriminalização, de aplicação de *alternativas penais* (já descritas anteriormente). Estas alternativas penais, a depender da figura típica em questão e do quantum de pena abstratamente cominado poderiam ser aplicadas em qualquer fase da intervenção penal, ou seja, antes de inaugurada a ação penal, mas no cerne do sistema judicial, impedindo a instauração do processo penal – nos casos da mediação de conflito, justiça restaurativa e conciliação; em substituição à prisão provisória – medidas cautelares diversas da prisão e medidas protetivas de urgência; para suspender o processo ou substituir a pena de prisão –

relatório final publicado salientou a necessidade de medidas de caráter interdisciplinar e, principalmente, social precisamente por atestarem que “*hoje sabemos que a prisão não previne a reincidência e que devemos caminhar para alternativas que permitam ao autor de um delito assumir responsabilidades e fazer a devida reparação do dano eventualmente causado*”. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p. 487.

⁴¹ Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/c291046c303e359f32873a74b836efcd.pdf>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

⁴² Disponível em:

<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-penas-restritivas-de-direitos.pdf>. Acesso em 13 de novembro de 2017.

transação penal, suspensão condicional do processo, suspensão condicional da pena e pena restritiva de direitos.

O segundo, a seu turno (dignidade, liberdade e protagonismo das pessoas em alternativas penais) visa à implementação de medidas que possibilitem, quando viável, o *“protagonismo e responsabilização das pessoas envolvidas, a reparação de danos quando possível e a restauração das relações quando desejável pelas partes”*⁴³. O terceiro, por fim (ação integrada entre entes federativos, sistema de justiça e comunidade para o desencarceramento) parte da complexidade do objetivo a ser alcançado e, portanto, entende pela imprescindibilidade de que, junto às alternativas penais, sejam estruturadas diversas frentes de políticas públicas, além de uma efetiva participação da sociedade civil.

O novo ideal de enfrentamento ao encarceramento em massa pressupõe o respeito e a observância aos princípios mais basilares de um Direito Penal liberal, indicando o investimento *“em mecanismos que levem em conta a reparação às vítimas como parte da solução dos conflitos penais, bem assim em métodos que contemplem o envolvimento da própria sociedade civil”*⁴⁴ como premissas indispensáveis. Para tanto, faz-se necessário uma contínua busca pelo equilíbrio entre as duas pretensões que constituem sua essência: *“por um lado, a pretensão daqueles que têm seus direitos pessoais ameaçados por outros particulares”*⁴⁵, o quais devem ser protegidos pelo Estado *“tanto quanto seja possível através da pena e da cominação penal. Por outro lado, a pretensão daqueles que veem ameaçados seus direitos pessoais pelo Estado. O Estado tem o dever de protegê-los de intervenções estatais, renunciando à pena e à cominação penal tanto quanto possível”*⁴⁶. Esta dialética presente no sucessivo embate entre as funções de proteção (que devem ser implementadas através do Direito Penal) e os princípios que lhe limitam a intervenção constitui o cerne das reflexões sobre a própria legitimação do Direito Penal, reflexões estas que se projetam diretamente nos meios materiais pelos quais é implementado. Como salienta SILVA SÁNCHEZ: *“De fato, qualquer nova medida de diminuição da pressão punitiva [...] implica certo risco de diminuição da eficácia preventiva, seja no aspecto da intimidação a potenciais delinquentes, seja no relativo à manutenção da confiança da população no sistema jurídico atual”*.⁴⁷

⁴³ Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais”, p. 22.

⁴⁴ Postulados, Princípios e Diretrizes para a Política de Alternativas Penais”, p. 07.

⁴⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 295.

⁴⁶ Ibid., p. 295.

⁴⁷ Ibid., p. 295.

Ainda que não a tenha elencado expressamente, em suas premissas, metas e linhas de justificação, esta *política de alternativas penais* tangencia a reparação do dano, instituto cuja relevância e complexidade têm sido discutidas na realidade comparada desde a década de 80. Vê-se, nesse sentido, que duas das principais aspirações da política criminal atual convergem à reparação do dano: a limitação da pena privativa de liberdade e uma renovada aproximação do Direito Penal à vítima⁴⁸, esta última decorrente do desenvolvimento dos estudos de Vitimologia.⁴⁹ Com efeito, as maiores considerações sobre o papel da vítima têm projetado efeitos não apenas nas discussões sobre a indenização ou a reparação como funções do Estado social, mas também têm implicado diretamente na crítica pública em face do autor do delito e na propostas de endurecimento da resposta penal visando a anseios de segurança pública e à prevenção tanto da criminalidade clássica, quanto dos crimes econômicos⁵⁰ – veja-se as recentes manifestações populares contra a corrupção, assim como a comoção gerada pelo desastre de Mariana, com o rompimento da mineradora Samarco.

Por razões bem definidas, ROXIN chega a afirmar que a única conquista político-criminal importante dos últimos vinte anos na Alemanha foi a inclusão da ideia da reparação no sistema sancionatório.⁵¹ Para o referido autor: “A melhor política criminal consiste, portanto, em conciliar da melhor forma possível a prevenção geral, a prevenção especial orientada à interação social e a limitação da pena em um Estado de Direito”⁵², e a reparação consegue congrega estes três objetivos em si. Também por isso, por significar uma importante conquista político criminal, o tema da reparação do dano se insere no âmbito dos estudos das vantagens e inconvenientes econômicos, sociais, político criminais e técnico jurídicos que devem ser considerados ao se refletir a respeito das diferentes formas de reação, frente ao delito, diversas da pena privativa de liberdade de modo que, se se pretender dotá-la da máxima eficácia esperada, nenhum destes prismas poderá ser ignorado.

O estudo sobre as possibilidades de intersecção entre a Reparação do dano e o Direito Penal não é recente. Na Alemanha, principalmente desde 1966, quando se discutia o Projeto Alternativo de Reparação – *AE-WGM: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung* –, do qual

⁴⁸ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación a la Víctima en el Marco de las Sanciones Penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 27.

⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 89.

⁵⁰ HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, ISSN 0210-3001, Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990, págs. 241-260, p. 253.

⁵¹ Destaque-se que, segundo o disposto no artigo 46a do Código Penal alemão, no caso de conciliação entre autor e vítima ou de uma proposta séria de reparação, a pena deverá ser atenuada ou até mesmo afastada, neste caso, se a pena privativa de liberdade for inferior a um ano.

⁵² ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Op. Cit, p. 34.

Roxin participou ativamente⁵³, foram ricas as contribuições sobre a matéria, sobretudo as reflexões acerca do *porquê* e o *como* aproximar a reparação do dano à Ciência Penal.⁵⁴ No Brasil, tal discussão também não é estranha ao Direito vigente: a redação original do Código Penal já tratara do tema. O inciso IX, do artigo 108, da Lei de 1940, instituiu a extinção da punibilidade pelo ressarcimento para o crime de peculato culposo. Com a reforma de 1984, tal dispositivo foi suprimido sob a justificativa de se evitar uma inócua repetição, porquanto o §3º, do artigo 312, da norma penal substantiva – de redação até hoje intacta – já previa rigorosamente a mesma hipótese. Tal alteração criou e incluiu na Parte Geral o instituto do Arrependimento Posterior o qual, consoante a exposição de motivos da Lei 7.209/1984, “*constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos "sem violência ou grave ameaça à pessoa". (Item 55)*. Nada obstante, sua incidência prática é insignificante. Dentre os diversos fatores que inibem sua utilização, destaca-se a confusão jurisprudencial entre os conceitos de voluntariedade (exigido pelo artigo 16 do CP, que ignora os motivos pelos quais o agente decide promover a reparação, desde que o faça de maneira livre e sem coação de qualquer espécie) e de espontaneidade (a qual, de fato, dá relevo à motivação do indivíduo).⁵⁵

A reparação do dano também é estimulada em outros momentos da legislação penal, como atenuante (art. 65, III, b), como condição para o *sursis* (art. 81, II), para o livramento condicional (art. 83, IV), para a progressão de regime nos delitos praticados contra a Administração Pública (art. 33, §4º)⁵⁶, e ainda como causa de extinção da punibilidade nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art.168-A, §2º) e de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, §1º). A legislação especial também traz inúmeras previsões semelhantes, merecendo destaque o disposto no artigo 34, da Lei 9.249/95, que consagra a extinção de punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137/90 quando o agente “promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” e, no mesmo sentido, o artigo 83, da Lei 9.430/96. Atente-se, igualmente, ao disposto nos artigos 63, *caput* e parágrafo único, e 387, IV, do Código de Processo Penal (incluídos pela Lei 11.719/2008), os quais instituem a Ação Civil *Ex Delicto*

⁵³ ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Op. Cit. p. 24.

⁵⁴ As especificidades do Projeto e ainda outras propostas colhidas da realidade comparada serão trabalhadas adiante, no capítulo 5.

⁵⁵ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 11ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 259-260.

⁵⁶ Incluído pela Lei nº 10.763, de 12.11.2003.

numa tentativa de dar concretude à determinação do artigo 91, I, do Código Penal (que criou a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime como um efeito direto da condenação).

Com efeito, à exceção da hipótese de extinção da punibilidade dos delitos fiscais – cujos resultados são em muito questionáveis, dado o alargamento dos limites possíveis ao ressarcimento do dano⁵⁷ –, a legislação não logrou estimular o comportamento pós-delitivo positivo do agente. Além de qualquer outro motivo, tal fracasso se deve à falta de sistematização e de definição racional dos critérios e objetivos político-criminais que se pretende alcançar: trata-se de uma finalidade preventiva, vinculada à teoria da pena? de uma vinculação à culpabilidade do agente e, portanto, de respeito às limitações impostas pela ideia da “necessidade” da pena? ou de uma tentativa de trazer novamente os interesses da vítima ao cerne do Direito Penal, visando ao oferecimento de uma solução completa ao desequilíbrio social gerado pela prática do ilícito penal? Não é possível extrair a conclusão de que a reparação do dano é um instituto vivo na realidade jurídico-penal pátria, pois tão somente se faz uso, de maneira quase irrefletida, das possibilidades hoje já existentes.

As proposições teóricas acerca da reparação do dano são heterogêneas: envolvem aqueles que defendem um novo modelo de justiça que assista às necessidades da vítima, fundados nos ideais da vitimologia; aqueles que defendem o abolicionismo; aqueles que defendem a reparação como uma nova sanção; aqueles que ignoram a possibilidade compatibilizá-la com a ciência penal por compreendê-la como instituto que procede do Direito Civil, mantendo uma essência de instituto de Direito Privado. Segundo aponta GALAIN PALERMO, na Europa, a reparação surgiu como uma medida de política criminal direcionada a “descongestionar os tribunais penais sem com isso significar uma “retirada do Direito Penal” na solução dos conflitos ou uma diminuição de sua função de controle social”.⁵⁸ No Brasil, tendência semelhante pode ser identificada na proposta nº 2 do caderno de Propostas Legislativas “das 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa”, apresentado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais em parceria com a Pastoral Carcerária Nacional (CNBB), a Associação Juízes para a Democracia (AJD), e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD/UnB), cujos esforços se concentram em alterar a redação do artigo 16, do Código Penal para possibilitar a extinção da punibilidade do agente que, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa,

⁵⁷ Para um aprofundado estudo sobre como a legislação e os benefícios legais atuam como incentivos, ou desestímulos, à prática de ilícitos, vide: BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise Econômica Do Direito Penal Tributário: Uma Crítica À Política Criminal Brasileira**. 2017, 159 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

⁵⁸ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación del daño a la víctima del delito**. Monografias 684. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 29.

voluntariamente repara o dano ou restitui a coisa até a sentença condenatória, conferindo tratamento equivalente ao dispensado aos delitos fiscais.

Principalmente nestes termos, é preciso ponderar que a incorporação irrefletida da reparação ao sistema penal pode acarretar efeitos diametralmente opostos aos de plano pretendidos, até mesmo frustrando as finalidades preventivas do delito ou satisfativas do interesse da vítima que lhe tenham sido traçadas. Daí a importância em determinar com exatidão sua função político-criminal e o seu lugar dentro do sistema penal. Eis a primeira razão pela qual perquirir se existe lugar para a reparação do dano na política criminal brasileira e, sendo a resposta positiva, qual será esse lugar e qual a forma pela qual este instituto deve ser incorporado à normativa penal pátria? A finalidade do presente estudo se insere justamente neste ponto. Não se trata, como se vê, de um problema novo, mas ainda assim, de um problema atual.

3. A REPARAÇÃO DO DANO NO MARCO DO DIREITO PENAL

O crescente interesse na reparação do dano no marco do Direito Penal, então, é resultado da convergência de dois principais fatores: o primeiro, já trabalhado, é a transformação dos interesses e sistemas político-criminais, que envolvem desde a crise da pena privativa de liberdade até a busca por novas formas de prevenção – tanto para os delitos ditos clássicos, quanto para os novos contornos que algumas figuras delitivas têm assumido – as quais têm se voltado mais a uma questionável, e paradoxal, prevenção de caráter normativo; o segundo fator, por outro lado, é o desenvolvimento e aprofundamento dos estudos sobre o protagonismo da vítima no Direito Penal.

À partida, a primeira indagação à qual se deve apresentar resposta refere-se à aparente aproximação, do Direito Penal com o Direito Civil, que a inserção da reparação do dano no marco das ciências criminais pode significar. Esta mesma problemática, para que seja satisfatoriamente solucionada, impõe ainda a superação de ao menos outros dois problemas: o primeiro, diz respeito à delimitação dos contornos do conceito de vítima, conceito este que, à primeira vista pode parecer simples, mas, para o tema sob estudo, é de basilar importância, máxime quando nos deparamos com delitos que atingem a coletividade, crimes com bens jurídicos coletivos ou difusos, enfim, figuras típicas onde, além de não existir apenas uma vítima, esta não é, de pronto, identificável – os delitos fiscais, ambientais e financeiros têm especial destaque neste ponto; o segundo, por sua vez, está relacionado ao direito em si de reparação desta vítima, ou seja, existe um *direito* à reparação dos danos suportados em virtude da prática delitiva de outrem? Esse direito subjetivo deve ser satisfeito pela via *penal*?

3.1. O REDESCOBRIMENTO DO PAPEL DA VÍTIMA E SUA RELEVÂNCIA TEÓRICA

O crescente debate sobre a reparação do dano no marco do Direito penal tem estado associado ao “redescobrimto” do papel da vítima também nesta seara, e às crescentes considerações sobre seu papel desde a criminologia, até o processo penal. O fenômeno da criminalidade é costumeiramente pensado como uma relação entre ofensor e ofendido, um conflito apresentado sob uma estrutura dualista, portanto. À luz do atual Direito Penal,

porém, esta imagem reflete a realidade de um modo incompleto.⁵⁹ No Direito Penal do Estado, a vítima está “neutralizada” e, em lugar do acordo ou da vingança privada, existe a ação pública⁶⁰, promovida por um Estado que detém o direito/ poder de punir. Esta dissolução da contraposição direta entre ofensor e vítima é fortificada pela “moderna criminalidade”, isto é, pela tipificação de novas formas delitivas que têm por característica elementar o fato de não possuírem uma vítima certa, precisa, identificável, senão a coletividade de indivíduos, como é o caso do tráfico de drogas, dos delitos ambientais, fiscais, do Direito Econômico em geral. Tratam-se, como define HASSEMER, de “delitos sem vítimas”, ou com “vítimas difusas”.⁶¹ No que tange à vítima, HASSEMER identifica ser característica do Direito Penal moderno a substituição da causação de um dano, pela colocação em perigo; da tipificação de crimes de resultado, pelos de perigo; da proteção de bens jurídicos individuais, pelos bens jurídicos *universais*.⁶² A maior consequência destas escolhas, que refletem necessidades oriundas das novas configurações sociais⁶³, é o redirecionamento da Administração da Justiça penal para atuar como *instrumento condutor de finalidades políticas*.⁶⁴

Aprofundando-se no papel desempenhado pela vítima em períodos anteriores ao surgimento do Direito penal propriamente, se verifica que esta se encontrava no “centro dos interesses dos sistemas primitivos de justiça, baseados na vingança privada”⁶⁵, porquanto eram a vítima e sua família os detentores do *ius puniendi*⁶⁶. Nesta quadratura – dos sistemas primitivos de justiça privada – dois são os marcos principais relacionados ao papel desempenhado pelo ofendido. Primeiro, no Direito Romano primitivo, tem-se a “idade de

⁵⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1989, p. 29.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 29.

⁶¹ *Ibid.*, p. 31.

⁶² *Ibid.*, p. 31.

⁶³ Sobre a transformação da sociedade atual sob o viés da *sociedade de riscos*, vide: FIGUEIREDO DIAS, J. de. *O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. n.33, 2001; BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002; BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011; SILVA SANCHÉZ, Jesús María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

⁶⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Op. Cit., p. 31.

⁶⁵ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación a la Víctima en el Marco de las Sanciones Penales**. Op. Cit., p. 35.

⁶⁶ MADLENER, Kurt. *Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparação o dano às vítimas do crime através dos tribunais*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 10, p. 52-57, abr./jun.1995.

ouro”⁶⁷ da vítima, assim chamada justamente por representar o período em que o ofendido – e sua família – possuidor do direito à vingança privada, detinha maior poder de disposição sobre o castigo devido pelo *delito*, castigo este de caráter predominantemente físico⁶⁸, pois, como protagonista absoluto do conflito penal, fixava a sanção e a executava.⁶⁹ Como sintetiza CARRARA, tratava-se de um desejo de vingança que fora erigido a direito: “*direito exigível, hereditário, direito resgatável ao arbítrio do ofendido, direito que por vários séculos foi considerado como exclusivo do ofendido e de sua família*”.⁷⁰ Em paralelo, algumas sociedades, a exemplo da germânica, instituíram a *compositio*, pagamento, pelo ofensor à vítima, de uma quantia (*busse*) – de dinheiro ou bens – a ser por ela estipulada, a título de contraprestação pela desistência da vingança corporal e compensação pela lesão causada.⁷¹ Posteriormente, a judicialização da *compositio* marcou também a paulatina intervenção do setor público no âmbito sancionador e, assim, a restrição da autoridade que detinha a vítima, porquanto cabia ao juiz, e não a ela, a definição da soma econômica devida em cada caso.⁷²

⁶⁷ Denominação cunhada por SCHAFER, Stephen. **The Victim and his criminal: a study in functional responsibility**. New York, 1968.

⁶⁸ ROIG TORRES, Margarita. Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XXII (2000). Cursos e Congresos nº 124, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550, pp. 154-308. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4100>. Acesso em: 27 de novembro de 2017, p. 160.

⁶⁹ DE ULZURRUN LLUCH, Marina Sanz-Díez. La víctima ante el Derecho. La regulación de la posición de la víctima en el Derecho internacional, en el Derecho Europeo y en el Derecho positivo español. **ADPCP**, Vol. LVII, p. 220-309, 2004, p. 220. Este período da vingança privada, por sua vez, é também marcado por duas fases: a primeira, onde a ofensa é individual, tem caráter de infração a uma obrigação moral; a segunda, onde a ofensa deixa de ser diretamente à vítima e passa a ser à sua família, ao grupo familiar ao qual pertencia a vítima, assumindo caráter de “vulneração do princípio da paz social (*fried*) que deveria regir as interações entre os grupos familiares. Por isso, era o grupo afetado, e não mais unicamente o indivíduo diretamente afetado, o legitimado para exercer a vingança.

⁷⁰ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Vol. II. trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2002, p. 51.

⁷¹ ROIG TORRES, Margarita. Op. Cit., p. 162.

⁷² Ibid., p. 163. FOUCAULT, ao discorrer a respeito de “formas de descoberta judiciária da verdade”, cita o velho Direito Germânico e, ao apontar as características essenciais que o definem, cita precisamente a ausência de ação pública e de um terceiro encarregado de fazer as acusações entre os indivíduos, de modo que para haver um processo penal bastava que alguém se apresentasse como vítima, reclamasse uma reparação e, ao mesmo tempo, indicasse um ofensor, de modo que se desenvolvia uma “*espécie de duelo*” entre “*aquele que se defende e aquele que acusa*”. Não existiam três personagens, mas dois. FOUCAULT caracteriza o sistema como um modo regulamentado de fazer a guerra, e sendo uma guerra, havia a possibilidade de fazer acordo. Por isso, o aquele Direito oferecia a possibilidade de se chegar a um acordo, a uma transação, interrompendo o ciclo de vinganças mediante um pacto entre as partes onde se estabelecia uma soma, em dinheiro ou bens, que deveria ser pago pelo ofensor, ao ofendido. Segundo aponta, este *quantum* simbolizava não o *resgate da falta* – pois não havia falta, mas apenas dano e vingança – mas, “*um dos adversários resgata o direito de ter a paz, de escapar à possível vingança de seu adversário. Ele resgata a sua própria vida e não o sangue que derramou, pondo assim fim à guerra.*” FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005, p. 56-57.

O surgimento, propriamente, do Direito Penal se dá com o desenvolvimento da “civilização” e o nascimento da ideia de Estado.⁷³ O delito deixa de ser uma ofensa ao particular e se torna ofensa ao grupo social, ao passo em que a pena deixa de ser vingança privada, para se tornar “*vingança da sociedade ofendida*”.⁷⁴ As primeiras ideias sobre a pena, porém, a vislumbravam como *retribuição*, onde perdura a ideia de vingança, de modo que a presença da vítima, mediada pela figura do Estado, se mantém presente.⁷⁵ Como verifica CARRARA, durante todo este processo de ideias a respeito da punição, durante séculos permaneceu a fórmula da vingança *privada, divina* ou *pública* – cada uma a seu tempo – sem que houvesse preocupação com a legitimidade jurídica destas punições.⁷⁶

MAIER aponta a inquisição como o marco para uma abrupta *expropriação* de todas as faculdades da vítima no processo punitivo, ao criar a persecução penal pública, porquanto retirou por completo qualquer eficácia da vontade do ofendido no juízo penal. O mais importante reflexo deste marco é o de que já não importava o dano real produzido, o sentido de restituição do mundo ao seu *status quo ante*, ou a compensação do dano sofrido, pois aparecia a pena como “*mecanismo de controle dos súditos pelo poder político central, como instrumento mais intenso de coação nas mãos do Estado, que o utilizava de ofício, sem necessidade de uma queixa externa*”.⁷⁷

Assim, aproximadamente no final da Idade Média, com o surgimento do *ius puniendi*⁷⁸ estatal e atribuição do monopólio da sanção ao Estado, se inicia o processo de afastamento da vítima do âmbito punitivo,⁷⁹ pois o Estado passa a punir o crime em nome

⁷³ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. Op. Cit., p. 52.

⁷⁴ Ibid., p. 52.

⁷⁵ MADLENER, Kurt. **El redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1755/6.pdf> . Acesso em: 27 de novembro de 2017, p. 47.

⁷⁶ CARRARA, Francesco. Op. Cit., p. 53.

⁷⁷ MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. **Et. Al. De los delictos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 183- 249, p. 185-186.

⁷⁸ FOUCAULT elenca as características deste novo modelo: “1) Uma justiça que não é mais contestação entre indivíduos e livre aceitação por estes indivíduos de um certo número de regras de liquidação, mas que, ao contrário, vai se impor, do alto, aos indivíduos, aos oponentes, aos partidos; [...] 2) Aparece um personagem totalmente novo, sem precedente no Direito Romano: o procurador. [...] Ele se apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito ou um crime. [...] O procurador, portanto, se apresenta como representante do soberano lesado pelo dano. 3) Uma noção absolutamente nova aparece: a infração. Enquanto o drama judiciário se desenvolvia entre dois indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas de dano que um indivíduo causava a outro. A questão era a de saber se houve dano, quem tinha razão. [...] Na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo à ordem, à lei, à soberania, ao soberano. A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval. [...] 4) Há ainda uma última descoberta, uma última invenção tão diabólica quanto a do procurador e da infração: o Estado, ou melhor, o soberano (já que não se pode falar de Estado nessa época) é não somente parte lesada, mas a que exige reparação.” FOUCAULT, Michel. Op. Cit., p. 65-67.

⁷⁹ ROIG TORRES, Margarita. Op. Cit., p. 164.

próprio: “com isso a retribuição se liberta da relação concreta entre o causador do dano e o prejudicado. O que deve ser compensado é a violação do direito, do direito geral e público, por meio do Estado e seus órgãos de execução, sem que a vítima possa extrair sua reparação da experiência punitiva direta.”⁸⁰ As teorias retributivas da pena, que têm sua gênese na reparação do dano, com a estatização da pretensão punitiva, sofreu, como aponta GÜNTHER, uma dupla abstração: “em vez de ofensa concreta e individual a uma pessoa, a pena passa a compensar a violação de uma norma jurídica geral e, no lugar da igualdade externa de tipo ou de valor da pena em relação à ofensa, ela se apresenta como um simples símbolo da reparação da injustiça.”⁸¹ Se exigia, então, do culpado, a reparação da ofensa cometida contra o soberano, o Estado, a lei, e assim surge uma das causas materiais⁸² que explicam o abandono da reparação no sistema penal: a multa.⁸³

Por outro lado, o desenvolvimento da noção de bem jurídico contribui ainda mais para distanciar a vítima do centro de interesse do direito e do processo penal⁸⁴, de modo que “já não é mais a violação sofrida pela pessoa da vítima, mas é o bem jurídico, de caráter bem mais abstrato, o que de fato foi violado pela ação do ofensor”.⁸⁵ Com efeito, sem negar a relevância da compreensão do bem jurídico como legitimador e limitador da intervenção do *ius puniendi* estatal, uma primeira conclusão é possível de extrair do panorama até então apresentado: o afastamento da vítima do sistema punitivo gerou, ainda que indiretamente, o reflexo de afastar a restituição do *status quo ante* à prática do crime, ou a reparação do dano, dos fins e tarefas do Direito Penal.⁸⁶

As ideias sobre ressocialização ascendem o delinquente ao primeiro plano nas considerações e reduzem ainda mais o papel da vítima.⁸⁷ A vítima se encontra “neutralizada” e “no lugar da compensação e do acordo entre lesionador e lesionado aparece a ação penal

⁸⁰ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004). Trad. Flávia Portella Püschel. **Revista Direito GV 4**, Vol. 2, n. 2, p. 187-204, jul – dez 2006, p. 192.

⁸¹ Ibid., p. 192.

⁸² Fala-se em “causas materiais” remetendo-se à didática colocação de GALAIN PALERMO, para qual o lugar de ostracismo em que foi colocada a reparação no sistema penal se explica por uma razão formal, e duas razões materiais: a causa formal, que seria a perda de poder de disposição da vítima, ocorrido paulatinamente, se explicaria pelo advento da teoria do contrato social e surgimento do Estado moderno, se agravando no auge do desenvolvimento do procedimento penal inquisitivo. A esta causa formal teriam se somado outras duas, de caráter material: a instituição da pena de multa e a função de proteção de bens jurídicos. Vide: GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación del daño a la víctima del delito**. Monografías 684. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 127.

⁸³ Cfr. FOUCAULT, Michel. Op. Cit., p. 67, e GALAIN PALERMO, Pablo. Op. Cit., p. 127.

⁸⁴ MADLENER, Kurt. Op. Cit., p. 48.

⁸⁵ Ibid., p. 47.

⁸⁶ MAIER, Julio B. J. Op. Cit., p. 186.

⁸⁷ MADLENER, Kurt. Op. Cit., p. 47.

pública".⁸⁸ Há a introdução de uma nova concepção sobre o *delito*, agora como lesão à ordem social. Em verdade, *“o processo nasce já com o propósito deliberado de neutralização da vítima, distanciando os protagonistas do conflito criminal, precisamente como garantia de uma aplicação serena, objetiva e institucionalizada das leis ao caso concreto”*.⁸⁹ Contudo, alguns estudiosos pontuam a existência de consequências negativas deste fenômeno de “neutralização” da vítima, já que o infrator ignoraria a pessoa do ofendido como aquele efetivamente lesionado, e se entenderia responsável e unicamente frente ao Estado.⁹⁰

É preciso pontuar, porém, que esta supressão da figura da vítima não é de todo injustificada. Em verdade, nada mais era senão um importante passo para dotar a resposta estatal da imparcialidade necessária para que se evitassem os abusos e injustiças ínsitas que a uma sanção lastreada na vingança, impulsionada por razões emocionais. Não por outro motivo GÜNTHER é preciso ao asseverar que *“a história do princípio da retribuição é, por isso, a história de suas limitações”*,⁹¹ e ALBRETCH, do mesmo modo, pondera que *“La neutralización de la víctima por el Derecho penal es característica de la teoría liberal del Estado y la teoría del Derecho Fundamental, las cuales están interesadas en una reducción de la aplicación de la fuerza estatal y social”*.⁹²

ALBRECHT, tomando em conta aspectos perceptíveis na realidade alemã, mas que em muitos pontos se confundem com as tendências por nós vivenciadas, chama a atenção para o fato de que muitos dos fatores – como a informalização do Direito penal e a politização das decisões judiciais, por exemplo – combinados para criar uma jurisprudência orientada à vítima, ao fim necessariamente *“obscurecem ou comprometem princípios que servem para proteger o acusado ou os sentenciados”*, pois significam uma oportunidade para expansão do poder do Estado. Por esta razão o autor sustenta que *“uma exagerada consideração da vítima é politicamente incorreta, pois é, isto sim, uma resposta de oportunidade”*.⁹³ Trata-se de um alerta para que considerações sobre um maior

⁸⁸ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 29.

⁸⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente**. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2007, p. 132.

⁹⁰ *“o infrator, de um lado, considera que seu único interlocutor é o sistema legal e que só frente a ele é que contrai responsabilidades. E esquece para sempre de “sua” vítima. Esta, de outro lado, se sente maltratada pelo sistema legal [...]”*. GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 133.

⁹¹ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004). Op. Cit., p. 192.

⁹² ALBRETCH, Peter-Alexis. La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. In: **La Víctima en el Sistema Pena. Dogmática, proceso y política criminal**. Trad. Luis Miguel Reyna Alfaro. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 39-58, p. 46.

⁹³ Ibid., p. 56.

protagonismo da vítima e do interesse privado, tanto no Direito penal, quando no processo penal e nos atos de investigação, não obscureçam diminuições dos direitos civis dos investigados/ processados, flexibilizando ou ignorando direitos e garantias fundamentais.⁹⁴

Desde a segunda guerra mundial são crescentes os estudos científicos a respeito do papel da vítima.⁹⁵ Este “redescobrimto” se inicia com a criminologia,⁹⁶ com o desenvolvimento da “Vitimologia”,⁹⁷ alcançando a dogmática penal, mediante as colocações da “vitimodogmática”, e o processo penal. De fato, as problemáticas relacionadas ao papel da vítima não estão limitadas ao Direito Penal material ou processual, antes, trata-se de questão concernente ao sistema penal em sua integralidade, dos fins que persegue, das tarefas atribuídas ao Direito Penal e dos meios de que dispõe para sua realização.⁹⁸ Por esta razão, MAIER salienta a necessidade de se analisar a temática sob o prisma político criminal,⁹⁹ e SILVA SÁNCHEZ evidencia, principalmente no que toca às considerações sobre a Vitimodogmática, suas implicações no debate a respeito da função do Direito Penal. Outrossim, as ponderações sobre o papel da vítima no sistema penal demandam uma análise cautelosa para evitar uma leitura antigarantista, ou marcada por inclinações econômico-indenizatórias¹⁰⁰.

Pois bem. A vitimologia – cuja fase de consolidação se inicia em 1973, com o Simpósio Internacional de vitimologia em Jerusalém¹⁰¹ – parte da premissa de que o

⁹⁴ ALBRETCH, Peter-Alexis. Op. Cit., p. 58.

⁹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 134.

⁹⁶ MADLENER, Kurt. Op. Cit., p. 48.

⁹⁷ O termo fora cunhado por Frederick Wertham, em 1949, em seu livro “*El espetáculo de la violencia*”. Foram VON HENTIG e MENDELSON, porém, os precursores deste ramo científico que atualmente pleiteia contornos de autonomia científica. Considera-se como o ponto de partida para os estudos científicos sobre a vítima do delito a obra “*Th Criminal and his victim*”, de VON HENTIG, criminólogo alemão, publicada em 1948. Pela primeira vez, discutia-se a relação entre indivíduo e vítima. A respeito, vide: LANDROVE DÍAZ, Gerardo: «Las víctimas ante el derecho español». **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XXI (1998). Cursos e Congresos nº 113, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550, pp. 168-207.

⁹⁸ Nas palavras de MAIER, Julio B. J. Op. Cit., p. 183- 249, p. 190.

⁹⁹ Ibid., p. 191.

¹⁰⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Op. Cit., p. 134. FATTAH cita, por exemplo, que por estar demasiadamente preocupada com as implicações da atuação da vítima no desencadear causal da prática delitativa, a vitimologia teórica sofreu críticas, sendo até mesmo interpretada como “a arte de culpar a vítima”. Por isso, houve uma transformação em seu enfoque de estudo, nascendo um movimento político de ajuda e assistência às vítimas. Todavia, impactos negativos também puderam ser sentidos como reflexo desta tendência como, por exemplo, o ressurgimento de reações vingativas frente à delinquência e o conseqüente incentivo a agendas políticas punitivistas. Vide: FATTAH, Ezzat A. *Victimología: pasado, presente y futuro*. Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2014, núm. 16-r2, p. r2:1- r2:33. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

¹⁰¹ Desde então, eventos semelhantes foram regularmente realizados: Boston, 1976; Münster, 1979; Tokio/ Kyoto, 1982; Zagreb, 1985; Jerusalém, 1988; Rio de Janeiro, 1991, Adelaide, 1994; Amsterdam, 1997; Montreal, 2000; Stellenbosh, 2003; Orlando, 2006; Mito, 2009; Den Hague, 2012, Perth, 2015, estando o próximo agendado para 2018, na China, em Hong Kong. Vide:

sistema, tal qual está posto, “além de não facilitar a intervenção da vítima como sujeito ativo, em geral lhe opõe outros prejuízos adicionais, além daqueles representados pelo fato, em si, de ter sofrido o delito”.¹⁰² Não se trata, todavia, de simples reclamação por uma maior atenção e proteção à vítima, cujos interesses foram deixados de lado paulatinamente desde o momento em que o *ius puniendi* passou a corresponder exclusivamente ao Estado¹⁰³ e as atenções foram voltadas à ressocialização do infrator.¹⁰⁴ Dentre seus diversos núcleos de análise¹⁰⁵, a vitimologia se destaca por contemplar o fenômeno criminal como um “*processo interativo entre autor e vítima*”¹⁰⁶. Não se trata de uma tentativa de retornar aos modelos anteriores ou, de qualquer forma, dar primazia aos interesses da vítima, em detrimento aos do agente, senão de considerar o papel do ofendido ao longo de todo o acontecer delitivo, sua relação com o agente, com o Estado e com a sociedade, analisando, por exemplo: atitudes e propensões dos sujeitos para se converterem em vítimas de um crime (risco de vitimização); elementos comuns entre as vítimas de determinados crimes; danos suportados pelo sujeito como consequência do delito (vitimização primária) e da subsequente intervenção do sistema legal (vitimização secundária); o comportamento da vítima como agente de controle social quando denuncia a prática de um delito; desenvolvimento de programas de prevenção do delito por meio das informações obtidas nos estudos sobre o risco de vitimização; desenvolvimento de programas de reparação e assistência às vítimas, dentre outros.¹⁰⁷

No âmbito do Direito penal material, a vítima foi incorporada sob os contornos da Vitimodogmática, cuja preocupação central é a “*determinação da medida em que a “corresponsabilidade” da vítima no fato delitivo pode ter repercussões sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor*”. É dizer “*tratam-se de construções elaboradas*

<http://www.worldsocietyofvictimology.org/wsv-events/victimology-symposium/>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017. Sobre o desenvolvimento histórico e teórico da Vitimologia, confira-se: FATTAH, Ezzat A. *Victimología: pasado, presente y futuro*. Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2014, núm. 16-r2, p. r2:1- r2:33. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

¹⁰² SILVA SANCHÉZ, Jesús María. **A expansão do direito penal**: Op. Cit., p. 89.

¹⁰³ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación a la Víctima em el Marco de las Sanciones Penales**. Op. Cit., p. 36. Também: MADLENER, Kurt. *Compensação, Restituição, Sanção Pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 10, p. 52-57, abr-jun., 1995.

¹⁰⁴ HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño en el Derecho Penal material*. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. *Ét. Al. De los delitos y de las Víctimas*. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 53-90, p. 56.

¹⁰⁵ Como salienta Ezzat Fattah, tal qual a criminologia, a vitimologia não seguiu o mesmo caminho em todas as partes do mundo. FATTAH, Ezzat A. Op. Cit.

¹⁰⁶ TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. **La víctima en el Derecho Penal**. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 18.

¹⁰⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología...** Op. Cit., p. 137.

*especificamente para o fenômeno da valoração da possível incidência do comportamento da vítima na determinação da responsabilidade penal do autor.*¹⁰⁸ Verifica-se, nesse sentido, as considerações sobre o consentimento do ofendido e as relevantes contribuições da teoria da imputação objetiva no tocante ao estudo da auto e da heterocolocação em perigo consentida.

Os estudos vitimológicos também se voltaram ao processo penal. Nesta seara, se concentraram, por um lado, na tentativa de diminuir os prejuízos de vitimização secundária gerados por um processo que compreende a vítima unicamente sob o viés de um objeto ou um meio de prova e, por outro, em buscar trazer novamente o ofendido para o centro do processo seja como sujeito ativo, ao lado do Ministério Público, seja pela incorporação de sistemas de mediação e negociação¹⁰⁹ que ao mesmo tempo a aproximem do agente e viabilizem, de algum modo, o alcance de seus interesses de ressarcimento.¹¹⁰ Quanto ao primeiro objetivo, convém mencionar as recomendações do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovado em 28 de junho de 1985¹¹¹, e a Convenção Europeia relativa à indenização das vítimas de infração violenta, de 1983.¹¹² Especificamente no que tange à posição processual da vítima SCHÜNEMANN assevera ser um erro a ela a posição de parte, ou algo próximo a isso, num processo penal que vise à imposição de uma pena criminal em sentido estrito, o que chama de um processo penal tradicional. O jurista opõe uma exceção a esta ressalva: as hipóteses em que se pense em substituir a pena pela reparação do dano, uma vez que esta só pode ser realizada em cooperação com a vítima. Para ele, portanto, *“num processo que almeje a reparação, a vítima naturalmente toma a posição de parte processual”*¹¹³. Quanto a esta possibilidade, no entanto, o autor se posiciona de maneira crítica, asseverando que a composição autor-vítima no lugar da sanção penal somente poderá ser legítima quando for chegada a hora de uma descriminalização.¹¹⁴

¹⁰⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva em Derecho Penal**. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas. Bogotá: José María Bosch Editor, 2001, p. 258.

¹⁰⁹ HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Op. Cit., p. 251.

¹¹⁰ As propostas de compensação entre autor e vítima, sob seus diversos contornos, serão estudadas no capítulo 05.

¹¹¹ Disponível em: http://ec.europa.eu/civiljustice/comp_crime_victim/docs/council_eur_rec_85_11_en.pdf. Acesso em: 09 de dezembro de 2017.

¹¹² Disponível em: <https://rm.coe.int/1680079751>. Acesso em: 09 de dezembro de 2017. No Brasil, preocupação semelhante pode ser observada em primazia em relação às vítimas de violência doméstica.

¹¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da Vítima no Sistema de Justiça Penal: um modelo em três colunas. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito**. GRECO, Luis (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 112-123, p. 119-120.

¹¹⁴ Ibid., p. 123. Discussões específicas sobre a composição autor-vítima, porém, serão objeto dos capítulos posteriores.

O Direito internacional teve importante papel na reconsideração do papel da vítima, reconsideração esta que se apresentou por meio de técnicas jurídicas diversas, nem todas relacionadas à lei penal ou processual penal, porquanto objetivavam a assistência às vítimas a prevenção à vitimização.¹¹⁵ Ainda assim, o tema da reparação foi uma constante.¹¹⁶ Uma das mais relevantes legislações foi a Decisão Quadro 2001/220/JAI, relativa ao Estatuto da Vítima, substituída em 2012 pela Diretiva 2012/29/EU, que estabelece normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade. Antes dela, importante citar a Resolução 40/34 da ONU, de 29 de novembro de 1985, a qual estabeleceu o dever de ressarcimento, de indenização e de assistência. Uma tendência bem presente tanto na legislação internacional, quanto na comparada, é a criação de fundos de compensação, na expressão de MADLENER, “*uma ideia do XVIII que volta à tona*”.¹¹⁷ Tratam-se de fundos públicos de reparação à vítima do delito, instituídos com o fim de assegurar a reparação nas hipóteses em que o réu não dispusesse de condições para tanto, de modo que não há uma reparação pelo ofensor, mas pelo Estado. Com uma sensível diferença dos demais fundos implementados por muitos países, a *Caja de Resarcimiento*, de Cuba, não substitui simplesmente o pagamento não realizado pelo réu, pois cobra deste toda a importância despendida à vítima.¹¹⁸

A legislação brasileira não foi silente em relação à vítima do delito. Sob a perspectiva do processo penal, o artigo 268, do Código de Processo Penal, lhe garante atuação processual ativa, nos delitos de ação penal pública, na condição de assistente de acusação, participando, inclusive, da produção da prova em juízo. A lei processual admite, ainda, que a ação penal pública seja intentada pelo próprio ofendido, quando o órgão

¹¹⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004, p. 135.

¹¹⁶ Cite-se, por exemplo, o *Report of the European Committee on Crime Problems on the Compensation of Victims of Crime*, de 1978, a partir do qual foram formulados diversos convênios para a reparação às vítimas; a Convenção Europeia sobre a a compensação às vítimas de delitos violentos por parte dos Estados Membros, de 1983; o *Explanatory Report on the European Convention on the Compesatin of Victims of Violent Crime*, de 1984; A Resolução A3-13/89 DOC 256 de 9.10.89 sobre a indenização às vítimas de delitos violentos, que obriga os Estados a harmonizar sua legislação interna quanto ao *quantum* da indenização; o Programa de Viena, de 1988; As conclusões de Tampere que, no ponto B, 29, 32, inserem a criação de programas nacionais para financiar medidas, públicas e não governamentais, de assistência e proteção às vítimas, assim como a elaboração de normas mínimas sobre a proteção das vítimas da criminalidade, em especial seu acesso à justiça e os seus direitos à indenização por danos; Em 2001, a Decisão Marco relativa ao Estatuto da Vítima no processo penal e, no mesmo ano, o Livro Verde a respeito da indenização das vítimas de delitos e da indenização estatal; Em 2002, a Resolução A5'0309/2002 final expressou a necessidade de harmonizar os valores mínimos de indenização e de criar um Fundo europeu de assistência às vítimas; em 2003, a Comissão de Prevenção do Delito e Justiça Penal das Nações Unidas tratou do tema da cooperação internacional para assistência às vítimas.

¹¹⁷ MADLENER, Kurt. *Compensação...* Op. Cit.,11.

¹¹⁸ Com mais profundidade sobre os Fundos de reparação, principalmente a respeito da *Caja de Resarcimiento* de Cuba, vide: MADLENER, Kurt. *Compensação...* Op. Cit.

ministerial não o faça no prazo legal. Ademais, não se podem olvidar as hipóteses da ação penal privada – art. 30, CPP – que somente podem ser intentadas pelo ofendido ou por quem tenha qualidade de representa-lo, e da ação penal condicionada à representação da vítima, onde o legislador concede especial atenção àquela. A lei penal e processual penal também outorga relevância à vítima na normativa referente à extinção da punibilidade penal, como é o caso do perdão do ofendido.

Considerando seu direito à reparação, a redação original da lei penal substantiva já previa, como efeito da condenação, “tornar certa a obrigação de *indenizar* o dano resultante do crime” (art. 74), redação que se mantém inalterada no atual artigo 91, e é acompanhada pela lei penal adjetiva que, nos artigos 63 e seguintes, assegura ao direito de execução, no juízo cível, de ação para ressarcimento em face do autor do dano ou, se for o caso, seu responsável civil. Aqui, uma observação preliminar: uma interpretação literal do artigo 91, do CP, em conjunto com o artigo 63 e ss., do CPP, permite inferir que, desde o princípio, o legislador encara a reparação/ ressarcimento do dano provocado pelo delito como medida de natureza extrapenal. Tanto sua alocação sistemática na legislação, quanto sua configuração atestam tal conclusão: veja-se que a decisão do juízo criminal será unicamente o sentido de confirmar o dever de reparar o dano decorrente da prática do injusto e determinar, quando for possível, o mínimo desta reparação, cujo montante total e preciso deverá ser discutido na esfera cível.

Em março de 2016 foi proposto o Projeto de Lei 65/2016, que visa criar o *Ato Nacional dos Direitos das Vítimas de Crimes* e alterar o artigo 28 Código de Processo Penal. O projeto – que até dezembro de 2017 se encontrava na Comissão de Constituição de Justiça, aguardando pauta – visa: “*garantir que as vítimas de crimes, incluídos os atos infracionais, se beneficiem de informação, apoio e proteção necessários, bem como que tenham direito ao devido ressarcimento, de serem ouvidas e de participarem adequadamente da investigação, do processo e da execução penal, de forma a proteger e fazer valerem seus direitos humanos.*” (art. 2º) Cria, assim também, no âmbito do processo penal, “o direito de obter decisão relativa ao pagamento de indenização por parte do autor do crime, dentro de prazo razoável” e o dever, para o agente delitivo, de restituir o valor correspondente ao prejuízo material causado à vítima. (art. 29, *caput*, e §1º).¹¹⁹

¹¹⁹ No que toca ao artigo 28, do CPP, o projeto lhe propõe uma nova redação, nos seguintes termos: “*Art. 28 No caso de promoção de arquivamento do inquérito policial por parte do Ministério Público, a vítima deverá ser intimada judicialmente para que, caso queira, interponha, no prazo de 30 dias, pedido de reexame ao Procurador-Geral, que oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. §1º Se*

3.2. REAPROXIMAÇÃO DO DIREITO PENAL E DO DIREITO CIVIL: UM DIREITO DA VÍTIMA À REPARAÇÃO PENAL?

A premissa central das proposições de realocação da vítima no centro do sistema punitivo é a de “*repersonalização do sistema penal*”. Associa-se, novamente, a reparação à figura da vítima, por um lado, vinculada à recomposição do *status quo ante* à perpetração do delito, por meio de um castigo. Por outro lado, porém, como sintetiza SILVA SÁNCHEZ, trata-se da ideia de que “*a vítima não necessita apenas de dinheiro, mas fundamentalmente, de arrependimento, reconciliação, satisfação, e que o autor necessita do mesmo para sua ressocialização*”.¹²⁰ Os modelos fundamentados neste ideal transitam desde aqueles que visam integrar a reparação ao processo penal efetivamente – as formas pelas quais esta integração é intentada serão pormenorizadas adiante, no capítulo 05 – até proposições de novas formas de resolução do conflito penal, como a justiça restaurativa e a mediação, inseridas em uma política criminal que visa meios não tão rígidos para a resolução dos conflitos penais.¹²¹ Não se irá adentrar, nesta senda, em análise pormenorizada dos fundamentos e críticas de tais proposições, pois serão explorados oportunamente. Sem embargo, as ponderações SILVA SÁNCHEZ são pertinentes: “*não parece que corresponda ao Direito penal restaurar as feridas morais causadas pelo delito e resolver o conflito humano desencadeado por ele.*”¹²²

Quer parecer, porém, que a relevância jurídico-penal dos atos de reparação guarda, com a vítima direta do delito, tão somente uma relação secundária, de modo que as recentes tentativas de colocar a vítima no centro das discussões das consequências jurídico-penais do delito no entanto, não são capazes de sistematizar adequadamente a figura da reparação no ordenamento jurídico-penal. Compartilhando das premissas de GALAIN PALERMO, pode-

a promoção de arquivamento de investigação criminal for tomada em decorrência de pedido formulado pelo Procurador-Geral, o reexame pode ser feito por essa mesma autoridade.”. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=572394&disposition=inline>. Acesso em: 09 de dezembro de 2017.

¹²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". **Revista del Poder Judicial**, Madrid, n. 45, p. 183-202., 1º trim. 1997. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123214>. Acesso em: 11 dez. 2017, p. 188.

¹²¹ Vide, a respeito, GALAIN PALERMO, Pablo. Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. *Revista Penal*, nº 24, p. 71-89, julio/2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3129435>. Acesso em: 11 de dezembro de 2017.

¹²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 189. Especificamente, confira-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Medios no judiciales de reparación a la víctima: con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, Buenos Aires, p. 507-532., 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101541>. Acesso em: 11 dez. 2017.

se afirmar que, para alcançar este objetivo – sistematizar a reparação no sistema jurídico-penal de maneira racional – não é necessário recorrer a explicações relacionadas à vítima nem à justiça restaurativa¹²³. É que, como se verá, o comportamento do agente voltado à reparação possui relevância jurídica “*ainda que não haja vítima alguma, no sentido criminológico do termo, ou ainda que, existindo, ela não resulte “satisfeita”*”.¹²⁴ No mesmo sentido pontua SILVA SÁNCHEZ, para o qual: “*ainda que não haja dano ou que, existindo, ele não resulte efetivamente reparado*”, a realização de atos públicos de “conciliação com o Direito” ou de “aberto restabelecimento da paz jurídica” guardam inegável relevância jurídica.¹²⁵

3.2.1. Vítima, bem jurídico e dano social

Sem negar a relevância das novas proposições para o reconhecimento da vítima, é certo que definições categóricas a esse respeito não influem no estudo da reparação do dano ora proposto.¹²⁶ Há que se diferenciar entre a reparação *lato sensu* e a compensação entre autor e vítima, pois ainda que, não raras vezes, ambos os termos sejam empregados como sinônimos, seus conteúdos e objetivos diferem parcialmente.¹²⁷ A compensação entre autor e vítima em conexão com as possibilidades de extinção da punibilidade – vide art. 74 e 75, da Lei 9.099/95 – ou de sobrestamento ou suspensão do processo constituem um, dentre muitos outros, modelos de integração da reparação ao Direito penal.

¹²³ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 90.

¹²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 189.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 189.

¹²⁶ O significado deste “redescobrimto” da vítima para o Direito penal demanda o repensar de todo o sistema à luz de novos pressupostos, pressupostos estes que podem significar verdadeiros paradoxos. SEELMANN pontua os mais significativos: a) a revalorização da vítima, tal qual preconizada pela vitimologia, trazem novamente para o procedimento aquele elemento do conflito pessoal entre autor e vítima que a princípio havia sido excluído pela formalização da intervenção do Estado. Como consequência, há o perigo de que a necessidade de compensação da vítima possa significar um retorno à dramatização que se pretendeu evitar no processo penal quando o Estado assumiu a resolução do conflito; b) uma vez que as sanções penais se orientam à proteção da vítima potencial visando evitar delitos futuros, sendo necessárias quando elas precisam ser protegidas, uma reorientação à vítima atual/ direta, com vistas à busca de seus interesses, poderia debilitar a posição da vítima potencial e, desta forma “a reparação no Direito penal somente pode significar que sua medida não vá depender das necessidades da vítima atual, mas das necessidades das vítimas potenciais; c) Tais discussões implicariam em redefinir o próprio conceito de vítima, o que poderia conduzir à definição do próprio conceito de Direito penal. SEELMANN, Kurt. *Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal*. In: SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 191-208.

¹²⁷ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 74.

Sendo processual ou extraprocessual¹²⁸ – e, por hora, nos abstendo de uma conceituação pormenorizada – a reparação de caráter penal pode se apresentar de diversas formas. No entanto, para que possa se revestir de fins político criminais, jamais poderá estar vinculada unicamente ao aspecto patrimonial do dano, mas antes, com a gravidade da infração valorada sob a perspectiva da danosidade social, extraída a partir de considerações sobre o desvalor da ação e do resultado do agente.¹²⁹

Em efeito, “*o Direito penal é Direito público por excelência e, como tal, persegue fins públicos*”.¹³⁰ De tal forma, a reparação penal não deve se orientar exclusivamente à luz dos interesses da vítima, mas, precisa levar em conta o desvalor da ação e do resultado praticados e a culpabilidade do agente, e se voltar ao dano gerado pelo delito. Esse é o dano que deve ser reparado: o dano ocasionado pelo delito, causado por dolo ou culpa e que, para além de um prejuízo patrimonial ou moral, “*provoca uma vulneração do ordenamento jurídico (antijuridicidade formal) e produz um dano social (antijuridicidade material), algumas vezes contra uma vítima determinada, e outras vezes, em prejuízo de vítimas difusas, mas sempre em detrimento da sociedade em geral*”.¹³¹ A compreensão da reparação, enfim, se dá com base na teoria do bem jurídico. Isso não significa que a vítima esteja esvaziada de significado ou importância para a ciência penal.

À indicação do bem jurídico como um dos fatores responsáveis pelo afastamento da vítima do centro do sistema punitivo¹³² GALAIN PALERMO se contrapõe ao argumento de que, independentemente da opção conceitual que se escolha para definir o bem jurídico, o fato é que ele está relacionado ao *merecimento* da pena pelo dano social provocado, servindo como filtro de proporcionalidade da intensidade da sanção a ser aplicada. No entanto, não influi diretamente na definição dos pressupostos ou condições para aplicar a pena, ou seja, nos critérios de *necessidade de pena*. Destarte, considerando que os interesses da vítima e a reparação não se esgotam no campo de análise do *merecimento*, mas têm forte incidência

¹²⁸ Sobre o tema, sem prejuízo de outros escritos, vide: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Medios no judiciales de reparación ... Op. Cit.; GALAIN PALERMO, Pablo. Mediación penal ... Op. Cit.

¹²⁹ “*o delito provoca um dano porque ainda que com o fato se lesione a uma vítima concreta (em algum valor ou bem jurídico de seu interesse) o dano se deduz do desvalor da ação e se reflete no desvalor do resultado, que se entendem como um ataque contra o interesse geral na proteção de um determinado estado de coisas (bens jurídicos)*.” GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 110.

¹³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Medios no judiciales de reparación ... Op. Cit., p. 513.

¹³¹ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 110.

¹³² Para HIRSCH o abandono dos interesses do ofendido, atualmente, se manifesta claramente quando da aplicação da *verfahrenseinstellung* – instituto do Direito alemão que pode ser traduzido como equivalente à suspensão/ sobrestamento do processo em razão da insignificância em crimes compreendidos como bagatela – já que sua incidência tem sido alargada a fim de alcançar também a criminalidade média. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delictos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p.92-128, p. 101.

também no âmbito da *necessidade* da pena, os bens jurídicos não podem ser invocados para afastar a vítima do sistema penal, mas para incluí-la.¹³³

Deste modo, mesmo que a orientação do Direito penal esteja em sua essência direcionada à vítima potencial – dado seu caráter e finalidade preventivo – nada impede que “*a orientação à vítima atual seja inserida no contexto clássico de um Direito penal orientado à vítima potencial, aparecendo como um meio especialmente apto para cumprir, em certos casos, tal orientação*”.¹³⁴ Ou seja, que em alguma medida acabe por significar a satisfação dos interesses da vítima direta, satisfação esta que jamais deve ser confundida com a vingança irracional. Esta concepção nos permite conceber a reparação penal como possível não somente nos delitos que possuam uma vítima direta, senão também, e principalmente, naqueles que visam proteger bens jurídicos coletivos, ou em que a vítima é o próprio Estado.

É um equívoco ignorar os elementos de corresponsabilidade social que concorrem no fato delitivo. Evidentemente, a vítima guarda sua condição de sujeito de direitos, possuindo um direito à indenização ou ao menos uma compensação pelos prejuízos suportados em razão da prática delitiva de outrem, de modo que não é este o objeto da discussão, mas o *se* e o *como* os atos de reparação do infrator devem ser compreendidos pelo sistema penal de maneira eficiente.

3.2.2. Há de fato uma reaproximação do direito penal do direito civil?

As dificuldades de familiarização com a ideia de reparação no âmbito penal, com pena ou como um substitutivo, total ou parcial, da pena vincula-se às discussões já antigas a respeito da separação entre Direito Penal e Direito Civil. ROXIN: “*a pena foi originalmente reparação e as penas privadas e outras satisfações concedidas ao ofendido representaram um importante papel mesmo depois de iniciado o século passado*”¹³⁵ Com efeito, um grande empecilho à aproximação da reparação ao Direito Penal remonta a Binding e à

¹³³ O autor complementa: “*De nada vale argumentar que os bens jurídicos devem guardar relação com os indivíduos desde um ponto de vista meramente potencial (vítimas e autores como destinatários da norma), e uma vez operado o delito, o sistema se afastar dos indivíduos de carne e osso, isto é, das vítimas e dos aurores diretamente envolvidos no fato delitivo*”. GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 73.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 195.

¹³⁵ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delitos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 131-156, p. 135.

diferenciação que estabeleceu entre “sanção” e “reparação”, pois, para ele, esta diferença é definida a partir daquele a cujo favor é efetuada a prestação: a reparação seria sempre destinada à vítima, enquanto a pena, ao Estado. Fala-se, portanto, na fórmula de Binding: *“pena deve produzir uma ferida, e a reparação do dano deve curar outra, se possível, sem causar um segunda”*.¹³⁶ Para ele, *“a escolha da pena deve corresponder à gravidade do crime mas [...] não deve representar apenas uma perda exterior, mas também um sofrimento sentido pelo criminoso e uma forma de arrependimento por ele compreendida”*.¹³⁷

Ao considerar a configuração normativa atribuída, atualmente, à reparação do dano no ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que se trata de instituto de natureza de Direito Privado, discutido no âmbito da responsabilidade civil derivada da prática dos ilícitos descritos nos artigos 186 a 188, do Código Civil. O artigo 927, do mesmo diploma, é expresso ao instituir, para aquele que “causar dano a outrem”, a obrigação de *repará-lo*. Disposição semelhante existe na normativa penal, quando o artigo 91, da lei penal substantiva prevê, como efeito da condenação, “tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime”. Tal previsão, contida no Código Penal desde sua primeira redação, foi complementada em 2008, com a criação do parágrafo único do artigo 63, e no artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, os quais dispõem sobre a fixação, na sentença penal condenatória do valor mínimo para fins de reparação dos danos causados pela infração. Trata-se, porém, como dito, de um “valor mínimo”, inexistido impedimento de que a vítima ingresse na esfera cível buscando um montante maior. Como a própria denominação indica, é indenização de caráter *civil*, onde o Direito penal se abre ao interesse da pessoa física prejudicada pelo delito, considerando não tanto a necessidade de proteção de bens jurídicos, senão a de compensar o ofendido pelo dano ou prejuízo por ele suportado. Não por outro motivo existem posicionamentos contrários a tal aproximação, para os quais trata-se de tentativa de cumular, frente ao juízo criminal, de forma híbrida, uma pretensão acusatória e outra indenizatória.¹³⁸

¹³⁶ ROXIN, Claus. La reparación ... Op. Cit., p. 135.

¹³⁷ KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 33.

¹³⁸ Aury Lopes Jr. é incisivo a respeito, asseverando: *“essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também instrumento de tutela de interesses privados. Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta das pretensões (indenizatória e acusatória). Representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretendia orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores”*. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 201.

Embora não se deva confundir os conceitos de reparação penal e civil – aí evidentemente incluída a concepção de reparação civil *ex delicto* – um dos principais argumentos de rechaço à consideração, sob qualquer forma, da reparação no âmbito penal é precisamente aquele para o qual a reparação é instituto essencialmente civil que, portanto, jamais poderia ser trasladado ao Direito penal sem com isso comprometer a estrita separação entre o público e o privado.¹³⁹

Nada obstante, a normativa penal prevê e estimula atos de reparação *voluntária/espontânea*, nos quais a reparação do dano não se apresenta como “obrigação”, mas, via de regra, como uma faculdade que, quando atendida pelo agente delitivo, deverá gerar a ele, a depender do caso, benefícios de ordens diversas, sem qualquer sistematização. Veja-se, por exemplo, a hipótese do §3º, do artigo 312, do Código Penal – o qual, ao tipificar o peculato culposo, prevê que a reparação do dano, se preceder a sentença recorrível, terá o condão de extinguir a punibilidade do agente –, ou mesmo a hipótese do artigo 16, da lei penal substantiva que, disciplinando o instituto do Arrependimento Posterior, consubstancia o comando normativo no sentido de exigir-se a redução da pena de um a dois terços quando, por ato voluntário, até o recebimento da denúncia, o agente reparar o dano.

Analisadas individualmente, cada uma das propostas a respeito da reparação pode significar, em diferentes níveis, relativa aproximação com a esfera civil. Em efeito, quando se fala em reparação dos danos causados pelo delito invariavelmente se falará de danos extrapenais. Influem, também, para tal definição a compreensão que se terá do que é *dano*, do que efetivamente significará *reparação* – se a restauração do *status quo ante* ao delito, se a mera *compensação* por prestação monetária ou de qualquer outra natureza, ou se a *restituição* – assim como das circunstâncias em que se dá o atuar do agente, para então definir de que modo elas deverão ser penalmente valoradas.

HIRSCH compreende a reparação como instituto de caráter ressarcitório voltado ao dano material e imaterial ocasionado ao ofendido, de modo que se trata, assim, de pretensão integrada ao Direito Civil, incluída na expectativa de indenização pelo sofrimento causado por um ilícito, ainda que se trate de um ilícito penal. Para ele, então, não há como a reparação ser incluída dentre um “catálogo” de penas, quando pena e ressarcimento civil se diferenciam por sua natureza e não são manipuláveis por um simples manejar linguístico ou uma mera realocação interpretativa.¹⁴⁰ Também por isso, entende que os contornos da

¹³⁹ Como é cediço, esta “estrita separação entre o público e o privado” após os novos rumos do constitucionalismo tem cada vez mais se diluído.

¹⁴⁰ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima ... Op. Cit., p. 106.

reparação não podem extrapolar aqueles ditados pelo sofrimento suportado pela vítima em razão do delito, devendo se apresentar, por isso, sob a forma de prestação pecuniária compensatória e jamais sob o que identificou como “prestações expiatórias à vítima” (ou a prestação de serviços ou qualquer outra atividade, pelo agente, em benefício da vítima). É dizer: inobstante existam aqueles que – como Roxin¹⁴¹ – sustentem que a reparação seja algo mais que o ressarcimento – e, portanto, além de prestações financeiras, poderia significar a realização de outras prestações de equiparação/compensação – o ressarcimento do Direito Civil marcaria precisamente os limites daquilo que a vítima pode pretender, em face do autor do dano, a título de reparação, de modo que, por esta razão, tudo aquilo que excedesse a isso não representaria restituição, mas lucro a vítima.¹⁴² Em síntese: *“os fins da pena ou os fins do Direito penal se referem a consequências jurídicas de natureza específica jurídico-penal: se tratam de instrumentos que operam sobre o autor. Constitui algo estranho a estes fins o fato de que a vítima obtenha o ressarcimento”*.¹⁴³

ROXIN, a seu turno, pensa a reparação como uma medida autônoma cuja natureza jurídica é uma mescla de elementos jurídicos civis e penais.¹⁴⁴ Para ele, ela pertenceria ao Direito Civil, posto assumir a função de compensar o dano, mas ainda assim deveria ser modificada à luz das proposições jurídico-penais quando, a depender do caso, não for exigível que esforços reparatórios se confundam exclusivamente com prestações pecuniárias, mas, por exemplo, possam se apresentar na forma de trabalho social. Por esta razão, à indagação sobre se a reparação conduz a uma aproximação do Direito Penal e do Direito Civil, o autor responde: *“em parte sim, em parte não”*. Para ele, não se trata de obscurecer a fronteira entre estes dois ramos do Direito, por fazer com que mecanismos civis sejam utilizados pelo Direito Penal. Mas, significaria, sim, que o abismo entre eles seria superado *“na medida em que o Direito penal serviria, também e entre outros, de efeitos preventivos jurídico-civis, assim como, inversamente, o Direito Civil, segundo o novo desenvolvimento, tornaria frutíferos os efeitos penais”*.¹⁴⁵ Não por outra razão, sustenta a integração da reparação como uma “terceira via” do Direito Penal. A justificar sua posição ROXIN assevera que: *“Hoy tenemos que admitir que esta estricta separación era um*

¹⁴¹ ROXIN, Claus. La reparación ... Op. Cit., p. 131-156

¹⁴² HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima ... Op. Cit., p. 107.

¹⁴³ Ibid., p. 110.

¹⁴⁴ A concepção teórica do autor será apresentada de maneira mais aprofundada no capítulo 5.

¹⁴⁵ ROXIN, Claus. La reparación ... Op. Cit., p. 155.

caminho equivocado y que [...] en el futuro será necesaria una reaproximación entre el Derecho penal y el Derecho civil.”¹⁴⁶

Em qualquer hipótese, é certo que a reparação levada a efeito no âmbito penal jamais poderá ser compreendida nos mesmos termos que o ressarcimento civil de danos ou a compensação do dano, guiada, portanto, por objetivos jurídicos de Direito privado.¹⁴⁷ Por ser incorporada ao sistema penal, ela deve se revestir de um sentido político-criminal. Uma das razões para tanto é o fato de que “*O sistema penal concentra seu interesse na “gravidade do fato”, um conceito que não coincide com o “prejuízo” sofrido pela vítima ou outros prejudicados pelo delito e, nesse sentido, a reparação não contempla a pretensão da vítima de ver compensado o dano patrimonial como uma condição para a solução do conflito*”.¹⁴⁸ SCHÜNEMANN ressalta a importância desta diferença também em razão da mensagem que se busca transmitir, pois enquanto a responsabilização penal tem por fim comunicar a proibição da realização de ações que causem danos sociais, o direito de responsabilidade civil “*transmite apenas a bem mais modesta mensagem de que o exercício de determinados privilégios, como também do privilégio de lesionar os demais, acarreta posterior necessidade de compensação.*”¹⁴⁹

A importante diferença entre o Direito penal e o Direito civil consiste no fato de este atuar como regulador de conflitos privados, orientando-se, basicamente, pela reparação da vítima atual, ao passo em que o Direito penal tem sua construção voltada à vítima potencial, posto que orientado por finalidades preventivas.¹⁵⁰ Disto resulta que mesmo nos delitos em que a figura da vítima esteja de pronto definida, a relação jurídico-penal daí resultante jamais poderá ser dual. Outrossim, no cerne do Direito penal a problemática jamais se resumirá ao mero pagamento: a reparação, no âmbito do sistema jurídico-penal só pode estar legitimada se estreitamente vinculada e norteadada pelos fins do Direito penal, pelos fins da pena.¹⁵¹

A radical distinção entre ambos, porém, reside em seus objetos de valoração: enquanto a reparação civil tem por fundamento o *dano*, e por isso é transmissível a terceiros – pela transferência *mortis causa* ou ainda nas hipóteses em que a lei civil os prevê como

¹⁴⁶ ROXIN, Claus. Pena y Reparación. **ADPCP**. VOL. LII, 1999, p. 14.

¹⁴⁷ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 90.

¹⁴⁸ Ibid., p. 92, g.n.

¹⁴⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da Vítima ... Op. Cit., p. 114.

¹⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 196.

¹⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. **Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito**. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 422.

corresponsáveis junto àquele que deu causa ao resultado – a responsabilização penal só pode estar fundamentada na culpabilidade do agente, na *conduta*, é dizer, no desvalor objetivo e subjetivo da ação praticada, assim como no desvalor do resultado por ela produzido, de modo que “*o decisivo será o aspecto de “ato pessoal de restabelecimento do Direito vulnerado”, que é inerente ao voluntario esforço reparatório*”.¹⁵² Também por isso é possível asseverar a viabilidade em discutir a reparação penal inclusive nas hipóteses de delitos sem vítima determinada, que afetam bens jurídicos supraindividuais, porquanto “*o sistema penal concentra seu interesse na “gravidade do fato”, um conceito que não coincide com o de “prejuízo” suportado pela vítima ou outros prejudicados pelo delito*”.¹⁵³

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, é possível dizer que esta discussão já se encontra superada ante a pluralidade de institutos pensados precisamente para a compensação do ofendido.

Em verdade, não há relevância prática significativa no questionamento sobre se a incorporação da lógica da reparação do dano ao Direito penal significará, em maior ou menor medida, uma reaproximação ao Direito civil se, submetida aos fins daquele e da pena, ela se amoldar a eles e se mostrar hábil a alcançá-los. Sem olvidar que é também função do sistema punitivo promover o controle social com o menor custo e o menor sofrimento, identificando-se que a reparação pode cumprir com finalidades repressivas e preventivas “*isso não significará uma perversão do Direito penal, mas, ao contrário, algo coerente com seu caráter de “extrema” ou “ultima ratio”, que, obviamente, é incompatível com uma lógica jurídica formal e obrigatoriamente retribucionista*”.¹⁵⁴

3.3. CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS: O QUE SE DEVE ENTENDER POR REPARAÇÃO?

Dados os discursos político-criminais atuais, a reparação é invocada para solucionar ao menos três ordens de problemas: a) a superpopulação carcerária; b) uma reposta aos delitos econômicos, concomitantemente retirando do agente os benefícios adquiridos por meio do delito e restaurando o *status quo ante* ao crime; e c) satisfazer os interesses da

¹⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 197.

¹⁵³ GALAIN PALERMO, Pablo. **La reparación** ... Op. Cit., p. 92.

¹⁵⁴ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago; SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio De Llera; **La Responsabilidad Civil <<Ex Delicto>>**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 19-50, p. 33.

vítima. Por outro lado, tanto na literatura científica quanto na legislação, é possível encontrar diferentes formas de conceber a integração da reparação no Direito penal. Não se trata, aqui, de proceder a um exame pormenorizado de cada uma delas, porquanto seja objeto de preocupação nos capítulos que se seguem.

Por hora, o importante é esclarecer que quando se emprega o termo “reparação” no âmbito penal, não se parte de um conceito unívoco, mas cujo conteúdo material, natureza jurídica, funções e reflexos, são divergentes. Dentre todos os horizontes possíveis, porém, deve-se rechaçar, de plano, uma concepção demasiadamente ampla do termo, consoante a qual *“se realizaria reparação quando se restaura a relação vertical perturbada pelo delito, do delincente com o Direito, o Estado, a vítima e a comunidade jurídica”*,¹⁵⁵ posto que, assim sendo, *“qualquer reação ao fato punível seria subclasse de reparação”*.¹⁵⁶ No mesmo sentido, conceber a reparação unicamente sob a perspectiva da vítima não seria válido, pois compreenderia qualquer prestação material que ela porventura recebesse, com independência de como, quanto e quando viesse a ocorrer, ou até mesmo da pessoa que a realize, o que não é de utilidade para a análise do potencial da reparação para influir em uma possível modificação da responsabilidade penal.¹⁵⁷

Se se considera uma prestação que deva assumir relevância jurídico-penal, somente será possível falar em uma prestação realizada por aquele penalmente responsável pelo dano. Outrossim, no Direito penal, por maior relevância que se possa atribuir a ela, a reparação não pode estar vinculada unicamente à ideia de vítima, mas ao dano, à gravidade da infração e necessidade ou desnecessidade de pena.

É preciso comemorar esta nova política criminal que tem considerado, novamente, o papel do ofendido. Especificamente no que tange ao objeto deste trabalho, porém, as considerações sobre a reparação do dano não podem ficar circunscritas aos interesses de uma vítima direta e determinada. Algumas premissas devem ser consideradas: não é possível pensar em ampliar as faculdades do ofendido às custas das garantias processuais do agente; nem reduzir o Direito Penal a um conflito entre autor e vítima; e menos ainda, substituir a pena estatal por medidas unicamente expiatórias ou retributivas.¹⁵⁸ Como sintetiza GALAIN PALERMO: *“reparar no es únicamente indemnizar a la víctima, sino también cumplir con los fines de la pena, procurando un auténtico retorno a la paz social”*.¹⁵⁹ Desta forma, é

¹⁵⁵ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit, p. 61.

¹⁵⁶ Ibid., p. 61.

¹⁵⁷ Ibid., p. 62.

¹⁵⁸ HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca de la posición de la víctima ...* Op. Cit., p. 128.

¹⁵⁹ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit, p. 84.

possível aceitar a reparação como uma questão penal, inclusive para delitos que não tenham tido por consequência uma vítima direta.¹⁶⁰

Se os interesses da vítima serão, em alguma medida, alcançados pela reparação, tal objetivo não poderá figurar como principal alvo a ser alcançado pela norma penal e, assim, jamais poderá ser trazido ao primeiro plano de um estudo político criminal de escolha de qual bem jurídico proteger e do como isso será feito, mas, antes, deverá ser levada a efeito por uma análise *ex post*.¹⁶¹ Não é possível restabelecer o bem jurídico lesionado pela simples indenização à vítima. A compensação do dano social gerado requer que “*o comportamento posterior do autor seja de tal magnitude que, valorado desde um ponto de vista social e comunicativo, cumpra com os fins sociais de proteção de bens jurídicos futuros*”.¹⁶²

Considerando, então, que a reparação penal não deve ser compreendida sob os mesmos termos que a indenização/compensação civil – objetivos jurídicos alcançados, via de regra, pela via patrimonial, porquanto destinadas a atender precisamente os interesses patrimoniais da vítima no juízo civil – resta evidenciar a compatibilidade ou incompatibilidade da reparação com os fins da pena e as características que deve assumir para que possa ser incorporada ao sistema punitivo. Em efeito, qualquer reforma deve se propor a tornar as leis penais mais coerentes com os objetivos político criminais estabelecidos, o que pressupõe, outrossim, uma política criminal concreta e definida, pois, do contrário, será impossível saber qual o objetivo a ser alcançado.¹⁶³

¹⁶⁰ Ibid., p. 96.

¹⁶¹ Com efeito, unido ao debate sobre a reparação está indissociavelmente o debate a respeito do conceito de vítima. Quando se trata do direito penal é certo dizer que o conceito de vítima não se confunde com o tradicional critério aplicado ao âmbito do Direito civil, ou seja, aquela que sofre diretamente o dano ocasionado pelo crime. Deste conceito desprende-se outro, que alcança os interesses sociais, os bens jurídicos coletivos: “*Colocar al Estado como portador de estos intereses no modifica la situación imperante, pues la persecución penal le pertenece*”. MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. Op. Cit., p. 213.

¹⁶² GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 84.

¹⁶³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil. Op. Cit., p. 27.

4. O SIGNIFICADO DA REPARAÇÃO PARA A TEORIA DA PENA

É preciso pôr em dúvida qualquer discurso que conceba um Direito penal para ser eficaz. Um Direito penal preocupado mais com a eficiência e a eficácia em si mesmo, que em servir aos cidadãos, pode facilmente se converter, como na história ocorreu, em uma arma contra a sociedade “trocando-se a eficácia da pena, pelo terror penal”.¹⁶⁴ Em um Estado Social e Democrático de Direito, isto somente pode ser evitado se os fins a serem perseguidos pela pena estiverem rigorosamente alinhados às finalidades do Estado e submetidos às limitações postas ao exercício do *ius puniendi*. Nesta medida, somente será possível falar em eficiência ou eficácia do Direito penal se, circunscritas à função de proteção de bens jurídicos, observarem os limites impostos pelos princípios da ofensividade, da legalidade, da culpabilidade e da mínima intervenção. Tal importa dizer que, por vezes, a despenalização ou a instituição de instrumentos sancionatórios menos rigorosos ainda assim poderão significar um aperfeiçoamento dos mecanismos penais de resposta, se se mostrarem eficazes no alcance das missões do Direito penal – enquanto organização jurídica – e da pena – enquanto instrumento¹⁶⁵, de modo que a reparação do dano não pode ser descartada de pronto.

Destarte, se se pretende dar resposta à indagação sobre o ‘*como*’ e o ‘*até que ponto*’ a reparação pode ser incorporada ao sistema penal é indispensável, antes, refletir a respeito de sua adequação às finalidades perseguidas por ele. Tal qual a norma penal em si, qualquer instrumento sancionatório é, e deve ser, revestido de um elemento teleológico: A pena não é apenas uma forma de retaliação, também constitui um meio de atingir um objetivo, qual seja, o de reforçar a proteção dispensada aos bens jurídico.¹⁶⁶

Os modelos de incorporação da reparação ao sistema penal podem ser sistematizados, grosseiramente, em dois grupos: a) o primeiro, para o qual a reparação

¹⁶⁴ MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho**. 2ª ed. Rev. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1982, p. 29.

¹⁶⁵ Cite-se as ressalvas de HASSEMER quanto à divergência de conteúdo dos conceitos de *Função* e *Missão* do Direito penal. Para ele, nada obstante a linguagem jurídica tradicional, mais adequado seria recorrermos aos conceitos da linguagem sociológica, segundo a qual: *função* é a soma de consequências objetivas de algo, consequências acessórias, não desejadas, mas reais do sistema, enquanto que *missão* é o propósito, meta, fim, ou seja, as consequências buscadas, almejadas oficialmente pelo sistema. HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. p. 99. Tal divergência também é salientada, na realidade brasileira, por Busato: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015. Especificamente em relação aos efeitos desta diferenciação para as considerações sobre a pena, vide: PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la Prevención General Positiva en la Fundamentación de la Imputación Subjetiva y de la Pena**. 1988, 517f. Tese doutoral – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 16 de junho de 1989, p. 344 e ss. No Brasil: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 05.

¹⁶⁶ KAUFMANN, Armin. Op. Cit., p. 293.

somente pode ser considerada em uma relação de dependência em relação às demais sanções penais, e por isso deve ser situada, dentro da teoria do delito e/ou quando de determinação da pena, de maneira restringida. Aqui, pode-se adiantar que o conceito material da reparação não está tão distante da reparação civil, porquanto os ordenamentos que assim a incorporam não discriminam entre atos de restituição, reparação e indenização, e, por esta razão, é dotada de efeitos penais limitados¹⁶⁷; b) para o segundo, a reparação pode ser compreendida como uma sanção penal autônoma, sendo dois os sistemas estruturados sobre esta premissa: a reparação como “terceira via”, do qual Roxin é o maior expoente, e a reparação como “pena”. Há, contudo, um terceiro modelo, baseado em uma ideia de “compensação entre autor e vítima”. Dentro deste, diferentes propostas existem, todas elas, porém, partem de semelhantes fundamentos: a compensação informal, ou extrajudicial, é um meio de impedir a instauração de um processo; requer uma participação ativa tanto do autor, quanto da vítima; e quando não puder evitar o processo, deverá influir na dosimetria da pena.

Por outro lado, embora possa ser concebida de distintas formas, relevante será, para a discussão que se inicia, se a o ato de reparação é fruto de uma realização voluntária ou, por outro lado, se se trata de ato de obediência à uma imposição emanada por um órgão administrativo ou jurisdicional. Não é possível converter um instituto em consequência jurídico-penal do delito ou prescindir da pena em favor de outra reação penal sem averiguar, previamente, se tal instituto ou reação se amolda à tarefa do Direito penal.¹⁶⁸ Para tanto, há que identificar, antes de tudo, a quais fins a resposta penal deve se submeter e, aí então, confrontá-los com a reparação. Tal é o propósito deste capítulo que, para tanto, demandará resposta também a outros questionamentos: a reparação - voluntária ou imposta – é um ato de Direito penal ou é – ou deve ser – somente valorada por ele? Uma vez especificado em que consiste, ou deveria consistir, a reparação, seu conceito e seu conteúdo, dever-se-á definir qual o tipo de relação existente entre a reparação e a pena, se existe uma finalidade reparadora na pena e qual configuração a prestação deverá assumir para que possa, se porventura assim se verificar viável, desempenhar funções penais e, logo, satisfazer os fins da pena.

¹⁶⁷ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 118.

¹⁶⁸ Ibid., p. 118.

4.1. OS EFEITOS RETRIBUTIVOS DA PENA

“Com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum de seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?”¹⁶⁹ Esta indagação esboçada por ROXIN sintetiza a problemática relativa à legitimação e aos limites do poder estatal. Hodiernamente três são as teorias que buscam dar fundamento e legitimidade ao *ius puniendi*: a teoria da retribuição, a teoria da prevenção e a teoria da ressocialização. Como observa SILVA SÁNCHEZ, nada mudou desde o séc. XIX, quando as bases teóricas destas três concepções foram assentadas¹⁷⁰ e, por isso, pertinente é advertência de ROXIN quando afirma não ser possível estudar a teoria da pena de maneira estanque, como se tivéssemos, de pronto, respostas acabadas a uma pergunta invariável.¹⁷¹

4.1.1. Conteúdo e delimitação teórica

A primeira resposta à pergunta inicialmente exposta é dada pelas chamadas “teorias da retribuição”. Inseridas nas fundamentações absolutas da pena¹⁷², para as teorias retributivas o sentido da pena está na compensação da culpabilidade do agente mediante a imposição de um mal.¹⁷³ Não se trata da realização de um fim, mas da realização da ideia de justiça, onde a pena tem um fim em si própria, “como um dever metajurídico que possui em si seu próprio fundamento”.¹⁷⁴ Em suma: seria justo “transformar o mal em mal”¹⁷⁵.

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 15.

¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 313.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 15.

¹⁷² As teorias absolutas da pena albergam as teorias da expiação e as teorias da retribuição, cada uma destas grandes classes, por sua vez, é subdividida em subgrupos, albergando ainda diversificadas teorias que comungam de uma mesma premissa. Falaremos, adiante, das teorias da retribuição. Quanto às teorias da expiação, que por seu crítico fundamento não serão aprofundadas no corpo deste trabalho, convém tecer apenas uma breve conceituação: a teoria da pena como expiação concebe esta como reconciliação do delinquente consigo mesmo, com a ordem violada e com a comunidade. Trata-se de uma verdadeira expiação moral que pressupõe um genuíno arrependimento do sujeito o que, é cediço, não pode ser o objetivo do Direito penal. Sobre o tema, vide, dentre outros: LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. De Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colección de Estudios n. 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

¹⁷³ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 16.

¹⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. *Teoria do garantismo penal*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

¹⁷⁵ Ibid., p. 205.

As bases teóricas das teorias absolutas da pena são resultado da confluência entre as correntes de tradição filosófica do idealismo e a tradição cristã¹⁷⁶, orbitando ao redor de três núcleos centrais: vingança, expiação e reequilíbrio entre pena e delito.¹⁷⁷ Nunca totalmente abandonadas, foram retomadas no século XIX¹⁷⁸ e, durante o Estado de Direito penal *liberal*, dividiram lugar com outra função atribuída à pena, a função preventiva, ambas divergindo em relação à concepção de homem, para o Direito, da qual partiam¹⁷⁹. Enquanto esta, “firmada em razões de utilidade, atribuía à pena a função utilitarista de proteção da sociedade por meio da prevenção de delitos”¹⁸⁰ e pensava no homem empírico, aquela, para a qual a pena obedecia à pura realização da justiça, partia do homem ideal e não exigia que a pena os protegesse em seus bens – como a vertente preventiva utilitarista – mas antes, objetivava a proteção dos “valores ideais do homem-razão”.¹⁸¹ Naquela quadratura, onde maior importância era destinada à concepção retributiva, dois foram principais teóricos, que a pensaram não mais em um caráter eminentemente religioso, mas que se pretendia laico, jurídico: Kant e Hegel.

A estrutura teórica do pensamento de Kant para a teoria da retribuição está em que o homem não pode ser um meio para algo, um instrumento, porquanto é um fim em si mesmo e, deste modo, não seria admissível castigá-lo para alcançar outros fins, sob pena de “confundi-lo com os objetos do Direito das coisas”¹⁸². A essência da pena é a justiça e, portanto, o relevante, para decidir por sua imposição, ou não, será verificar se o delinquente é digno de castigo, e não sua utilidade para os demais cidadãos.¹⁸³ Por esta razão, seria ilegítimo perseguir uma utilidade sem antes determinar, juridicamente, qual a pena proporcionalmente devida. No que diz respeito à magnitude da pena, Kant se inclina à “compensação pelo mesmo gênero”¹⁸⁴. Para ele, nada além do princípio da igualdade poderá determinar a quantidade de punição correspondente à medida da justiça pública e, em conformidade a isso “seja qual for o mal imerecido que infliges a uma outra pessoa no seio do povo, o infliges a ti mesmo”¹⁸⁵ e, por isso, “somente a lei de Talião (*ius talionis*) –

¹⁷⁶ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 17.

¹⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 205.

¹⁷⁸ Ibid., p. 205.

¹⁷⁹ MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena ...** Op. Cit., p. 26.

¹⁸⁰ Ibid., p. 26.

¹⁸¹ Ibid., p. 26.

¹⁸² JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal: Significado y Finalidad**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 1ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 103.

¹⁸³ Ibid. p. 100.

¹⁸⁴ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Op. Cit., p. 24.

¹⁸⁵ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru/ SP: Edipro, 2003, p. 175.

entendida, é claro, como aplicada por um tribunal (não por teu julgamento particular) – é capaz de especificar definitivamente a qualidade e a quantidade de punição”.¹⁸⁶

À exceção do homicídio, onde aquele que o praticou terá que morrer pela inexistência de “substituto que satisfaça à justiça”¹⁸⁷, KANT flexibiliza o *ius talionis* quando, em casos não tão graves, existirem equivalentes funcionais à sanção ou em hipóteses nas quais a “aplicação do princípio da retaliação de igual para igual” não seria possível, máxime quando se trate de diferenças de posição social. Nestes casos, afirma, “mesmo quando o princípio não é possível na letra, o princípio pode sempre permanecer válido do ponto de vista de seu efeito, caso se leve em consideração as sensibilidades das classes superiores”.¹⁸⁸ Dois são os principais exemplos trazidos por KANT a fim de demonstrar seu argumento: a) no primeiro, trata da insuficiência da multa, imposta por um insulto verbal, pois alguém rico poderia pagá-la com facilidade. No entanto, o ultraje que causou à honra de alguém poderia ser compensado por uma honra ao seu próprio orgulho se não fosse obrigado ao pagamento em pecúnia, mas a desculpar-se publicamente àquele que o insultou, assim como a beijar sua mão, mesmo que pertença a uma classe inferior: “a vaidade do ofensor seria atingida dolorosamente, de sorte que, através de sua vergonha, igual seria apropriadamente pago com o igual”¹⁸⁹. b) Com relação ao furto, assevera: “mas o que significa dizer: ‘se furtas de alguém, furtas de ti mesmo?’. Todo aquele que furta torna a propriedade de todos os demais insegura e, portanto, priva a si mesmo (pelo princípio da retaliação) de segurança em qualquer propriedade possível”.¹⁹⁰ Para estes casos, KANT propõe que o autor deva ceder suas forças ao Estado para qualquer tipo de trabalho que o agrade, sendo reduzido temporariamente à condição de escravo pelo período que o Estado julgar conveniente.¹⁹¹

Com efeito, “a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade de pena, que deveria fundamentar.”¹⁹² Para JAKOBS, trata-se de um ponto de partida que leva para além do Talião, porquanto Kant não enfatiza o dano ocasionado a outro cidadão, mas o *princípio geral* lesionado pelo agente diferenciando, portanto, entre o mal causado, pelo delinquente, a

¹⁸⁶ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru/ SP: Edipro, 2003, p. 175.

¹⁸⁷ Ibid., p. 176.

¹⁸⁸ Ibid., p. 175.

¹⁸⁹ Ibid., p. 176.

¹⁹⁰ Ibid., p. 176.

¹⁹¹ Ibid., p. 176.

¹⁹² ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 17.

outro cidadão, da lesão causada à generalidade, é dizer, do dano social.¹⁹³ Perde-se, assim, a simetria da Lei de Talião, pois “não será possível deduzir o dano social a partir da vítima individual.”¹⁹⁴

Também para HEGEL a pena está destituída de qualquer finalidade preventiva, pois sendo posterior à lesão praticada, tarda. Ele, porém, parte de uma concepção distinta de delito: não como uma lesão a algo externo, mas um ataque contra a existência da liberdade.¹⁹⁵ Para HEGEL, se se pretende que a pena seja algo além que a vingança, algo mais que o “mal por mal”, se se pretende que ela seja justa, é preciso que lhe seja outorgado a função de restituir o mal praticado.¹⁹⁶ Também por isso a pena não pode ser compreendida como a superação de um dano, pois tal superação somente seria possível de ser alcançada mediante a satisfação/ restituição civil se, e quando, ela tiver lugar. O injusto penal, para Hegel, é “a lesão do Direito como Direito”: “nesta discussão o que interessa é unicamente é que o delito não deve ser negado como a produção de um mal, mas como a vulneração do Direito como Direito e, logo, qual é a existência que tem o delito, e o que se deve anular”.¹⁹⁷ O delinquente, por sua vez, é tomado pelo ser racional que é e, nesta medida, entende-se como implícito, em seu atuar contrário ao Direito, que tal lesão foi causada racionalmente, foi querida pelo sujeito e, assim sendo, o castigo daí resultante também foi por ele querido: “Porque em sua ação, como ação de um ente racional, está implícito um universal: é que por meio dela é instituída uma lei, à qual o delinquente reconheceu por si, e sob a qual pode ser responsabilizado, como sob seu Direito”¹⁹⁸ É dizer: se sua ação é a ação de um ser racional, então tal ação é a manifestação do que o sujeito entende como Direito para si e, por isso, ao mesmo que pratica a outros deve ele se submeter, posto que sua vontade, sua lei. Aí está, para HEGEL, o *ius talionis*: em que o sujeito seja submetido à mesma forma de ação que praticou, pois desta maneira se reconstrói a igualdade que ele lesionou.¹⁹⁹ Para HEGEL, no entanto, a determinação da igualdade na concepção do castigo não é dada por uma igualdade externa, mas de acordo com o valor da vulneração, isto é, o valor da *igualdade interna* que

¹⁹³ JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal**. Op. Cit., p. 110.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 111.

¹⁹⁵ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Op. Cit., p. 26.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 25.

¹⁹⁷ HEGEL, Geord Wilhelm Friedrich. **Filosofia del Derecho**. Trad. Angélica Mendoza de Montero. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A, 1968, p. 108.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 108. Assim consta na tradução castelhana: “*Porque en su acción, como acción de un ente racional, está implícito un universal: el que por medio de ella esté instituida una ley, a la que el delincuente ha reconocido por sí, y bajo la cual puede ser asumido, como bajo su Derecho*”.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 31.

supera a natureza imediata das coisas.²⁰⁰ Por isso, a pena, como réplica ao mal praticado, é a superação do delito, é a “vulneração *da vulneração*.”²⁰¹

As teorias absolutas, no entanto, em qualquer de suas vertentes, têm sido objeto de severas críticas. Uma delas é a de que, na medida em que se assenta na compensação da culpabilidade, “a teoria da retribuição pressupõe já a necessidade da pena, que deveria fundamentar”,²⁰² pois, sem definir sob quais pressupostos a culpa autorizaria o Estado a castigar – já que um mesmo ato nem sempre poderia gerar uma resposta penal, mas, a depender do caso, exclusivamente civil – fracassa na tarefa de estabelecer um limite preciso quanto ao conteúdo do poder punitivo estatal.²⁰³ No que pertine à teoria da retribuição de Kant, se objeta que não cabe à pena fazer justiça. Outrossim, não é possível sustentar que o fim da pena se esgote na satisfação de um dano ideal, no restabelecimento da ordem jurídica vulnerada, de um lado, porque, sendo o dano ideal, não há como voltar ao estado anterior à vulneração e, de outro, pois o ordenamento jurídico exige mais do Estado: exige que se ocupe do futuro.²⁰⁴ FERRAJOLI, por sua vez, sustenta padecerem de uma confusão entre direito e moral, validade e justiça, legitimação interna e justificação externa, posto “*conferirem valor ético, antes mesmo que às penas, à ordem jurídica que as mesmas deveriam integrar*”.²⁰⁵ Em efeito, essas correntes teóricas não conseguiriam apresentar uma resposta adequada à pergunta “porque proibir?”, pressuposto lógico da indagação sobre o “porque punir?” e, portanto, seriam capazes de justificar modelos não liberais de Direito penal máximo. Convém mencionar, como o faz JAKOBS, que, nada obstante pregue pela impossibilidade de tornar o homem em objeto, posto que, pela sua própria condição, é dotado de valor inato, Kant admite a redução à escravidão ou a pena de trabalhos forçados como respostas legítimas a determinados delitos de cunho patrimonial.²⁰⁶ Klaus GÜNTHER, a seu turno, assevera que o grande problema das teorias da retribuição é não explicar a razão pela qual, máxime nas sociedades modernas, a injustiça ou a norma violada precisam ser, respectivamente, negada e reafirmada mediante a inflição de um mal, e não outro meio mais adequado, mais eficaz. Conforme aponta, o nível de abstração destas teorias mostra que “na

²⁰⁰ HEGEL, Geord Wilhelm Friedrich. Op. Cit., p. 110.

²⁰¹ Ibid., p. 109: “*La superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero, esa identidad que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma*”.

²⁰² ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 17.

²⁰³ Ibid, p. 17.

²⁰⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 128.

²⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 208.

²⁰⁶ JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal**: Op. Cit., p. 176.

pena retributiva é inserido todo o tipo de mensagens, que devem ser expressas pela inflicção de um mal” de modo que “o mal da pena se torna um meio de comunicação” mas, o “porquê essa mensagem precisa deve ser atrelada à suplementar inflicção de um mal pelo Estado permanece uma questão em aberto”.²⁰⁷

4.1.2. Reparação e Retribuição

A superação das teorias retributivas²⁰⁸ é concebida como fruto da modernização do Direito penal. Ainda assim, a impossibilidade de defender uma teoria puramente retributiva da pena, ou qualquer outra vertente das teorias absolutas, não implica o rechaço imediato de todos os seus postulados. Convém rememorar, neste ínterim, que a reformulação das teorias retribucionistas por Kant e Hegel se deu não apenas com o objetivo de substituir as ideias iluministas – de Hugo Grocio, Hobbes, Pufendorf, Wolff e Beccaria – que, pensando a pena sob um viés de *prudência* – persecução racional de utilidade – somente definiam o que a pena não deveria ser (isto é, sem utilidade), mas olvidavam a conformação de critérios normativos que lhes definissem uma medida legítima.²⁰⁹ O maior êxito das teorias retributivas – e neste ponto, destaca-se a formulação de Kant – é a de assentar o valor da dignidade humana pela impossibilidade de considerar o homem como objeto, assim como o fato de que, antes de se poder pensar sobre utilidade da sanção que lhe será imposta, deve-se perquirir sobre a punibilidade do agente.²¹⁰ Por diferentes que sejam as percepções, tanto entre as concepções de Kant e Hegel, quanto em relação ao entendimento atual, é certo que a noção de proporcionalidade da sanção à culpabilidade do agente, onde aquela jamais poderia ultrapassar o mal causado, é colocada como ponto central da intervenção do Estado.²¹¹

Tomando tais pontos em consideração, e a partir dos delineamentos teóricos principalmente de Hegel, surgem novas releituras da teoria da retribuição voltadas a lhe garantir um espaço na discussão atual sobre a justificação e a finalidade da pena. LESCH, nesse sentido, apresenta uma “teoria funcional retributiva e compensadora da culpabilidade” onde estrutura pressupostos absolutos e relativos de maneira dialética: “é absoluta, porque a

²⁰⁷ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004). Op. Cit., p. 192-193.

²⁰⁸ O “adeus a Kant e a Hegel”, na conhecida expressão título do trabalho de KLUG: KLUG, U. “Abschied von Kant und Hegel”. In: BAUMANN, J. (Org.), **Programm für ein neues Strafgesetzbuch**. Frankfurt am Main, 1968, p. 36 e ss.

²⁰⁹ A respeito, vide: JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal**. Op. Cit., p. 99 e ss.

²¹⁰ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Op. Cit., p. 175.

²¹¹ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 133.

pena diz respeito ao passado, e não ao futuro. É relativa, porque essa punição não é um fim em si mesma, mas tem uma função, a saber, a manutenção das condições fundamentais de coexistência social, da identidade normativa da sociedade.”²¹² Posição semelhante é construída por ALASTUEY DOBÓN que não desconsidera os efeitos preventivos geral e especial – porquanto a pena deve estar orientada ao futuro – mas, entendendo que a culpabilidade deve ser o fundamento da pena e o ponto central de seu cálculo – “*a pena deve ser proporcional à gravidade do injusto culpável*”²¹³ – adiciona a eles a reafirmação do ordenamento jurídico, mediante a pena proporcional à gravidade do injusto e à culpabilidade do agente, como efeito retributivo da sanção penal.²¹⁴ Com efeito, SILVA SÁNCHEZ, também pontuou que “uma questão que deve ser mantida aberta é a possibilidade de construir e fundamentar uma teoria retributiva desde perspectivas de “racionalidade moderna”.²¹⁵

Como compatibilizar, no entanto, reparação e retribuição? De certa forma, ambas estão relacionadas desde as origens das bases teóricas das teorias retributivas, quando a vítima ainda era encarada no centro do conflito estabelecido a partir do delito.²¹⁶ ROXIN, chama a atenção para o fato de que ao se pretender averiguar o significado da retribuição para a teoria da pena, pode-se prescindir das teorias absolutas antecipadamente, mas não é possível ignorar que muitos de seus elementos ainda permanecem válidos e em alguma medida incorporados às teorias preventivas dominantes, o que é verdadeiro tanto para a teoria da prevenção geral por meio da compensação de culpas, quanto para a teoria de HEGEL, a qual tem sido fundamento de muitas outras propostas modernas²¹⁷ – como é o caso das proposições de LESCH e ALASTUEY DOBÓN – de tal sorte que precisam ser levados em consideração.²¹⁸ ROXIN, em verdade, buscando fazer prova de que não só a reparação em si, mas um sistema de conciliação entre autor e vítima, podem ser igualmente úteis independentemente de qual teoria se parta e de qual se compreenda como o fim determinante da pena, assevera: “uma autêntica compensação do fato, um restabelecimento

²¹² LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Op. Cit., p. 79.

²¹³ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 133.

²¹⁴ Ibid., p. 136.

²¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 314.

²¹⁶ GÜNTHER, Klaus. *Crítica da pena I* (2004). Op. Cit., p. 190.

²¹⁷ ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de nos fines de la pena*. Op. Cit., p. 131-147.

²¹⁸ HASSEMER, a este propósito, assevera que as teorias absolutas “*não são tão absolutas como seus textos dão a entender; certamente, mantiveram a negação do delito e a realização da justiça como fins da pena, mas com matizações muito próximas às modernas teorias funcionalistas. Com isso, queda fragilizado o caráter absoluto destas teorias, pois a realização da justiça se funcionaliza, vinculando-se a fins sociais, de modo semelhante ao preconizado pela teoria da prevenção geral positiva*”. In: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Op. Cit., p. 151.

da situação originária, somente se pode conseguir quando o dano for remediado e os efeitos imateriais do fato tenham sido eliminados mediante uma reconciliação”.²¹⁹

ZEDNER, analisando os ordenamentos Britânico e Norte Americano, verifica que em nenhum lugar a reparação substituiu o paradigma punitivo, tendo prevalecido, ao invés disso, previsões para incorporação da compensação somente de vítimas identificáveis ao rol de penalidades estigmatizantes e retributivas já existentes. A reparação, no entanto, e conforme bem pontua, não pode ser apenas isso: envolve mais do que “corrigir” os danos causados (“*making good*” *the damage done*)²²⁰. Analisando as diversas formas pelas quais se tentou a incorporação dos meios de reparação ao sistema de justiça criminal – incluindo as hipóteses de mediação e a *compensation order* – identificou pontos convergentes entre as correntes retributivas e reparadora. Primeiro, ambas partiriam da premissa da autonomia individual à luz da qual o agente delitivo é capaz de livremente fazer suas escolhas morais e, assim, ser responsabilizado por elas, ser legitimamente chamado a prestar contas por suas ações, seja mediante prestações positivas, seja sofrendo uma punição proporcional ao mal causado. Nada obstante, critica-se o fato de ambas as correntes assumirem que os infratores são agentes plenamente racionais, indivíduos livres, ignorando as possíveis inadequações sociais, educacionais, psicológicas, dentre outras, em que pode estar envolvido. Em segundo lugar, ambas extrairiam sua legitimação e estruturariam seus critérios de proporcionalidade para as penalidades a serem aplicadas tomando em conta unicamente a gravidade do mal causado, excluindo considerações que vão além da ofensa em particular. Nada obstante, os critérios dos quais partem são diversos: enquanto a retribuição está voltada à intenção do agente, derivando daí sua racionalidade, a reparação toma por base o efetivo dano causado.²²¹ O perigo, porém, residiria justamente na definição da proporcionalidade material ou simbólica da reparação.

À vista destas considerações ZEDNER chama atenção para o fato de que se se pretender a conciliação entre reparação e retribuição, seria necessário desenvolver uma *medida* que integre a intenção do agente e a lesão causada na determinação da gravidade da ofensa: “a maior dificuldade, porém, é que se a reparação é mais do que um análogo criminal para os danos civis, então ela deve ir além da própria ofensa para questionar os

²¹⁹ ROXIN, Claus. Pena y Reparación. **ADPCP**. Vol. LII, 1999, p. 09.

²²⁰ ZEDNER, Lucia. **Reparation and Retribution: Are they Reconcilable?** The Modern Law Review, Vol. 57, No. 2 (Mar., 1994), pp. 228-250. Disponível em: http://www.antoniocasella.eu/restorative/Zedner_1994.pdf. Acesso em: 31.12.2011, p. 234.

²²¹ Ibid., p. 248.

custos sociais mais profundos e os meios de torná-los favoráveis”.²²² Sua preocupação, contudo, é de que o esforço para incorporar um sistema reparador ao raciocínio da justiça punitiva possa tanto perverter a lógica que lhe é subjacente, seu significado elementar, quanto despi-la de boa parte de seu apelo original, inclusive seu compromisso em reparar as rupturas dos vínculos sociais.²²³

ALASTUEY DOBÓN, para a qual a reparação é instituto de natureza jurídica de Direito privado e a retribuição constitui a reafirmação do ordenamento jurídico – como função simbólica –, parte de dois prismas distintos. De um lado, verifica que a “reparação imposta” não poderia se apresentar como sanção adequada para “reafirmar o ordenamento jurídico”, dada a impossibilidade de encontrar a devida proporcionalidade entre a pena e a gravidade do injusto: “o injusto culpável, e o dano civil ou as necessidades de ressarcimento da vítima não constituem um princípio de medida modificável, de forma que seja possível optar por qualquer um dos dois e, ainda assim, obter uma sanção penal de mesmo caráter.”²²⁴ Dois cenários seriam possíveis: o primeiro, onde o injusto culpável seria de gravidade elevada, mas os danos gerados seriam ínfimos; o segundo, onde o injusto culpável seria normal ao delito, mas os danos causados seriam graves e, aqui, seriam melhor resolvidos pela normativa civil, pois além de albergar também os danos morais, baseia-se em critérios de responsabilidade objetiva. Diametralmente opostos seriam os resultados de uma “reparação voluntária”, uma prestação pós delitiva realizada voluntariamente pelo autor do delito, pois, em tais casos, “o autor expressa seu reconhecimento da validade da norma infringida, contribuindo à reafirmação do ordenamento jurídico, ou, dito de outro modo, à estabilização da norma”.²²⁵ De tal forma, porém, o verdadeiramente significativo seria o ato voluntário do agente, o ato de reparação em si, e não seu resultado material, o qual pertenceria ao âmbito civil, onde se poderia, inclusive, verificar a capacidade do agente em promover a integralidade, ou não, da reparação.

Sensivelmente semelhante é o posicionamento de GALAIN PALERMO, para o qual a pena deve perseguir finalidades preventivas, mas se determinar com base na reunião de critérios reparadores e político-criminais (como merecimento de pena, subsidiariedade, necessidade de pena, dentre outros) encontrando seu justo limite na proporção entre a medida da culpabilidade e a reprovação (critérios de retribuição, portanto)²²⁶. De tal sorte, a

²²² ZEDNER, Lucia. **Reparation and Retribution**. Op. Cit., p. 249.

²²³ Ibid., p. 250.

²²⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 137.

²²⁵ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 131-142.

²²⁶ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 351.

pena se fundamentaria na proteção de bens jurídicos, mas se limitaria segundo princípios de proporcionalidade à culpabilidade, e não à gravidade do dano praticado, porquanto esta última daria azo à juízos de imputação assentados em critérios objetivos, indo na contramão de um Direito penal de responsabilidade subjetiva, dando lugar a excessos da resposta estatal.²²⁷

4.2. EFEITOS PREVENTIVOS DA PENA

À diferença das concepções retribucionistas, as teorias preventivas da pena se encontram albergadas sob as denominadas teorias relativas, justificações de viés utilitarista para as quais a sanção é um instrumento para o alcance do fim de prevenção de futuros delitos. Tais teorias se distinguem por dois critérios: segundo os destinatários da prevenção, em prevenção geral e especial, quando orientada à pessoa do infrator ou aos demais cidadãos; e segundo à natureza dos objetivos pretendidos da pena.²²⁸ Mesmo contrapostas às concepções exclusivamente retributivas, as concepções teóricas da prevenção não ignoram que a pena, em seu conceito, é retribuição, porquanto infligência de um mal como consequência de um outro mal praticado, e que guarda por fundamento real a culpabilidade do agente. As penas, nada obstante fundamentadas por um fato passado, devem ser orientadas ao futuro, daí extraíndo seu fundamento final.²²⁹ É a concepção da pena enquanto meio, e não como fim ou valor em si mesma, o traço característico das teorias utilitaristas.²³⁰ Veja-se, a esse respeito, que ao distinguir o castigo/ pena de todos os outros atos que possam ser a ele semelhantes em certos aspectos BENTHAN tem em conta a intenção direta daquele que inflige o castigo em relação ao mal que impõe. Destarte, enquanto castigar, no sentido mais amplo, seria “impor um mal a uma pessoa com intenção direta relativamente ao mal, em razão de alguma ação que parece que se fez ou que se deixou de fazer”, as penas/ castigos legais são, a seu turno, definidas por princípios de utilidade como “males, que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum

²²⁷ Ibid., p. 353.

²²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 212. FERRAJOLI colhe em Sêneca a precisa elucidação da diferença entre as teorias absolutas e as teorias relativas/ utilitaristas: “*as justificações do primeiro tipo são quia peccatum, ou seja, dizem respeito ao passado; aquelas do segundo, ao contrário, são ne peccetur, ou seja, referem-se ao futuro*”. P. 205.

²²⁹ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Op. Cit., p. 39.

²³⁰ Ibid., p. 208.

ato prejudicial, proibido por lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro”.²³¹

No entanto, se, diferente da retribuição, as bases da prevenção forneceriam o instrumental teórico necessário a dar resposta tanto à pergunta “porque punir?”, quanto à “porque proibir?”²³², o utilitarismo também deixa de apresentar balizas legítimas de delimitação da medida da pena, pelo que também não seria suficiente para justificar um Direito penal mínimo. Parte desta problemática pode ser direcionada à vertente utilitarista da qual se parte para fundamentar o *ius puniendi*. A depender da finalidade atribuída à pena e ao Direito penal, o utilitarismo pode ser concebido sob dois prismas distintos, sistematizados por FERRAJOLI da seguinte forma: de um lado, equiparando finalidade à “máxima utilidade possível garantida à maioria formada pelos não desviantes”; e de outro, concebendo-a como “mínimo sofrimento necessário a ser impingido à minoria formada por desviantes”.²³³ Sendo a primeira a prevalente na doutrina, reportando finalidade aos interesses de segurança social, restariam espaços abertos para a legitimação de penas duras em razão de se não poder exigir limites ou garantias na intervenção punitiva.²³⁴

Ocorre, porém, que o acolhimento de quaisquer destes vieses utilitaristas isoladamente conduzirá a uma equivocada estruturação do sistema punitivo. O Direito penal, num Estado Democrático de Direito, deve tanto cumprir a finalidade de reduzir a violência social, quanto, concomitantemente, reduzir também a própria violência punitiva do Estado.²³⁵ Com base nesta premissa, e na ciência de que, como adverte SILVA SÁNCHEZ, a validade de qualquer teoria relativa da pena, precisamente por seu viés utilitarista, depende de sua verificação empírica, o propósito da exposição que se segue será a de analisar a idoneidade e eficácia da reparação do dano aliada aos demais mecanismos do Direito penal para cumprir com os fins de prevenção.

²³¹ BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e Tratado dos sofismas políticos**. Leme/SP: CL EDIJUR Editora Jurídica, 2002, p. 17-20. Não por outro motivo fala-se que, em certa medida, a prevenção geral está intimamente ligada às teorias retributivas, pois, em essência, a pena ainda é retribuição, nada obstante volte-se à satisfação das necessidades sociais da pena: busca efeitos futuros pela confirmação da vigência da norma e pela intimidação, mas está limitada pela proporcionalidade. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 353. Vide, também: PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la Prevención General Positiva en la Fundamentación de la Imputación Subjetiva y de la Pena**. 1988, 517f. Tese doutoral – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 16 de junho de 1989.

²³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 209.

²³³ Ibid., p. 210.

²³⁴ Ibid., p. 210.

²³⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 331.

4.2.1. Prevenção Geral Positiva

4.2.1.1. Conteúdo e delimitação teórica

A prevenção geral positiva foi introduzida nas discussões sobre a fundamentação e legitimação da pena na tentativa de superar os debates entre as teorias absolutas, relativas e as falhas apresentadas pelas teorias ecléticas, ou da união, principalmente no tocante às “antinomias dos fins da pena”²³⁶. São diversas as correntes teóricas a versar sobre a prevenção geral positiva, cada qual atribuindo à pena um complexo de fins de índole igualmente diversa. As funções atribuídas à prevenção geral positiva podem ser sintetizadas em quatro pilares²³⁷: a) Confirmação da norma lesionada, simbolizando a contradição à vulneração da norma – em uma manifestação simbólica da validade do Direito; b) Um caráter pedagógico da pena, onde ela seria um instrumento para influenciar os cidadãos à observância das normas; c) Promoção da confiança dos cidadãos na estabilidade do ordenamento jurídico e em seu poder para se fazer impor; d) Pacificação do sentimento jurídico da coletividade, apaziguando a consciência geral perturbada pela prática do delito, por meio da aplicação da pena, solucionando o conflito daí resultante: trata-se do chamado efeito de integração que, em ROXIN, alcança um papel de significativa relevância.

Sob a análise de MIR PUIG, as distintas concepções sobre a prevenção geral positiva poderiam ser distribuídas em dois grupos: *fundamentadoras* e *limitadoras*.²³⁸ À luz das primeiras, o Direito penal não estaria limitado a evitar determinadas condutas, mas a perseguir influir na consciência ético-social do cidadão reforçando sua disposição para

²³⁶ Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 318 e ss.

²³⁷ Tomamos por base a síntese apresentada por ALASTUEY DOBÓN, Cf. ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 149 e ss.; Desta classificação, no entanto, não difere a formulada por PEREZ MANZANO, segundo a qual à prevenção geral positiva são atribuídas as seguintes funções: i. Função explicativa da pena: “descreve-se o funcionamento da pena em relação aos cidadãos – contribuindo para manter sua consciência jurídica – e a respeito da própria norma – reafirmando seu caráter inviolável”; ii. Função legitimadora da pena e do Direito penal: “a pena se justifica na medida em que ela seja necessária para manter a confiança dos cidadãos no ordenamento, enquanto estabiliza a norma lesionada (Jakobs); iii. Função limitadora: “das necessidades preventivas distintas da própria prevenção geral positiva”, ou seja, um limite à função de intimidação. Por fim, a autora cita novas tentativas em se atribuir também à prevenção geral positiva um importante papel na fundamentação da responsabilidade individual, para alguns substituindo, e para outros complementando o tradicional conceito de culpabilidade pela prevenção geral positiva (como ROXIN, e a importância por ele destinada à prevenção de integração). Vide: PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**. Op. Cit., p. 07 e ss.

²³⁸ MIR PUIG, Santiago. **Función Fundamentadora y Función Limitadora de la Prevención General Positiva**. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 39, Fasc/Mes 1, 1986, págs. 49-58. Outra diferenciação é apresentada por Ulfrid Neumann, o qual, sob um viés de uma crítica normativa, distingue as teorias preventivo gerais positivas em dois grupos: a teoria social-tecnológica, cujo exemplo é o modelo de Jakobs, e a teoria comunicativa. Vide: NEUMANN, Ulfrid. **Crítica normativa da teoria da prevenção geral positiva**. 10 teses. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 63 p. 268-276, nov.-dez., 2006.

cumprir as normas, ampliando o espaço de incidência da norma penal, em alguma medida, projetando a missão do Direito penal sobre o foro íntimo dos cidadãos. Com antecedente imediato em Welzel e sua concepção da função ético social do Direito penal de proteção da fidelidade ao Direito somada à proteção de determinados valores sociais²³⁹, a prevenção geral positiva *fundamentadora* da intervenção do Direito penal – entendida como a função preventiva que “permite ou até mesmo obriga a utilizar a pena ainda que não para a imediata proteção de bens jurídicos através da prevenção geral tradicional (como intimidação) nem da prevenção especial”²⁴⁰ – é também representada pela base teórica desenvolvida por JAKOBS.

Em sua mais recente exposição acerca do significado e finalidade da pena²⁴¹, JAKOBS preliminarmente expõe, em relação ao fim do Direito penal – pressuposto sobre o qual erigirá sua teoria da prevenção geral positiva – que não se trata de perseguir uma segurança completa frente aos delitos, mas sim a vigência do ordenamento jurídico. Enquanto da prevenção de delitos deve se ocupar a polícia, ao Direito penal caberia “a reação frente ao delito que assegure que a fidelidade ao ordenamento jurídico se mantenha como atitude natural da maioria das pessoas, para que as vítimas potenciais possam ter a certeza de que não apenas podem exercer seus direitos, como poderão fazê-lo permanecendo incólumes”.²⁴² Para ele, portanto, os destinatários das penas não são os delinquentes ou potenciais delinquentes, senão as “pessoas fiéis ao Direito”, as quais devem “conservar sua fidelidade ao Direito e sua confiança na norma”.²⁴³ À luz destes pressupostos, JAKOBS apresenta e justifica seu posicionamento, asseverando: “*Se fala em prevenção geral positiva, porque não se pretende alcançar a intimidação da generalidade das pessoas, mas a manutenção da norma como esquema de orientação*”.²⁴⁴ Nesta definição, fala-se em prevenção, “porque se persegue um fim, precisamente, a manutenção da fidelidade à norma, e isso, concretamente, a respeito da sociedade em seu conjunto, e por isso, prevenção geral.”

245

²³⁹ Para um paralelo entre as diversas compreensões a respeito das missões do Direito penal, vide: BUSATO, Paulo Cesar. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

²⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. *Función Fundamentadora* ... Op. Cit., p. 54.

²⁴¹ Publicada em 2003 em seu trabalho intitulado “*Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, traduzido para o espanhol por Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez: JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal: Significado y Finalidad**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 1ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

²⁴² Ibid., p. 144.

²⁴³ Ibid., p. 144.

²⁴⁴ Ibid., p. 145.

²⁴⁵ Ibid., p. 145. Na mesma obra, em outra oportunidade, o jurista assim afirma: “*La prevención general positiva -si es que quiere hacerse uso de ese término- no debe denominarse prevención general porque tuviera efectos en gran número de cabezas, sino porque garantiza lo genérico, mejor dicho, lo general, esto*

Como explica FEIJOO SÁNCHEZ, o ponto negativo desta postura é o fato de tomar em conta a influência psicológica do mal que se supõe que a pena inflige aos cidadãos, em muito se aproximando e confundindo com as premissas da prevenção geral negativa.²⁴⁶ Outrossim, dentre os inconvenientes teóricos desta proposição, salta aos olhos o fato de que a proporcionalidade da resposta estatal não estaria vinculada à lesividade social da conduta e do resultado praticado/ gerado pelo agente, mas ao necessário para conseguir a fidelidade normativa, de onde decorre um problema prático ainda mais grave: como o legislador ou o juiz poderão determinar qual a pena necessária quando o decisivo é a intranquilidade social ocasionada pelo fato delitivo?²⁴⁷ BARATTA salienta, ainda, uma crítica interna a esta teoria: embora a concepção sistêmica o permita, a teoria da prevenção geral positiva ignora a aplicação de técnicas baseadas em alternativas ao sistema penal: se com a pena não se busca a intimidação, mas a estabilização da confiança da vigência da norma infringida, porque tal estabilização deve ser implementada por intermédio da imposição de um castigo, e não por outros meios menos lesivos e funcionalmente equivalentes, ignorando todos os efeitos deletérios que o exercício da função penal pode produzir e os altos custos sociais de sua intervenção inclusive na integração social e na confiança das instituições?²⁴⁸ De fato, para JAKOBS a culpabilidade é determinada pelo fim de prevenção geral positiva²⁴⁹, e deve ser medida de acordo com este fim, fundamentando, assim, a pena.²⁵⁰ A medida da pena, portanto, seria dada não pela “opinião majoritária sobre o merecimento da pena, mas “o necessário para a preservação da confiança”.²⁵¹

es, la configuración de la comunicación; por otro lado, no se trata de prevención porque se quiera alcanzar algo a través de la pena, sino porque ésta, como marginalización del significado del hecho en sí misma tiene como efecto la vigencia de la norma”. In: Ibid., p. 33.

²⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs. **ADPCP**, Vol. LIX, 206, p. 111-134, p. 117-119.

²⁴⁷ Ibid., p. 119.

²⁴⁸ BARATTA, Alessandro. Integración- Prevención: Uma “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004, p. 01-30, p. 17-18.

²⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Culpabilidad y prevención*. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho penal**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez Gonzalez; Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997, p. 82: “Solo el fin otorga contenido a la culpabilidad.”. También: “De todos modos, hay que puntualizar que en la interpretación aquí efectuada de lo que se designa como culpabilidad, no se trata de una intimidación general, o de intimidar, al menos, a los potenciales delincuentes, sino de la confirmación de que es correcto confiar en la corrección de la norma”. p. 98.

²⁵⁰ Ibid., p. 98.

²⁵¹ Ibid., p. 98: “La frontera que se establece con una culpabilidad determinada a partir de la finalidad preventivo-general no discurre por donde debiera discurrir de acuerdo con la opinión de los <<buenos ciudadanos>>, en cuanto destinatarios de la culpabilidad y de la pena de la culpabilidad, sino por donde tiene que discurrir para preservar la confianza en la norma. No se trata, por tanto de lo que el delincuente, según la opinión mayoritaria, <<ha merecido>>, sino de lo necesario para preservar la confianza”.

De acordo com a exposição de MIR PUIG, no entanto, existe um outro agrupamento teórico que concebe a prevenção geral positiva em um sentido *limitador* da intervenção penal, onde se incluem as concepções de Hassemer e Roxin.

Para HASSEMER, o abismo existente entre as teorias absolutas e relativas da pena, e entre ambas e a prática, só pode ser superado se adaptadas às exigências constitucionais o que, pelo seu entendimento, somente pode ser alcançado se três pontos de vista forem utilizados como bússola: a dignidade humana, a eficácia e a proporcionalidade. Assim: i) sendo a proteção e o respeito à dignidade humana o centro de um Estado de Direito, nenhuma sanção pode violá-la; ii) dado seu caráter restritivo, as penas também devem se justificar pela sua eficácia, eficácia esta que deve estar direcionada tanto ao plano normativo, quanto aos resultados práticos, reais, que devem alcançar; iii) à luz da determinação constitucional, as penas devem respeitar a proibição de excesso, de modo que quando excessivamente interventivas aos direitos fundamentais, serão inconstitucionais.²⁵² Porquanto o Direito penal não é apenas ameaça de pena, mas também a proteção de bens jurídicos, o respeito ao delinquente, a reparação à vítima e o devido processo como sistema punitivo passível de controle social, para HASSEMER, “a fé no Direito não é a submissão através do medo por uma ameaça, mas o resultado da racionalidade da lei e sua aplicação, e é a confiança fundada na validade geral das normas”.²⁵³ A prevenção geral positiva, entendida como a manutenção da “confiança da população na inviolabilidade do direito”, seria a corrente teórica que melhor responderia a estes referenciais, posto estar direcionada à “confiança da população na inviolabilidade do direito”. Mais do que consecução de fins, HASSEMER preocupa-se com a adequação constitucional dos meios. Para ele, as missões da pena, na teoria da prevenção geral positiva, não são dissociáveis das missões do próprio Direito penal, posto que derivam delas e, enquanto “apenas o Direito penal que pode ser normativamente aceitável é, ao mesmo tempo, “eficaz” [...] A pena só estará justificada se se mantiver dentro do controle formalizado, não quando consegue a ressocialização ou a intimidação”.²⁵⁴

Principalmente quando se estuda a integração da reparação do dano às teorias da pena, especial consideração merece a construção teórica da prevenção geral positiva esboçada por Roxin, na medida em que incorpora ainda um outro efeito a este viés preventivo: o efeito de pacificação social de prevenção de integração. Partindo da ideia de

²⁵² HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tiranto Lo Blanch, 2016, p. 83.

²⁵³ Ibid., p. 96.

²⁵⁴ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 163-164.

que a prevenção geral de intimidação dá azo ao perigo de uma elevação desmedida da pena, posto que “quem pretender intimidar mediante a pena, tenderá a reforçar esse efeito, castigando tão duramente quanto possível”,²⁵⁵ ROXIN estrutura sua *teoria dialética da união* na premissa de que pena adequada é aquela que respeita o limite da culpabilidade, isto é, a gravidade do delito, pois a observância à culpabilidade do agente e à ideia de merecimento de pena como limite seria o melhor modo de assegurar a paz jurídica e a vigência das normas.

Salientando que cada uma das teorias da retribuição, prevenção geral e prevenção especial têm pontos positivos que, todavia, não podem ser convertidos em absolutos, o catedrático de Munique sobreleva a incorreção em que caíram as teorias da união de tão somente justapor estas distintas concepções na tentativa de aproveitá-las. A premissa da qual parte é a de que o atual Direito penal encara o indivíduo de três maneiras: ameaçando, impondo e executando as penas e, portanto, cada uma destas esferas estatais de atuação necessita de uma justificação em separado que, porém, deve acolher os pressupostos de fundamentação da etapa antecedente.²⁵⁶ Assim: por uma questão lógica de precedência, a etapa das cominações legais seria direcionada pelo fim da prevenção geral, pois só é possível prevenir o que ainda não aconteceu; a fase da aplicação e da graduação das penas, por sua vez, obedeceria a observações de prevenção especial – na medida em que a aplicação da pena serviria para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral quanto individual, de bens jurídicos – sobre a qual incidiriam, porém, um fim último de prevenção geral – porquanto a intervenção estatal estaria limitada pela salvaguardada autonomia da personalidade e pela medida da culpa; por fim, considerando que a pena serve exclusivamente para “possibilitar a vida humana em comum e sem perigos”, a fase da execução da pena somente poderia visar à reintegração do delinquente na comunidade, no entanto, como mesmo nesta etapa não se pode prescindir da eficácia das cominações legais, aqui também deverá incidir a prevenção geral.²⁵⁷

ROXIN tem por fundamento de coesão de sua teoria o seguinte ideal: como todo o poder estatal advém do povo, “a sua função limita-se, antes de tudo, a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais”. Para o Direito penal, isso significaria que “o seu fim somente pode derivar do Estado e, como tal, apenas pode consistir em garantir a todos os

²⁵⁵ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 23.

²⁵⁶ Ibid., p. 26.

²⁵⁷ Ibid., p. 41.

cidadãos uma vida em comum livre de perigos”, é dizer, protegendo-o *do* Estado e *por meio do* Estado.²⁵⁸ Daí apresentando todas as bases que congregam sua finalidade de proteção de bens jurídicos – “pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum”²⁵⁹ – e as consequências daí inafastáveis – a natureza subsidiária do Direito penal e a incompetência para castigar condutas tão somente imorais, que não afetem bens jurídicos – o fim das cominações legais somente poderia ser o da prevenção geral ao indicar quais as atividades os cidadãos deveriam omitir sob a ameaça da pena. Esta prevenção geral, no entanto, jamais poderia estar limitada à intimidação, pois “no interesse da prevenção geral, também se tem de informar sobre o âmbito do proibido quem não necessita de intimidação. Esta é uma exigência inquestionável para todo o Estado de Direito por estar contido no princípio *nulla poena sine lege*”.²⁶⁰ Em síntese, para ROXIN: “as cominações penais se justificam, apenas e sempre, pela necessidade de proteção preventivo-geral e subsidiária de bens jurídicos”²⁶¹ e “prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado”.²⁶²

A importância da culpabilidade na construção teórica de ROXIN está na definição dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto praticado.²⁶³ Precisamente por construir um sistema alicerçado no ideal do indivíduo como titular do poder estatal, ROXIN não se afasta de Kant ao asseverar que o particular não pode ser convertido em meio de intimidação e, assim, “a aplicação da pena estará justificada se se conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do delinquente, que o Direito tem de garantir.”²⁶⁴ A pena não poderá ultrapassar a medida da culpa. Diferente da concepção retributiva, a culpabilidade em ROXIN “não concede o direito de retribuição ao Estado” mas “constitui um meio de manter dentro dos limites aceitáveis os interesses da coletividade face à liberdade individual”.²⁶⁵ A

²⁵⁸ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 27.

²⁵⁹ Ibid., p. 27. De mesmo entendimento, isto é, que o Direito penal se destina à proteção de bens jurídicos, Confira-se: SCHÜNEMANN, Bernd. O Direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito Liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 53, p. 9-37, mar-abr. 2005.

²⁶⁰ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 32.

²⁶¹ Ibid., p. 32.

²⁶² Ibid., p. 28. Especificamente sobre este tema, vide: ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. 2 Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. Também: ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: **Revista dos Tribunais**. vol. 922/2012. p. 291. Ago / 2012. DTR\2012\450348.

²⁶³ A respeito, vide: CRESPO, Eduardo Demetrio. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 197-239., 2007. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76679>. Acesso em: 8 jan. 2018.

²⁶⁴ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 34.

²⁶⁵ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 37.

culpabilidade, para o jurista, como categoria do delito que segue à ilicitude, seria melhor compreendida pelo conceito de *responsabilidade*, porquanto compreenderia a culpabilidade, como “agir ilícito apesar da idoneidade para ser destinatário de normas”, e a necessidade preventiva do sancionamento penal.²⁶⁶

Por outro lado, enquanto a culpabilidade deve ser o limite máximo da sanção, não podendo ser ultrapassada por questões de prevenção geral, ela não é um limite mínimo estanque, sendo admissível aplicar uma pena inferior à culpa, se com isso se atender à prevenção geral positiva e à prevenção especial, ou seja, se assim o exigirem a restauração da paz jurídica e a ressocialização do agente.²⁶⁷ ROXIN distingue, portanto, três consequências jurídicas da prevenção geral positiva: i) o efeito motivador pedagógico-social de aprendizagem, que deve provocar o exercício da fidelidade ao Direito; ii) o efeito da confiança, alcançado quando o cidadão vê que o Direito se realiza; iii) e o efeito de satisfação, que aparece quando o delinquente fez tanto que a consciência jurídica geral se apazigua em relação à infração ao Direito” (prevenção integrativa).²⁶⁸ Esta última terá um importante reflexo nas discussões a respeito da reparação do dano.

4.2.1.2. Reparação e sua idoneidade para satisfazer as exigências da prevenção geral positiva

Que a pena deve obedecer a finalidades preventivas não sobrelevam quaisquer dúvidas. Assim, expostas as principais considerações a respeito da prevenção geral positiva, resta analisar sob qual forma a reparação do dano poderia ser incorporada a ela. Pensar as modalidades da resposta estatal com reparação do dano, contudo, pressupõe a compreensão do que constitui tal dano – definição esta que variará a depender da base teórica à qual se filie – da função do Direito penal e da pena frente ao dano provocado pelo delito e, então, a

²⁶⁶ ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2ª ed. Rev. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-100, p. 89. Vide também: ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2ª ed. Rev. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 133-164; e ROXIN, Claus. Culpabilidad, Prevención y Responsabilidad em Derecho Penal. In: ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981, p. 147-186.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 37. Também: ROXIN, Claus. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2ª ed. Rev. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-100; e ROXIN, Claus. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2ª ed. Rev. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 133-164.

²⁶⁸ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 131-156.

medida da resposta penal ao fato – que poderá significar a imposição de uma sanção, a qual poderá, ou não, se apresentar como a imposição da reparação, ou ao revés, poderá significar o afastamento ou abrandamento da pena.

Dentre as formulações mais difundidas da prevenção geral positiva, JAKOBS se destaca por destoar dos demais ao atribuir ao Direito penal função diversa da proteção de bens jurídicos. Para ele, sendo o delito, em essência, lesão ao ordenamento jurídico que deve ser compensada com a sanção penal, a medida da pena não deveria ser determinada pelo grau de probabilidade da tendência do autor a praticar novos ilícitos, e tampouco a propensão delitiva dos demais sujeitos, mas sim pelo *grau de perturbação social gerada pelo fato*.²⁶⁹ A pena, então, seria legitimada por sua finalidade de prevenção geral – manutenção da vigência do ordenamento jurídico – seria retribuição pelo dano causado e, portanto, cumpriria *função de reparação do dano*, para cuja quantificação serão decisivos: i) o peso da norma vulnerada e a medida de sua vulneração; ii) a situação da garantia cognitiva desta norma; iii) a responsabilidade do autor por sua motivação para praticar o fato (a culpabilidade do agente).²⁷⁰

À luz da concepção de JAKOBS, não remanescem dúvidas quanto à estrita separação entre a reparação civil e a reparação penal: enquanto o Direito civil visa compensar o dano material produzido, “*en Derecho penal, se trata de compensar la puesta en peligro de la vigencia del Derecho, mediante una intervención en quien debe responder de ese daño o de esa puesta en peligro, y ello en lo que alcance su responsabilidad*”.²⁷¹ Trata-se de restaurar ou compensar o status *quo ante*, posto em perigo pela prática delitiva, mediante a imposição do mal da pena, mal este que deverá ser medido em atenção ao dano praticado pelo agente e na medida de sua culpabilidade. Por esta razão, JAKOBS não descarta a produção de efeitos de cariz preventivo geral negativo juntamente à produção de confiança na vigência da norma, mas salienta que o caráter de intimidação deve ser medido em atenção à reparação do dano culpavelmente produzido, e não considerando a dissuasão de terceiros e sua tendência a delinquir.²⁷²

Deixa-se, assim, margem para a compreensão de que a resposta do Estado à vulneração da norma nem sempre precisará se confundir com a pena, havendo espaço para equivalentes funcionais que, observando todas as exigências da prevenção geral positiva e negativa, cumpram com a função simbólica de reafirmação do ordenamento jurídico. Em seu

²⁶⁹ JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal**. Op. Ct., p. 146.

²⁷⁰ Ibid., p. 146.

²⁷¹ Ibid., p. 150.

²⁷² Ibid., p. 149.

Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2, JAKOBS expressamente afirma que “existem outras possibilidades de reação: a pena pode ser substituída por equivalentes funcionais”²⁷³. Considera, dentre outras, as reações jurídico-civis em lugar da declaração penal de culpabilidade, especialmente no que toca à *indenização de ressarcimento* para reparar as consequências materiais do delito, posto que também assim se poderia confirmar a vigência da norma infringida.²⁷⁴ No entanto, este modelo não diz nada sobre a qualidade ou a intensidade da sanção: por não explicar a necessidade da pena em sua legitimação face ao infrator seriam imagináveis outras formas de reação que sequer passariam pelo Direito penal, ou por qualquer outro ramo do Direito e, a depender do caso, se veriam satisfeitos por um simples controle social – SCHÜNEMANN exemplifica: com desenvolver uma campanha na imprensa, um minuto de silêncio, acordos simbólicos com entidades representativas.²⁷⁵

Destarte, embora em alguma medida abra as portas para considerações sobre equivalentes funcionais como a reparação do dano, a teoria de JAKOBS apresenta problemas desde a concepção do dano a ser reparado – a vigência da norma – e, portanto, até a medida exata da reparação. Outrossim, não apresenta diretrizes para balizar os critérios orientadores da reparação, em quais hipóteses ela poderá ou deverá ser admitida e o como deverá sê-lo. Nestes aspectos, principalmente por permitir a apreciação da reparação em seus dois aspectos possíveis – como ato voluntário ou ato de obediência a determinação de autoridade – a teoria de ROXIN tem muito mais a contribuir.

Considerando que a função do Direito penal moderno não pode ser outra, que não a prevenção em quaisquer de suas formas, ROXIN vincula a reparação à teoria da pena não como um fim autônomo da pena, senão como um *instrumento de utilidade preventiva para o Direito penal*²⁷⁶, cumprindo efeitos tanto de prevenção geral, quanto de prevenção especial. Particularmente em relação à primeira, objeto da investigação presente, cumpre rememorar que o catedrático de Munique concebe a prevenção geral positiva como fundamento – porém não único – da pena, atribuindo a ela não apenas um efeito, mas ao menos três, que poderiam ser trasladados a cada uma das três etapas de realização do Direito penal: i) o efeito motivador pedagógico-social de aprendizagem, que deve provocar o exercício da

²⁷³ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Parte I.** Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 14.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 16-17.

²⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. IN: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Ed.) **Política Criminal y Nuevo Derecho Penal.** Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 89-100, p. 92.

²⁷⁶ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. *Op. Cit.*, p. 146.

fidelidade ao Direito (correspondente à fase da cominação); ii) o efeito da confiança, alcançado quando o cidadão vê que o Direito se realiza (correspondente à fase da determinação e aplicação e também a fase de execução); iii) e o efeito de satisfação, prevenção integrativa (correspondente à fase da execução), “que aparece quando o delinquente já fez tanto que a consciência jurídica geral se apazigua em relação à infração ao Direito e dá por finalizado o conflito com o autor”.²⁷⁷ Para efeitos de coadunação com a reparação, especial destaque é dado ao efeito integrativo – prevenção integrativa – concebida por ROXIN como “prevenção geral tendente à integração e à satisfação”, e de uma satisfação do ‘sentimento jurídico’”, expressando, com isso, “a recomposição da paz jurídica alterada pelo delito”.²⁷⁸

A base de sustentação do significado preventivo geral da reparação residiria, pois, precisamente aí: porque a culpabilidade cumpre, em ROXIN, a função de limitação máxima da prevenção geral²⁷⁹, ela serve, também, para fundamentar a ideia de que “a sanção orientada pela prevenção geral pode e deve se manter atrás da medida da culpabilidade, ali onde o efeito de satisfação pode ser alcançado por meio de sanções menos graves”.²⁸⁰ Sua construção teórica se mantém coesa à premissa da subsidiariedade, não por outra razão defende que a tarefa do Estado é mais modesta que aquela comumente lhe atribuída – de realização de uma justiça abstrata: ele “*debe mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, y la mejor forma posible de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidência en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad*”.²⁸¹ Por esta razão: “*La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho. [...]*”²⁸². A inclusão da reparação teria por fundamento precisamente a combinação destas três metas²⁸³. A solução do conflito por esta via, segundo sustenta, de modo algum comprometeria a paz

²⁷⁷ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Op. Cit., p. 149.

²⁷⁸ Ibid., p. 148.

²⁷⁹ “*ambos os fins do Estado de Direito – proteção da sociedade e salvaguarda da liberdade – são de natureza antagônica e têm que encontrar um equilíbrio, que satisfaça ambos os componentes: a prevenção geral, que em suas distintas formas de aparição serve a afirmação do Direito e à sua manutenção, tem que estar sempre limitada pela exigência da liberdade do cidadão*”. ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Trad. Carmem Gómez Riverto y María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.32.

²⁸⁰ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Op. Cit., p. 149.

²⁸¹ ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal...** Op. Cit., p. 24.

²⁸² Ibid., p. 34.

²⁸³ Ibid., p. 34.

jurídica, ao contrário, “demonstraria a força prevalente do Direito de uma forma clara para a população”.²⁸⁴ A mensagem de ROXIN não é outra, senão a de que não é a intensidade da resposta punitiva, mas sua eficiência o melhor caminho para a prevenção. Com esta mensagem a reparação apaziguaria o sentimento jurídico da comunidade.²⁸⁵

Existem espaços de identificação da reparação com fundamento na prevenção de integração de ROXIN com as três formas sob as quais pretende-se sua incorporação ao sistema punitivo: reparação voluntária, reparação *imposta* e a compensação entre autor e vítima, na medida em que, se como prestação autônoma ela conseguir servir para alcançar os fins da pena, deveria substituir a pena ou ser computada para atenuá-la, esta última, principalmente nos delitos mais graves – onde a restauração da paz jurídica demandaria mais que a reparação – ou nas hipóteses de reincidência, onde a prevenção especial exigiria medidas adicionais.²⁸⁶

Quando fala na hipótese de substituição da pena, ROXIN defende a reparação como uma *terceira via* do Direito penal, colocando-a, portanto, ao lado da pena e da medida de segurança. Desta forma, tal qual esta última, “*la reparación sustituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquellos casos en los cuales convenga tan bien o mejor los fines de la pena y a las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna*”.²⁸⁷ HIRSCH, porém, assume uma posição crítica a respeito. Para ele, a pergunta central para a discussão é: *o Direito penal tem uma função de pacificação geral ou somente uma função relacionada à pena em si?*²⁸⁸ Argumenta, aqui, que uma vez que o âmbito de satisfação penal é apenas um nicho do ordenamento jurídico, uma parcela dele, sua função está limitada à pretensão penal estatal – diametralmente oposta à função pacificadora da indenização civil. Para a *generalidade*, a função satisfatória do Direito Penal estaria relacionada “*à confiança na conservação do ordenamento jurídico*” como efeito da

²⁸⁴ ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal...** Op. Cit., p. 35.

²⁸⁵ A concepção integradora da prevenção precisa ser necessariamente interpretada como apresentada por ROXIN, é dizer: à luz das limitações impostas pela subsidiariedade, pela prevenção especial e pela limitação da pena num Estado de Direito. Olvidar estas premissas abriria espaço para intervenções punitivas à mercê de clamores públicos pela realização irracional segurança mediante a imposição da pena a qualquer custo, sem qualquer parâmetro de limitação além da própria satisfação pública de “vingança” pelo delito praticado, reforçando as bases de um Direito pena simbólico e autoritário. Vide, a respeito SILVA SÁNCHEZ: “*Quanto ao mais, desde tal perspectiva “integradora” é possível concluir a necessidade de sancionar fatos que não seriam sancionados desde a lógica da intimidação, ou de castigar com pena maior. [...] Obviamente, tal possibilidade de uma pena maior não ocorreria nas concepções da prevenção geral positiva limitadora, que só permitem que opere o aspecto integrador até o limite das necessidades de intimidação*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo.** Op. Cit., p. 367-368.

²⁸⁶ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 156.

²⁸⁷ Ibid. p. 155.

²⁸⁸ HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit, p. 63.

imposição de um castigo justo.²⁸⁹ Desse modo, “os fins da pena ou do Direito Penal se refeririam a consequências jurídicas de caráter exclusivamente penal: se trata de um instrumento de influência sobre o autor; pelo contrário, que a vítima obtenha uma indenização configura um caminho alheio a estes fins”.²⁹⁰ Desse modo, HIRSCH, criticando o posicionamento de Roxin, afirma que o equívoco da posição que sustenta a reparação como uma pena independente está justamente na ideia de um efeito de *prevenção integradora*, posto que, para ele, esta concepção ignora justamente que o Direito Penal é apenas uma parcela das soluções jurídicas possíveis: “cada um dos âmbitos do Direito, com diferentes funções, se ocupa da determinação das consequências resultantes da quebra da lei”.²⁹¹ De modo que, se admitir a “competência do Direito Penal para a solução geral dos conflitos teria como consequência que todos os efeitos jurídicos do delito seriam de natureza penal”.²⁹² Para HIRSCH, então, é necessário distinguir claramente entre o Direito penal e a indenização do Direito Civil.²⁹³

Tem razão, HIRSCH, quando assevera sobre a necessária distinção entre a resposta penal e a indenização civil. Ainda assim, a despeito de suas críticas, quando se fala em consideração da reparação no âmbito do Direito penal, deve-se ter em mente o dano causado ao bem jurídico tutelado pela norma penal, cujo conteúdo, como oportunamente foi possível observar²⁹⁴, não necessariamente corresponderá ao prejuízo suportado pela vítima direta da infração. Mais: nem sempre dirá respeito a uma vítima direta. Sua crítica parte de um conceito amplo de dano que, em verdade, por assim o ser, não coaduna com a concepção jurídico-penal do dano consubstanciado na lesão ao bem jurídico tutelado. É bem verdade que em algumas hipóteses o *dano* que a norma penal pretendia evitar se aproximará do *dano* provocado por infrações a normas administrativas, como é o caso, por exemplo, dos crimes ambientais e fiscais. Nada obstante, tal premissa não se aplica à totalidade dos tipos de injusto. Também por isso deve-se ter por certo que a relevância dos atos de reparação como “reconciliação pública com o Direito” ou como “restabelecimento da paz jurídica” têm uma

²⁸⁹ HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit., p. 64.

²⁹⁰ Ibid., p. 64.

²⁹¹ Ibid., p. 64.

²⁹² Ibid., p. 64.

²⁹³ Compartilhando deste entendimento, vide ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. “*Pero esto no debe ser suficiente para defender que la reparación constituya en ocasiones la única respuesta al delito. Debe recordarse a ese respecto que la atención a las demandas de indemnización por parte de la víctima u otros perjudicados por el delito es una tarea que compete al Derecho civil*”. In: **La Reparación a la Víctima en el Marco de las Sanciones Penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 187.

²⁹⁴ Vide o cap. 3. da presente pesquisa.

ligação tão somente secundária com as propostas de “reorientação à vítima”,²⁹⁵ pois – e neste ponto concordando com HIRSCH – se os fins da teoria da pena forem tomados como ponto de partida, torna-se evidente que estes se referem à pretensão punitiva do Estado que, por sua vez, é dirigida ao autor do delito. Por conseguinte, o problema está em responder qual o significado deve ser atribuído à reparação no sistema de consequências jurídicas do delito desde *este* ângulo de observação²⁹⁶ e, sob este prisma: “*cabe que tales actos tengan relevancia sin que haya víctima alguna en el sentido criminológico del término, o aunque, habiéndola, ésta no se sienta <<satisfecha>>*”.²⁹⁷

Neste desígnio, interessantes as ponderações de PÉREZ MANZANO quando, refletindo a respeito das causas para a retomada, pela doutrina, das discussões a respeito da legitimidade e fundamentação da prevenção geral positiva cita – além da falência da ressocialização e da insuficiência das demais correntes teóricas – precisamente a renovação das discussões sobre o papel da vítima no conflito jurídico-penal: “*o auge da prevenção geral positiva aparece, neste contexto, com a evolução das ciências penais ao introduzir a perspectiva da vítima no âmbito dos fins da pena, embora não como vítima individual e concreta, mas como vítima potencial e difusa*”²⁹⁸. Neste prisma, não teriam lugar objeções fundadas em uma “privatização do Direito penal”, porquanto trata-se de um movimento alinhado a uma concepção de Direito penal de um Estado Democrático de Direito. Aliás, mesmo quando a reparação do dano se coadunar aos interesses da vítima “atual”, direta, ela não “poderá ultrapassar os limites em que pode cumprir razoavelmente a missão de estabilização para entrar em terrenos nos quais desencadearia a desestabilização e a desconfiança. [...] se produziria em tal caso um sacrifício da vítima potencial em favor da vítima atual”.²⁹⁹

O que importa para a definição da resposta penal é o dano praticado, a responsabilidade penal do agente e a atenção aos princípios da proteção subsidiária de bens jurídicos de modo que eleição da medida e do meio de resposta penal ao caso deverá atender a estas premissas.³⁰⁰ Avaliar o cabimento da reparação do dano como pena autônoma

²⁹⁵ Assim defende SILVA SÁNCHEZ: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 189.

²⁹⁶ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal. Op. Cit., p. 111.

²⁹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 189.

²⁹⁸ PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**. Op. Cit., p. 34.

²⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 193.

³⁰⁰ Pertinentes as ponderações de HIRSCH: “*No menos importante es una limitación general de la reparación que acaba en la disminución considerable de la prevención general, porque las consecuencias jurídicas del delito se corresponden esencialmente con aquellas que resultan de la obligación de restituir del Derecho*

demanda, assim, a uma análise anterior a respeito da própria legitimidade da criminalização do fato sobre o qual se busca sancionar sob tais contornos. A sanção penal, por menos invasiva que se apresente, sempre virá acompanhada de consequências acessórias ao apenado, de modo que optar pela reparação como pena – em hipóteses onde se apresentaria viável falar de descriminalização – sob o único pretexto de se tratar de uma pena “mais branda”, ainda assim violaria frontalmente o princípio da subsidiariedade. Significativa é a advertência de SESSAR, de que *“la legitimación jurídico-penal para punir decrece allí donde no existe en la realidad el llamado interés público, porque son suficientes los intereses privados en una composición de los daños”*.³⁰¹

Destarte, não é possível senão concordar com ROXIN, reconhecendo os efeitos preventivos-gerais positivos da reparação enquanto resposta penal ao delito. Destaque-se, porém, que também à luz de suas estritas considerações, a reparação somente alcançará o efeito de pacificação quando realizada de maneira voluntária pelo agente, e guardando seu efeito substitutivo da pena unicamente para as hipóteses menos gravosas e a sujeitos não reincidentes. Os atos de reparação voluntária, aí incluída a conciliação entre autor e vítima, devem ser considerados pelo ordenamento como comportamento positivo do agente, pois significam o reconhecimento da vigência norma jurídica violada, sua reafirmação, ao mesmo tempo em que inegavelmente impactam no consciente social apaziguando-o pela demonstração de que o ordenamento, nada obstante violado, permanece hígido e eficaz. Por outro lado – e isto será melhor analisado quanto do item 5.3.3 – a instituição de sistemas desta natureza como resposta única ao crime, ou seja, atribuindo a ela o condão de afastar o processo penal para resolução do conflito por outra via não podem ser de pronto e inadvertidamente aceitos para qualquer modalidade de crime.

Aceitar a reparação como sanção autônoma, por outro lado, demanda a satisfação de outras exigências. Isto é, se atos positivos do agente de aceitação e reconciliação com o Direito – e, quando for o caso, com a vítima – poderão ser interpretados de maneira ampla a fim de amparar a concessão de benefícios relacionados à pena – à luz dos critérios da culpabilidade e necessidade de pena – divergente deverá ser a compreensão em relação à sanção como medida autônoma de resposta. As ponderações de HIRSCH, nesta senda são

Civil. La protección de la víctima no se vería mejorada sino, por lo contrario, bastante perjudicada.” In: HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit., p. 58.

³⁰¹ O autor é citado por ROXIN: SESSAR. *Festschrift für Leferenz*, 1983, p. 157 *apud* ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 152, nota 55. Também ROXIN: *“el principio de subsidiariedad allí expresado se prolonga únicamente de manera consecuente desde el punto de vista de la política jurídica, desde la sanción del precepto penal, a la que allí donde se utiliza la reparación como sustituto de la pena o para su atenuación, cuando se puede obtener con ello el misto efecto o uno mejor”*. ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 152.

pontuais: “*si se reduce la función Derecho penal a la solución del conflicto surgido entre autor y la víctima, se niega los intereses de la sociedad expresados en la pretensión penal estatal, es decir, de conservación del ordenamiento jurídico y protección de las próximas víctimas*”.³⁰²

Não somente o caráter da resposta penal, mas seu conteúdo deve ser cuidadosamente balizado. Assim será, por exemplo, em relação ao cabimento da “reparação simbólica”, sustentada como válida, por ROXIN, para os casos de delitos com bens jurídicos supraindividuais ou para aqueles em que não há a produção de um dano material – como os crimes de perigo abstrato, condução de veículo automotor sob efeito de substância psicoativa, a tentativa, etc. Para ele, tais hipóteses permitiriam uma *compensação* pelo autor do delito que seria convertida a um fundo de proteção a vítimas ou, para os casos de impossibilidade financeira para uma compensação em dinheiro, caberia uma reparação por meio de contribuições de natureza trabalhista prestadas ou diretamente ao prejudicado – quando houver – ou a terceiros, quando o agente assumiria voluntariamente outros trabalhos cujo rendimento seria convertido em benefício da vítima/ prejudicado ou do fundo criado para tanto.³⁰³ Quer parecer, contudo, que ao falar-se estritamente de *reparação do dano* outra não poderá ser a interpretação senão a de restringir a aplicação do instituto aos crimes em que efetivamente gerarem uma lesão ao bem jurídico passível de ser reparada. Para as outras hipóteses, haverá que se instituir outros mecanismos de valoração positiva do comportamento voluntário do agente direcionado ao restabelecimento da paz jurídica, algo em certa medida atendido pelos institutos da desistência voluntária e do arrependimento posterior – à cuja análise se remete ao capítulo 5.2 – não desprezando sua valoração também na dosimetria da pena, quando da análise da culpabilidade do agente e das circunstâncias e consequências do crime. Ademais, quando a culpabilidade do agente assim o exigir, há no ordenamento jurídico brasileiro a pena restritiva de direitos, cujas modalidades e cabimento vêm definidas nos artigos 43 e 44, do Código Penal.³⁰⁴

³⁰² HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit., p. 58.

³⁰³ ROXIN, Claus. Pena y Reparación. Op. Cit., p. 12.

³⁰⁴ No plano da confirmação empírica da reparação como resposta penal ao delito, SESSAR conduziu em 1984, em Hamburgo, uma investigação a partir da qual pretendia averiguar até que ponto a população estaria disposta a aceitar a reparação sem exigir qualquer outra sanção adicional. A pesquisa, que tomou por método o envio de formulários às residências de estudantes de Direito, juízes, fiscais, dentre outros, partiu, como infere ALASTUEY DOBÓN, de uma percepção parcialmente abolicionista, já que no questionário não se indagava sobre se a reparação poderia ou não encontrar um lugar no sistema de consequências jurídico-penais como sanção, mas sim, e até que ponto, ela poderia substituir ao Direito penal: “*Mientras que el Derecho penal caracteriza como injusto la comisión de un delito y está pensando con ello en el plano <<autor-lesión del bien jurídico>>, con el conflicto se conserva el plano <<autor-víctima>> y la reparación es la reacción que debe contribuir a solucionar el conflicto en ese plano interpersonal, con lo cual se soluciona también el problema penal*”. SESSAR, K. **Wiedergutmachen oder Strafen.**

4.2.2. Prevenção Geral Negativa

4.2.2.1. Conteúdo e delimitação teórica

Pela prevenção geral negativa confere-se à pena a “função de dissuadir os cidadãos por meio do exemplo ou da ameaça que a mesma constitui”.³⁰⁵ É, portanto, dirigida à generalidade das pessoas, mas, diferente da prevenção geral positiva, volta-se não aos agentes que atuam em conformidade com a norma, mas aos delinquentes potenciais, e visa influenciar na formação da vontade e na determinação individual, persuadindo os agentes pela mensagem de que as vantagens esperadas pela prática do crime são, em verdade, inferiores aos custos que, sob a forma da pena e das consequências jurídicas do delito, o Estado lhe imporá como resposta pela prática da infração penal. Também aqui é possível distinguir duas correntes teóricas: i) aqueles que associam a intimidação ao exemplo fornecido pela condenação e aplicação da pena;³⁰⁶ ii) e aqueles que a vinculam à intimidação pela ameaça da pena contida na lei.³⁰⁷

Os efeitos preventivos geral e especial se distinguem em função de diversos critérios, os mais evidentes são o destinatário do efeito pretendido – enquanto a prevenção geral positiva se projeta sobre a comunidade social, a negativa se dirige à coletividade enquanto delinquentes potenciais – e os efeitos propriamente desejados – enquanto a prevenção geral positiva visa à defesa do ordenamento jurídico, a negativa tem por fim a intimidação. A principal divergência, no entanto, está na maneira pela qual ambas explicam a relação pena-inibição de delitos: enquanto a prevenção geral positiva alude à incidência da pena na

Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz, Pfaffenweiler, 1992, p. 237, **apud** ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 194.

A título de *reparação*, foram consideradas as prestações materiais ou imateriais – integrais ou parciais – do autor do delito tendentes à resolução pacífica do conflito, admitindo-se uma indenização em valor simbólico quando demonstrada a impossibilidade financeira do autor. Em suma “*su punto de partida no es la integración de la reparación con las sanciones penales sino la configuración de una alternativa a dichas sanciones, lo que le sitúa [...] próximo a las perspectivas abolicionistas*”. O resultado ao qual chegaram os autores da pesquisa foi no sentido de que a população “descriminalizou” de alguma forma boa parte da dos delitos inseridos nos marcos da criminalidade habitual leve e mediana. Nada obstante, por expressamente desconsiderar em sua pesquisa uma pena incluindo a sanção, ou seja, um caráter de medição de pena, mas ter por único objetivo averiguar a dicotomia entre a pena e a reparação e o efeito de pacificação social observado como efeito da realização da reparação, e principalmente por ter um caráter demasiadamente restrito – não somente em função do número de “entrevistados”, mas especialmente em virtude das diferenças culturais que certamente impactam no resultado final da pesquisa – a investigação de SESSAR somente pode ser tomada, para a realidade brasileira, como um indício da aceitação da reparação pela população como forma de solução de *conflitos* e não propriamente como uma resposta penal em quaisquer de seus contornos possíveis. Vide: ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 190 e ss.

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 213.

³⁰⁶ Sobre o tema, não é prescindível a indicação da leitura de FOUCALT. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhe. 42ª ed. Petrópolis/ RJ: Editora Vozes, 2014.

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 223.

consciência jurídica da sociedade, a negativa a explica como relação linear de estímulo resposta.³⁰⁸

Esta formulação intimidatória da sanção tem por fundamento a teoria da coação psicológica de FEUERBACH, cuja novidade em relação ao efeito de intimidação do sistema punitivo foi justamente antecipação destas finalidades já para a etapa da cominação legal, quando nos períodos anteriores ao liberalismo ocupava lugar restrito à imposição concreta da pena e à sua execução.³⁰⁹ Para ele, o Direito se interessaria pelo *homo phaenomeon*, o homem que atua em virtude de sua “sensibilidade”, que obedeceria a leis de causalidade e associações de ideias: “um impulso conduz o homem a que deseje um objeto qualquer; desta maneira, a ausência do objeto desejado se converte em causa de sensação de desprazer. Por isso, o homem atuará para superar esse desprazer, satisfazendo seus desejos e conseguindo o objeto desejado”.³¹⁰ A cominação penal, então, “tem que se introduzir neste complexo mecanismo e neutralizar esse desejo criminoso”.³¹¹

A lógica de seu pensamento é sintetizada por GRECO no seguinte sentido: se o sujeito sabe que a obtenção do objeto desejado contraria uma proibição legal à qual é cominada uma pena, e sabe também que as sensações de prazer geradas ao satisfazer seus desejos se encontram necessariamente ligadas a uma sensação de desprazer ainda maior, que é a pena, então, para ele, se tornaria impossível desejar o proibido.³¹² Por esta razão, a finalidade da pena seria a prevenção por intermédio da coação psicológica, a qual teria por ponto de partida um autor racional, que pondera entre o prazer e desprazer. Cumpre destacar, portanto, que FEUERBACH procedia à diferenciação entre fins de cominação e fins de imposição da pena. Para ele, era a finalidade da *cominação* a destinada à prevenção geral por meio da intimidação. A imposição da pena, por outro lado, jamais poderia ser norteada por estes mesmos fins, sob pena de tornar-se o homem em objeto, em meio – em clara remissão a KANT. De tal forma, a finalidade da inflicção de pena seria unicamente a confirmação da realidade da cominação³¹³, de modo que “FEUERBACH une, portanto, a finalidade do efeito dissuasório em primeiro lugar não com a pena, mas com a *ameaça* da pena”.³¹⁴

³⁰⁸ PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**. Op. Cit., p. 06.

³⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 332.

³¹⁰ GRECO, Luís. **Sobre el vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 50.

³¹¹ Ibid., p. 50.

³¹² Ibid., p. 50-51.

³¹³ Ibid., p. 52.

³¹⁴ LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Op. Cit., p. 41.

A tal concepção, no entanto, são antepostas várias ordens de críticas. SILVA SÁNCHEZ sistematiza os problemas de legitimação da teoria da coação psicológica de FEUERBACH em dois grupos: problemas de *legitimação axiológica* e problemas de *legitimação empírica*.³¹⁵ No primeiro, apresentam-se as controvérsias axiológicas a respeito da intimidação do delinquente, máxime em face das concepções aproximadas à intimidação pela *imposição* da pena, expostas na problemática de que o homem não pode ser compreendido como objeto, e portanto, utilizado como meio, exemplo para a dissuasão de outros: “um ordenamento jurídico para o qual o particular não é objeto, mas sim o titular do poder estatal, não o pode desvirtuar convertendo-o em meio de intimidação”.³¹⁶ Com igual razão poderiam ser discutidas as propostas de intimidação pela *cominação* das penas em abstrato, onde considerações de utilidade poderiam prevalecer sobre as exigências do princípio da proporcionalidade, dando azo a excessos do Estado no exercício de seu *ius puniendi*. Nesta senda, argumenta-se, outrossim, que tal teoria peca por não dar resposta ao âmbito do criminalmente punível e, assim, deixar uma ampla abertura a exageros ou “uma tendência para o terror estatal”,³¹⁷ pois, quem pretender o efeito de intimidação, seja pela ameaça, seja pela aplicação da sanção penal, terá de reforçar esse efeito “castigando tão duramente quanto possível”.³¹⁸ Uma pena injusta, porém, também não produziria os almejados efeitos de intimidação. Como pondera GÜNTHER, tal resultado só é alcançado se levar em consideração a ideia de justiça da comunidade e, assim, na medida em que as penas se afastam da conduta e da culpa do agente por visarem justamente à ameaça dos demais, se afastam da consciência de justiça prevalente entre os destinatários potenciais da norma e perde eficácia.³¹⁹

³¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Op. Cit., p. 334.

³¹⁶ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 34.

³¹⁷ Ibid., p. 23. Incorrendo nas mesmas críticas lançadas às teorias absolutas, as doutrinas utilitaristas, conforme salienta FERRAJOLI, não apresentando resposta à indagação “porquê proibir” as teorias utilitaristas da prevenção geral negativa não fornecem critérios para conter as tendências a um Direito pena máximo, já que a finalidade de dissuasão de nenhuma forma condicionaria a quantidade e a qualidade das penas: “*Em resumo, a prevenção geral através da ameaça legal da pena, embora ofereça garantias contra o terrorismo penal judiciário, não impede o terrorismo penal legislativo, claro estando que a ameaça penal, devendo servir como “contraforça”, “contramotio” ou “coação psicológica”, é tão ais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas. “Na lógica da prevenção geral”, escreve Giuseppe Bettiol, “existe um trágico ponto de chegada: a pena de morte para todos os crimes”*”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Op. Cit., p. 224.

³¹⁸ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., 24.

³¹⁹ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004). Op. Cit., p. 194-195: “*A consciência de justiça prevalente entre os demais destinatários da norma estabelece as fronteiras da prevenção geral [...] Penas intimidatórias não produzem nada que aumente a possibilidade de um comportamento conforme às normas entre o afetados*”. A esse respeito, indispensável o estudo de Robert COOTER a respeito dos efeitos das normas sociais sobre o Direito. Para COOTER, os meios formais de motivação possuem eficácia limitada de modo que são profundamente influenciados pelas normas sociais por meio da *expressão, internalização e dissuasão*. A forma pela qual esses três efeitos se relacionam com o direito é determinante para que uma lei

Ainda no plano da cominação, no entanto, também existem aqueles para os quais a lógica da prevenção, enquanto “meio para assegurar a eficácia das proibições penais”³²⁰ – desprezando, portanto, o efeito da intimidação enquanto parâmetro para determinação *da quantidade* da pena – seria suficiente para legitimar o Direito penal, porquanto traria, como inerentes, os princípios da culpabilidade e da proporcionalidade. Neste desígnio, as considerações de FERRAJOLI, para o qual o propósito instrumental da intimidação é capaz de assegurar um fundamento racional a três importantes princípios garantistas: i) se se pretende a prevenção de delitos, tal somente será possível mediante a prévia e exata indicação das condutas proibidas e das ameaças penais correlatas, fundamentando o princípio da legalidade; ii) sendo racionalmente possível somente a prevenção de ações materiais e comportamentos exteriores, impede-se a incriminação de intenções ou situações subjetivas, fundamentando-se o princípio da materialidade dos delitos; iii) considerando que unicamente as ações humanas conscientes e voluntárias podem ser passíveis de prevenção pela intimidação, traçam-se as bases dos princípios da culpabilidade da responsabilidade pessoal. Nada obstante seus méritos, resulta incontroverso, enfim, que tal escopo não pode figurar como única finalidade da pena, não pode justificar as proibições em si, porquanto não se basta para justificar o Direito penal enquanto tal.³²¹ Concorde-se, assim, com SILVA SÁNCHEZ, quando assevera que a solução para a legitimação da pena estatal não se encontra nenhum extremo, e portanto, a prevenção de intimidação não tem legitimação em si mesma, “e que, em consequência, o que legitima a intervenção penal não é a prevenção em

possa ser eficiente. Ao *expressar* valores, uma lei pode inclinar um sistema de normas sociais para múltiplos pontos de equilíbrio. Quando uma lei está de acordo com as normas sociais vigentes, a sanção legal imposta a determinada prática ilícita (ex: sanção criminal) é complementada pelas sanções sociais (ex: sentimento de vergonha). Neste caso, opera-se a *dissuasão*. À medida que sanções legais são reforçadas por sanções sociais, os custos líquidos de obediência à norma são reduzidos pela elevação do cumprimento como efeito de conformismo, comportamento de “manada” ou solidariedade social. Tem-se, dessa forma, o efeito da *internalização*, que corresponde ao aumento no número de indivíduos que irão cumprir a norma, ou, em outros termos, que estão dispostos a pagar o preço para obedecê-la, porque desenvolvem um “gosto” por ela (ex: os indivíduos pagam tributos porque assumem responsabilidades sociais em relação à comunidade e o Estado). No momento em que “o custo de se realizar o ato civil se iguala ao preço que as pessoas estão dispostas a pagar [...], o sistema está em equilíbrio”. COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p 279-303, P. 280-288. Sobre o tema e sua aplicabilidade ao Direito brasileiro, remetemos à análise realizada em: MACHADO, Allian Djeyce R.; BUBNIAK, Priscila. Os reflexos penais da Lei 13.254/2016 na política fiscal e financeira nacional: uma desvirtuação equívoca e insuficiente do *ius puniendi* estatal. In: DE SOUZA, Maria Augusta; BETTES, Janaína MARIA; FURIATTI, Luiza de Araujo.. (Org.). **O direito entre o desenvolvimento e a sustentabilidade**. Ied. Curitiba: Editora CRV, 2017, v. único., p. 143-166.

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 223.

³²¹ Ibid., p. 223- 224.

si, mas o esforço por aproximar-se tanto quanto possível da consecução de todos os fins (tendência à maximização da prevenção, utilidade social e garantias individuais).³²²

Outra problemática a permear a finalidade preventivo geral negativa do Direito penal é a de sua *legitimação empírica*, é dizer, a demonstração de que, por tal meio, o Direito penal poderá alcançar os fins aos quais se propõe de maneira eficaz. Nesta senda, de um lado argui-se se tratar de uma percepção idealista do destinatário das normas, pois a premissa do homem racional não corresponderia à realidade. Parte, esta crítica, da ideia de que os homens norteiam seu comportamento mais por normas sociais, que pelas leis penais, e são mais motivados por fatores externos, que pelo Direito penal.³²³ Sustenta-se, outrossim, que jamais se conseguiu provar o efeito pretendido pela prevenção geral negativa. Ao revés, ainda que em determinados casos – como o da criminalidade do colarinho branco – seja possível considerar a dissuasão pela pena, o mesmo não ocorrerá com a imensa maioria dos casos, como com os delinquentes profissionais ou os impulsivos ocasionais, onde sequer as graves penas corporais dos séculos passados conseguiram influir para a diminuição da criminalidade.³²⁴ Nas palavras de ROXIN, “cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”.³²⁵ Também GÜNTHER partilha do entendimento de que não a ameaça, mas o controle policial é que detém maior efeito de intimidação, pois “assim que aumenta a probabilidade de que uma conduta não seja descoberta, diminui proporcionalmente o efeito intimidatório da ameaça da pena”.³²⁶ Por tal razão, para que a pena realmente cumpra com a finalidade de intimidação “cada caso de comportamento desviante precisaria ser identificado e sancionado e os efeitos negativos da sanção precisariam ser experimentados mais intensamente do que os efeitos positivos da conduta desviante”.³²⁷

A demonstração da eficácia material da intimidação é imprescindível para que ela possa ser considerada como fator de legitimação do *ius puniendi*. Tal análise de eficácia, contudo, deve partir de premissas corretas e bem definidas. Num nível global, que

³²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 337.

³²³ A respeito, vide: HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit., p. 160.

³²⁴ Tal é a opinião de ROXIN, em: ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 24.

³²⁵ Ibid., p. 24. O jurista mostra-se diametralmente oposto à prevenção geral positiva, asseverando: “*A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípio semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas consequências; é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.*” IN: ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 25.

³²⁶ GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004). Op. Cit., p. 194.

³²⁷ Ibid., p. 194.

compreenderá o objeto da aproximação aqui delineada, a pergunta a ser feita é: *é correto afirmar que o Direito penal em seu conjunto, possui alguma eficácia intimidadora?*³²⁸

4.2.2.2. *Estímulos e contra estímulos à prática delitiva e a legislação como instrumento de promoção de incentivos*

O fato de que o Direito penal tem por imanente um efeito intimidatório por sua própria natureza restritiva dos direitos daqueles sobre os quais incide é incontroverso. Como pondera HASSEMER, é por esta razão que este efeito não pode ser ignorado, mas melhor elaborado.³²⁹ Em verdade, com salienta FERRAJOLI, esta – a intimidação – é de modo geral o efeito natural de todas as normas, orientando comportamentos pelo estabelecimento de efeitos jurídicos agradáveis ou desagradáveis em razão da observância, ou não, do contido na prescrição legal. De tal forma, a pena não diferiria de nenhum outro efeito jurídico “cuja previsão por parte de uma norma primária possui sempre o objetivo de assegurar a *eficácia* da norma secundária que disciplina o ato ao qual aquele é imputado.”³³⁰ Se não compreendida em termos absolutos, então, a premissa da intimidação, de que parte a prevenção geral negativa, num plano empírico, se mantém. Como corolário, não seria equívoco concluir que o aumento de institutos despenalizadores, de renúncia da pena, assim como de benefícios relacionados ao afastamento ou diminuição da pena, sob determinadas circunstâncias poderiam significar o comprometimento da eficácia preventiva do Direito penal, daí a necessidade em serem pensados e aplicados com o devido enlace com um programa político-criminal racionalmente estruturado.³³¹

Algumas premissas, porém, devem ser estabelecidas. O efeito de intimidação da norma penal não pode ser medido pela completa erradicação do delito, mas pelo nível e qualidade de sua contribuição para tal desiderato.³³² Outrossim, tomando-se o sistema punitivo como *ultima ratio*, e como tão somente um dos muitos módulos sociais de controle³³³, deve-se compreender que tal eficácia pode não ser alcançada por ele sozinho,

³²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 339.

³²⁹ HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción ...** Op. Cit., p. 161.

³³⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Op. Cit., p. 224.

³³¹ “A criação dos diversos benefícios advindos da política criminal deverá ter o devido enlace com a dogmática penal.”: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 41.

³³² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., 339.

³³³ O significado de prevenção geral como tentativa de evitação da comissão de delitos por parte da generalidade dos cidadãos vai muito mais além que o de prevenção geral como função da pena “*pues existe una serie de otros medios extrapenales con los que el Estado, la sociedad, la familia y otras instancias sociales intentan o pueden intentar lograr dicho fin y, con ello, la protección de bienes jurídicos individuales*

nem somente de forma direta, mas a prevenção do delito poderá ocorrer também indiretamente, pelo reforço às outras instâncias de controle social.³³⁴ O Direito penal, portando, por sua própria natureza subsidiária, dependerá de outros meios, que não a criminalização e a pena propriamente ditas, para cumprir os seus fins de proteção de bens jurídicos por meio da prevenção e do controle social³³⁵. Máxime ante as transformações sociais destes últimos tempos³³⁶, um ordenamento preocupado com sua validade e eficácia empírica não pode estar alheio às ciências sociais.³³⁷ Confirmada a insuficiência das teorias preventivo gerais negativas, imperioso é o recurso às ciências sociais já que estas – veja-se que no “concerne à relação entre regra e comportamento, o sociólogo e o jurista percorrem um caminho inverso: o sociólogo parte geralmente do comportamento para chegar à regra que eventualmente possa explica-lo”³³⁸ enquanto o jurista “parte da regra para chegar ao comportamento que seja a realização da regra”³³⁹, ou seja “parte da regra que estabelece a forma como os indivíduos devem se comportar, para então chegar ao comportamento”³⁴⁰ – poderão nos fornecer os conhecimentos acerca “das motivações do comportamento desviante e sobre as condições que o tornam possível com o objetivo não de recorrer às

y sociales”. Vide: LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Prevención general, sociedad y psicoanálisis. Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 16, p. 93-105., 1982. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56542>. Acesso em: 20 jan. 2018.

³³⁴ HASSEMER certa vez já pontuara: “dizer que uma boa Política social é a melhor forma de Política Criminal não é apenas retórica, é muito mais uma exortação urgente no sentido de estabelecer perspectivas de longo prazo providas de conteúdo”. HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. In: *Direito Penal: Fundamentos, Estrutura e Política*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 306. Um sistema de prevenção – para ser eficaz ao fim ao qual se propõe – deve significar um equilíbrio entre o respeito às garantias individuais fundamentais e as seguintes posturas: a redução das oportunidades delitivas; a certeza da punição; a criação de uma cultura cidadã a qual propicie a consciência sobre a necessidade de um controle social, ainda que mínimo; assim como a instituição de sistemas que viabilizem tal controle e o aumento das reflexões sobre ética.³³⁴ Cada qual destes elementos proporciona uma ampla e profunda análise capaz de ensejar resultados por demais proveitosos na construção de uma política preventiva eficaz, ou seja, hábil a equilibrar a proteção da liberdade e dos direitos fundamentais dos cidadãos com uma efetiva resposta à criminalidade. Trata-se, portanto, de um inescusável privilégio à prevenção técnica ou organizacional, em detrimento da prevenção normativa.

³³⁵ Assim também MUÑOZ CONDE: “*Está claro, pues, que la función motivadora de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Un Derecho penal sin esa base social previa sería tan ineficaz como insoportable, y quedaría vacío de contenido o constituiría la típica expresión de un Derecho penal puramente represivo, que sólo tendría eficacia como instrumento de terror. Pero también la función motivadora emanada de esas otras instancias de control social sería ineficaz si no fuera confirmada y asegurada, en última instancia, por la función motivadora de la norma penal.*” MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal y Control Social*. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 40.

³³⁶ Sobre o tema, remetemos o leitor ao capítulo 2 desta exposição.

³³⁷ Sobre os efeitos das normas sociais sobre o Direito, vide: COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279-303.

³³⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Novos estudos de teoria do direito. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manoele, 2007, p. 49.

³³⁹ *Ibid.* p. 49.

³⁴⁰ BUBNIAK, Priscila Lais Ton. *Análise Econômica Do Direito Penal Tributário*, Op. Cit., p. 11.

reparações quando ele já houver sido praticado, mas de impedir que ocorra”.³⁴¹ Não por outra razão, BOBBIO assevera que “estamos em uma situação em que cada um dos ramos tradicionais do direito vem descobrindo, ao seu lado, alguma disciplina do comportamento humano que o acompanha como à própria sombra”.³⁴²

O método da Análise Econômica – ou *law and economics*, como mais comumente se chama – de raiz utilitarista, desempenha, neste sentido, uma importante função.³⁴³ Porquanto preocupações consequencialistas sempre ocuparam lugar substancial no desenvolvimento da política criminal, POSNER atribui a BENTHAM e BECCARIA o papel de inspiradores do movimento de Análise Econômica do Direito iniciado em algum momento entre 1958 e 1973.³⁴⁴ Mesmo que não de forma sistematizada, ambos analisaram o comportamento criminoso a partir do enfoque da escolha racional³⁴⁵, ao mesmo tempo em que não ignoraram a importância em considerar de forma conjunta a magnitude e a probabilidade da imposição da sanção para então verificar seus efeitos sobre a conduta do eventual infrator³⁴⁶ – concebendo, portanto “a pena como um custo esperado” – e constataram o problema da dissuasão marginal, isto é, “da necessidade de estabelecer proporcionalidade entre as penas para impedir que resulte rentável cometer um delito mais grave que um menos grave.”³⁴⁷ Somente em 1968, porém, com a publicação do estudo de Gary BECKER as bases sobre as quais foram edificadas as literaturas sobre o *law and economics* foram definidas.³⁴⁸ A incorporação de um estudo consequencialista ao Direito Penal, destarte, não é recente, e sequer restrito à Análise Econômica do Direito. Tem-se, neste sentido, correntes como a funcionalista³⁴⁹, onde já se demanda que a ciência penal seja pautada pelo alcance de objetivos bem definidos e com uma função clara.³⁵⁰

³⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**. Op. Cit., p. 36.

³⁴² Ibid., p. 47.

³⁴³ Para um estudo completo acerca da interseção do método da Análise Econômica com a política criminal brasileira, vide: BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Op. Cit..

³⁴⁴ POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002, p. 38.

³⁴⁵ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, n. 2, p. 31-74, 2004, p. 49.

³⁴⁶ Ibid., p. 50.

³⁴⁷ Ibid., p. 50.

³⁴⁸ BECKER, Gary. **Crime and punishment: and economic approach**. 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

³⁴⁹ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004, p. 05.

³⁵⁰ Cite-se, por exemplo, as bases teóricas lançadas por ROXIN, para o qual toda a estrutura dogmática penal deve ser reestruturada em acordo com a finalidade do Direito penal que é a “proteção de bens jurídicos”. ROXIN, Claus. **A proteção de bens Jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e trad. André Luíz Callegari e Nereu Jpoé Giacomolli. 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013

SALAMA, ao desenvolver um estudo epistemológico da disciplina de Direito e Economia aponta que um dos mitos sobre o tema que precisa ser rejeitado prontamente é o de que o estudo da Análise Econômica do Direito “se limita à discussão do papel da eficiência na determinação das normas jurídicas.”³⁵¹ Ao contrário do que uma análise superficial pode ensejar, o *Law and Economics*, como método, volta-se, principalmente, à demonstração de que a construção normativa e a aplicação do Direito não pode ignorar suas consequências práticas.³⁵² As considerações tecidas, nestes termos, são muito mais imbuídas de um caráter funcionalista, racionalizando o processo de criação e aplicação da Lei. A respeito da importância de pensar a *eficiencia* não como um fim, mas como um meio eficiente para alcançar um objetivo social desejado, Albert CALSAMIGLIA, em 1987, já discorria que “observar o fenômeno jurídico a partir do ponto de vista da eficiência pode ser especialmente útil para a construção de uma política jurídica que alcance seus objetivos. [...] Muitas vezes os juristas esquecem dos caminhos e por isso não chegam onde querem”³⁵³.

Há muito se tem desmistificado a errônea compreensão de que a Análise Econômica do Direito tem a única e exclusiva finalidade de discutir parâmetros de *eficiencia* matemática na determinação de normas jurídicas.³⁵⁴ Ao revés, um estudo imparcial deste método demonstra sua importância para a análise de problemas jurídicos sob diferentes prismas, principalmente ao apontar para uma ampla gama de soluções normativas possíveis e de outro modo impensáveis³⁵⁵. Para tanto, “o estudo da política criminal sob a perspectiva

³⁵¹ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22, v. 05, n. 02, março 2008, p. 05.

³⁵² Ibid., p. 06.

³⁵³ Por sua relevância, convém citar o trecho integral do estudo: “*La eficiencia es un componente de la idea de justicia pero no es el único criterio de justicia. Difícilmente podríamos calificar de justo un sistema totalmente ineficiente o una sociedad que despilfarra recursos básicos que cubren necesidades básicas. [...] Observar el fenómeno jurídico desde el punto de vista de la eficiente puede ser especialmente útil para la construcción de una política jurídica que alcance sus objetivos. Los instrumentos jurídicos pueden ser eficientes o no. Un legislador no sólo está preocupado por establecer un modelo ideal hacia el cual debe tender sino que también está preocupado por los mejores caminos que conducen a este objetivo. Muchas veces los juristas nos olvidamos de los caminos y entonces no llegamos a donde queremos*”. CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. In: **Doxa**, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141723.pdf>. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

³⁵⁴ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. **El Análisis Económico del derecho: ¿ Método Útil, o ideología nefasta?** Disponível em: <http://derechoeconomia.8m.com/Ortiz%20de%20Urbina.%20AED.%20Metodo%20util%20o%20ideologia%20nefasta.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

³⁵⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Op. Cit., p. 06. BECKER, em outra oportunidade assinalou as contribuições que a Análise econômica poderia ensejar nas discussões político-criminais – estas, verdadeiras discussões de política pública – na reflexão sobre “quantos recursos e quanta punição devem ser usados para fazer cumprir diferentes tipos de legislações” e “quantas ofensas devem ser permitidas, e quantos *criminosos* devem ficar impunes”, utilizando, para tanto, um critério geral da perda social gerada pelo ilícito *versus* os custos gerais aplicados para a prevenção e punição dos delitos. Vide: BECKER, Gary S., **The Economic Approach to Human Behavior**, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

econômica pode se dar a partir de duas vertentes, as quais correspondem à divisão metodológica da ciência econômica, a saber: a positiva (refere-se ao *ser*, a explicação e a predição) e a normativa (refere-se ao *dever ser*).³⁵⁶

Na perspectiva do Direito Penal, SILVA SÁNCHEZ indica que as primeiras considerações sobre a eficiência devem centrar-se não propriamente sobre a conduta que, trazendo vantagens para todos não, prejudica ninguém, mas naquelas ações “cujas vantagens globais (sociais) superam os custos, independentemente de que estes custos recaiam sobre alguém em concreto e, em razão disso, o prejudiquem”.³⁵⁷ Consoante explica, a análise econômica aplicada ao Direito Penal pressupõe a adoção de premissas consequencialistas voltadas às ciências sociais e, sob tal perspectiva o delito seria considerado, então, como: “uma classe de atos socialmente indesejáveis, porque suas consequências, isto é, o dano que esse ato indesejável acarreta, é superior aos benefícios sociais que, também, caberia esperar que uma determinada conduta trouxesse”.³⁵⁸ Conforme aponta, ignorar esta assertiva e o pressuposto de que os agentes atuam a partir de uma análise de custo/ benefício, ainda que sob uma racionalidade limitada, seria esvaziar a prevenção geral de sentido, remanescendo apenas a prevenção especial (técnica, por tratamento, a ex. da medida de segurança), hipótese na qual a intervenção do Direito Penal seria de todo dispensável, pois: “não é razoável cominar sanções inúteis a quem não as leva em conta em sua tomada de decisão”.³⁵⁹

Partindo desta premissa, de que o homem é um sujeito racional, que pauta suas escolhas a partir de uma análise de custo e benefício entre a vantagem auferida como resultado da prática ilícita, a probabilidade de ser descoberto e a proporção da sanção que lhe aguarda – e, portanto, por entender de que forma a estrutura legislativa e social interferem na tomada de decisão individual³⁶⁰ (observação lançada no âmbito da AED

³⁵⁶ BUBNIAK, Priscila Lais Ton. Op. Cit., p. 49.

³⁵⁷ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p. 07.

³⁵⁸ Ibid., p. 10.

³⁵⁹ Ibid., p. 22.

³⁶⁰ THALER e SUSTEIN, aplicando as bases da Economia Comportamental na elaboração de políticas públicas identifica o legislador como um “arquiteto de escolhas”, ou seja, agentes que têm o potencial e a responsabilidade de influenciar as pessoas para que tomem as melhores decisões no contexto em que se encontram. Ambos se contrapõem à concepção de que as pessoas, em geral, são “*econos*” (fazem eminentemente escolhas racionais em tempo integral), para compreendê-las como humanas (pessoas que tomam decisões baseadas em instintos subjetivos, emoções, de maneira reflexa e irracional). Com base nisso, defendem um paternalismo libertário, ou seja, uma atuação Estatal que, sem valer-se da coerção, auxilia as pessoas a tomarem decisões que as levem ao seu bem estar. Segundo sua premissa, o paternalismo libertário tornaria claras as opções existentes, sua avaliação, suas contrapartidas e suas consequências. Exporia mais claramente as opções existentes de modo que pudessem ser percebidas e adequadamente avaliadas, embora, ao mesmo tempo, promovesse incentivos para a escolha que racionalmente pudesse revelar-se a melhor opção (por isso, paternalista). O faz, no entanto, sem tirar a capacidade de escolha (por isso libertário). Esta concepção se amolda à ideia da função promocional do Direito, trazida por BOBBIO, e na importância de instituímos mecanismos que primem mais pelo encorajamento às atuações conformes ao Direito, que pela

positiva)– a Análise Econômica auxiliará na definição do “quanto” e do “como” punir ³⁶¹, principalmente quando esta discussão é travada no tanto no âmbito da criminalidade econômica, quanto na criminalidade clássica de viés patrimonial. A configuração legal, então, atuará promovendo incentivos ou desincentivos à prática delitiva, seja por meio da norma penal, seja por meio de sanções positivas, premiais, a um comportamento conforme ao Direito.³⁶²

Cumprindo ponderar, porém, que esta racionalidade que direciona o processo de tomada de decisão individual não é absoluta, mas limitada, uma racionalidade que não é puramente econômica, matemática, mas influenciada por pressupostos cognitivos internos do próprio sujeito: “as preferências humanas têm contexto cultural, político, social, antropológico, histórico, psicológico e até filosófico, motivo pelo qual a AED não prescinde das contribuições das ciências sociais”³⁶³. Por isso, fala-se de uma racionalidade limitada. Esta análise de custos não pode ser reduzida a uma mera racionalidade instrumental, ou utilitária – síntese da crítica oposta à AED – quando as decisões humanas nem sempre primam as considerações de utilidade pura, isto é, vinculada a aspectos econômicos, mas são norteadas principalmente por critérios de racionalidade valorativa.³⁶⁴ O potencial agente delitivo, enfim, “não é de todo alheio a um cálculo racional de custos”.³⁶⁵ Os benefícios procurados pelos agentes, no entanto, não são revestidos unicamente de contornos econômicos, ou direcionados simplesmente à maximização, mas principalmente à satisfação, esta possivelmente relacionada aos mais diversos âmbitos da subjetividade individual.³⁶⁶

punição. THALER Richard H.; SUSTEIN, Cass. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. Também no esteio da Economia Comportamental e sobre como as *instituições* (limitações Formais ou Informais criadas pelo homem para conduzir a interação humana. Serão formais, por exemplo, “*las normas que idean los humanos*”, e informais, v.g. “*acuerdos u códigos de conducta*”) afetam as escolhas dos indivíduos, vide, por todos: NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico Através do Tempo. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30 – set./ dez. 2010. Do mesmo autor: NORTH, Douglas C. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño económico*. Trad. de Agustín Bárcena. México: FCE, 1993.

³⁶¹ O “o quê” punir já nos é dado pela Constituição e pela definição de proteção do bem jurídico como função do Direito Penal. A respeito, vide: ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. 2 Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

³⁶²³⁶² Sobre o tema, ver BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**. Op. Cit., p. 22-23 e 34.

³⁶³ BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise Econômica Do Direito Penal Tributário: Uma Crítica À Política Criminal Brasileira**. 2017, Op. Cit., p. 54.

³⁶⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p. 22-23 e 34.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 19. Em Complemento, sublinha: “*O Direito Penal, para ser eficaz em sua pretensão de lograr a eficiência social, deve, definitivamente, configurar suas normas partindo do princípio de que os sujeitos destinatários destas leis vão realizar um cálculo de eficiência. Tal apreciação conduz a um Direito Penal de prevenção [...] devem ser atribuídos custos adicionais à prática do delito, a fim de que os custos superem as vantagens que o agente espera obter com o ato e, em última instância, que a prática do crime não compense (crime doesn't pay)*”. P. 26-27.

³⁶⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). *Análise econômica do Direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.63-69.

Para SILVA SÁNCHEZ a imagem do indivíduo como pessoa conduz necessariamente ao entendimento de que o efeito dissuasório das normas penais não está contido unicamente no fator intimidatório da ameaça da pena, mas também na transmissão do conhecimento relativo à declaração da gravidade do fato, à relevância social do valor protegido pela norma, que embora se aproxime da prevenção de integração, não deve ser com ela confundida.³⁶⁷ Ainda assim, o autor chama à atenção para o fato de que “também é certo que a disposição para o cumprimento das normas não opera quando a infração destas normas se faz especialmente atrativa; e que essa disposição diminui quando se percebe que aquele que as infringe não é sancionado”.³⁶⁸ Permanecem atuais, portanto, as ponderações de BECCARIA, no sentido de que o caminho para uma política criminal eficaz passa pelo aprimoramento das instituições em detrimento de uma tendência de exasperação de penas e criação de novos tipos penais. Significa dizer, que não é a gravidade das penas a responsável pela intimidação do agente, influenciando-o negativamente quando de sua decisão para a realização ou não do delito, senão a alta probabilidade do cumprimento efetivo destas sanções, em um cálculo prévio assemelhado a um “*desconto de futuro*”, legitimado por uma fórmula de *baixa probabilidade X alta gravidade*³⁶⁹: “Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas”. O marques milanês complementa: “A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.”³⁷⁰

Considerando que os custos sociais reflexos à prática delitiva – os custos da consequente intervenção do Direito Penal – devem ser menores que os custos gerados pelo crime – o dano social provocado propriamente dito – SILVA SÁNCHEZ avalia, ainda, que as penas não pecuniárias, corporais e restritivas de liberdade, significam custos muito

³⁶⁷ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p. 35.

³⁶⁸ Ibid., p. 35.

³⁶⁹ Fazendo remissão ao termo empregado por ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Análisis económico del derecho y política criminal. **Revista de derecho penal y criminología**, 2.ª Época, n.º extraordinario 2 (2004) pág. 31-73.

³⁷⁰ BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Milano, Rizzoli, 1988, p.114. A respeito de uma análise acurada do § XXVII, “Dolcezza della Pena”, vide HORVITZ L. Maria Ines. *Dulzura de las Penas*. In **Beccaria 250 años. De la Obra a los becarios**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 311-323. HASSEMER, a seu turno, ainda que colocando em cheque a premissa da racionalidade do infrator, conclui em sentido semelhante: “[...] a psicologia do delinquente potencial só raras vezes alcança grau de racionalidade que pressupõe a teoria da prevenção geral. Como demonstram, sobretudo as pesquisas sobre o efeito intimidatório da pena de morte (atualmente abolida), o delinquente normalmente não se motiva pensando na possibilidade de sofrer esta pena (ameaça da punição), mas movido pela ideia de quais são as possibilidades de não ser descoberto” In: HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho Penal** (trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, p. 386.

maiores que aquelas sanções de carácter pecuniário, como as penas de multa³⁷¹. A pena de multa ocuparia, assim, posição por demais relevante no âmbito dos delitos económicos em detrimento de penas exclusivamente de cariz corporal³⁷². Nesta perspectiva, contudo, deve-se atentar para as considerações de SCHÜNEMANN quando nos alerta para o perigo de se instituir um Direito Penal de classes.³⁷³ Por outro lado, é necessário ponderar que, sendo o direito penal a *ultima ratio*, e de aplicação subsidiária às outras esferas de intervenção estatal e em situações cuja gravidade e danosidade social exijam protecção por esta esfera, é de pressupor que outras modalidades de penas mais brandas já não foram suficientes à prevenção delitiva, sendo a restrição às suas sanções a penas exclusivamente pecuniárias um desvirtuamento, esvaziando de sentido a própria configuração dos ilícitos penais nestas hipóteses, quiçá uma violação ao princípio da proporcionalidade ante a proibição insuficiente do bem jurídico tutelado.

Disto observa-se que não apenas as legislações cuja prevenção seja baseada na excessiva criminalização de condutas e institucionalização de altas penas, mas também sanções demasiadamente baixas, ou de baixa ou nula probabilidade de aplicação, moldam um Direito Penal simbólico, um Direito ineficiente³⁷⁴, já que “a eficácia preventiva do Direito Penal [...] é conditio sine qua non de sua eficiência”.³⁷⁵

Aceitar que um dos fins legitimadores do Direito penal é a intimidação, porém, não autoriza ao raciocínio de que as funções simbólica e de satisfação das necessidades de

³⁷¹ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p. 43.

³⁷² Analisando mais detidamente esta temática, e formulando severas críticas a esta colocação, na mesma esteira do que pontuado por SCHÜNEMANN, vide: ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. Op. Cit., p. 58 – *passim*.

³⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la Clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?. In: **Temas Actuales y permanentes del Derecho Penal después del Milenio**. Tecnos, 2002, p. 49-69. No mesmo sentido Heleno Fragoso salienta: “os pobres embora queiram promover o ressarcimento não podem. E são os pobres que povoam as prisões do sistema punitivo do Estado. Toda justiça é desigual, mas a justiça criminal é a mais gritantemente desigual”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 246. Também HIRSCH: “Tampoco puede dejar de considerarse que existen numerosos delitos carentes de víctima, como por ejemplo delitos que afectan a la generalidad y la tentativa punible. Ya que en estos casos por su misma naturaleza fracasa la posibilidad de una compensación autor-víctima y, por ello, no se puede prescindir de la pena estatal -la falta de punibilidad no debe generar un vacío legal-. Sobrevendría una gran desigualdad en la reacción a los delitos. Esta desigualdad sería tanto más grave porque conforma una contradicción valorativa importante, si en los casos de delitos sin víctima se continuara castigando como hasta ahora, mientras que, en los delitos que tienen una víctima se pudiera considerar a la pena como prescindible.” HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit., p. 59.

³⁷⁴ Cf. Silva Sánchez: “É preciso cuidar para que os benefícios penitenciários não anulem a dissuasão marginal existente, que em princípio configura a base de diversas cominações penais abstratas. Assim, é razoável advogar por um princípio de cumprimento efetivo das condenações impostas. E isso não rechaça a existência de benefícios penitenciários orientados à ressocialização, ainda que estes seriam (sic) preferíveis se tomassem como ponto de partida a colaboração do condenado com a justiça ou a compensação às vítimas da sociedade. Pois assim evita-se que seu efeito seja uma total desconfiguração da pena imposta. SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p. 46.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 33.

psicologia social³⁷⁶ efetivamente cumpridas pelo Direito penal – situadas no plano do *ser* e não do *dever ser* – também o legitimam. Ao contrário, estes efeitos sociais empíricos são, em verdade, negativos e devem ser combatidos.

A Política Criminal deve ser interdisciplinar, sistemática, não descurar do princípio da *ultima ratio* e pressupor uma análise profunda de todos os efeitos da escolha legislativa a ser implementada com vistas à prevenção de delitos, aí incluídas as disposições legais que rechaçam ou premiam a reparação do dano, por exemplo, com a extinção da punibilidade, sob pena de constituir um sistema pensado para não funcionar: i) senão pela percepção injusta da resposta estatal – dada a desproporcionalidade em relação à culpabilidade e à necessidade de pena³⁷⁷ –, ii) pela neutralização da percepção de eficácia da resposta estatal, porquanto a sanção abstratamente prevista será passível de ser *contabilizado* e incorporado pelo infrator como um custo eventual e inferior à satisfação pessoal alcançada com a prática do crime.

4.2.2.3. *Reparação e sua idoneidade para satisfazer as exigências da prevenção geral negativa*

Chega-se, então, a conclusões distintas quando se reflete sobre o efeito preventivo geral negativo da pena: quando da aplicação da pena concreta, e quando do mesmo efeito em relação à pena abstratamente cominada. Por tudo o quanto se verifica, não há lugar, num Estado Democrático de Direito, para a justificação e fundamentação da sanção penal unicamente em uma finalidade intimidatória, especialmente se perfectibilizada através da severidade da aplicação da pena em concreto. O mesmo se diz no tocante à prevenção simplesmente pela quantidade ou modalidade da pena em prevista abstrato. A dissuasão não é dada por um fator isoladamente, mas é resultado de um sistema racionalmente organizado e orientado para tanto – mais importância que o incremento na severidade da pena, tem a certeza de sua imposição. Não está, portanto, restrito à norma penal. Ainda assim, a sanção faz parte desse sistema e como tal, não pode estar dele desvincilada, sendo a intimidação um módulo auxiliar, ou complementar, da justificação do sistema punitivo. Como, então, compatibilizar a reparação a estas finalidades?

³⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 450.

³⁷⁷ Rememore-se as colocações de GÜNTHER: “*uma pena considerada injusta não tem efeito intimidatório*”. GÜNTHER, Klaus. *Crítica da pena I* (2004). Op. Cit., p. 194.

Novamente, é preciso recorrer à *lata* distinção entre reparação como prestação voluntária e como prestação consequente à imposição de uma autoridade judicial ou administrativa.

Se se inicia por esta, sem prejuízo de uma análise mais profunda, não restarão dúvidas de que, sob o prisma da intimidação pela gravidade da sanção, seu efeito de intimidação será seguramente inferior ao da pena privativa de liberdade e da pena de multa, e isso já foi de pronto reconhecido por ROXIN, embora não tenha sido por ele compreendido como argumento suficiente para rechaçar de pronto os efeitos preventivos gerais da reparação – isto, pois o estudioso dá prevalência ao efeito preventivo geral positivo.³⁷⁸

Aqueles que se mostram críticos à idoneidade da reparação para satisfazer as finalidades da pena encontram nas relações entre ela e a intimidação seu principal ponto de apoio. Para tanto, partem da premissa de que “se o autor supor que ele, no caso de fracassar, somente necessitará restituir o status quo ante, cessaria todo o risco; ele, pela prática do fato, só tem a ganhar, nunca a perder”, anulando tanto efeitos de prevenção especial, quanto de prevenção geral, porquanto a reparação, como reação às violações jurídicas, “significaria antes um convite a tentar alguma vez roubar ou fraudar, pois no pior dos casos a ameaça consistiria na devolução do conseguido, cuja eventualidade não faria ninguém desistir de um plano delitivo já posto em prática, e que promete êxito.”³⁷⁹ Tal crítica, todavia, ignora as hipóteses em que a reparação significa um verdadeiro sacrifício para o agente.

Sob o prisma da reparação como ato de obediência a uma imposição, identificam-se duas propostas³⁸⁰: a primeira, para a qual a reparação tem caráter de pena, pois imposta ao final de um processo penal, aplicável como única sanção ou como sanção acessória à pena principal; a segunda, para a qual a reparação atuaria como uma “terceira via”, ao lado da pena corporal e da medida de segurança, na esteira do aventado por ROXIN, incidindo quando a culpabilidade e a subsidiariedade assim o exigirem.

A primeira vertente, então, inseriria a reparação como uma sanção penal independente, passível de ser aplicada sozinha ou imposta como sanção acessória ou substitutiva da pena convencional. Um exemplo na realidade comparada, citado por

³⁷⁸ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 148. É certo, contudo, que mesmo as penas privativas de liberdade, de multa e restritivas de direitos já não mais transmitem esta mensagem.

³⁷⁹ Conforme a síntese apresentada por ROXIN, Ibid., p. 138

³⁸⁰ HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit., p. 53-90.

HIRSCH, é a *Restitution Order* do Direito norte americano³⁸¹. Para HIRSCH, tal vertente tomaria por fundamento a assertiva de que a reparação também, e inequivocamente, produziria efeitos preventivo-gerais, porquanto, como as penas convencionais, seria encarada pelo agente delitivo – ou agente delitivo em potencial – como um mal a ser suportado³⁸². No ordenamento brasileiro, a reparação sob estes termos está, por um lado, para a imposição contida no artigo 91, do Código Penal, onde a *indenização* à vítima do delito é instituída como efeito genérico da condenação³⁸³ – portanto, desde o princípio integrada ao efeito de intimidação pretendido pela cominação *in abstracto* da sanção penal – e, por outro, e principalmente, para a pena de prestação pecuniária – modalidade de pena restritiva de direitos, art. 43, I, CP – consubstanciada em pagamento, feito à vítima e seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de uma importância fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo e nem superior a 360 salários mínimos.

A segunda vertente, por outro lado, tomaria a reparação como *terceira via*, um caminho alternativo à pena em observância ao princípio da subsidiariedade, formalizado, via de regra, pelo acordo de compensação entre autor e vítima, onde ao autor é oportunizada a

³⁸¹ Instituto semelhante ao da *compensation Order*, do Direito anglo-saxão, a *Restitution Order* – que também existe no ordenamento canadense – foi instituído a partir do *Mandatory Restitution Act of 1996*, instrumento pelo qual foram estabelecidos procedimentos para a determinação do quantum de restituição ao qual a vítima de um crime pode ter direito. “*A lei prevê que as vítimas "identificadas" podem ter direito a uma ordem de restituição para certas perdas sofridas como resultado da comissão de uma infração ou perdas que o réu concorda em reembolsar como parte de um "plea agreement". As vítimas podem ser indivíduos ou empresas*”. Informações disponíveis em: <https://www.justice.gov/usao-ndga/victim-witness-assistance/understanding-restitution>. Acesso em: 19 de janeiro de 2018.

De acordo com a definição apresentada pelo site do “California Department of Correction and Rehabilitation”: “*The purpose of restitution fines or direct order of restitution is to help victims recover from any financial hardship caused due to your criminal activity. Restitution may cover medical bills, funeral expenses, and the cost of repairing damaged property. Restitution is ordered by the court and is part of your sentence. The restitution order is read out loud in court along with the terms of confinement.*” Existem duas modalidades de *Restitution: orders e fines*. As *Restitutions Orders* é uma ordem de restituição para as perdas relacionadas ao crime emitida pelo tribunal quando da prolação da sentença condenatória, e pode incluir: o dinheiro ou a propriedade roubados, contas médicas, custas de reparação de veículos, despesas funerárias e outros custos. Não existe um valor máximo para esta condenação, ele não pode ser negociado e a ordem será mantida ainda que o agente não tenha condições financeiras para arcar com ela. Informações disponíveis em: https://www.cdcr.ca.gov/Victim_Services/docs/Adult_Offender_Guide.pdf. Acesso em: 19 de janeiro de 2018.

³⁸² HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit. p. 59-60. HIRSCH, porém, pontua que tal fundamento não é suficiente. Isto, porque qualquer consequência do delito é um mal e, por isso em certa medida, irradia efeitos de prevenção geral. Com “qualquer consequência do delito” o estudioso se referiria, então, não só aos reflexos penais, senão também aos reflexos cíveis e administrativos relacionados à responsabilização judicial pela prática de um crime, de modo que a reparação do dano de caráter civil congregaria, assim, rigorosamente o mesmo efeito de caráter preventivo geral que aquela de caráter penal.³⁸² Para ele, portanto, o decisivo não é a existência dos aspectos da prevenção geral, mas a diferença entre reparação do dano e pena que, para ele reside em que “*En el Derecho resarcitorio se trata de la compensación de los danos materiales y hasta inmateriales producidos por el autor y, por tanto, de la parte civil del hecho. Por el contrario, en la pena se trata de la imposición de un mal que va más allá de ello*”.

³⁸³ Confirmam-se os comentários da página 43, assim como as complementações lançadas na nota n.143.

assunção da responsabilidade pelo fato praticado e a “colaboração para o restabelecimento da paz social perturbada”³⁸⁴. Tal opção também já é, em alguma medida existente no ordenamento pátrio. Veja-se, por exemplo, a hipótese dos artigos 74 e 75, da lei 9.099/95 onde a oportunidade à composição dos danos civis é instituída como uma fase preliminar e sua aceitação e pagamento, nas hipóteses de ação penal privada ou condicionada à representação, acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação, isto é, a extinção da punibilidade na esfera penal e, na civil, a constituição de um título executivo judicial.³⁸⁵ A frustração do acordo, contudo, se o crime é de ação penal privada, dá lugar à formalização da queixa-crime, dando-se início ao rito sumaríssimo. Se isso ocorrer, por outro lado, ainda é possível o oferecimento da transação penal onde, antes do oferecimento da denúncia é ofertado ao agente a antecipação da pena de multa ou restritiva de direitos, sempre quando ausentes as restrições do §2º, do art. 76, da Lei 9.099/95. Frise-se: ambas as possibilidades estão restritas aos chamados delitos de menor potencial ofensivo que, ainda assim, abarcam uma ampla gama de modalidades típicas, inclusive os crimes ambientais.

Refletir sobre o aspecto dissuasório da pena nos exige pensar, antes, se os sujeitos são racionais, se se importam com as consequências, ou não.³⁸⁶ Trata-se, é certo, de um assunto subjetivo. Isto significa que o que interessa para a dissuasão “é o que importa para os delinquentes – não o que importa àqueles que desenham os regimes dissuasórios ou o que eles pensam que importam aos delinquentes”.³⁸⁷ Por outro lado, dentre os delinquentes “uma pena que é considerada grave por alguns, pode ser percebida como uma mera inconveniência por outros”.³⁸⁸ É, por isso, “um equívoco comparar severidade da sanção com a magnitude das sanções formais”.³⁸⁹ Como destaca KENNEDY, “as crenças morais pessoais, as crenças morais coletivas, aquilo que é legalmente sancionado³⁹⁰, e como se estruturam tais sanções

³⁸⁴ ROXIN, Claus. *Pena y Reparación*. ADPCP. Vol. LII, 1999, p. 13.

³⁸⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 610.

³⁸⁶ KENNEDY, David M. **Disuación y prevención del delito**. *Reconsiderando la expectativa de pena*. Traducción de Luciana Morón. Madrid: Marcial pons, 2016, p. 83.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 285.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 77.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 84.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 106. A partir de sua própria experiência, da experiência de conhecidos ou da daqueles dos quais ouviram falar, os delinquentes e potenciais delinquentes e sua percepção do risco de serem castigados podem ser influenciados por sinais enganosos a respeito da competência em geral das autoridades – como a alta taxa de crimes não descobertos; a certeza de que se descobertos, seu *modus operandi* não deixará brechas para a construção de provas hábeis a influenciarem em sua condenação; a brecha entre o máximo da pena cominada e a efetivamente aplicada, principalmente quando dos primeiros delitos praticados, dando a sensação de que existe “um passe” para delinquir; em suma: uma alta certeza do baixo risco de ser castigado – já que expostos a expressivas variações no modo como as autoridades tratam delitos similares.

se influenciam mutuamente”³⁹¹, por isso, não apenas as sanções formais, mas as informais ocupam também um significativo lugar no *processo* dissuasório.

É fato que a reparação como sanção imposta é medida já amplamente existente e aplicável tanto na esfera cível quanto na administrativa³⁹². Destarte, o Direito penal apenas poderá intervir quando as lesões aos bens jurídicos não puderem ser evitados pelas vias extrapenais³⁹³. Neste prisma, a Análise Econômica pode nos oferecer algumas respostas.

Como ponderam COOTER e ULEN, “se as ações civis fizessem com que o autor da lesão internalizasse³⁹⁴ o custo dos crimes³⁹⁵, então o Direito penal seria desnecessário do ponto de vista econômico”³⁹⁶. Para eles, indenizações perfeitas são aquelas que tornam a vítima indiferente à lesão – o que é impossível na grande maioria dos casos. A intervenção do Direito penal, neste prisma, se justificaria apesar das demais esferas de intervenção em razão: i) das limitações inerentes às indenizações: quando a indenização perfeita é impossível ou, quando possível, é impossível de ser praticada na vida real; ii) do fato de que o Direito penal não busca proteger interesses, mas direitos e, nestas hipóteses, ainda que a indenização seja possível, ela será imperfeita; iii) e das penas serem necessárias para a dissuasão: uma vez que a responsabilidade civil busca *internalizar*, isto é, fazer com que os

³⁹¹ KENNEDY, David M. **Disuación y prevención del delito**. Op. Cit., p. 71. Em efeito: “*es razonable creer que el significado de las sanciones para los delincuentes puede variar considerablemente de un delincuente para otro, y que las escalas percibidas de la severidad sencillamente no están alineadas con las nociones convencionales acerca de la gravedad. Y son esas percepciones las que son relevantes para la disuasión, lo que puede ser parte de la razón por la cual es difícil hallar impacto en los grandes aumentos en las penas convencionales*”. (p. 78)

³⁹² Bem por isso, QUINTERO OLIVARES chama à atenção para o fato de que quando se discutem as repercussões cíveis – ou quaisquer repercussões extrapenais, como as fiscais e administrativas – no cerne do Direito penal, é necessário refletir acerca do que se pretende conseguir, através do processo penal, nestes campos, a importância que será atribuída à reparação do dano, a transcendência das consequências civis em comparação com aquelas estritamente penais. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil. Op. Cit., p. 28.

³⁹³ Sobre a percepção da *unidade do injusto*, no sentido de que não existe diferença ontológica entre os ilícitos civil, administrativo e penal, mas tão somente política, Nelson Hungria: “*Não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço*”. HUNGRIA, Nelson. *Ilícito Administrativo e Ilícito Penal*. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <http://bit.ly/2ljAQyG>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017. Na experiência comparada, vide a explanação de Alejandro Nieto: “*la distinción entre delito e ilícito administrativo es, en nuestro ordenamiento, solamente normativo, no estructural, puesto que la decisión de configurar un comportamiento humano como delito o como ilícito administrativo, aunque esté inspirado normalmente por el criterio de la consideración de la importancia de los bienes jurídicos tutelados y de la gravedad de su agresión, es no obstante y solamente el resultado de una decisión meramente discrecional fundada sobre criterios de política legislativa*”. NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 2ª ed. Amp. Madrid: Tecnos, 2000, p. 156.

³⁹⁴ Internalização é a disposição a sacrificar algo para cumprir a lei. Vide: COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p 279-303 p. 06.

³⁹⁵ Isto é, as penas e todos os efeitos penais e extrapenais da condenação.

³⁹⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 473.

sujeitos se amoldem à norma e a observem, pagando o custo pela sua violação, isto é, precificam a desobediência à norma, a dissuasão preocupa-se com a punição dos atos contrários ao Direito, tem por fim impedir que o crime se torne uma atividade lucrativa e, assim, visa evitar que os benefícios alcançados pela sua prática – sejam de ordem econômica, ou não – superem seus custos.³⁹⁷ Em suma: “*apenas o Direito Penal é capaz de comunicar uma proteção absoluta e inviolável, enquanto uma carga tributária ou um dever de indenizar o dano apenas comunica a mensagem de que determinado comportamento pode custar caro*”.³⁹⁸

Também SILVA SÁNCHEZ identifica que se deve optar pela resposta penal, em razão: i) do aumento da probabilidade de apreensão é garantido pelos instrumentos do Direito penal, quando comparados com os mecanismos civis; e ii) do estigma próprio de toda a sanção penal, que torna o efeito dissuasivo da sanção penal superior à de qualquer outra esfera. A reparação penal do dano, sob tais termos, “poderia se tornar uma sanção eficiente para um determinado setor de fatos lesivos, em relação aos quais a pena criminal torna-se desproporcional e a reparação especificamente civil ineficaz na tarefa da dissuasão”.³⁹⁹

Não por outro motivo, a reparação, seja como pena autônoma, seja como terceira via, sob o prisma da prevenção geral negativa jamais será uma resposta eficiente para todo e qualquer delito. Principalmente por depender, em muitos casos, de um aporte financeiro do autor do delito, pode ocorrer que o efeito de intimidação seja desconstituído e, assim, seja incentivado um comportamento oportunista dos delinquentes potenciais que aceitariam os custos esperados pela prática do delito como um preço tão somente eventual por um benefício maior – “repara o dano e se reconcilia, quem pode (economicamente) e não quem quer, nem deve”⁴⁰⁰. É considerando cada uma destas variáveis que as medidas sancionatórias devem ser pensadas.⁴⁰¹ Por tal razão fala-se que devem ser retirar do infrator todos os

³⁹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Op. Cit., p. 474- 475.

³⁹⁸ SCHUNEMANN, Bernd. A posição da Vítima no Sistema de Justiça Penal. Op. Cit., p. 114.

³⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p. 44-45.

⁴⁰⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 155.

⁴⁰¹ Para LUZÓN PEÑA a prevenção geral por intimidação não apenas permite limitar a intervenção estatal de forma racional, senão também obriga a verificar empiricamente, com ajuda de procedimentos das ciências sociais, onde começa em cada momento histórico o limite no qual a diminuição, renúncia, ou substituição da pena minaria a eficácia da prevenção geral e obrigaria a ter em conta o limitado alcance destes efeitos sobre a classe e a gravidade da pena. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Prevención general, sociedad y psicoanálisis. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 16, p. 93-105., 1982. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56542>. Acesso em: 20 jan. 2018.

benefícios alcançados por intermédio do crime, extraindo do adágio “o crime não compensa” um conteúdo normativo: “o crime não deve compensar”.⁴⁰²

Ademais, se se pretende a aproximação da vítima os incentivos gerados pela inserção da reparação no sistema punitivo podem ser encarados sob um duplo aspecto: não apenas sob o prisma do agente, mas também do ofendido, ainda que a satisfação de seus interesses não esteja dentre os objetivos do sistema penal. Estudos têm demonstrado que, na medida em que os empreendimentos reparadores são percebidos pelas vítimas como tendo efeitos desejáveis, eles reduzem a possibilidade de uma vítima descontente tomar a lei em suas mãos para buscar, por si mesma, a reparação. Por outro lado, a expectativa de uma reparação poderia encorajá-las a cooperar com a política e com o juízo.⁴⁰³

Sob outro vértice, resta analisar a reparação como um comportamento voluntário passível de algum tipo de premiação refletida em um benefício penal. Neste desígnio, não se ignora que a concessão de vantagens pode comprometer a percepção da intimidação da sanção abstratamente cominada. Ainda assim, quando alinhados com os demais propósitos de prevenção e bem situados em uma política criminal racionalmente sistematizada, benefícios penais voltados à ressocialização, quando tenham a colaboração do condenado com a justiça ou a reparação do dano causado à vítima por condição, “evitam que seu efeito seja uma total desfiguração da pena imposta”⁴⁰⁴, de modo que a reparação, sob estes termos, – e quando expressão de um comportamento voluntário – não pode ser de pronto rechaçada, exigindo, mais uma vez, uma análise pormenorizada para cada modalidade típica.⁴⁰⁵ Enfim, a reparação como condição para um benefício penal deve ser pensada e situada de modo a ser sentida como um mal superior ao benefício gerado pelo delito, para que não seja incorporada pelo agente a título de *custos de transação*, isto é, como um gasto necessário ao empreendimento e vantajoso face aos lucros auferidos com a atividade lícita por ele exercida e o dano superveniente.⁴⁰⁶

⁴⁰² CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada ... Op. Cit., p. 461.

⁴⁰³ ZEDNER, Lucia. *Reparation and Retribution*. Op. Ct., p. 232-233.

⁴⁰⁴ SILVA SANCHÉZ, Jesús-María. **Eficiência e Direito Penal**. Op. Cit., p.46.

⁴⁰⁵ Diametralmente oposta à previsão da reparação como um benefício penal e, principalmente, como um mecanismo de renúncia da pena, ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit.

⁴⁰⁶ COASE, Ronald. O problema do Custo Social. *Journal of Law and Economics* (Vol. III. Outubro, 1960). Trad. Por ALVES, Francisco Kümmel F.; CAOVIOLA, Renato Vieira. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016, p. 22.

4.2.3. Prevenção Especial

4.2.3.1. Conteúdo e delimitação teórica

Enquanto a prevenção geral se projeta sobre a totalidade da comunidade social, a prevenção especial pressupõe uma atuação sobre a pessoa do delinquente com o objetivo de impedir que ele volte a praticar ilícitos, seja reeducando e ressocializando o autor do delito – prevenção especial positiva – seja o neutralizando – prevenção especial negativa. Mesmo remontando à época do iluminismo, as bases da prevenção especial se expandiram no final do séc. XIX, defendidas por distintas tendências⁴⁰⁷: o correccionalismo, na Espanha, a escola positiva na Itália e, na Alemanha, ganhou força com a formulação apresentada por VON LISZT⁴⁰⁸. Segundo esta concepção a correção, intimidação e neutralização “são os efeitos imediatos da pena e os objetivos que a fundamentam e mediante os quais protege os bens jurídicos”⁴⁰⁹. Por serem direcionadas ao infrator, contudo, cada uma destas três formas sancionatórias deveria corresponder a um tipo de delinquente, por isso, LISZT apresenta a seguinte classificação: i) correção dos delinquentes que necessitem de correção e sejam capazes dela, capacitando-os para a vida em sociedade; ii) intimidação, daqueles que não necessitem de correção, como os sujeitos socialmente integrados autores de crimes ocasionais ou imprudentes; iii) neutralização daqueles não suscetíveis de correção: os *irrecuperáveis*., para proteger a sociedade.⁴¹⁰ A prevenção opera, nesta lógica, não na cominação, mas na execução da pena. A ressocialização⁴¹¹, portanto, não é um sinônimo da prevenção especial, mas apenas uma face positiva que não se limita à intimidação individual. A vulnerabilidade desta teoria, no entanto, face a todas as críticas a ela opostas, pode ser sintetizada no fato de ela não ser capaz de fornecer uma “justificação das medidas estatais necessárias para a sua prossecução”⁴¹². Não possibilitando a delimitação do poder

⁴⁰⁷ Por todos, vide: MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método**. 2ª ed. Montevideo: Julio César Faira – Editor, 2003, p. 55.

⁴⁰⁸ Vide: LISZT, Franz Von. **La idea de fin en el Derecho penal**. Trad. Enrique Aimone Gibson. Valparaíso: Edeval, 1882.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 112. Conforme explica MIR PUIG, Von Liszt se distancia da concepção da prevenção geral, pois concebe o Direito penal como “instrumento de luta contra o delito”, luta que ele compreende como ataque às causas empíricas do delito, as quais se refletiriam na personalidade do delinquente. Vide: MIR PUIG, Santiago. **Introducción ...** Op. Cit., p. 57.

⁴¹⁰ LISZT, Franz Von. **La idea de fin en el Derecho penal**. Op. Cit., p. 115 - 126. Quanto aos irrecuperáveis, LISZT assevera: “a sociedade deve se proteger dos irrecuperáveis, e como não podemos decapitá-los ou enforca-los, e como não nos é possível deportá-los, não nos resta outra coisa senão a provação da liberdade [...] por tempo indeterminado”. p. 120.

⁴¹¹ Para um amplo estudo sobre a ressocialização, confira-se: GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Tomo 32, fasc/mes 3, 1979, p. 645-700.

⁴¹² ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 21.

punitivo estatal nem quanto ao seu conteúdo, nem em relação ao aspecto temporal – já que admite penas de caráter indeterminado, inclusive perpétuas – a teoria da prevenção especial, máxime sob o viés da ressocialização, tende “a deixar o particular à mercê da intervenção estatal”.⁴¹³ Ademais, ainda que a ideia da correção indique um fim da pena, ela não constitui em si própria a justificação de tal fim. ROXIN clarifica tal déficit de legitimidade simplesmente ao demonstrar que esta teoria não tem resposta à seguinte pergunta: “de onde nos vem o direito de poder educar e submeter a tratamento contra a sua vontade pessoas adultas?”⁴¹⁴

As objeções à prevenção especial, principalmente em relação à ressocialização, são direcionadas às suas concepções mais extremadas e, invariavelmente, não ao ideal ressocializador propriamente dito, mas ao meio empregado para consegui-lo: o tratamento penitenciário.⁴¹⁵ Rechaçada a legitimidade do tratamento forçado – por se consubstanciar em indevida ingerência nos direitos individuais do sujeito –, demonstrada a ineficácia intimidadora individual da imposição da pena e, mais, evidenciado o efeito dessocializador que surge de maneira acessória e infastável à privação da liberdade, aponta SILVA SÁNCHEZ que outra questão é saber se a intervenção ressocializadora não poderia se apresentar sob outros contornos, por exemplo, uma “ressocialização para a legalidade que tivesse por finalidade a simples adequação utilitarista do comportamento externo do delinquente às regras predominantes na sociedade”.⁴¹⁶ Destarte, não se trataria de evitar o delito, mas de evitar a reincidência do infrator.⁴¹⁷

A inviabilidade em figurar como fator legitimante da pena não afasta, porém, o caráter de *tarefa irrenunciável* da ressocialização que permanecerá ocupando um papel importante no sistema penal enquanto a norma penal se revelar importante e, principalmente,

⁴¹³ Ibid., p. 21.

⁴¹⁴ Ibid., p. 22: “*exprimindo numa só frase: a teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e consequências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a ideia de adaptação social coativa, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações*”. P. 22.

⁴¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y Control Social**. Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 99.

⁴¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 55. Isto é, a ressocialização para a legalidade “poderia limitar-se a demonstrar ao sujeito delinquente – em termos racionais e econômicos – que o crime não compensa (*crime does not pay*) ao produzir mais perdas materiais e emocionais que benefícios – de ambos os tipos – que o agente possa ter pretendido atingir”, aproximando-se sobremaneira da intimidação individual como forma de prevenção especial.

⁴¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 983.

a pena privativa de liberdade continuar se mostrando necessária. Deve-se, todavia, reconfigurá-la de modo a não vulnerar os direitos fundamentais do delinquente.⁴¹⁸

Com efeito, a execução da pena não pode estar afastada das bases que fundamentam o sistema e norteiam o porquê da imposição da sanção penal. Por assim ser, a execução da pena só se justificará se se apresentar como módulo complementar na perseguição do objetivo de proteção subsidiária de bens jurídicos nos limites permitidos pelo princípio da proporcionalidade, da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana e de todas as garantias constitucionais da autonomia da pessoa. Deverá, outrossim, estar alinhado à racionalidade do sistema, legitimando-se materialmente somente na medida em que se mostrar eficaz ao alcance dos fins aos quais se propõe. Não por outro motivo, ROXIN pondera que a execução da pena apenas se justifica se tiver como conteúdo a reintegração do delinquente na comunidade, de modo que somente é possível se ter em conta “uma execução ressocializadora”.⁴¹⁹ De tal forma, ideais de ressocialização ou correção – para os casos em que o sujeito já for considerado como socialmente integrado, e ainda assim praticou um comportamento desconforme ao Direito – forçada devem ceder lugar a medidas que – alinhadas também às exigências da prevenção geral – primem por uma execução da pena “não dessocializadora” ou seja, que não dificultem a (re)integração social do indivíduo.

4.2.3.2. *Reparação e sua idoneidade para satisfazer as exigências da Prevenção Especial*

A compreensão da prevenção especial somente será legítima se norteada por princípios humanitários e quando, observando as balizas impostas pela dignidade da pessoa humana, for encarada não como um princípio legitimador do *ius puniendi*, mas como uma tarefa e, nesta medida, atuar direcionando o *modus* de execução da pena de modo a proporcionar ao condenado, de um lado, os meios que “lhe tornem apto a uma vida em liberdade dentro da sociedade”⁴²⁰ e, de outro, que evitem sua *dessocialização*.⁴²¹ Em suma:

⁴¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 56.

⁴¹⁹ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 40.

⁴²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 50.

⁴²¹ “[...] *el delincuente que entra en la cárcel tiene por lo menos derecho a una cosa: a que cuando salga un día liberado tras haber cumplido su condena, no salga peor de lo que entró y en peores condiciones para llevar una vida digna de libertad. Y esto, que puede parecer tan poco a los entusiastas de las ideas resocializadoras y del tratamiento, sería, sin embargo, en los actuales momentos de la vida penitenciaria española un paso muy importante. He aquí, pues, el único sentido que puede y debe tener en la realidad penitenciaria española el concepto de resocialización y de tratamiento que le es inherente: procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarla con instituciones de por sí desocializadoras*”. In: MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y Control Social**. Fundación Universitaria de Jerez, 1985,

o que cabe ao Direito penal é “prevenir *razoavelmente* a reincidência”.⁴²² Neste prisma, tão importante quanto a quantificação da pena é a definição do *modo* pelo qual se dará o seu cumprimento, pois “*Se a pena deve ser idônea para cumprir fins sociais, a determinação do tipo e medida da pena devem levar em conta o fim atribuído a ela; porque não só a pena em geral se legitima pelos seus fins, mas também a pena concreta a ser imposta ao sujeito em particular que cometeu um delito*”.⁴²³

Não por outro motivo, concorda-se com ALASTUEY DOBÓN quando afirma não ser possível duvidar que, hoje em dia, a orientação “à prevenção especial de um sistema de sanções penais é medida fundamentalmente pela qualidade e quantidade de alternativas à pena privativa de liberdade ou de mecanismos tendentes a reduzir sua aplicação”⁴²⁴ e não tanto “pela possibilidade de que o delinquente se ressocialize mediante a aplicação de uma sanção penal”.⁴²⁵

Sob esta perspectiva, a reparação “encontra seu mais firme ponto de apoio”.⁴²⁶ Como, porém, ela deve se amoldar a estas finalidades?

Se se analisa, por um lado, a reparação *imposta*, ou seja, a reparação como medida repressiva, seu viés positivo é evidente: por sua própria natureza, ela não implica na dessocialização do sujeito. No entanto, ela não satisfaz às exigências da ressocialização. Explique-se: a reparação quando incidente como medida repressiva somente teria cabimento se comprovada uma redução ou eliminação da necessidade de pena. Essa comprovação, no entanto, é verificada justamente pela disposição do autor em observar as normas outrora violadas. Destarte, uma análise que assuma os efeitos ressocializadores da reparação imposta, em verdade inverte a ordem de valoração, tornando o que é pressuposto do potencial ressocializador, em instrumento ao alcance da ressocialização: “qualquer esforço ressocializador apenas pode constituir uma oferta ao delinquente para que se ajude a si

p. 117 (grifo nosso). Em alguma medida, nossa Lei de Execuções, em seu art. 1º, consagra esta finalidade: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

⁴²² GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Tomo 32, fasc/mes 3, 1979, p. 645-700, p. 699.

⁴²³ PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**. Op. Cit. p. 346

⁴²⁴ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 238.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. 238.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 238. Também SILVA SÁNCHEZ: “*la reparación puede contribuir sustancialmente a la realización de fines del Derecho penal, desde perspectivas de subsidiariedad. Así, por un lado, a la resocialización del autor*”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 200. Também, e principalmente, ROXIN: “*Se se entender o conceito de ressocialização num sentido mais amplo, como reparação do dano, mesmo nestes casos pode o delinquente com o seu honrado esforço conseguir forças construtivas para a sua personalidade, em lugar de a pena de vários anos de privação da liberdade ter como consequência um embrutecimento prematuro que pode vir até ao vegetar abúlico do sujeito, como ocorre atualmente*”. ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 42.

próprio com o trabalho, mas fracassa inevitavelmente quando ele não está disposto a esse esforço”.⁴²⁷ Logo, ao se considerar que *“El objetivo del reproche o de la pena no debe ser “vengar” una falta; tampoco, mediante la imposición de temor, forzar en quien la ha cometido un cambio de conducta”*⁴²⁸ e que o Direito penal antes, *“debe fijarse como objetivo que quien ha cometido una ofensa grave reconozca la magnitud de lo que ha hecho. Y para dicho fin debe apelar al entendimiento y a la persuasión del ofensor, antes que al miedo”*⁴²⁹, a reparação, quando medida sancionatória imposta, não seria passível de persuadir o ofensor em relação ao reconhecimento do mal praticado.⁴³⁰

Por outro lado, considerando que a pena deve ser determinada em função da gravidade do fato e da culpabilidade do agente e, nesta medida, não poderá ser diminuída por exigências de prevenção especial quando a culpabilidade assim o exigir, a aplicabilidade da reparação como pena, ou terceira via, se veria limitada às hipóteses de delitos de baixa ou média gravidade, sendo, ainda, necessária a inclusão de um rol de requisitos limitadores, como, por exemplo, a primariedade.⁴³¹

Se, porém, a reparação imposta poderia, nas hipóteses viáveis, funcionar como medida não dessocializadora, quer parecer que seus reais efeitos positivos, o relevante da reparação, se verificará unicamente – seja quando da incidência da reparação como medida autônoma, seja como atenuante ou condição para a concessão de algum benefício penal –, quando constatada a voluntariedade do agente, pois só então estará evidenciada a menor necessidade ou desnecessidade da sanção penal desde o ponto de vista da prevenção especial.⁴³²

A consideração penal da reparação como ato voluntário, quando a culpabilidade e a gravidade do fato assim o permitirem, além de não implicar em dessocialização terá, em

⁴²⁷ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. Op. Cit., p. 42.

⁴²⁸ GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. *Presentación*. In: DUFF, Antony. **Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad**. Trad. Horacio Pons, 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015, p. 11.

⁴²⁹ *Ibid.*, p. 11.

⁴³⁰ ALASTUEY DOBÓN pondera no sentido de que um delinquente que necessita de ressocialização precisará de algo mais que uma condenação à reparação do dano e, assim “sería una ingenuidad pensar que una sanción consistente en la reparación del daño puede tener efectos pedagógicos o que pueda dar lugar a una asunción por parte del delincuente de su responsabilidad”. ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 240.

⁴³¹ Assim ROXIN: “Aun en caso de una recepción de la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales quedaría un ámbito muy amplio de aplicación para la pena privativa de libertad y la de multa, puesto que, según el estado actual de nuestra ciencia ya en todos los casos de los delitos más graves, todavía, no es posible reconstruir nuevamente la paz jurídica únicamente por intermedio de la reparación, de tal manera que ella sólo podría provocar efectos atenuantes de la pena; también subsistirá, en el caso de autores reincidentes la necesidad de provocar efectos preventivo especiales adicionales.” ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. Op. Cit., p. 156.

⁴³² ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 241.

comparação com outros substitutivos penais, uma vantagem adicional⁴³³: não só evita a dessocialização, como traz intrínseco ao ato de reparação um potencial ressocializador.⁴³⁴ Significa, nesta medida, o reconhecimento positivo da conduta do agente que demonstra a disposição para reconciliação com o Direito. Sob este prisma, muitas seriam as possibilidades de aproveitar o potencial ressocializador da reparação, com lugar desde a atenuação da pena, até o âmbito da suspensão condicional do processo ou das penas privativas de liberdade.⁴³⁵

As previsões de ROXIN sobre um “grande futuro” para a reparação no dano no Direito penal se inserem precisamente no contexto da reparação *voluntária*. Segundo explica, ao falar em reparação voluntária o jurista alemão não se refere a modelos como os institutos francês da *action civile*, ou à *compensation order* do inglês, que demanda, respectivamente, do pedido do prejudicado e da ordem judicial em processo penal, pois isto sim significaria “um deslocamento da demanda civil para o processo penal”⁴³⁶:

“A nova ideia, para a qual prevejo grandes perspectivas no Direito penal vindouro, é a de que uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal (Hauptverfahren) leve a uma obrigatória diminuição na pena; em caso de uma prognose favorável, sirva mesmo a uma suspensão condicional e, excepcionando-se os delitos graves, até a uma dispensa de pena”.⁴³⁷

Sendo o ordenamento um sistema, e estando a política criminal intimamente vinculada à dogmática jurídico penal, não somente as formas de pena e de execução de pena devem ser pensadas para alcançar os fins do Direito penal instrumentalizados pela aplicação da sanção em si, mas benefícios penais devem ser pensados e instituídos sob tal premissa, e racionalmente aplicados, senão para estimular o voluntário comportamento conforme ao direito de infratores – como um comportamento pós delitivo positivo – então para de alguma forma reconhecer o esforço do sujeito em se adequar à norma.⁴³⁸ Exige-se, porém, que a

⁴³³ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit. p. 238.

⁴³⁴ “Porque el autor se ve obligado a enfrentarse internamente con el hecho y sus consecuencias, a ayudar a la víctima mediante prestaciones activas y, en definitiva, a desplegar una tarea resocializadora. La reparación también evita las consecuencias desocializadoras de otras sanciones y, por ello, es satisfactoria desde el punto de vista de la socialización”. ROXIN, Claus. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Trad. Carmem Gómez Riverto y María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p.36. Do mesmo autor: “La reparación y la conciliación entre el autor y la víctima son las que menos dañan el ámbito personal de autonomía del autor.” Ibid., p.34-36.

⁴³⁵ Desenvolvendo estas propostas principalmente em relação à reparação da vítima direta, confira-se: ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 243-245.

⁴³⁶ ROXIN, Claus. Tem futuro o Direito Penal? Op. Cit., p. 24.

⁴³⁷ Ibid., p. 25.

⁴³⁸ É por esta razão que SILVA SÁNCHEZ assevera: “todo ello puede expresarse, em resumen, señalando que, desde la perspectiva del Derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la

racionalidade do sistema, nestas hipóteses, volte-se a estruturar um sistema coeso e hábil a impedir comportamentos meramente oportunistas, por exemplo, instituindo limites temporais à realização dos atos de reparação, assim como limitando as hipóteses em que as *concessões* relacionadas à pena poderiam ser aplicadas em consequência à reparação voluntária.

4.3. A REPARAÇÃO COMO NOVO FIM DA PENA?

Se a diferenciação entre missões e fins à luz de um sentido sociológico é empreendida em relação ao Direito penal, a mesma atenção é despendida no concernente à pena. Função, fim e legitimação da pena se apresentam como elementos distintos, cuja precisa compreensão converte-se em elemento chave para interpretar e estruturar o sistema de consequências jurídico-penais. PEREZ MANZANO, nesse desígnio, pontua que a introdução do método e linguagem funcionalista-sistêmico teve por consequência, de um lado, a introdução de uma análise funcional da sanção penal e, de outro, a exigência de que esta análise não seja realizada de forma isolada, mas no marco de um ordenamento jurídico tomado por um sistema global.⁴³⁹

Enquanto *função* está para o âmbito descritivo do *ser*, designando as consequências objetivas da pena e sua contribuição para a manutenção do Estado Democrático de Direito como o sistema no qual está inserida⁴⁴⁰, o *fim* está para o âmbito normativo do *dever ser* e refere-se à disposição subjetiva do agente direcionado ao alcance de um objetivo.⁴⁴¹ Nestes termos, “enquanto a análise das funções da pena proporciona a base empírica e racional da pena”⁴⁴², são os fins que a legitimam.

Se se aceita que o Direito penal tem como missão a proteção de bens jurídicos e que a pena, como seu instrumento, é para tanto necessária, a legitimidade do Direito penal estará

colectividad) que con la víctima en sí misma: más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación. Aquello sería lo esencial; eso, lo accidental.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 201.

⁴³⁹ PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención.** Op. Cit., p. 344 e ss.

⁴⁴⁰ Como explana MIR PUIG, o Direito penal de um Estado Social e Democrático de Direito deve “assegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que há de tender a la prevención de delitos [...] Un tal Derecho penal debe, pues, orientara la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad y de culpabilidad”. MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena ...** Op. Cit., p. 29.

⁴⁴¹ PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención.** Op. Cit., p. 351.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 351.

vinculada à sua eficácia para alcançar este fim e, nesta medida, “deverá demonstrar a relação geral entre a pena e a inibição de lesões ou colocações em perigo de bens jurídicos”.⁴⁴³

Por este motivo a finalidade de proteção de bens jurídicos do Direito penal pressupõe assumir a prevenção geral como fim da pena, compreendendo-se a prevenção geral, nesta perspectiva, como a evitação de que a generalidade dos sujeitos – delinquentes ou não – lesionem ou exponham bens jurídicos a perigo de lesão.⁴⁴⁴ Este fim, contudo, depende da definição de fins imediatos, fins instrumentais à tal proteção de bens jurídicos pela via da prevenção geral. É neste segmento que atuam as teorias da pena, questionando de que forma proteger os bens jurídicos definindo quais os fins imediatos da sanção penal.

Neste prisma, ao refletir sobre qual a relação existente entre reparação do dano e pena não há que se falar sobre uma finalidade reparatória da sanção penal – já que a sua finalidade é a prevenção geral – mas perquirir sobre se existe – e se existir, o que isso significa – um fim imediato de reparação do dano como instrumento à proteção de bens jurídicos.

Em sentido próximo, CARRARA chama à atenção para a necessidade de se distinguir entre a origem histórica e a origem jurídica da pena, isto, pois enquanto a primeira é direcionada ao *“porque assim fizeram os homens”*, a segunda se preocupa com o *“porque deviam e podiam agir assim”*.⁴⁴⁵ Expondo e discutindo, então, os sistemas imaginados pelos estudiosos para encontrar o princípio fundamental do direito de punir, sobre a reparação pontua se tratar de um *“conceito que desnatura a pena e lhe confunde o fim com o princípio”*, pois *“é princípio absoluto o de que quem causou um dano deve repará-lo. Logo, o delinquente deve reparar o dano que acarretou à sociedade.”*⁴⁴⁶

Principalmente no cerne da doutrina alemã, existem propostas no sentido de situar a reparação como um novo fim da pena. Com tal propósito, entende-se a reparação, ou compensação – erigida como sanção penal autônoma – como apaziguamento das relações entre autor e vítima, assim como do autor em relação à comunidade jurídica.⁴⁴⁷ Neste

⁴⁴³ PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**. Op. Cit., p. 356. Santiago Mir Puig, nesta mesma esteira, assenta que somente será idônea aquela intervenção penal que seja capaz de contribuir ao objetivo de prevenção dos delitos que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico penal que se pretende proteger. Continua o autor asseverando que *“si el Derecho Penal de un Estado social se legitima solo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos”*, fazendo, pois, uma ligação como princípio da lesividade, ou ofensividade. MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 116.

⁴⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. **Función de la ...** Op.Cit., p. 31. Também: PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención**. Op. Cit., p. 357.

⁴⁴⁵ CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Vol. II. trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2002, p. 53.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 53.

⁴⁴⁷ A respeito, as considerações de ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit..

desígnio, intercedem RÖSSNER, WUFF e SEELMANN, cujas teses são dialeticamente analisadas e rebatidas por ROXIN em seu artigo “*La reparación en el sistema de nos fines de la pena*”⁴⁴⁸, oportunidade na qual, constatando que tais propostas têm por base as dificuldades em tornar absolutamente clara a relação entre a reparação e os fins da pena, além de ser dificilmente desassociada ao Direito civil, nega a necessidade de assumir a reparação como fim da pena salientando, de um lado, a desnecessidade de tal recurso e, de outro, os prejuízos dele decorrentes.

GALAIN PALERMO, nada obstante recuse considerar a reparação como um novo fim da pena, reconhece a ⁴⁴⁹função reparadora integrada ao fim de prevenção geral. Todavia, parte da premissa de que ao Direito penal cabe a solução do conflito *social* – e não apenas do conflito jurídico – ocasionado pelo crime e, assim, para ele interessa compatibilizar as teorias da pena com a orientação à vítima, já que “com o delito o autor não só tomou uma vantagem sobre a vítima [...] como ignorou sua condição de sujeito de direitos, situação que o Direito penal deve[ria] reparar para o retorno do equilíbrio das relações no seio social”⁴⁵⁰. Para ele: “*esta reparación penal tiene que ver con el restablecimiento del equilibrio de las relaciones interpersonales (conflicto social) y con el restablecimiento del orden normativo vigente (conflicto jurídico)*”⁴⁵¹ e, portanto, pressuporia o direito à ressocialização da vítima. Sem embargo, seja na estruturação da norma penal substantiva, seja na da norma penal adjetiva, é certo que, como assevera HASSEMER, “*un Derecho penal referido solo al interés de la víctima, no asegura la vigencia de la norma, sino que además la pone en peligro*”⁴⁵².

Outrossim, ao Direito penal não cabe a resolução do conflito social,⁴⁵³ e a consideração da vítima como um ponto de referência na teoria do delito é, todavia, apenas

⁴⁴⁸ In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delitos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 131-156.

⁴⁴⁹ “*O problema a revolver é se a vítima, além de ter o direito à sentença penal, tem também o direito a ser considerada dentro dos fins da pena com uma expectativa de compensação ou reparação do dano sofrido (material ou simbólica) ou, se em alguns casos, a reparação do dano cumpre por si só com os fins da pena.*” GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 60.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 360.

⁴⁵¹ Ibid., p. 360. Em alguma medida tal explanação se aproxima da construção de SEELMANN em: SEELMANN, Kurt. *Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal*. In: SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 191-208.

⁴⁵² HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Op. Cit., p. 255.

⁴⁵³ “*el Derecho penal entendido como “nuestro Derecho penal” no es solamente la amenaza de una pena, es también la protección de bienes jurídicos, el respeto al sospechoso y al condenado, a reparación de la víctima, y el proceso debido como modelo punitivo visible de control social, que dentro de lo posible protege los derechos humanos de todos los afectados y participantes”. Y la fe en el Derecho no es el sometimiento a través del miedo ante la amenaza, sino resultado de la racionalidad de la ley y su aplicación, y es la confianza fundada en la validez general de las normas*”. HASSEMER, Winfried. **¿Por qué castigar?** Op. Cit., p. 96.

parcial: “*la categoría penal de la víctima está configurada de forma más ambiciosa y su alcance es mayor. “Víctima” de un delito somos todos nosotros, naturalmente no en sentido empírico, pero sí en sentido normativo*”⁴⁵⁴ e assim, “*al final, de lo que se trata es del aseguramiento de las normas fundamentales*”. Ademais, tanto a reparacão não pode estar vinculada exclusivamente à vítima – como pretende boa parte da literatura sobre o tema – que as legislações penais mais recentes têm se dirigido mais a bens jurídicos de caráter difuso e coletivo, que aos individuais, “*criminalizando mais os delitos sem vítima ou aqueles onde a vítima não é facilmente identificável*”.⁴⁵⁵

Por todo o exposto, precisamente por não ter nenhum efeito preventivo, reparacão como fim autônomo a ser perseguido pela sanção e, nesta medida, como pena autônoma, além de não contribuir à prevençãõ geral, atuaria como fator de estímulo à prática de determinados delitos. À luz de tais pressupostos a reparacão só poderia ser um “*instrumento de utilidade preventiva para o Direito penal.*”⁴⁵⁶ Como instrumento de utilidade preventiva, a reparacão – à luz dos conceitos inicialmente apresentados – não seria *o fim da pena* e sequer um fim imediato/instrumental autônomo, mas um recurso inserido no âmbito do fim imediato que é a prevençãõ geral positiva e, porque não, a prevençãõ especial.

Destarte, a pena poderá assumir uma *função* reparatória se, e na medida em que, seja necessário ao alcance dos fins propostos pelas teorias da pena, onde a reparacão tem muito a contribuir desde perspectiva da subsidiariedade.⁴⁵⁷ Nesta medida, a reparacão transcende a indenizacão ou a compensacão à vítima direta.

4.4. CONCLUSÕES INTERMEDIÁRIAS: A REPARACÃO DO DANO ENTRE O QUE O DIREITO PENAL QUER E O QUE A PENA DEVE CONSEGUIR

Não basta falar em compatibilizar a reparacão com as teorias da pena quando – em que pese as formulações teóricas abarcadas por tal vocábulo digam respeito a diferentes concepções sobre o fundamento legitimador da intervençãõ jurídico-penal – a complexa questãõ desta legitimaçãõ do Direito penal não pode ser satisfatoriamente compreendida se

⁴⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *¿Por qué y con que fin se aplican las penas?* In: **Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal.** Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1999, p. 105-119.

⁴⁵⁵ HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Op. Cit., p. 257.

⁴⁵⁶ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de fines de la pena. Op. Cit., p. 146.

⁴⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 200.

analisada unicamente a partir delas: “o Direito penal não se explica somente pela pena (ou medida de segurança), nem limita seus fins sociais aos fins que a pena pode cumprir”.⁴⁵⁸

Por essa razão, o estudo da legitimação da intervenção jurídico-penal sobre a sociedade deve se dar no campo “dos fins do Direito penal” e não exclusivamente “da teoria da pena”.⁴⁵⁹

Em uma abordagem funcionalista tal esclarecimento se reveste de importantes consequências práticas, repercutindo diretamente na solução a ser dada a casos penais.⁴⁶⁰ É preciso superar discussões dicotômicas entre teorias relativas e absolutas da pena, sob pena de se obstar as reflexões acerca da justificação da sanção penal, a qual representa unicamente um dos aspectos da teoria da pena, pois dela também fazem parte os princípios sobre os quais se assenta a responsabilidade penal.⁴⁶¹

Para HASSEMER, o abismo existente entre as teorias absolutas e relativas da pena, e entre ambas e a prática, só pode ser superado se adaptadas às exigências constitucionais, o que, pelo seu entendimento, só pode ser alcançado se três pontos de vista forem utilizados como bússola: a dignidade humana, a eficácia e a proporcionalidade: i) sendo a proteção e o respeito à dignidade humana o centro de um Estado de Direito, nenhuma sanção pode violá-la; ii) dado seu caráter restritivo, as penas também devem se justificar pela sua eficácia, eficácia esta que deve estar direcionada tanto ao plano normativo, quanto aos resultados práticos, reais, que devem alcançar; iii) à luz da determinação constitucional, as penas devem respeitar a proibição de excesso, de modo que quando excessivamente interventivas aos direitos fundamentais, serão inconstitucionais.⁴⁶² A prevenção geral positiva seria a corrente teórica que melhor responderia a estes referenciais. Das diferentes concepções sobre a prevenção geral positiva é possível extrair um núcleo comum: com a sanção penal busca-se prevenir a prática de futuros delitos transmitindo-se à generalidade dos cidadãos a mensagem de que, nada obstante a infração à norma jurídico-penal, a vigência do Direito enquanto mecanismo regulador se mantém, ao mesmo tempo em que promove a manutenção da confiança da população na validade e eficácia do Direito e apazigua a consciência geral perturbada pela prática do delito, evitando, com isso, que os particulares descontentes busquem por si a vingança privada.

⁴⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Op. Cit., p. 288.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 288.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 289.

⁴⁶¹ A respeito, vide: HIRSCH, Andrew Von. *Retribución y Prevención como Elementos de Justificación de la Pena*. Trad. Adán Nieto. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. (Coord.) *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (estudios; 91), Cuenca, 2003, p. 125-145.

⁴⁶² HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?* Op. Cit., p. 83.

Nada obstante, para servir como instrumento idôneo às missões do Direito penal a pena não poderá se pautar por um único fim imediato. Neste prisma, independentemente da opção teórica da qual se aproxime, à pena caberá cumprir finalidades de: i) prevenção geral positiva, compreendida em seu mais amplo aspecto, desde efeito motivador pedagógico-social, o efeito de confiança na realização do Direito, até o efeito de integralização/satisfação; ii) prevenção geral negativa, mantendo o efeito dissuasório da pena ao transmitir a mensagem de que o *crime não compensa*; iii) prevenção especial, preocupando-se com a execução da pena mediante meios não dessocializadores e que permitam persuadir o sujeito a respeito do mal praticado, evitando a reincidência.

A valoração penal da reparação do dano como sanção autônoma, por conseguinte, demandaria: i) Contemplar as exigências à proteção à vítima potencial; ii) Cumprir com todas as funções e finalidades atribuídas à pena; iii) Consistir em um meio menos violento que a pena que possa pôr fim ao conflito jurídico. Contudo, a reparação do dano, como pena, ou seja, de caráter repressivo, somente atenderá aos fins daquela se significar a completa restauração da lesão causada. Dada a unidade do injusto⁴⁶³ é certo que não apenas as consequências penais do ilícito praticado deverão ser observadas pelos atos de reparação, mas também todos os seus reflexos cíveis e administrativos. Só assim é que a reparação poderá ser empregada como a única medida penal punitiva adequada e proporcional. Nada obstante, a reparação nestes termos somente logrará se amoldar às exigências da prevenção de integração, restando insatisfeitos os demais fins imediatos da sanção.

O desenvolvimento histórico do Direito penal demonstra a paulatina humanização e limitação da pena, mantendo seu nível de controle ao mesmo tempo em que reduzia os aspectos repressivos de sua intervenção, sem que, com isso, diminuísse o interesse pela prevenção.⁴⁶⁴ De tal forma, jamais poder-se-ia aludir ao caráter “não/ pouco violento” da reparação como fundamento ao seu rechaço pelo Direito penal. Em suma, como sintetiza SILVA SÁNCHEZ: “a redução do potencial repressivo, do dano social produzido pelo sistema penal, da violência inerente ao mesmo, mantendo, não obstante, as cotas de

⁴⁶³ Vale citar novamente os esclarecimentos de HUNGRIA no sentido de que não existe diferença ontológica entre os ilícitos civil, administrativo e penal, mas tão somente política: “*Não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critério de conveniência ou de oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço*”. HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**. Disponível em: <http://bit.ly/2ljAQyG>. Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

⁴⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 294.

*proteção [...] constitui o permanente desafio de um Direito penal construído desde perspectivas autenticamente liberais, e formalmente garantistas”.*⁴⁶⁵

Ainda assim, não se pode ignorar a existência de um ponto de tensão nesta tarefa contínua de repensar o sistema punitivo: qualquer nova medida de diminuição da pressão punitiva pode significar uma diminuição da eficácia preventiva, tanto sob o aspecto da intimidação dos infratores potenciais, quanto sob o prisma da manutenção da confiança da população no sistema jurídico-penal.⁴⁶⁶ Esta tensão, para a qual não há resposta, não deve, no entanto, ser encarada como algo negativo. Ao revés, é a razão da evolução do Direito penal.

Sobre a medida da intervenção mínima BUSATO salienta que, dentre outros requisitos imprescindíveis, o bem jurídico torna-se referência indispensável para a legitimidade das consequências jurídicas do delito.⁴⁶⁷ Para ele, a pena é que deve ser funcionalizada em torno das bases do Direito penal, que a tarefa primordial do Estado é o controle social e que a proteção seletiva de bens jurídicos é “a forma de controle social das situações intoleráveis”⁴⁶⁸, e assim, que “a missão do Direito penal deve obrigatoriamente coincidir com a missão da pena”.⁴⁶⁹ Isso obriga à análise da eficácia e eficiência da pena e, mais ainda, de sua necessidade frente a um caso concreto.

De tudo o que foi possível observar, a reparação do dano somente se coadunará com as exigências das missões e funções da pena na medida em que se apresentar como um comportamento voluntário do agente, e jamais quando for encarada pelo autor do delito como sujeição a uma imposição⁴⁷⁰. Disto, decorre que a reparação do dano poderá ser compreendida como efeito da condenação – onde cumpriria uma função de auxílio à proteção, ainda que tardia, do bem jurídico já violado pelo delito –, assim como valorada, à

⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Op. Cit., p. 295.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 295.

⁴⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. Op. Cit., p. 810.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 809.

⁴⁶⁹ BUSATO assim sintetiza suas conclusões: “*Em resumo, se conclui que o fundamento das consequências jurídicas do delito é o controle social do intolerável; que todas as ideias relacionadas com retribuição ou prevenção estão situadas tão só nas impressões que esse controle produz; que o controle social penal em um Estado Democrático de Direito se expressa através da intervenção mínima; que para que se possa identificar um caráter democrático na imposição do controle social penal e logo, da pena, se faz imprescindível a referência ao bem jurídico, mais precisamente, a verificação de se com a aplicação da pena ao caso concreto, efetivamente se está dando uma melhor proteção ao bem jurídico que justificou o castigo e se essa medida efetivamente é necessária*”. In: Ibid., p. 810.

⁴⁷⁰ Isto, pois, como salienta SILVA SÁNCHEZ: “*desde la perspectiva del Derecho penal, la reparación tiene más que ver con el autor y con la norma (con la colectividad) que con la víctima en sí misma: más con la resocialización y con la prevención de integración que con la indemnización. Más con la renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada que con el pago de una obligación*.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 201.

luz da culpabilidade do agente e das exigências da necessidade de pena, para fins de atenuação, suspensão ou até mesmo extinção da pena.

Finalmente, estabelecidos os contornos sob os quais a reparação se amoldará às finalidades do Direito penal e da pena, resta estabelecer os limites dentro dos quais poderá atuar a fim de constituir a via adequada para alcançar estes objetivos.⁴⁷¹

⁴⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 200.

5. AS DISTINTAS CONCEPÇÕES E MODELOS DE INTEGRAÇÃO DA REPARAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO-PENAL

Ante o exposto, tem-se demonstrado de que não há sentido em excluir de plano a reparação e seus atos específicos da seara acerca das consequências jurídicas do delito. A questão, isto sim, é a de que maneira ela pode e deve ser considerada. A premissa a ser estabelecida é a de que a reparação deve ser analisada sob ao menos duas perspectivas: a missão – do Direito penal e da pena – de proteção de bens jurídicos, e as funções da pena de prevenção e limitação das consequências jurídicas próprias do monopólio estatal.⁴⁷²

O sistema penal brasileiro é abundante em disposições que, adequadamente em alguns casos, e pendente de reforma em outros, inserem a reparação do dano dentro do leque de reações jurídico-penais.⁴⁷³ Vê-se, assim, que o legislador lhe confere naturezas jurídicas distintas, por exemplo, ora de atenuante genérica (art. 65, II, b, CP), específica (art. 14, II, Lei 9.605/98) ou causa de levantamento de pena (art. 168-A, CP, dentre outros). De igual modo, a reparação também é instituída como condição para a suspensão condicional da pena (art. 81, II, CP), para o livramento condicional (art. 83, IV, CP) e para a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95) ou, em hipóteses específicas, inclusive como condição para a progressão de regime (art. 33, §4º, do CP).⁴⁷⁴ Tal conjectura está intimamente ligada ao fato de que as proposições teóricas acerca da reparação do dano são heterogêneas. Mesmo no tocante ao alcance dos interesses da vítima, tanto o âmbito jurídico

⁴⁷² SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; TREGLIA, Carlos Eduardo Mayerle. A reparação do dano e seus feitos no sistema jurídico-penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais. In: BUSATO, Paulo César. CARUNCHO, Alexey Choi. (Org.) **Sistema penal em debate**. Curitiba: Iea Academia, 2015, p. 81-105, p. 84. Com efeito, a teor do artigo 3º, da Constituição Federal, a liberdade é um dos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro como Estado Democrático de Direito. Firmada esta premissa, a garantia do máximo de liberdade possível com o mínimo de ingerência deve ser encarada como função primordial do Estado. Por esta razão, são precisas as considerações de CARBONELL MATEU, ao refletir que: “*si pensamos que el Derecho sancionador y, específicamente, el penal, suponen el mayor grado de injerencia posible del Estado, aplicando incluso penas privativas de libertad y actuando, en definitiva, de la manera más dura que resulta posible, entenderemos que su actividad ha de ser también la menor posible para conseguir el mayor grado de libertad. De ahí que el principio pro libertate, en virtud del cual no sea posible la injerencia del Estado si no es necesaria para conseguir ese grado de libertad, deba proclamarse*”. CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad. In: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, p. 129-144, p. 130. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/5reflexiones-sobre-el-abuso-del-derecho-penal-y-la-banalizacion-de-la-legalidad.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2017.

⁴⁷³ Acerca das recentes propostas de reforma do Código Penal brasileiro, é silente quanto à reparação do dano a compilação de GRECO, Luís et all. **Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

⁴⁷⁴ O mesmo cenário é verificado em outros países. Como exemplo, cite-se o Código penal espanhol, onde a reparação, além de hipótese de atenuação e diminuição de pena, aparece também no artigo 80, que trata da *Remisión condicional de la pena*.

material, quanto o processual, contradizem percepções que acusam o seu esquecimento. Todavia, o instituto não recebeu sistematização uniforme, divergindo desde os contornos de sua configuração, aos marcos temporais e processuais para sua realização e valoração e os efeitos jurídicos decorrentes desta. Não por outro motivo, em muitos casos carece de utilidade prática e ou de efetividade exigindo, portanto, revisão.

Ainda assim, as proposições legais e teóricas a respeito da integração da reparação no sistema de consequências do delito podem ser congregadas em dois grupos: o primeiro, no qual a reparação somente poderia ser valorada em uma relação de dependência com as demais respostas sancionatórias; o segundo, em que é reconduzida a uma consequência jurídico-penal autônoma viável. Tal sistematização será tomada como norte à investigação que se segue.

5.1. REPARAÇÃO EM RELAÇÃO DE DEPENDÊNCIA COM AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICO-PENAIIS DO DELITO

Dentro deste âmbito à primeira vista mais restrito da reparação, as finalidades da pena ocupam papel de especial relevo. Isto, pois, a existência de mecanismos sancionatórios somente se justifica na medida em que a pena seja necessária. Neste desígnio, se, por um lado, a imposição da pena mesma – desde sua quantificação até a definição da modalidade – devem obedecer às exigências de prevenção geral, especial e, sobretudo, a critérios de necessidade, institutos como, *v.g.*, a suspensão condicional do processo e da pena e a transação penal, observada a peculiaridade de cada qual, também se inserem neste contexto. Com efeito, o recurso a tais mecanismos encontra sua justificação no inafastável dever de observância aos princípios penais limitadores do poder punitivo estatal, fundamentalmente, os princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e mínima intervenção. Partindo destas premissas, caberá analisar qual o papel da reparação no marco das consequências do delito.

5.1.1. A reparação como comportamento pós-delitivo positivo

Há um consenso doutrinário, por parte dos adeptos de uma teoria pós-finalista do delito, no sentido de que o Direito penal é um instrumento político criminal⁴⁷⁵, e que é prejudicial qualquer concepção tendente a reafirmar uma dicotomia entre política criminal e dogmática, e entre as funções e missões do Direito penal e da pena.⁴⁷⁶ O mesmo não se diz, porém, em relação ao *modus* pelo qual tal intersecção deverá ocorrer. O tratamento das hipóteses de não incidência da sanção penal é realizado pela doutrina pátria, via de regra, sob o amplo espectro das causas de extinção de punibilidade. Quanto a estas, afirma-se objetivarem o afastamento da pena pelo desaparecimento do *ius puniendi* estatal, porém, mantendo intacto o injusto, isto é, sem interferir na configuração pretérita do injusto culpável.⁴⁷⁷ Em suma, atribui-se idêntica natureza jurídica tanto à desistência voluntária e ao arrependimento eficaz, quanto a cada uma das hipóteses contidas no artigo 107, do Código Penal⁴⁷⁸. Ocorre que ulteriores alterações legislativas importaram na adição, na parte especial e em legislações esparsas, de outras hipóteses de não incidência da pena estatal, enquanto o tratamento teórico da matéria não acompanhou devidamente tal atualização.⁴⁷⁹ Congrega-se sob os mesmos termos, e com efeitos similares, elementos normativos diversos.

⁴⁷⁵ ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. No mesmo sentido, no Brasil, vide: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

⁴⁷⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. Op. Ct., p. 577. Também: ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Op. Cit..

⁴⁷⁷ Assim conceitua a doutrina: “Na hipótese de extinção de punibilidade (que difere da anterior porque não exclui a imposição da pena ab initio, senão pela superveniência de certos fatos), não deixa de existir o crime: o que se dá, por motivos de conveniência ou critérios político-criminais, ligados a acontecimentos ulteriores ao crime, é uma renúncia ao Estado ao já adquirido *ius puniendi* no caso concreto (*Verzicht auf den staatlichen Strafanspruch*, como dizem os autores alemães), rompendo-se o binômio crime-pena, na expressão de *Carnelutti*”. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II, arts. 11 ao 27**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, P. 27.

⁴⁷⁸ “Trata-se de causas de extinção da punibilidade (embora não catalogadas no art. 108), ou seja, circunstâncias que, sobrevindo á tentativa de um crime, anulam a punibilidade do fato a esse título. Há uma renúncia do Estado ao *ius puniendi* (no tocante à entidade “crime tentado”), inspirada por motivos de oportunidade” HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Op. Cit., p. 93.

⁴⁷⁹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 16. No mesmo sentido, as ponderações de BUSATO: “Em geral, o estudo da extinção da punibilidade no Direito penal brasileiro é relegado a uma despreziosa análise do art. 107 do Código penal, sem maiores considerações, simplesmente explicando em que consistem os eventos ali enunciados. Entretanto, tomada a sério a questão político-criminal da pretensão de punibilidade, se efetivamente se pretende fazer uma incorporação da teoria da pena à teoria do delito, é preciso proceder a uma análise crítica de tal dispositivo legislativo, demonstrando, por um lado, sua insuficiência para abarcar a questão das causas extintivas da pretensão de punibilidade e, por outro, sua incoerência interna, ao agrupar institutos absolutamente díspares entre si”. Com efeito, o fato de o autor partir de uma concepção específica da punibilidade, a pretensão de punibilidade, em nada interfere no cabimento e adequação de suas ponderações à luz de qualquer marco teórico. BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 583.

⁴⁸⁰ Soma-se a isso a falta de definição legal dos institutos de redução parcial da pena, os quais “ficariam isolados pela ausência da categoria definidora e aglutinadora destas espécies legais.”⁴⁸¹

A legislação penal encampa uma série de hipóteses de atenuação, minoração ou até mesmo afastamento da punibilidade ou da pena dependentes de um comportamento positivo do agente, posterior à execução do delito, circunstâncias benéficas a ele que não esgotam suas implicações no campo dogmático e, nada obstante, carecem de um tratamento científico-penal sistemático.⁴⁸² A reparação do dano consiste no exemplo mais patente desta carência metodológica, pois, enquanto em determinadas hipóteses assume o condão de afastar a pena, em outros, tão somente significará sua atenuação/ diminuição. Como causa destas incongruências, indica-se a falta de distinção e limitação da *ratio essendi* de cada um destes institutos. Vê-se, nesse sentido, que mesmo ao dispor sobre efeitos práticos idênticos – v.g. o não cumprimento da pena – o legislador se vale de terminologias distintas – ora recorrendo à “isenção” de pena, ora à “extinção de punibilidade” – o que denota que mesmo no seio específico das modalidades de não aplicação da sanção penal não houve, apesar de seu reconhecimento legislativo, a preocupação com sua definição⁴⁸³ cabendo, portanto, à doutrina sanar esta lacuna.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Criticando a estruturação do artigo 107, do CP, desde sua falta de completude – por não albergar a totalidade destas hipóteses existentes no ordenamento pátrio – até sua falta de sistematização, BUSATO afirma: “*Por um lado, algumas figuras ali existentes são efetivamente aflitivas da pretensão de punibilidade, impedindo que se afirme que o fato perseguido constitui crime, e estarão ao abrigo da categoria que aqui se comenta. Mas, junto com elas, acumulam-se outros incidentes que não dizem respeito à afirmação do fato criminoso, consistindo em incidentes absolutamente processuais como condições de procedibilidade ou incidentes de execução.*” BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 582-584.

Cite-se, ainda, que até a reforma de 1984 o Código penal incluía modalidades de reparação como hipóteses de extinção de punibilidade no próprio artigo 108, Fala-se do ressarcimento do dano no crime de peculato culposo, que atualmente consta do §3º, do artigo 312, do CP, e da retratação do agente, nos casos em que a lei a admite, esta última mantida na redação atual do inciso VI, do artigo 107, do CP. A respeito da redação anterior à mudança, confira-se: BRUNO, Aníbal. **Direito penal. Parte Geral.** Tomo 3: pena e medida de segurança. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 227-230.

⁴⁸¹ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ...** Op. Cit., p. 17.

⁴⁸² Ibid., p. 15.

⁴⁸³ Reconhecendo esta dificuldade na legislação brasileira: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos.** São Paulo: Ibid., p. 17.

⁴⁸⁴ A respeito: FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas de levantamiento de la pena.** Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 23. No Brasil, Juarez CIRINO DOS SANTOS trata do tema sob a égide das “*outras condições de punibilidade*”, categoria que congregaria elementos que teriam por efeito condicionar ou excluir a punibilidade de uma ação típica, ilícita de culpável. Dentro desta categoria, estariam as condições objetivas de punibilidade e os fundamentos excludentes de pena (escusas absolutórias). Enquanto as primeiras consistiriam em “determinados requisitos ou certos resultados cuja existência objetiva condiciona a punibilidade do fato” – dos quais seria exemplo, dentre outros, a sentença declaratória de falência, em relação aos crimes falimentares – os segundos, diriam respeito a “circunstâncias cuja presença exclui a punibilidade de fatos já caracterizados como tipo de injusto e culpabilidade”. O autor ainda destaca a subdivisão, desta categoria, em duas outras: os fundamentos ou circunstâncias de isenção de pena (que poderão ser de natureza pessoal, como a imunidade parlamentar por opiniões, ou objetiva, como a prova da verdade na calúnia ou difamação), e os fundamentos ou circunstâncias de *suspensão* de pena, que

Há quem aponte uma carência de implicação prática na classificação entre causas pessoais de exclusão de pena e causas pessoais de suspensão ou anulação de pena, reunindo-se, deste modo, ambas as hipóteses sob a terminologia comum “causas de exclusão de pena em sentido amplo”.⁴⁸⁵ Mesmo sob a égide de uma terminologia comum, porém, a sistematização entre as escusas absolutórias anteriores e posteriores à prática do delito é necessária. Neste desígnio, tendo em vista os elementos normativos apresentados antes ou após a realização do injusto culpável, falar-se-ia, respectivamente, em causas pessoais de exclusão de pena e em as causas extintivas ou liberadoras de pena, ou causas de supressão de pena.⁴⁸⁶ Como aponta FARANDO CABANA, a distinção entre tais figuras é determinada em razão do momento em que entende como finalizado o delito. Como pondera CARVALHO, trata-se de um critério classificatório de cunho essencialmente cronológico.⁴⁸⁷ Isto, pois, enquanto as causas de exclusão de pena são circunstâncias pré-existentes ao fato e, assim, evitam o surgimento da punibilidade, as causas de levantamento/isenção de pena são posteriores a ele, isto é, incidindo após a perfectibilização do injusto culpável, suprimindo retroativamente a punibilidade, portanto, pressuporia a existência de uma ação típica, ilícita e culpável.⁴⁸⁸ É precisamente nesta categoria onde o comportamento pós-delitivo positivo encontra sua ubiquação sistemática. Sua incidência prática, no entanto, poderá significar não apenas a supressão total da reprimenda imposta, mas em alguns casos, unicamente sua redução.

O comportamento pós delitivo penalmente relevante poderá ocorrer antes ou depois da consumação delitiva. Da primeira hipótese, são exemplos a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art. 15, do Código penal) e, da segunda, a reparação do dano, sob os diversos contornos e consequências jurídicas que lhe atribuiu o legislador (como é cediço, tal instituto é apresentado ora como atenuante genérica— art. 65, III, “b”, CP –, ora como causa de diminuição de pena – art. 16, CP –, ora como hipótese de isenção de pena – arts. 168-A, 312, §3º, 342, §2º, dentre outros). Como pondera FARALDO CABANA, ser posterior à realização do fato delitivo não implica em que por “pós-delitivo” se deva compreender unicamente aquela conduta realizada depois da consumação formal do delito,

congregariam, dentre outros, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral**. 5º ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, p. 337-339.

⁴⁸⁵ A propósito: CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 144-147.

⁴⁸⁷ CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo positivo e as categorias do delito: uma contribuição à sua delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. Vol. 875, p. 379-409, (RT Online), set./2008 p. 01.

⁴⁸⁸ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 45.

porquanto a expressão faz referência “*a un comportamiento posterior a la ejecución del hecho delictivo, aunque el delito no haya llegado a consumarse*”.⁴⁸⁹ É dizer: existem comportamentos pós-delitivos positivos aos quais a lei penal reconhece relevância mesmo quando praticados após a realização do injusto da tentativa, acabada ou inacabada, como é o caso do arrependimento eficaz e da desistência voluntária, respectivamente.⁴⁹⁰ Trata-se, enfim, de uma concepção ampla, que alberga todo comportamento posterior ao delito, ou seja, depois de iniciada a empreitada delitiva. A esta concepção ampla, porém, se contrapõe uma estrita, que compreenderá apenas o comportamento manifestado pelo sujeito após a consumação formal do delito, isto é, os comportamentos levados a efeito posteriormente à realização da figura típica penal em todos os seus termos, ou, como preceitua o inciso I, do artigo 14, da lei penal substantiva, quando no crime “se reúnem todos os elementos de sua definição legal”⁴⁹¹. Destarte, estão compreendidos sob a tónica do comportamento pós-delitivo as figuras da desistência voluntária, do arrependimento eficaz e da reparação do dano (incluído aqui o chamado arrependimento posterior, do artigo 16, do CP), ainda que importem, para a presente investigação, não os comportamentos realizados no âmbito do *iter criminis*, senão a atuação do sujeito após a consumação formal do crime.

O comportamento pós-delitivo, em sentido estrito, poderá, ainda, se apresentar sob contornos positivos, negativos (antijurídico ou contrário aos interesses da Administração da Justiça), ou neutros (juridicamente irrelevantes).⁴⁹² Será positivo, neste prisma, o comportamento “*realizado por el autor en beneficio de la víctima o de la Administración de Justicia – o el que por ésta se considera útil – y, por eso, el Derecho lo valora positivamente*”.⁴⁹³ Como destaca FARALDO CABANA, o carácter diferencial do comportamento pós-delitivo positivo reside, sob um ponto de vista estrutural, em três aspectos: i) sua realização após a consumação formal do fato delitivo – ou seja, seu limite

⁴⁸⁹ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit. p. 26.

⁴⁹⁰ Ibid., p. 27. Também DE VICENTE REMESAL: “*Es un comportamiento posterior en cuanto la iniciación de la acción delictiva se ha producido ya, aunque no ha llegado a consumarse por causas independientes de la voluntad del culpable o por su propio y voluntario desistimiento*”. VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento postdelictivo. Leon:** Universidad de Leon – Secretariado de Publicaciones, 1985, p. 55.

⁴⁹¹ A importância desta definição, como assevera VICENTE REMESAL, reside principalmente nos delitos de perigo, de resultado cortado ou mutilado de dois atos, onde “*la Ley adelanta la frontera de represión penal a un momento anterior al de la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar (la lesión, el resultado y un segundo acto, respectivamente)*”, portanto, antes do esgotamento material do fato. Destarte, ainda que a consumação material do injusto exija, por exemplo, a efetiva realização do fim proposto pelo autor, este não poderá ser o limite a partir do qual se poderá falar de comportamento pós-delitivo positivo, pelo simples fato de que, em muitas ocasiões, tal comportamento manifestam precisamente “*la renuncia por parte del autor a conseguir los fines em principio propuestos*”, como a devolução do bem no crime de furto. VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento postdelictivo.** Op. Cit., p. 63.

⁴⁹² Ibid., p. 40, nota 13.

⁴⁹³ Ibid., p. 40.

inferior é marcado pela execução da tentativa⁴⁹⁴ – o que faz supor que não afetam nem o injusto, nem a culpabilidade; ii) seu conteúdo, consistente em um comportamento baseado na reparação dos efeitos do delito ou em colaboração com a Administração da Justiça; iii) seu caráter voluntário, isto é, livre de qualquer coação.⁴⁹⁵

Se o limite temporal inferior do comportamento pós-delitivo positivo é de fácil constatação, é na definição de seu limite superior onde residem as maiores controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, impulsionadas, é verdade, pela ausência de um tratamento legislativo uniforme e devidamente lastreado em razões de política criminal quanto às consequências jurídicas daí decorrentes. Veja-se, por exemplo, a questão da extinção da punibilidade pelo pagamento nos delitos tributários. Além das leis 8.137/1990 e 9.249/1995, que previam o limite para a reparação como sendo aquele antes do recebimento da denúncia, as “idas e vindas do legislador, à que se refere ESTELLITA⁴⁹⁶ “passam pela Lei 9.430/1996 (que dispõe sobre a legislação tributária federal – art. 83 e ss.); a Lei 9.964/2000 (Refis – Programa de Recuperação Fiscal, exclusivo para débitos abarcados pelo programa); a Lei 10.684/2003 (parcelamento de débitos junto a Procuradoria da Fazenda Nacional, Secretaria da Receita Federal e o INSS); e mais recentemente, a Lei 12.382/2011”⁴⁹⁷ que alterou o panorama anterior.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit. p. 28.

⁴⁹⁵ Ibid., p. 23-24.

⁴⁹⁶ ESTELLITA, Heloísa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03. **Boletim IBCCrim**. n. 130. p. 2-3. São Paulo: IBCCrim, 2003.

⁴⁹⁷ COSTA, Victor César R. S.; SIQUEIRA, Flávia. O furto de energia elétrica e a possível extinção da punibilidade pelo pagamento do débito. **Revista dos Tribunais**, vol. 976/2017, p. 381 – 400 (RT Oline), Fev/2017.

⁴⁹⁸ Assim, temos:

- a) O REFIS (Lei 9.964/2000) que suspendia a pretensão punitiva durante o período do parcelamento desde que a inclusão no programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia pelo juízo criminal, extinguindo-se a punibilidade tão logo findo o pagamento da integralidade do montante devido;
- b) O PAES (Lei 10.684/2003), que era aplicável aos débitos junto à Secretaria da Receita Federal ou à Procuradoria Feral da Fazenda Nacional com vencimento até 28 de fevereiro de 2003, suspendia a pretensão punitiva do Estado durante o período em que o agente estiver inserido no programa de parcelamento, e determinava a extinção da punibilidade mediante o pagamento integral dos débitos, inclusive acessórios, sem, contudo, estipular marco temporal limite para tanto;
- c) Lei 11.941/2009: aplicável, dentre outros, até mesmo aos débitos fiscais remanescentes daqueles consolidados no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS – e no Parcelamento Especial – PAES – mesmo que tenham sido excluídos dos respectivos programas e parcelamentos, esta lei retirou o lapso temporal mínimo para o pagamento, condicionando a suspensão da pretensão punitiva, assim como a extinção da punibilidade, respectivamente, à adesão ao programa de parcelamento e ao pagamento integral dos tributos devidos, inclusive acessórios;
- d) Lei 12.382/2011: concede a suspensão da pretensão punitiva aos débitos parcelados antes do recebimento da denúncia pelo juízo criminal, e retira o marco temporal limitador para a extinção da punibilidade em razão do pagamento integral do débito tributário.

Recentemente, vemos a Lei 12.996 de 18 de junho de 2014, cujo artigo 2º, §1º, admite o parcelamento das dívidas de que trata o §2º, do artigo 1º, da Lei 11.941/2009. Embora não disponha expressamente acerca da suspensão da pretensão punitiva ou mesmo da extinção da punibilidade, existem decisões que admitem a suspensão da ação penal e do respectivo prazo prescricional àqueles que tenham aderido à modalidade de

Na tentativa de superar tal problemática, a doutrina especializada tem recorrido ao requisito da voluntariedade. Fala-se, portanto, em valoração positiva do comportamento pós-delitivo do agente apenas quando *voluntário*. Tal elemento, no entanto, não pode ser tomado a partir de um prisma psicológico, senão unicamente valorativo. VICENTE REMESAL, a esse respeito, salienta que o conceito da voluntariedade deve ser interpretado fora do campo da moral e, portanto, a valoração jurídico-penal do móvel do agente de modo algum poderá depender da *“cualidad ética de los motivos del autor”*.⁴⁹⁹ FARALDO CABANA, em idêntico sentido, destaca a *“eliminación de toda alusión a un elemento subjetivo”*.⁵⁰⁰ Trata-se, assim, de contrapor esta concepção à exigência de uma espontaneidade do sujeito ativo do delito: *“o ressarcimento não precisa ser espontâneo; basta que seja voluntário. Isso significa que basta ter o agente atuado sem coação de qualquer espécie, sendo indiferentes os motivos que o tenham inspirado (sincero arrependimento, covardia ou temor de punição grave, etc.)”*.⁵⁰¹

O legislador brasileiro observa tais exigências na disciplina do arrependimento posterior (art. 16, CP), porém, em variadas hipóteses a contraria, expressamente exigindo a espontaneidade como requisito para a incidência causa de atenuação ou minoração de pena, como ocorre nos artigos 65, III, b, do CP,⁵⁰² e 14, II, da Lei 9.605/98,⁵⁰³ ou mesmo à extinção da punibilidade, como é o caso do §1º, do artigo 337-A, do CP.⁵⁰⁴

parcelamento definido na 12.996/14. Sobre o tratamento da matéria nos tribunais superiores, confira-se: ESTELLITA, Heloisa. Crimes Tributários nos Tribunais Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 58, p. 85-104, (RT Online), jan- fev. 2006.

Some-se, ainda, a publicação, em janeiro de 2016, do Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária – RERCT - para declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior. Referido programa previa, juntamente ao afastamento e/ou abrandamento de muitos dos encargos administrativos e tributários decorrentes das eventuais infrações administrativas praticadas para o envio ou manutenção irregular de patrimônio no exterior, inclusive a inadimplência tributária, a garantia de extinção da punibilidade penal quanto aos delitos porventura praticados para consecução deste mesmo desiderato.

⁴⁹⁹ VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento ...** Op. Cit., p. 66.

⁵⁰⁰ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 35.

⁵⁰¹ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 11ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Mais recentemente, no Brasil, vide: PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito penal: Parte Geral**. 4ª ed. Ver. e atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, p. 313: *“A reparação deve ser voluntária, porém, não necessita ser espontânea, podendo ser o agente convencido por um terceiro a voluntariamente reparar o dano ou restituir a coisa”*.

⁵⁰² 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.

⁵⁰³ Art. 14. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: II – arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada.

⁵⁰⁴ Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: [...] §1º - É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”.

Porque o comportamento pós delitivo pode, como visto, obedecer a uma gama infundável de motivos e causas, a voluntariedade, como critério definidor do limite máximo à valoração jurídico-penal benéfica do comportamento posterior, deverá significar que o agente procurou, de maneira livre e consciente, reingressar na ordem jurídica por ele violada,⁵⁰⁵ e seu comportamento pós-delitivo positivo deve manifestar “*una voluntad de restauración del Ordenamiento jurídico y de regreso a la comunidade jurídica por parte del sujeto*”.⁵⁰⁶ Sedimentada esta premissa, caberá ao legislador a determinação material dos lapsos temporais dentro dos quais será possível identificar tal comportamento voluntario do agente: se, a exemplo dos delitos tributários, i) antes da instauração do procedimento fiscal; ii) antes do recebimento da denúncia; iii) antes de tornar-se irrecurível condenação penal; iv) ou a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado.

Os fundamentos que permitirão esta definição, porém, são indissociáveis das razões que determinam a escolha da consequência jurídica da valoração positiva do comportamento pós-delitivo do agente. Interessa, portanto, perquirir o fundamento que permita explicar e justificar as razões de técnica jurídica ou de política criminal das quais se vale o legislador para, em determinados casos, outorgar uma total liberação de pena em razão da reparação do dano enquanto, em outros, dispõe desta unicamente como atenuante ou causa de diminuição de pena.

5.1.1.1. A reparação como causa de extinção de punibilidade/ liberação de pena

Anteriormente já foi dito que o principal problema no tratamento da reparação do dano é a ausência de uniformidade nas consequências jurídicas a ela atribuídas. Como comportamento pós delitivo positivo verifica-se, no Código penal, a reparação voluntária: como hipótese de redução de pena (art. 16, CP), quando realizada até o recebimento da denúncia; como atenuante (art. 65, III, b, CP), quando realizada antes do julgamento; como hipótese excludente de punibilidade no peculato culposo (art. 312, §3º, CP), desde que realizada antes da sentença irrecurível, ou como causa de diminuição de pena, se após; como hipótese de extinção de punibilidade no crime de apropriação indébita previdenciária, se promovida antes do início da ação fiscal, ou hipótese de afastamento de pena, se após, mas antes de oferecida a denúncia (art. 168-A, §2º e §3º, I, CP); e como hipótese de extinção

⁵⁰⁵ VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento ...** Op. Cit., p. 116.

⁵⁰⁶ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 36.

de punibilidade no delito de sonegação de contribuição previdenciária, se promovida antes do início da ação fiscal (art. 337-A, §1º, CP). Na legislação especial, por outro lado, têm relevo as já mencionadas inconsistências da legislação penal tributária, e também a normativa sobre os crimes ambientais, onde a reparação do dano é inserida como condição à extinção da punibilidade no marco da suspensão condicional do processo. Por fim, não se pode deixar de citar o entendimento jurisprudencial por meio do qual concede-se a extinção da punibilidade no crime de estelionato praticado por meio de cheque, se ressarcido o dano antes do recebimento da denúncia (Súmula 554 STF).⁵⁰⁷

No substitutivo ao Projeto do novo Código penal – (PLS) nº 236, de 2012 – além de ser mantida, na Parte Geral, como causa atenuante (art. 81, II, b)⁵⁰⁸ e de diminuição de pena (art. 83, §3)⁵⁰⁹ sem qualquer alteração na redação original, sua incidência na Parte Especial teve uma significativa expansão, sendo inserida em hipóteses atualmente não previstas⁵¹⁰ e, em outros casos, substituindo atuais previsões de extinção de punibilidade para incidir na última fase do cálculo da reprimenda penal a fim de recompensar o comportamento reparador do agente unicamente com a diminuição da sanção final.⁵¹¹ Contudo, enquanto o Projeto do novo Código penal restringe os efeitos da reparação, propostas alternativas de alteração da legislação vigente buscam alargar seus contornos. Tal é o caso do caderno das 16 medidas contra o encarceramento em massa, onde visa-se alterar o instituto do arrependimento posterior, modificando seu efeito – de causa de diminuição de pena, passa a hipótese de extinção de punibilidade – e limite temporal máximo – até a sentença condenatória.⁵¹² Nas palavras de QUINTERO OLIVARES: *“Parece, cuándo menos,*

⁵⁰⁷ *“O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”*

Vide: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2733>

⁵⁰⁸ 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;

⁵⁰⁹ Art. 83. 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.

§3º 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 dois terços à metade.

⁵¹⁰ Nos crimes de furto simples e qualificado, se realizada até o oferecimento da denúncia, poderá significar a redução da pena até a metade (art. 155, §5º, II); tratamento idêntico é dado ao crime de dano simples e qualificado (art. 163, §2º) e ao de estelionato (art.171, §3º).

⁵¹¹ É, por exemplo, o caso do crime de apropriação indébita (art. 164, §3º).

⁵¹² *“Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até a sentença condenatória, por ato voluntário do agente, extinguir-se-á sua punibilidade. (NR).”*

exagerada la diferencia de consecuencias que puede tener la reparación en función del momento en que se produzca: excusa absolutoria, atenuante y nada.”⁵¹³

Qual a razão última das causas de levantamento de pena? Não raras vezes, o móvel de tais institutos deixa de estar estritamente relacionado aos fins da pena, para se amoldar a motivações de “conveniência política ou econômica alheias ao Direito penal”⁵¹⁴. Destarte, a resposta a esta indagação poderá apresentar-se sob dois prismas: um extrapenal, que atende a objetivos puramente utilitários e pragmáticos, e outro jurídico-penal. A preocupação, neste sentido, é a de que “a criação dos diversos benefícios advindos da política criminal deverá ter o devido enlace com a dogmática penal”⁵¹⁵.

Por consistirem em modalidades de comportamento pós-delitivo positivo em sentido amplo, argumenta-se por um tratamento normativo semelhante à desistência voluntária, ao arrependimento eficaz e à reparação do dano.⁵¹⁶ Neste prisma, nas teorias que visam apresentar o fundamento para o privilégio penal concedido em face aos primeiros⁵¹⁷ é onde são buscados os fundamentos para a correta valoração do comportamento reparador. Entretanto, sequer nesta seara há um entendimento harmonizado. Para o afastamento da pena, nestes casos, são apresentadas ao menos três ordens de argumentos, albergados sobre as teorias jurídicas, teorias político-criminais e as teorias dos fins da pena. Quanto às primeiras, as “teorias jurídicas” – há muito não mais invocadas – tinham por ponto de partida a consideração da tentativa e da desistência na tentativa como um fato unitário e, assim, a não punibilidade da desistência justificava-se pela inexistência de um dos elementos justificadores da punibilidade da própria tentativa, sejam eles o elemento objetivo – o perigo existente para o bem jurídico ou a alteração da paz jurídica – ou o elemento subjetivo – a “vontade criminosa”, que desaparece quando o agente voluntariamente desiste de prosseguir na empreitada delitiva.⁵¹⁸

Antes das teorias jurídicas, as teorias político-criminais buscavam apresentar o fundamento da impunidade da desistência em razões de utilidade. Remontando a FEUERBACH, são bases teóricas que consideram a promessa de liberação da pena, nestas

⁵¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena. **Boletín de información**. Madrid, nº 1557, p.1406-1418, mar.1990, p. 1413.

⁵¹⁴ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 24.

⁵¹⁵ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas de extinção ...** Op. Cit., p. 41.

⁵¹⁶ Nesse sentido: FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit. E, no Brasil: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ...** Op. Cit.

⁵¹⁷ Por todos, vide: ROXIN, Claus. *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – RECPC**. -03-03, 26 de junio de 2011. Disponível em: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

⁵¹⁸ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 109.

hipóteses, como uma “ponte de ouro” ao delinquente, um estímulo ao autor para abandonar a tentativa antes da consumação e/ ou evitar o resultado danoso.⁵¹⁹ Critica-se, porém, o fato de que essa concepção toma por ponto de partida uma racionalidade incondicionada do agente delitivo durante o *iter criminis*, a qual, como é cediço, não pode ser sustentada face à realidade.⁵²⁰ Outrossim, quando se trata precisamente do momento da realização dos atos executórios, há de se ponderar que os indivíduos desistem por muitas razões, sendo pequeno o âmbito de influência, nesta etapa, da arquitetura legal. Por outro lado, critica-se, também, a razão pela qual tal estímulo à renúncia à consumação exige precisamente a impunidade e não outro benefício, como a atenuação ou diminuição da pena.⁵²¹ Ademais, a exigência da eficácia da interrupção do curso causal criado pelo agente e, por conseguinte, a evitação da lesão ao bem jurídico, certamente contribuiria como efeito negativo no estímulo pretendido e, assim sendo, “o efeito motivador – “incentivo psicológico – poderia ser tanto ou mais reforçado caso também se premiasse com a impunidade “o esforço sério e voluntário dirigido a evitar a consumação, mesmo quando se resultasse infrutífero por motivos alheios à vontade do sujeito””.⁵²²

A opção pelo afastamento da punibilidade da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, no caso brasileiro, se dá expressamente por questões de política criminal. Tal é o consignado na exposição de motivos da normativa penal⁵²³ e, posteriormente, reiterado pela doutrina: “a recompensa da impunidade, aqui, não tem outro fundamento que o da conveniência política. Entre dois males – o da consumação do crime e

⁵¹⁹ JESCHECK, Hans Heirinch. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 5ªed. Trad. De Miguel Olmedo Cadernete, Granada: Diciembre, 2002, p. 578. Referida corrente ganhou relevo com as ponderações de VON LISZT: “No momento em que o agente transpõe a linha divisória entre os atos preparatórios impunes e o começo de execução punível, incorre na pena cominada contra a tentativa. Semelhante facto não pode mais ser alterado, suprimido, ou <<anulado retriactivamente>>. Pode porém a lei, por considerações de política criminal, construir uma ponde de outro para a retirada do agente que já se tornara passível de pena – ella o fez, convertendo em causa extintiva de pena a desistência voluntária. (sic). LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito penal. Tomo I**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.,1899, p. 342.

⁵²⁰Amplamente neste sentido, vide: MUÑOZ CONDE, Francisco. **El desistimiento voluntario de consumir el delito**. Barcelona: Bosch, 1972.

⁵²¹ Ibid., p. 25.

⁵²² Cfr. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ...** Op. Cit., p. 61.

⁵²³ Na exposição de Motivos da redação original do Código Penal de 1940, o então Ministro Francisco Campos salientou os critérios de política que motivaram a inclusão destes institutos: “É reconhecida a Isenção de pena no caso de desistência voluntária da consumação, ressalvada a punibilidade dos atos já praticados. Não é exigida a desistência espontânea; basta que o agente não tenha sido coagido, moral ou materialmente, à Interrupção do *iter criminis*. Também é declarado imune de pena o agente no caso de arrependimento eficaz, isto é, quando, de sua própria iniciativa, já empregada a atividade necessária e suficiente para a consumação, impede que o resultado se produza. A concessão de imunidade penal pareceu-nos mais aconselhável, do ponto de vista político, que o critério da simples atenuação da pena.”. g.f. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2018.

o da impunidade do delinquente – o legislador prefere o último, prometendo o perdão, na esperança de evitar o primeiro.”⁵²⁴ Isto é, “deixando-se de premiar com a impunidade ao que se arrepende e tempestivamente desiste de consumir o crime, estar-se-ia criando um estímulo para que ele prosseguisse até o fim.”⁵²⁵ O mesmo se fez em relação ao instituto do arrependimento posterior.^{526 527}

As críticas dirigidas também às teorias do estímulo (teorias político-criminais) deram azo à formulação de outras tentativas de fundamentar a impunidade pela desistência, algumas das quais podem ser reunidas como teorias premiaias, da graça ou do prêmio. À luz de tais bases teóricas, se sustenta que o injusto da tentativa é compensado pela atuação meritória do autor: “*quien desiste voluntariamente y evita la consumación o se esfuerza seriamente en ello, aún cuando de todos modos aquélla tiene lugar, en la comunidad se compensa parcialmente la impresión jurídicamente perturbadora de su hecho y, a causa de ello, merece indulgencia*”⁵²⁸. Fala-se, assim, em “*una retribución merecida por un comportamiento socialmente positivo*”.⁵²⁹ Critica-se, enfim, que tal concepção se limita a transcrever o óbvio, a saber, “a renúncia do Estado em exercer seu poder punitivo”, quanto que “o que interessa saber é a razão da concessão do “prêmio” pelo Estado, e isto a teoria premial não responde originalmente”.⁵³⁰ Ainda, esta corrente teórica não conseguiria apresentar lastros suficientes a embasar a evitação da consumação como condição da impunidade: “*disminución de la energía criminal sería igualmente patente cuando el sujeto, a pesar de desistir voluntariamente y de haberse esforzado seriamente en evitar la consumación, no lo consigue, debiéndose por ello negar el beneficio de la impunidad*”.⁵³¹

⁵²⁴ “*a recompensa da impunidade é condicionada exclusivamente à efetividade da voluntária não-consumação do crime*”. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II, arts. 11 ao 27**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, P. 95.

⁵²⁵ Ibid., p. 94-95.

⁵²⁶ Exposição de motivos da Lei 7.209/1984: “*constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos "sem violência ou grave ameaça à pessoa"*. (Item 55).

⁵²⁷ “*a recompensa da impunidade é condicionada exclusivamente à efetividade da voluntária não-consumação do crime*”. HUNGRIA, Nelson. Ibid., p. 95.

⁵²⁸ JESCHECK, Hans Heirinch. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 5ªed. Trad. De Miguel Olmedo Cadernete, Granada: Diciembre, 2002, p. 579.

⁵²⁹ FARALDO CABANA, Patricia. **Las ...** Op. Cit., p. 110.

⁵³⁰ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ...** Op. Cit., p. 63.

⁵³¹ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit. p. 111. Também apresentando os pontos e contrapontos de cada uma destas teorias: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ...** Op. Cit., p. 63.

Sob outro vértice, a jurisprudência do BGH⁵³², em posição que é defendida, também, por ROXIN⁵³³, fundamenta a impunidade da desistência no desaparecimento dos fins da pena: *“Cuando el autor se abstiene voluntariamente de la consumación del hecho muestra con ello que su voluntad hostil al Derecho mediante la ejecución de aquél no ha sido suficiente. Por ello, la pena no es aconsejable ni por motivos preventivos-especiales ni tampoco por razones preventivo-generales”*.⁵³⁴

Conforme sustenta FARALDO CABANA, para fazer jus à impunidade a desistência deveria eliminar ambos os fundamentos da punibilidade, isto é, o subjetivo e o objetivo que, de acordo com o que sustenta, somente poderia significar duas coisas. De um lado, que a desistência deverá ser voluntária, *“de tal forma que se aclaro el abandono de la voluntad contraria a la norma de conducta anteriormente exteriorizada”*⁵³⁵. Esta voluntariedade, enfim, seria demonstrada por uma equação de congruência entre o processo causal que impede o resultado e o conteúdo da vontade do autor, isto é, a voluntariedade depende de uma motivação autônoma, e não heterônoma, ou seja, quando há uma interferência externa na vontade do sujeito.⁵³⁶ Por outro lado, a desistência deverá ser eficaz, o que significa que deverá eliminar a situação de perigo criada para o bem jurídico e, por conseguinte, para a produção do resultado, com o que *“elimina también la mala impresión que la tentativa há causado en la comunidad.”*⁵³⁷ Neste cenário, como resultado, *“esto supone que la conducta de quien desiste voluntariamente de la tentativa y logra evitar el resultado no merece la pena que correspondería a la mista porque ya no existen razones de prevención general ni prevención especial que justifiquen su imposición”*.⁵³⁸

⁵³² ROXIN, Claus. *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – RECPC. -03-03**, 26 de junio de 2011. Disponível em: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

⁵³³ Ibid. Segundo o autor: *“La fuerza de convicción de la teoría del fin de la pena descansa sobre el hecho de que aplica con soltura y de forma convincente la diversidad de las regulaciones legales. Además, pugna a su favor el juicio sobre los fundamentos de la punibilidad de la tentativa: si esta última depende incuestionablemente de las reflexiones legislativas acerca de la necesidad de una incriminación que se encuentran orientadas al fin de la pena, entonces es lógico aceptar desde un principio que la opción por la impunidad del § 24 descansa sobre la desaparición de tal necesidad.”*

⁵³⁴ JESCHECK, Hans Heirinch. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. Op. Cit., p. 580. JESCHECK, abertamente partidario da teoria premial, critica o argumento do “desaparecimento dos fins da pena” ao argumento de que *“el merecimiento de pena del hecho no es anulado sin más por el desistimiento. A los argumentos de la teoría del fin de la pena debe, por consiguiente, se añadida la idea de la teoría del perdón de que el autor debería librarse de una sanción en sí misma merecida si voluntariamente ha retornado al dominio del Derecho”*. p. 581.

⁵³⁵ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit. p. 111.

⁵³⁶ BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 686.

⁵³⁷ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 112.

⁵³⁸ Ibid., p. 112.

A mesma autora, porém, ainda que tomando por ponto fundamental as bases teóricas traçadas pelas teorias dos fins da pena, não rechaça a adição de outros argumentos a fim de complementá-la. Neste desígnio, com esteio nas reflexões de MARTÍNEZ ESCAMILLA, pondera que a reposta penal diferenciada ao agente que interrompe voluntariamente o *inter criminis* ou eficazmente a superveniência do resultado delitivo “*no se trata de premiar a este individuo, se trata tan sólo de valorar desigualmente lo que es substancialmente diferente, de valorar equitativamente los hechos*”.⁵³⁹ Opta, portanto, por uma combinação da teoria dos fins da pena com os princípios da equidade, *ultima ratio* e intervenção mínima que devem informar ao Direito penal.⁵⁴⁰

É no âmbito das teorias dos fins da pena que a reparação do dano, como comportamento pós-delitivo positivo, assume destacada relevância. As observações até agora lançadas, no entanto, retratam as discussões vertidas no âmbito dos institutos da parte geral. Por outro lado, na tangente da reparação do dano prevista como causa de isenção de pena na parte especial e na legislação extravagante, o que se verifica é uma configuração legislativa orientada por fins extrapenais. Nestes casos, se observa que a razão latente da norma, seu real fundamento, é de carácter exclusivamente pragmático e de todo alheio a fundamentações jurídico-penais, vide, por exemplo, sua aplicabilidade nas searas fiscal e ambiental.

Em matéria de Direito penal tributário, as discussões a respeito da reparação do dano como causa de isenção de pena são profundas e de modo algum restritas à realidade nacional.⁵⁴¹ O pano de fundo da discussão é o embate entre duas teorias políticas distintas, a teoria fiscal – relacionada à política fiscal – e a teoria jurídico penal – relacionada à política criminal.⁵⁴² A teoria fiscal, cujo intento é exclusivamente o de arrecadação fiscal e os seus critérios reitores (necessidade de arrecadação) encara as hipóteses de isenção de pena pela regularização fiscal como um estímulo ao agente, partindo da premissa de que “*a la vista de*

⁵³⁹ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 113.

⁵⁴⁰ “*Al asumirse aquí la idea de que los fines de la pena no cumplen su función solo en las categorías del delito, sino que la desempeñan también fuera de ellas, no existe contradicción alguna en preconizar la fundamentación material de las causas de levantamiento de la pena en razones de prevención general y especial y, al mismo tiempo, incardinarlas en una categoría situada más allá de los elementos del delito.*” Ibid., p. 37. e p. 114.

⁵⁴¹ Isto se dá, principalmente, em razão de que os institutos brasileiros voltados ao afastamento da sanção penal pela regularização fiscal terem se espelhado em dispositivos semelhantes da realidade comparada. Fala-se, aqui, principalmente na autodenúncia liberadora de pena, presente tanto no Direito alemão, quanto no espanhol. Veja-se, respectivamente: KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015 e IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. **La Regularización Fiscal en el Delito de Defraudación Tributaria. Un Análisis de la <<autodenuncia>>. Art. 305-4 CP**. Valencia, Tiran Lo Blanch, 2003.

⁵⁴² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. Op. Cit.

las particularidades criminológicas y criminalísticas del delito, sólo la perspectiva de impunidad motivará al defraudador para que abone con posterioridade los impuestos defraudado".⁵⁴³ Neste entendimento, a autodenúncia exoneradora de pena teria a finalidade de "*asegurar la impunidad del defraudador fiscal, de forma más amplia a como lo hace el Derecho penal general, en beneficio del erario público*".⁵⁴⁴ A esta corrente se contrapõe à teoria jurídico-penal, baseada nas premissas do comportamento pós-delitivo positivo e em critérios análogos à desistência voluntária⁵⁴⁵, tal qual se tem apresentado nesta exposição. Considera-se, neste prisma, que a prática de um delito não acarreta simplesmente um prejuízo material, considerando-se, portanto, toda a dimensão do bem jurídico lesionado.

São precisas as ponderações de KUHLEN, neste desígnio, ao destacar que, considerando a mensagem que se transmite mediante a criminalização de um determinado fato e a definição de sua consequência jurídica – de que a violação à norma ali contida conformará os requisitos do merecimento e da necessidade de pena – então as causas de supressão de pena "*tienen igualmente un valor expresivo: declaran que cuando concurren sus condiciones el merecimiento y la necesidad de pena de un hecho, que antes existían, ahora se suprimen y su sanción, por lo tanto, deviene innecesaria*".⁵⁴⁶ Ocorre o apontado por LEITE: "*A norma primária ou de comportamento direcionada aos cidadãos estaria formulada não em um sentido forte ("não sonegue tributos"), mas em um sentido fraco (não deixe de se autodenunciar e pagar os tributos eventualmente sonegados)*".⁵⁴⁷

A isenção de pena, nestes termos, jamais atenderia às exigências da prevenção geral positiva, como apontado pelos críticos do instituto da autodenúncia liberadora de pena, porquanto iria ao encontro da sensação de justiça dos cidadãos que pagam corretamente seus tributos.⁵⁴⁸ Outrossim, se a renúncia à sanção penal se contentará com a mera compensação

⁵⁴³ KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales ...** Op. Cit., p. 218.

⁵⁴⁴ Ibid., p. 218.

⁵⁴⁵ LEITE, Alaor. Abolição da chamada autodenúncia liberadora de pena no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 90, p. 111-135, (RT Online), maio/jun. 2011.

⁵⁴⁶ KUHLEN, Lothar. **Cuestiones ...** Op. Cit., p. 222. O exemplo de que se vale o autor é elucidativo: "*esta relación recíproca se muestra más clara en un ejemplo de un ámbito político-jurídico menos controvertido. Si se entendiera que para la supresión de la pena en la lesión corporal grave fuera suficiente la debida indemnización jurídico-civil de los daños materiales (incluyendo el pago de una indemnización por daño personal) así como una disculpa del autor por escrito, ello sería valorativamente contradictorio, Pues pueden ocurrir dos cosas: o la consideración legal del delito como delito grave es adecuada, y entonces la mera disculpa, como única prestación del autor más allá de la reparación del daño, es evidentemente inadecuada para hacer superflua la sanción; o por el contrario, la disculpa del autor es suficiente: entonces la lesión corporal grave sería en realidad in ilícito menos, u el marco penal del § 224 StGB sería injustificadamente exagerado*". (p. 223.)

⁵⁴⁷ LEITE, Alaor. Abolição da chamada ... Op. Cit., p. 02.

⁵⁴⁸ "*Para muchos es incomprensible, que ante una pena inminente, e incluso también por una larga pena privativa de libertad de muchos años ya impuesta, una pueda <<comprarse una salida>> pagando*

do dano material “*entonces eso equivaldría a la valoración de que esse ilícito es un injusto meramente civil y por ello ya, en principio, no merecería, ni requeriría pena. Semejante causa de supresión de la pena sería entonces valorativamente contradictoria y con ello, en efecto, racionalmente incomprensible*”⁵⁴⁹. Com efeito, um Direito penal orientado à proteção de bens jurídicos indispensáveis à vivência social – como o é o bem jurídico fiscal – “*não pode ser recheado de peculiares causas condicionantes, causas suspensivas da ação estatal e causas extintivas da punibilidade, isto é, ser colocado no mesmo patamar de não efetividade inibitória do Direito Administrativo. Nessa perspectiva, ele, inclusive, se deslegitima por desnecessário.*”⁵⁵⁰

Na realidade brasileira, a oscilação do tratamento legislativo dispensado à matéria⁵⁵¹ deixa transparecer o esvaziamento do real propósito da intervenção penal nesta seara⁵⁵², dotando a norma penal de caráter meramente instrumental e simbólico de ameaça, para

posteriormente el impuesto antes evadido. Injusto podría ser, por un lado, que al defraudador fiscal se le conceda, después de su autodenuncia exonerante de pena, los mismos derechos que quien, conforme a su deber, abonó sus impuestos a tiempo; por el otro, el hecho de que resulte privilegiado en comparación con otros delincuentes, como el ladrón o el estafador. KUHLEN, Lothar. **Cuestiones ...** Op. Cit., p. 221.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 222.

⁵⁵⁰ GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. Pensando o Direito tributário brasileiro à luz dos acórdãos do Ministro Felix Fischer: necessidade de urgente revisitação e revisão legislativa e jurisprudencial. In: BUSATO, Paulo César. CARUNCHO, Alexey Choi. (Org.) **Sistema penal em debate**. Curitiba: Iea Academia, 2015, p. 13-38, p. 25. Com efeito: “*Se a previsão do elemento condicionante se fundamenta apenas na consecução de determinados interesses específicos, desvinculados dos princípios constitutivos do Direito penal e dos valores ínsitos na Constituição, os objetivos político-criminais perseguidos deixariam de estar amparados pela necessária legitimidade constitucional. Nessa perspectiva, cumpre salientar que a concessão de benefícios desproporcionados pode conduzir a uma diminuição da eficácia preventiva do Direito penal, dado que a previsão arbitrária de cláusulas de renúncia à imposição da pena frequentemente provoca o comprometimento do efeito dissuasório das normas penais contribui para a produção de um menoscabo efetivo de sua vigência*”. In: CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento ... Op. Cit., p. 22. Críticos mais firmes destas disposições chegam a afirmar que “*El estímulo puede tener el efecto criminógeno de inducir al incremento de la defraudación tributaria, dado que si se cumplen objetivamente los requisitos legales se alcanza el beneficio de la impunidad*”. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. **La Regularización Fiscal ...** Op. Cit, p. 219.

⁵⁵¹ Confira-se a nota n. 502 supra.

⁵⁵² Em estudo específico sobre os reflexos da arquitetura normativa dos crimes infrações fiscais no comportamento dos contribuintes e na proteção do bem jurídico fiscal, vide, aprofundadamente: BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise Econômica ...** Op. Cit.. “*Incutida por razões utilitárias e pragmáticas da política-fiscal, a política criminal torna-se ineficaz e ineficiente na tutela da arrecadação tributária, frustrando os objetivos socialmente desejados (prevenção) e utilitariamente esperados (arrecadação). Primeiro, porque provoca um esvaziamento da ideia de prevenção penal, assim compreendida como aquela que, mediante a cominação de uma espécie qualificada de sanção jurídica negativa – a pena – procura dissuadir os indivíduos da prática delitiva. Segundo, porque desestrutura os mecanismos informais indispensáveis para a criação de uma cultura de cumprimento voluntário das obrigações, de cooperação para a manutenção dos gastos públicos, e, finalmente, para a criação de uma sociedade solidária*”. (p. 140). Também em sentido crítico a tal conjectura: FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, p. 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

compelir o contribuinte cumprir com as obrigações que a lei fiscal lhe impõe.⁵⁵³ A doutrina nacional é crítica neste sentido, contestando o que identifica como uma “*utilização do Direito Penal como mecanismo otimizador da cobrança do crédito tributário*”⁵⁵⁴, onde “*à sanção penal é atribuída a finalidade de potencializar a eficácia da norma tributária, desconsiderando-se seu vínculo teleológico com o bem jurídico-penal*”.⁵⁵⁵ Salienta-se, outrossim, que tal postura acarreta ao menos dois principais efeitos prejudiciais ao sistema: a um, afeta a eficácia da finalidade protetora de bens jurídicos conferida à norma penal, eis que diminui o efeito intimidatório esperado da norma penal; a dois, afeta ao princípio da igualdade, na medida em que institui regramento excepcional benéfico tão somente a uma espécie delitiva.⁵⁵⁶ Ora, se somente será idônea aquela intervenção penal que seja capaz de contribuir ao objetivo de prevenção dos delitos que lesionem ou coloquem em perigo o bem jurídico penal que se pretende proteger e “*si el Derecho Penal de um Estado social se legitima solo em cuanto protege a la sociedad, [então] perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos*”⁵⁵⁷. Outra saída não há que a adequação da conjectura atual a um ponto de equilíbrio entre os mandamentos e garantias constitucionais e a eficiência nos fins aos quais pretende.⁵⁵⁸

⁵⁵³ Como pondera SÁNCHEZ RIOS, vemos que esta inconstância do legislador quanto ao pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade, máxime no que toca aos contornos deste instituto, acaba por “*denotar, a princípio, que o único interesse era a arrecadação, usando-se o Direito Penal como meio intimidativo e de persuasão*”. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **O Crime Fiscal**. Reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 26. BACIGALUPO, referindo-se à normativa penal fiscal espanhola, no mesmo sentido salientou que “*pareciera que el derecho penal acude en defensa de los intereses financieros de la hacienda pública, invirtiendo los principios básicos, de modo que se debilitan el principio de legalidad, el de mínima intervención [...] entre otros*”. BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. In: **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 11-33, p. 14.

⁵⁵⁴ EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Dialética, 2002. p. 106.

⁵⁵⁵ EISELE, Andreas. **Crítica ao Direito Tributário Brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007, p. 67.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p. 107.

⁵⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011, p. 116.

⁵⁵⁸ No Brasil, também admitindo a isenção de pena ante a regularização nos crimes fiscais, mas por outros fundamentos, SIQUEIRA E COSTA argumentam: “*Em que pese parte da doutrina considerar que a extinção da punibilidade enfraquece a função da criminalização do ilícito fiscal, pois se enaltece a finalidade de mera arrecadação da norma, a nosso ver, entretanto, justifica-se político-criminalmente a adoção de critério específico que afaste a punibilidade do crime tributário quando sua função precípua seja satisfeita, ou seja, quando o tributo seja devidamente pago. Isto demonstra claramente o fato de a norma penal fiscal abarcar uma proibição meramente simbólica, uma vez que, pago o tributo, não haveria mais necessidade da repressão. Não se justificaria, a partir das premissas anteriormente expostas, a punição tendo por base única e simplesmente a proteção imediata da higidez de uma função pública. O tipo penal tributário encerra em si também, nesse sentido, uma finalidade evidentemente simbólica. Quer-se, com a norma incriminadora, obter determinado comportamento – no caso, a proteção do patrimônio público –, mas sabe-se, desde já, que tal proteção é absolutamente ilusória. Em verdade, a proibição se esgota na função de arrecadação do fisco.*” In: COSTA, Victor César R. S.; SIQUEIRA, Flávia. O furto de energia elétrica e a possível extinção da punibilidade pelo pagamento do débito. **Revista dos Tribunais**, vol. 976/2017, p. 381 – 400 (RT Online), Fev/2017, p. 07.

Problemática semelhante enfrenta-se na seara ambiental, nada obstante os estudos específicos sobre as causas de supressão de pena nos delitos ambientais não sejam tão numerosos como o são em relação aos fiscais.⁵⁵⁹ Enquanto hipótese de levantamento total de pena, a reparação do dano é prevista no artigo 28, I, da lei 9.605/98 na condição de requisito à suspensão condicional do processo. O afastamento da punibilidade nos crimes de menor potencial ofensivo nos quais, portanto, for cabível o instituto suspensivo, ficará condicionado à comprovação mediante laudo de constatação ambiental, no entanto, o lapso temporal para o cumprimento desta exigência é instituído em patamar superior ao definido pelo artigo 89, da Lei 9.099/95: na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado por até 04 anos, acrescidos de mais um ano.

Ocorre, porém, que no intuito de primar pela reparação o legislador⁵⁶⁰, instituindo tratamento desigual para estas modalidades delitivas em detrimento de outras – e, assim, em prejuízo do bem jurídico ambiental tutelado – passa, na verdade, a mensagem de que o bem jurídico ali tutelado não merece a proteção que os demais, diminuindo a eficácia preventiva e protetiva da norma penal que visa sua proteção. Ao que se vê, nada obstante tratar-se de uma lesão a um bem jurídico penal e, portanto, cujos efeitos sociais são expressivamente maiores que as infrações à normativa administrativa incidente sobre o meio ambiente, ao fim a aplicação da normativa penal ao injusto que revela expressivo desvalor da conduta do agente infrator e do resultado por ele praticado admitirá a extinção da punibilidade pela reparação do dano, não importando, para tanto, quais os contornos do dano ambiental causado, porquanto a lei nenhuma ressalva faz neste sentido. Ao flexibilizar a aplicação da normativa sancionatória a delitos de tamanha gravidade, igualando-a às disposições civis e administrativas sobre a mesma temática – quando sabemos que a intervenção penal somente se dá quando as anteriores possibilidades de tutela pública se revelaram falhas –, negociando a extinção da punibilidade à contrapartida da reparação do dano ambiental, transmite-se a mensagem de que o crime compensa e pode ser equacionado infrator numa análise prévia acerca da tomada de posição pela assunção do risco da atividade empresarial e,

⁵⁵⁹ No Brasil, o tema tem sido objeto de estudo de Érika Mendes de Carvalho. Confira-se: CARVALHO, Érika Mendes de. O significado jurídico-penal da reparação Ambiental. **Revista de Ciências Jurídicas – UEM**, vol. 7, jan./jun., 2009, e CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ambiental como comportamento pós-delitivo. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

⁵⁶⁰ Como expõe CARVALHO, o conteúdo do artigo 28, I, da Lei 9.605/98, indicada como hipótese de “arrepentimento ecológico” ou “ambiental”, responde a uma expressão de um princípio de cunho civilístico do “poluidor pagador”. CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ... Op. Cit., p.186.

consequentemente, pela superveniência do dano ambiental. Aplica-se raciocínio análogo ao desenvolvido por Pedro CAEIRO ao refletir sobre as causas da falência da exclusividade da pena corporal para a criminalidade econômica, ressaltando como as causas desta falência, por um lado, “*a percepção de um baixo risco de efectiva punição por parte do infrator*”, e o fato de que a eventual sujeição à pena não anula o sentimento de compensação material gerada pelo delito: “*a pena funciona como um custo, e tão só eventual, de um benefício econômico*”.⁵⁶¹

A reparação do dano ambiental, sob tais configurações, também não cumpre com as finalidades da pena. Por um lado, não há qualquer margem para um atuar voluntário do agente, que expressa seu reconhecimento à normativa outrora violada, já que a reparação não parte do agente, mas é uma medida imposta como condição para o alcance de um benefício, inviabilizando qualquer pretensão de prevenção geral e especial; por outro, o alargamento do lapso temporal para a reparação – que, como afirmado, jamais foi resultado de um atuar voluntário, mas obediência a uma imposição – não tem o condão de alcançar quaisquer efeitos de prevenção de integração. Ainda assim, tal configuração apresenta vantagens quando comparada à legislação fiscal. Isto, pois, estando a extinção da punibilidade vinculada à satisfação dos requisitos da suspensão condicional do processo, permanecem hígdas as limitações à sua incidência, tal qual delineados no artigo 89, da Lei 9.099/95: o acusado não poderá estar sendo processado ou ter sido condenado por outro crime, assim como, não poderá ser reincidente em crime doloso. Nada obstante, e assim pondera CARVALHO, não será aconselhável conferir efeito de isenção de pena à reparação no âmbito ambiental, como o faz a lei vigente, porquanto dificilmente se conseguirá restaurar o status quo ante e restaurar devidamente o bem jurídico lesionado: “*O contrário pode ensejar a diminuição da eficácia preventiva do Direito penal e o comprometimento do efeito dissuasório das normas penais ambientais.*”⁵⁶²

Ainda em relação aos crimes ambientais, o artigo 27, da lei 9.605/98 cita a *prévia composição do dano ambiental* como condicionante à realização da transação penal. Nada obstante, a *composição* do dano aqui mencionada não se confunde com a exigência efetiva da reparação. Isto, pois o mesmo dispositivo legal remete à sua necessária complementação pelo artigo 76 da Lei 9.099/95, que dispõe especificamente sobre o instituto da transação penal, e também pelo artigo 74 desta mesma lei, onde se esclarece que, ao falar sobre *composição* nada mais quer o legislador do que se referir à *solução do conflito* no plano

⁵⁶¹ CAEIRO, Pedro. *Sentido e função ...* Op. Cit., p. 461.

⁵⁶² CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. Cit.

cível, homologada pelo juízo mediante sentença irrecorrível que terá eficácia de título executivo judicial, do que resulta claro que a efetiva reparação do dano ambiental extrapenal será feita em momento posterior e nas condições definidas pelo juízo cível – admitindo-se, portanto, e a depender dos contornos do caso concreto, inclusive pagamento exclusivamente em pecúnia e sob parcelamento. A condição à transação penal é, portanto, a assunção da responsabilidade de reparar o dano, e não sua realização concreta.

Criticando a criação e aplicação das causas de levantamento de pena lastreadas em critérios exclusivamente pragmáticos, FARALDO CABANA ressalta que os partidários desta fundamentação assumiram como fundamento daquelas, aquilo que o legislador perseguia com sua criação. Pontua, assim, que *“no se debe confundir el objetivo pretendido por el legislador con el fundamento de la norma, que son cosas distintas aunque no se excluyan recíprocamente”*.⁵⁶³ Ou seja, a *ratio essendi* da norma, isto é, a proteção de bens jurídicos, pode não coincidir com a finalidade política do legislador – que age, muitas vezes, impulsionado por razões de aplicação simbólica da norma penal – e deverá sempre prevalecer, ainda que a motivação política que ensejou a criação de uma dada norma posteriormente se veja alterada. Obviamente, fala-se, aqui, não apenas da criminalização de condutas, mas principalmente da criação de certos benefícios e privilégios penais. FARALDO CABANA, com precisão, destaca: *“La apelación a fines ajenos a la tutela de los bienes jurídicos se ve limitada por el respeto a los fines de la pena, que no pueden ser menospreciados por necesidades instrumentales o contingentes del legislador”*.⁵⁶⁴

É impossível desconectar fins extrapenais da criação de normas penais, sejam sancionatórias, sejam de caráter premial, como o são as atenuantes, minorantes e hipóteses de levantamento de pena. Não se discute, como já apontava HUNGRIA, que o legislador é um “oportunista”.⁵⁶⁵ A criação do Direito, em quaisquer de suas faces, é “um produto da política”.⁵⁶⁶ Sendo a criação do Direito “um assunto exclusivamente político” cabe, então, a

⁵⁶³ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 103.

⁵⁶⁴ Ibid., p. 103.

⁵⁶⁵ *“O legislador é um oportunista, cabendo-lhe apenas, inspirado pelas exigências do meio social, assegurar, numa dada época, a ordem jurídica mediante sanções adequadas. Se o fato antijurídico não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarma, contenta-se ele com o aplicar a mera sanção civil [...]”*HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Op. Cit., p. 29.

⁵⁶⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 4ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 68. O autor complementa: *“O direito foi considerado produto, finalidade e instrumento da política. Já sabemos que o Direito é produto da política, uma vez que decorre de decisões políticas. O direito constitui também finalidade da política, porque os detentores do poder criam um ordenamento jurídico para fixar as regras do regime político e para legitimar suas posições, já que aquilo que é legal acaba sendo aceito pela maioria da população. O direito funciona, finalmente, como instrumento da política porque, por meio de sua aplicação, as autoridades do Estado exprimem escolhas políticas, tornando-as legalmente vinculantes. (p. 73).*

ele limita-la, servindo, pois, como “critério e limite da política”. Uma forma de realizar essa função limitadora é pelo estabelecimento de parâmetros para a tomada de decisões políticas.⁵⁶⁷ É certo que a função de limitação é mais facilmente aferível no âmbito da normativa administrativa ou processual.⁵⁶⁸ No Direito penal, no entanto, isso se dá pela definição precisa de sua função e pela incidência dos postulados basilares que o orientam: respectivamente, a proteção de bens jurídicos e os princípios da subsidiariedade, da *ultima ratio* e da proporcionalidade. Toda intervenção legislativa deve se dar, então, em observância a estes contornos.⁵⁶⁹ A força vinculante da definição do bem jurídico, nesta perspectiva, não pode advir de construções teóricas abstratas, senão única e exclusivamente da Constituição: “é evidente que não é possível estabelecer limites vinculantes ao legislador por meio de opiniões de professores, mas apenas por meio da Constituição. [...] O ponto de ancoragem constitucional para a invalidade de tais dispositivos [que não protegem bens jurídicos] é a proibição de excesso decorrente do princípio da proporcionalidade”.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ DIMOULIS, Dimitri. Op. Cit., p. 74.

⁵⁶⁸ Como pondera DIMOULIS: “Qualquer decisão política deve levar em consideração os critérios fixados pelas normas jurídicas programáticas, respeitando também as regras que estabelecem a competência e o procedimento para elaborar determinada decisão”. Ibid., p. 74.

⁵⁶⁹ Cfr. ROXIN, Claus. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 922/2012. p. 291. (RT Online). Ago / 2012. Não se desconhecem as críticas acerca da definição do bem jurídico como função do Direito penal.

⁵⁷⁰ Ibid., p. 24. Sobre a vinculação do Direito penal à Constituição e a acerca da vinculação do legislador, em matéria penal, aos preceitos constitucionais, confira-se: BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 58, p.129. Jan/ 2007; BERCOVICI, Gilberto. *A constitucionalização Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou Nada)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.167-175; CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.149-16; 5MESA, Gloria Patricia Lopera. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. In: **El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional**. Editor: Miguel Carbonell. p.269-306; MIR PUIG, Santiago. **Bases Constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011; PALAZZO, Francesco C.. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Sergio Antonio Fabris Editor, 1989; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003; STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-uber-massverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>. Acesso em: 18/08/2013; STRECK, Maria Luiza Schäfer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

Destarte, não se trata, na hipótese, em perquirir sobre as diversas concepções acerca da alocação sistemática dos interesses extrapenais na teoria do delito, sobre a punibilidade⁵⁷¹ ou considerações de igual índole a respeito dos conceitos de merecimento e necessidade de pena, estes últimos, como pondera ROXIN, de conceito difuso e utilizado com múltiplos significados.⁵⁷² Se trata, outrossim, de discutir sob qual medida será possível apresentar um limitador à atividade irracional do legislador, como um critério de proporcionalidade de índole constitucional. Nesta perspectiva, eventuais interesses extrapenais que possam orientar a definição de privilégios penais, sejam de política fiscal, ambiental ou administrativa, dentre outros, “devem ser, no mínimo, compatíveis com os critérios jurídico-penais; *in caso*, a voluntariedade e a reparação atreladas aos fins da pena”.⁵⁷³ De uma perspectiva geral, em matéria de valoração das causas de supressão total ou parcial de pena, tal não é o que ocorre⁵⁷⁴: as circunstâncias ensejadoras destes benefícios são eleitas por critérios de conveniência e utilidade pública variáveis conforme o momento político, social e cultural dominante em uma determinada quadratura de tempo.⁵⁷⁵

No trato específico da reparação do dano, a análise das causas de levantamento da pena sob o prisma da teoria dos fins da pena não pode se firmar exatamente sobre as mesmas bases que as empregadas para a desistência voluntária e o arrependimento eficaz. Como salienta VICENTE REMESAL, ao já ter sido produzida a consumação é necessário

⁵⁷¹ Não entraremos, aqui, nas questões pertinentes à natureza jurídica e ubiquação sistemática das causas de levantamento de pena, ou nas diversas concepções acerca da alocação de interesses extrapenais na teoria do delito. Explica-se a opção metodológica em razão da especificidade e complexidade ínsitas à temática, que têm conduzido à realização de estudos próprios do tema, aos quais remetemos: BACIGALUPO, Enrique. **Delito y punibilidad**. Madrid: Civitas, 1983; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. **Punibilidad**. Enciclopedia Jurídica Básica. v. IV. Madrid: Civitas, 1995; FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000; VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento postdelictivo**. Op. Cit.; ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. OP. Cit.. No Brasil, aprofundadamente: CARVALHO, Érika Mendes de. **Punibilidade e Delito**. Op. Cit.; Também: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ... Op. Cit.** e BITTAR, Walter Barbosa. **A punibilidade no Direito penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

⁵⁷² ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 981. Sobre o tema, confira-se: LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La relación del Merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **ACPCP**, T. XLVI, Fasc. I, p. 21-34, Enero-Abril 1993. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

⁵⁷³ SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ... Op. Cit.**, p. 56. No mesmo sentido, as ponderações de Érika Carvalho: “*“É sempre conveniente, porém, que no momento de conferir relevância ao comportamento pós-delitivo como causa de isenção total ou parcial de pena [...], ao lado das razões utilitárias, também se constate a ausência ou diminuição das necessidades preventivas, essencialmente para justificar a renúncia total da pena e inclusive seja, em determinados casos, contraditório com as exigências de prevenção geral e especial”*”. CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo ... Op. Cit., p.18.

⁵⁷⁴ “*“É evidente que em algumas vezes há um inequívoco exagero por parte do legislador, ao prever determinadas hipóteses de isenção de pena nos quais não se verifica um menoscabo ou eliminação da necessidade de pena do ponto de vista das exigências preventivas”*”. CARVALHO, Érika Mendes de. O comportamento pós-delitivo positivo ... Op. Cit. p. 17.

⁵⁷⁵ VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento postdelictivo...** Op. Cit., p. 324.

transladar o ponto de referência ao momento posterior à mesma e fundamentar nele, se for possível, as considerações de prevenção geral que aconselham a atenuação ou o levantamento da pena.⁵⁷⁶ O mesmo há que se dizer em relação às considerações sobre prevenção especial: *“el centro de gravedad se traslada a la acción de rectificación frente al resultado ya producido, de manera que la afirmación realizada ha de ser matizada en este sentido, puesto que no es lo mismo evitar la producción de la lesión o el peligro para el bien jurídico que repararla una vez que ha tenido lugar”*.⁵⁷⁷

Também no Projeto Alternativo sobre reparação do dano (AE-WGM) foi discutida a relação entre a reparação e o tratamento dispensado à desistência voluntária e ao arrependimento posterior. Ignorando as divergências teóricas acerca da *ratio* destes dispositivos, destacam os autores que o importante é *“que el legislador permite reconocer (también) aquí que la decisión autónoma del autor a favor de la evitación de las consecuencias del hecho puede conducir a la ausencia de pena”*.⁵⁷⁸ Frisa-se precisamente a importância do comportamento posterior do agente e seus efeitos de prevenção geral de integração: *“debido a que el autor “hace no suceder” el hecho, se termina la necesidad de confirmar la vigencia de la norma, corregir al autor o disuadir a la generalidad de la imitación del hecho mediante la imposición de una pena”*.⁵⁷⁹ Na mesma oportunidade, porém, reconheceu-se que a incorporação da reparação não poderia se dar por meio de um alargamento das disposições do arrependimento ativo, tal como previa, à ocasião, o §167, do Código penal austríaco⁵⁸⁰ – uma causa de levantamento de pena baseada na reparação integral ou no compromisso de reparação integral do dano causado pelo crime – máxime se dirigida unicamente ao fim pragmático de ressarcimento da vítima, levando pouco em consideração as finalidades político-criminais. Ponderou-se, neste desígnio, que ainda que seja lógico ir ao encontro do autor que repara o dano antes que o fato chegue ao conhecimento das autoridades persecutórias, do que daquele que procede à indenização somente tempos depois, *“una impunidad general, aun si sólo limitada a determinados grupos de delitos, le pareció al grupo de trabajo, en vista de la diversidad de los casos, que iba demasiado lejos”*.⁵⁸¹

⁵⁷⁶ VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento postdelictivo...** Op. Cit., p. 117.

⁵⁷⁷ FARALDO CABANA, Patricia. **Las ...** Op. Cit., p. 117.

⁵⁷⁸ BAUMANN, Jürgen; et. Al. **Proyecto Alternativo sobre reparación penal (AE-WGM)**. Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos. Traducido por Beatriz de la Gándara Vallejo. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung, 1998, p. 28.

⁵⁷⁹ Ibid., p. 28

⁵⁸⁰ Trata-se do *“Tätige Reue”*.

⁵⁸¹ BAUMANN, Jürgen; et. Al. **Op. Cit.**, p. 28. A ressalva dos autores é feita principalmente em face do § 167 do CP austríaco vigente em 1992.

Deve-se sopesar que, quanto à reparação, critérios de proporcionalidade não permitem que a consequência jurídica que nela origina seja idêntica à da desistência voluntária e ao arrependimento posterior.⁵⁸² Aqui, o critério da voluntariedade deve ganhar ainda mais relevo: “*el desistimiento es involuntario cuando el autor se sabe o cree haber sido descubierto, por lo que en esta medida debe contar con su castigo*”.⁵⁸³ A reparação deve ser entendida como reconciliação com o Direito e não unicamente como mero restabelecimento do status quo patrimonial prévio à prática do delito.⁵⁸⁴ Nesta perspectiva, a reparação, como causa liberadora de pena, só se justificaria se a prestação do autor se revestir de tamanha magnitude que torne supérflua a sanção, como um verdadeiro *actus contrarius* capaz de reafirmar o peso que a lei confere ao delito correspondente⁵⁸⁵ satisfazendo, nas palavras de MAIER, aquele “plus” de afetação da generalidade que todo delito contém segundo a concepção cultural atual.⁵⁸⁶

5.1.1.2. A reparação como atenuante ou causa de diminuição de pena

Se as implicações da reparação do dano como causa de levantamento de pena são controversas e, em um primeiro momento, não recomendáveis, o mesmo não se diz quanto à sua valoração como causa de isenção parcial de pena. Aqui, sua identificação como um comportamento pós-delitivo positivo não sofre qualquer alteração, pois mantém intactas as características que o informam. A diferença será a consequência a ele atribuída: não a isenção total da pena, mas parcial⁵⁸⁷. Sendo um comportamento pós-delitivo positivo e, por

(Disponível

em:http://www.legislationline.org/download/action/download/id/6359/file/Austria_CC_1974_am2015_de.pdf f. Acesso em 13 de fevereiro de 2018), que dispunha sobre o arrependimento ativo, uma hipótese de levantamento de pena aplicável a delitos patrimoniais específicos ao autor que reparasse todos os efeitos prejudiciais derivados do delito ou que se obrigasse contratualmente a fazê-lo em um tempo determinado. Admita-se, ainda, o afastamento da pena mesmo quando o agente não havia conseguido realizar a reparação integral do dano, desde que demonstrado que se esforçara seriamente em fazê-lo e que um terceiro, em seu nome, ou outro responsável da causação do resultado danoso, tenha reparado a vítima.

⁵⁸² Neste sentido, é clara a exposição de SÁNCHEZ RIOS: “*Com base no seu caráter instrumental à realização dos fins do Direito penal, a reparação do dano não poderia viabilizar a liberação total de uma pena, porém “(...) deveria dar lugar a uma atenuação da mesma, mas não a sua completa liberação*”. *E este intento também condiz com o fundamento da “liberação” da pena pela desistência da tentativa, sendo inaceitável tratar da mesma forma quem, depois de cometer um delito, reparou ou diminuiu o prejuízo com aquele que deixou intacto o dano ocasionado*”. SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas ...** OP. Cit., p. 88.

⁵⁸³ JESCHECK, Hans Heirinch. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 5ªed. Trad. De Miguel Olmedo Cadernete, Granada: Diciembre, 2002, p. 587.

⁵⁸⁴ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit. p. 135.

⁵⁸⁵ KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015, p. 223.

⁵⁸⁶ MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. Op. Cit., p. 202.

⁵⁸⁷ Analisando as possibilidades e impossibilidades de consideração dos comportamentos pré e pós-delitivos para a determinação e aplicação de uma “pena determinada ao fato”, vide: TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da**

isso, compartilhando da mesma natureza jurídica que a desistência voluntária e o arrependimento posterior – porém guardando com eles a diferença de se consubstanciar em um comportamento realizado após a consumação do delito – a consequência da atuação reparadora, nestes termos, melhor se amolda às exigências de proporcionalidade. Destarte, partindo das premissas já identificadas nos tópicos precedentes, serão analisados os elementos subjetivos e objetivos do comportamento pós-delitivo reparador como causa de supressão parcial de pena presentes na normativa pátria e nas principais propostas de alteração legislativa.

No ordenamento jurídico-penal brasileiro, a atenuante do artigo 65, III, “b”, constitui hipótese genérica de isenção parcial de pena,⁵⁸⁸ e se aproxima da atenuante prevista no número 5, do artigo 21, do Código penal espanhol⁵⁸⁹. O dispositivo pátrio não traz qualquer restrição em relação à sua aplicabilidade a hipóteses delitivas determinadas. A interpretação é cabível, pois, se assim o quisesse, o legislador teria recorrido à técnica empregada no *caput* do artigo 16, do CP, que trata do arrependimento posterior, este, sim, limitado aos “crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. Ademais, a primeira parte da alínea “b” em apreço, não fala em reparação do *dano*, mas em minoração das *consequências* do crime⁵⁹⁰, nada obstante existam decisões restringindo a incidência da atenuante.

Há, por outro lado, limitação de conteúdo. São exigidos atos concretos em favor da vítima. Ainda assim, não é necessário que tais atos tenham logrado inteiramente seu objetivo, isto é, evitar por completo os resultados danosos decorrentes da empreitada delitiva. A exigência de eficiência da alínea “b”, do inciso III, do artigo 65, do CP: a reparação parcial será suficiente à atenuação se realizada logo após o crime e conseguir minorar-lhe as consequências.⁵⁹¹ Todavia, esta é apenas a primeira das duas situações distintas previstas no dispositivo em comento.

Aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

⁵⁸⁸ No Projeto do Novo Código Penal – (PLS) nº 236, de 2012 – a redação da atenuante, disciplinada no art. 81, II, “b”, foi mantida intacta.

⁵⁸⁹ **Artículo 21.** *Son circunstancias atenuantes: 5.ª La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.*

⁵⁹⁰ Como exemplifica BUSATO: “Assim, por exemplo, mesmo o sujeito que dispara um revólver contra seu antagonista, ferindo-o, poderá ter a pena reduzida se imediatamente após o fato transporta a vítima para um hospital ou se, durante o processo e antes da sentença, oferece-lhe uma reparação pelos gastos com atendimento hospitalar e perda de dias de trabalho [...]” BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 904.

⁵⁹¹ A pouca precisão da expressão “logo após o crime” já era indicada mesmo antes da reforma promovida na lei penal substantiva em 1984. Aníbal BRUNO, a esse respeito, ponderou que caberia ao juiz interpretar no caso concreto. Por outro lado, outra interpretação indica que a ação deverá ser *imediata*, isto é, realizada sem intervalo, *logo após* o crime. Confira-se: SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit., p. 549, e BRUNO, Aníbal.

A parte final da alínea “b” aumenta o lapso temporal para a atuação reparadora do agente – antes do julgamento –, mas ao mesmo tempo, eleva as condições exigidas para a valoração positiva deste comportamento: aqui, a reparação deve ser integral, não apenas parcial. O amplo espaço para a atuação reparadora do sujeito ativo justifica-se pela natureza do benefício concedido: a atenuação da pena. É de considerar, aqui, que em razão do método trifásico de dosimetria da pena haverá hipóteses em que mesmo diante da existência de uma circunstância atenuante, seu reconhecimento poderá não implicar em qualquer modificação no cálculo da pena provisória. Isto, pois prepondera o entendimento de que, na segunda fase da dosimetria, a pena não poderá ficar aquém do mínimo legal.⁵⁹² Evidentemente o comportamento pós-delitivo reparador poderá influenciar na análise das circunstâncias judiciais e, por conseguinte, na definição da pena base. Porém, como também aqui não é permitido ao juiz estabelecer medida sancionatória em patamar inferior ao legalmente previsto, tratamento mais favorável conduz a considera-lo como hipótese de diminuição de pena, aplicável na terceira fase do cálculo dosimétrico.

Quanto ao móvel do agente, a delimitação traçada pela circunstância atenuante aponta para exigências de um atuar *espontâneo*. Em um primeiro momento, a redação escolhida pode dar ensejo a interpretações restritivas que demandem avaliações sobre a verdadeira motivação do sujeito sob critérios morais ou religiosos – como sincero arrependimento, p.e. –. Melhor interpretação, entretanto, guia à compreensão de que por espontaneidade deve-se conceber aquela atuação livre, não resultante de qualquer pressão externa, o que excluiria a valoração da atitude do agente que age em virtude de ação cível proposta pela vítima.⁵⁹³ Isto, pois, se fundado em razões político-criminais orientadas pela teoria da pena, a reparação como resposta a uma medida imposta, por si só, não daria espaço exigências da prevenção especial. Como salienta FARALDO CABANA, um cumprimento, ainda que voluntário, de uma medida obrigatória para o condenado não poderia dar lugar a uma atenuação da pena.⁵⁹⁴

Direito penal. Parte Geral. Tomo 3: pena e medida de segurança. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 141.

⁵⁹² No julgamento do RE 597.270 QO-RG/RS (Tema 158), da relatoria do Ministro Cezar Peluso consolidou-se o entendimento de que o reconhecimento de atenuante genérica não pode servir para diminuir a pena aquém do mínimo legal. “*AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.

⁵⁹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit., p. 549; BRUNO, Aníbal. Op. Cit., p. 140. Em sentido diverso, ou seja, admitindo que a reparação ou diminuição das consequências derive de uma ação indenizatória: BUSATO, Paulo César. Op. Cit., p. 903-904.

⁵⁹⁴ FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas ...** Op. Cit., p. 281.

O inciso II, do artigo 14, da Lei 9.605/98 também prevê a atenuação da pena pelo arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano ou limitação significativa da degradação ambiental causada. Aqui, valem as considerações lançadas para a atenuante genérica do artigo 65, do CP. Diferente desta, porém, a atenuante específica da normativa ambiental não define expressamente o limite temporal máximo à realização do comportamento pós-delitivo positivo. Por esta razão, a fundamentação dogmática do instituto sob os contornos do comportamento pós-delitivo positivo se reveste de especial relevância. Como um dos traços fundamentais do instituto é justamente o caráter voluntário do atuar do agente, o marco temporal máximo à sua atuação estará limitado pela sua voluntariedade, isto é, enquanto as circunstâncias permitirem interpretá-lo como livre de qualquer interferência, mas fruto de uma atuação livre do sujeito. A exigência de arrependimento, nesta medida, não pode conduzir à equívoca demanda por uma transformação da percepção interna do sujeito. Deve, isso sim, demonstrar o enfraquecimento dos parâmetros de merecimento e necessidade de pena, principalmente à luz das justificativas da prevenção especial.⁵⁹⁵

Como causa de diminuição de pena, a parte geral do Código penal traz, no artigo 16, o instituto do arrependimento posterior. DOTTI, a respeito, pondera que ao edificar tal instituto o legislador valorou ao menos duas situações socialmente relevantes, a saber: a) “o estímulo à satisfação do dano, como fator geral de prevenção”; b) “o ressarcimento em favor da vítima, como aspecto individual de prevenção na medida em que, compensado de seu prejuízo, o ofendido não revela, geralmente, o empenho na punição do ofensor, tanto pela via legal como pelo caminho arbitrário”.⁵⁹⁶ Concorde-se com SANTOS quando afirma que, nada obstante a afirmação do legislador na exposição de motivos da lei 7.209/84 – de que a medida tenha sido instituída menos em favor do agente, que da vítima – a exigência de voluntariedade indica, em verdade, a criação de privilégio ao agente.⁵⁹⁷ Tal como delineada, incidirá – nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça – como causa obrigatória de redução de pena se o agente voluntariamente reparar o dano *até o recebimento da denúncia* ou queixa. Além do arrependimento posterior, a parte especial da lei penal substantiva prevê outra hipótese de minoração da pena. Trata-se da parte final do §3º, do artigo 312, consoante o qual nos crimes de peculato, se o funcionário público que concorreu culposamente para o

⁵⁹⁵ Especificamente sobre o tema, confira-se: CARVALHO, Érika Mendes de. O significado jurídico-penal da reparação Ambiental. Op. Cit.; e CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. Op. Cit..

⁵⁹⁶ DOTTI, René Ariel. O problema da vítima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 1, p. 853-862. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Jun./Jul. 2012.

⁵⁹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit., p. 396.

crime de outrem promover a reparação posteriormente à sentença irrecorrível, terá a pena imposta reduzida à metade.

A técnica legislativa empregada na redação do artigo 16, do CP, foi mantida no Projeto do novo Código Penal (onde a causa de diminuição de pena é tratada no §3º, do art. 83) contendo, no entanto, uma única modificação: enquanto a diminuição da pena, na redação atual, é de um a dois terços, a proposição do novo texto promove um aumento da benesse, elevando a margem de redução para dois terços à metade. Instituto semelhante foi também previsto de modo especial no artigo 155, §5º, II, art.163, §2º, art. 164, §3º e art. 171, §3º do Projeto substitutivo. Os tipos dizem respeito, respectivamente, aos crimes de furto simples e qualificado, dano simples e qualificado, apropriação indébita e estelionato. Para cada uma das hipóteses a reparação do dano pelo agente, até o oferecimento da denúncia, *poderá* ensejar a redução da pena até a metade, sendo que o delito de furto é o único para o qual se exige uma condicionante particular, a saber, a aceitação pela vítima. Quanto à determinação dos limites temporais, não há que se tecer quaisquer críticas à proposição.

No marco das hipóteses de minoração de pena, o legislador espanhol se posicionou de maneira mais indulgente. Além da atenuante genérica do artigo 21, os artigos 340 e 434 preveem a possibilidade de imposição da pena em grau inferior às respectivamente previstas. No primeiro caso, a diminuição será possível nos crimes “*relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente*” – todas as figuras delitivas previstas no Título XVI quando o agente promover voluntariamente a reparação – sem qualquer definição de marco temporal expreso, além da exigência da voluntariedade. No segundo, incidirá nos crimes definidos no Capítulo VII, do Título XIX – *Delitos contra la Administración Pública* –, a saber, os *delitos de malversación*, para o fim de possibilitar a imposição de uma pena “*inferior en uno o dos grados*”, quando o agente, de modo efetivo e integral, reparar o prejuízo causado ao patrimônio público, ou colaborar ativamente com as autoridades ou seus agentes para a obtenção de provas decisivas à identificação ou captura de outros responsáveis ou para o completo esclarecimento dos fatos delitivos.

5.1.2. A reparação no marco dos substitutivos penais

Evidentemente, como medidas de caráter político criminal, as vias da isenção total ou parcial de pena são lançadas pelo legislador como um incentivo à reparação do dano.

Estes incentivos, porém, situam-se em várias etapas do procedimento penal, mesmo após a condenação, durante fase da execução da pena. Sua finalidade, por conseguinte, é complexa, na medida em que não só são empregados para satisfazer as pretensões da vítima, senão também como medidas de prevenção especial voltadas especificamente ao condenado e, principalmente, na busca de reduzir os efeitos negativos da execução da sanção penal. Assim é que, na legislação brasileira a reparação do dano além de influir na dosimetria da pena, poderá também figurar como condição prévia à concessão de um benefício penal ao condenado, denotando o especial interesse pelo comportamento positivo do agente mesmo após a prolação da sentença penal condenatória. Fala-se, aqui, da reparação como condição para a suspensão condicional da pena (art. 81, II, CP) e para livramento condicional (art. 83, IV, CP), ou seja, da reparação no marco dos “substitutivos penais”.⁵⁹⁸

Disposição semelhante é verificada nos ordenamentos alemão e espanhol. Na Alemanha, a suspensão da pena de prisão é disciplinada nos artigos 56 e ss. do Código penal e será cabível nos casos de pessoas condenadas ao cumprimento de uma pena não superior a um ano se houver razões para acreditar que a sentença servirá de maneira suficiente como alerta para o condenado e que ele não mais cometerá futuras ofensas mesmo que não tenha que cumprir os termos da condenação (art. 56, (1), do StGB).⁵⁹⁹ A reparação, nesta conjectura, figurará como uma condição que deverá ser cumprida uma vez concedido o benefício da suspensão (art. 56,b, (1) e (2))⁶⁰⁰. Orienta-se, porém, que o Tribunal se abstenha, preliminarmente, de impor as condições mencionadas no art. 56, (1), do StGB se a pessoa condenada se oferecer para realizar serviços apropriados com o objetivo de reparar o dano causado e for esperado que tal oferta seja cumprida.⁶⁰¹ No entanto, a aplicabilidade desta suspensão pode ser ampliada a fim de atingir penas não superiores a dois anos, se uma

⁵⁹⁸ GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. **Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito**. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 228.

⁵⁹⁹ “(1) If a person is sentenced to a term of imprisonment not exceeding one year the court shall suspend the enforcement of the sentence for a probationary period if there are reasons to believe that the sentence will serve as a sufficient warning to the convicted person and that he will commit no further offences without having to serve the sentence. The court shall particularly take into account the character of the convicted person, his previous history, the circumstances of his offence, his conduct after the offence, his circumstances and the effects to be expected from the suspension.” g.n.

⁶⁰⁰ Section 56b Conditions:

(1) The court may impose conditions on the convicted person directed at repairing the harm caused. No unreasonable demands shall be made from the convicted person.

(2) The court may order the convicted person,

1. to make restitution to the best of his ability for the harm caused by the offence;

⁶⁰¹ Art. 56, b: “(3) If the convicted person offers to perform appropriate services for the purpose of repairing the harm caused, the court shall typically preliminarily refrain from imposing conditions if it is to be expected that the offer will be fulfilled.

avaliação da ofensa e do caráter da pessoa condenada indicarem circunstâncias especiais. Na decisão, o Tribunal deverá considerar especialmente quaisquer esforços empreendidos pelo condenado para promover a restituição do mal causado pelo delito (art. 56, (2), StGB).⁶⁰² MADLENER ponderou o caráter político criminal desta normativa, apontando que “*nestas instituições, vê-se claramente o desejo do legislador de confrontar o delinquente com as consequências de seu ato delituoso, fazê-lo aceitar a sua responsabilidade e poupar-lhe ao mesmo tempo sanções e sofrimentos inúteis.*”⁶⁰³ Além das vantagens relacionadas à prevenção especial, salientou também “*o intuito de ajudar a vítima a obter a reparação sem a complicação de um processo civil ou adesivo, bem como aliviar o aparelho penitenciário da execução de uma detenção, a qual se possa evitar, e que por conseguinte seria supérflua, e do ponto de vista da política criminal, sem objetivo.*”⁶⁰⁴

Na Espanha, a seu turno, a suspensão da pena privativa de liberdade é medida facultativa ao juízo, passível de ser aplicada na execução de penas privativas de liberdade não superiores a dois anos quando for razoável esperar que a execução da pena não será necessária para evitar a prática de infrações futuras (art. 80, n.1. 2., 3ª, do CP).⁶⁰⁵

No Brasil, na tangente da suspensão da execução da pena privativa de liberdade – cabível, observados os requisitos do artigo 77, do CP, apenas na hipótese de execução de pena privativa de liberdade não superior a dois anos –, a reparação prévia – salvo impossibilidade de fazê-la – aliada a um resultado positivo da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59, do CP, possibilitará o cumprimento do período de prova da suspensão sob condições mais favoráveis (art. 78, CP). Todavia, se durante a suspensão a reparação,

⁶⁰² “2) *The court may, under the conditions of subsection (1) above suspend the enforcement of a term of imprisonment not exceeding two years for a probationary period, if after a comprehensive evaluation of the offence and character of the convicted person special circumstances can be found to exist. In making its decision, the court shall particularly take into account any efforts by the convicted person to make restitution for the harm caused by the offence.*”

⁶⁰³ MADLENER, Kurt. A reparação do dano como medida de política criminal e a reforma do Código penal brasileiro. Observações de Direito comparado. In: ARAUJO JR., João Marcello de. (Org.) **Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 387.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 387.

⁶⁰⁵ “1. *Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.*

2. *Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:*

3.ª *Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127”.*

sem motivo justificado, não for efetuada, o benefício será revogado (art.81, II, CP). Na verdade, sendo a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito um efeito secundário da condenação, outra não poderia ser a postura do legislador senão instituí-la como pressuposto à suspensão condicional da pena e ao livramento condicional, com o fez, resguardando, obviamente, as hipóteses em que comprovadamente não for possível.

Em ambos os países citados – Espanha e Alemanha – muito se discute acerca da natureza jurídica e definição precisa dos contornos da reparação no âmbito da suspensão condicional da pena.⁶⁰⁶ No Brasil, no entanto, o mesmo não ocorre, porquanto não se justificaria. Como é cediço, o *sursis* perdeu aplicação prática desde 1998, com a promulgação da Lei 9.714 e a criação das penas restritivas de direitos.⁶⁰⁷ É que, diferente daquelas conjecturas, no Brasil as penas restritivas de direito são aplicáveis em substituição às penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, desde em que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (art. 44, *caput*, do CP), observados, em todas as hipóteses, os demais requisitos delineados no art. 44, do CP. Na realidade pátria, sequer é possível argumentar por um esquecimento aos interesses da vítima, uma vez que a pena de prestação pecuniária, uma das modalidades de pena restritiva de Direitos, é direcionada especificamente a ela, aos seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social observando-se, porém, os limite mínimo – de um salário mínimo – e máximo – de trezentos e sessenta salários mínimos sendo, inclusive, deduzida do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (art. 45, §1º, CP).⁶⁰⁸

Ainda como medida tendente a afastar a pena privativa de liberdade, a reparação do dano é apresentada como condição à concessão do livramento condicional, este, cabível a condenações a penas privativas de liberdade iguais ou superiores a dois anos (art. 81, CP). Também aqui faz-se a ressalva quanto à (im)possibilidade de reparação. A medida é de assaz relevância, uma vez que verificando-se a desnecessidade da pena corporal ela não poderia ser mantida intacta pela pendência de uma reparação materialmente impossível, sob pena de grave violação à proporcionalidade como proibição do excesso. Se a reparação apenas servirá ao Direito penal enquanto se coadunar às exigências das finalidades da pena,

⁶⁰⁶ Com um estudo aprofundado sobre as duas realidades, cite-se, por todos: ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** OP. Cit.

⁶⁰⁷ Confira-se: BITENCOURT, César Roberto. **Novas penas alternativas**. Análise Político Criminal das alterações da Lei n. 9.814/98. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000 e DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998

⁶⁰⁸ As considerações tecidas a respeito da pena de prestação pecuniária, nesta senda, contudo, se revestem de um caráter preliminar, porquanto serão objeto de análise mais aprofundada no âmbito do item 5.2, que trat das reparação como consequência autônoma do delito.

e se a prevenção especial não é direcionada unicamente à ressocialização, mas também à não dessocialização, a existência de uma cláusula condicionante de tal natureza não faria qualquer sentido. Verificada, no entanto, possibilidade material de proceder à reparação são pertinentes as ponderações de MAIER no sentido de que os critérios expressados não são manifestações de coação jurídica, na medida em que dependem da vontade do agente.⁶⁰⁹

MAIER pondera que, das várias vias para aproximar a reparação à pena, os caminhos possíveis são, além de sua apreciação na dosimetria: a reparação como fator a ser levado em consideração para a suspensão condicional da pena, condicionando, assim, a extinção da punibilidade; como critério para se conceder benefícios durante a execução da pena, como no caso da liberdade condicional; e como condição a ser observada durante todo o período de prova no curso da suspensão condicional do processo, para que o agente logre a extinção deste. Para ele, *“todas las vías de acceso al propósito político-criminal de auxiliar a la víctima y al agente, concomitantemente, son expresión del deseo de privilegiar la reparación, para que ella reemplace o reduzca la pena.”*⁶¹⁰ Outrossim, *“ellos dejan márgenes para la espontaneidad de la reparación, pero se puede aceptar que ella es sugerida, a menudo bajo formas de coacción real (no jurídica), que colocan al agente en el dilema de reparar, cumplir la pena o soportar la persecución penal.”*⁶¹¹ Não há como negar que estas formas de introduzir a reparação ao sistema penal privilegiam, em certo grau, um critério preventivo especial *“derivado la voluntariedad de la reparación como muestra de corrección del agente sobre el acatamiento de las reglas jurídicas.”*⁶¹²

A reparação posicionada de forma dependente no Direito penal, e não autônoma, é hábil a superar as críticas à sua proposição como resposta penal autônoma. Ressaltando as vantagens da suspensão condicional da pena, HIRSH destaca precisamente sua melhor adequação em relação ao emprego da reparação como hipótese de isenção de pena, já que esta pressupõe a *não condenação*. Isto, pois, a seu ver, o tratamento equivalente entre a desistência voluntária e a reparação do dano jamais seria possível, na medida em que tal equivalência conduziria apenas a dois resultados: o dano, que a norma penal não conseguiu evitar, deveria ser completamente eliminado, e tal reparação deveria ser realizada de maneira voluntária, nos mesmos termos exigidos em relação à desistência voluntária. Nesta conjectura, enquanto a exigência de reparação completa do dano é impraticável, a segunda, para HIRSCH, somente funcionará se o autor não acreditar que foi descoberto. Pontua,

⁶⁰⁹ MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. Op. Cit., p. 212.

⁶¹⁰ Ibid., p. 212.

⁶¹¹ Ibid., p. 212.

⁶¹² Ibid., p. 212.

assim, que a solução adequada não deve ser buscada na ausência de pena/punição, mas na suspensão da pena condicionada à prévia reparação, posto que o ponto de referência, nesta fase, não deve ser sobre o tipo de pena a ser executada, mas, ao contrário, sobre se uma execução penal, em atenção às possibilidades de uma remissão condicional, aparece como totalmente prescindível.⁶¹³ À vista disso, argumenta que como substitutivo penal, máxime em relação à suspensão da pena, *“la pena impuesta y sólo suspendida en relación a su ejecución, conforma una fuerte medida de presión para que el autor realice la reparación correspondiente, como prueba de su buena conducta”*.⁶¹⁴ Outrossim, *“en una solución de la problemática de la reparación a través de la construcción de la suspensión de la pena a prueba queda garantizado que la pena suspendida, pero ya impuesta, asegura, por un lado, la prevención general, y por el otro, desarrolla en favor de la víctima el “efecto de palanca”*⁶¹⁵, isso é, o estímulo à reparação.

Estas duas vias, contudo, não são as únicas pelas quais a legislação brasileira aproxima a reparação ao Direito penal na fase da execução da pena. O Código penal insere a reparação também como condição à progressão de regime nos crimes praticados contra a Administração Pública.⁶¹⁶ As controvérsias acerca da constitucionalidade deste dispositivo foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal em 2014. Na oportunidade, questionou-se sua contrariedade ao mandamento do artigo 5º, XLV, da Constituição Federal, porquanto dívidas de natureza cível não poderiam impedir a progressão de regime.⁶¹⁷ Tal argumento foi acolhido apenas pelo Ministro Marco Aurélio, para o qual: *“simplesmente dizer-se que progredir depende da reparação do dano é proceder a mesclagem, sob meu olhar imprópria, que contraria o sistema em termos de individualização da pena”*.⁶¹⁸

Os argumentos da Corte, pelo voto vencedor do Min. Luís Roberto Barroso, a fim de reafirmar a constitucionalidade do dispositivo inserido na lei penal adjetiva em 2003, pela Lei nº 10.763, se fundamentaram em dois pilares: a) a devolução do produto do crime não é uma sanção adicional, mas simples *reparação* do que foi desviado; b) não é o direito fundamental à liberdade que está em questão, mas a obtenção de um benefício. A premissa estabelecida foi a de que a condição criada pelo §4º, do artigo 33, do CP é uma medida de

⁶¹³ HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el Derecho Penal material. Op. Cit., p. 73-76.

⁶¹⁴ Ibid., p. 68.

⁶¹⁵ Ibid., p. 77.

⁶¹⁶ “§ 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.”

⁶¹⁷ EP 22 ProgReg-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 17-03-2015 PUBLIC 18-03-2015.

⁶¹⁸ Inteiro teor do acórdão, p. 24.

política criminal.⁶¹⁹ Pontuando a gravidade dos delitos praticados contra o erário e as dificuldades em recuperar os ativos, máxime diante de atos de escamoteamento dos recursos que podem frustrar a ação civil *ex delicto* – ponderou-se que a exceção presente em outros expedientes penais, que de alguma forma condicionam a concessão de um benefício à reparação do dano, não seria cabível na hipóteses de progressão de regime nos delitos praticados contra a Administração Pública, pois progressão de regime, aqui, funciona como um incentivo à reparação. Nesta perspectiva, frisou-se que impossibilidades financeiras imediatas não podem ser apresentadas como impeditivos à reparação e, assim, reconhecendo a existência de hipóteses extraordinárias, concedeu-se ao dispositivo em comento tratamento análogo ao dispensado à pena de multa, permitindo-se, assim, o parcelamento (art. 50, CP), de modo que, na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas.⁶²⁰

5.1.3. A reparação como efeito da condenação

Como efeito extrapenal genérico da condenação (art. 91, I, CP)⁶²¹ a exigência da reparação do dano expressa de maneira mais evidente o propósito do legislador em primar pelo interesse da vítima. Além da redação contida na lei penal adjetiva, o artigo 387, do Código de processo penal, desde 2008 inclui dentre os elementos da sentença a fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, *considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*. Em decorrência da própria redação legal, o *dano* de que tratam estes dispositivos não se refere ao dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal violada, senão

⁶¹⁹ Consigna, o Min. Roberto Barroso, em seu voto: “A presunção do legislador é que quem se apropriou de dinheiro público tem que devolvê-lo, sob pena de o sujeito distribuir, prodigamente ou escamoteadamente, o produto do desvio”.

⁶²⁰ O Substitutivo ao Projeto do novo Código penal de certa maneira ampliou a previsão do §4º, do artigo 33, do CP e, no parágrafo único do artigo 47, e definiu como regra geral aplicável a todos os delitos que se o condenado, mesmo podendo, não pagar a indenização para a reparação dos danos causados fixada pelo juiz na sentença, regredirá para o regime imediatamente mais severo: “*Regressão Art. 47. A execução da pena de prisão ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; ou II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante das penas em execução, torne incabível o regime. Parágrafo único. O condenado regredirá para o regime imediatamente mais severo se, além das hipóteses referidas no caput, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa e a indenização para reparação dos danos causados fixada pelo juiz na sentença.*”

⁶²¹ Como efeito específico, e por observância direta de um mandamento constitucional (art.225, §3º), a legislação ambiental também institui, em seu artigo 2 que “a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente”.

dos danos e prejuízos suportados pela vítima em razão do crime. Não se trata, como se infere, de um *dano* penal, mas de danos extrapenais e por esse motivo ao juízo criminal é definida a competência para a definição de um valor *indenizatório* mínimo. Também por isso, os Tribunais têm admitido que, nada obstante a decisão definitiva na esfera penal faça coisa julgada em relação à existência do fato e sua autoria, permanecerá possível a discussão, na esfera cível, de sua efetiva responsabilidade em atenção ao “grau de culpabilidade do autor”.⁶²²

Interpretação semelhante é realizada por SILVA SÁNCHEZ em relação à normativa espanhola, onde o tema da responsabilidade *ex delicto* é disciplinada no âmbito do próprio Código penal, nos artigos 109 e ss.⁶²³, quando afirma ser equívoco o uso da expressão “responsabilidade civil derivada do delito” posto que, em realidade, esta responsabilidade somente se estabelece quando for possível identificar um nexo de imputação objetiva e subjetiva, segundo as regras de Direito civil, entre um dano e uma conduta delitiva, “*con independencia de que dicho daño sea o no elemento del tipo del delito por el que se condena o, incluso, elemento típico de delito alguno “tour court”. Tal ‘responsabilidad civil’ no sólo no deriva del delito como infracción, sino que tampoco deriva del delito como daño*”.⁶²⁴

À diferença do que o fez a legislação brasileira, o Código penal espanhol ao dispor sobre a *responsabilidade civil derivada do delito*, definiu precisamente seu conteúdo que, nos termos 110, compreende: a restituição, a indenização dos prejuízos e a reparação do dano causado, sendo que esta última se dará “*valorándose la entidad del daño por regulación del Tribunal, atendido el precio de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afeción del agraviado*”. No artigo 112, referida normativa é também expressa quanto ao conteúdo da reparação do dano, definindo que “*la reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable,*

⁶²² Tal é o argumento: “4. Se por um lado, no âmbito da ação penal, a aferição do grau de culpa do agente ou da eventual concorrência culposa é medida irrelevante, na ação de reparação civil, ao revés, é ela imprescindível. Afinal, deve-se considerar que nesta o dever de indenizar pode resultar da culpa grave, leve ou levíssima e, ainda, que determinado fato pode advir da concorrência de culpas do autor, da vítima e, eventualmente, de terceiros. Tudo devendo ser considerado pelo julgador no momento de dimensionar a extensão da indenização”. REsp 1474452/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 18/09/2015.

⁶²³ Talvez seja essa a razão pela qual os debates sobre a inclusão da reparação do dano no marco do Direito penal, naquele país, circundem principalmente as problemáticas envolvendo uma (in)desejada aproximação entre o Direito penal e o Direito civil.

⁶²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. ¿“Ex delicto”? Aspectos de la llamada “responsabilidad civil” en el proceso penal. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 3, p. 04-13, 2001, p. 05.

determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.”. Trata-se, contudo, de importante medida em benefício à vítima.⁶²⁵ Cite-se, outrossim, o mecanismo processual assecuratório voltado precisamente à garantia do interesse patrimonial da vítima, a saber, a hipoteca legal de bens imóveis, disciplinada no artigo 134, do CPP. Incidindo sobre bens de origem lícita do agente, a hipoteca legal visa assegurar justamente a eficácia da ação civil *ex delicto e*, portanto, tem plena aplicabilidade aos crimes que não geram ganho patrimonial algum ao agente.⁶²⁶

Destarte, compreendida como de caráter extrapenal, a responsabilidade civil derivada do delito cumpre uma inegável função político criminal: se, por um lado, como medida auxiliar, visa intensificar o caráter dissuasório da pena, por outro, contribui para a satisfação da prevenção geral positiva na medida em que reforça a confiança da população na aplicação da norma, na validade e eficácia do sistema jurídico posto.⁶²⁷

Sob outro vértice, há a determinação do inciso II, do artigo 92, do Código penal – em relação à perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso – como uma medida de caráter impositivo direcionada, principalmente, à prevenção da dita criminalidade reiditícia.⁶²⁸ A relevância desta previsão relaciona-se principalmente às hipóteses em que o próprio Estado é, de alguma forma, vítima do delito e os prejuízos, os danos decorrentes do delito são verificados no erário. A criação de mecanismos contundentes de recuperação de ativos de origem ilícita revela-se, neste contexto, não apenas como implementação efetiva do adágio “o crime não deve compensar” – que por si decorre do caráter dissuasivo da pena – sendo também um reforço às exigências da prevenção geral.⁶²⁹ Também por isso não é possível negar a

⁶²⁵ Convém citar, ainda, o artigo 68, do Código de Processo penal, consoante o qual: *Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.*

⁶²⁶ Vide, por todos: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. Op. Cit., p. 581.

⁶²⁷ Esta também é a interpretação de VICENTE REMESAL quanto ao instituto semelhante previsto no ordenamento espanhol: VICENTE REMESAL, Javier de. *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. (Libro Homenaje a Claus Roxin)**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 173-206, p. 187.

⁶²⁸ De conteúdo mais abrangente que o albergado pela legislação brasileira, o Código penal espanhol, se aliando a uma tendência europeia de estruturação de mecanismos de “asfixiamento econômico” dos agentes de crimes financeiros e de crimes praticados por meio de organizações criminosas, prevê em seu artigo 127 que *“Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”*.

⁶²⁹ Por ter reconhecida sua relevância é que, no âmbito internacional, têm-se se pensado e estruturado mecanismos diversos de perda das vantagens auferidas com o crime, como o confisco alargado ou a *actio in*

importância da reparação do dano ao Direito penal e, como medida imposta assume destaque nas hipóteses nas quais o agente se nega a proceder ao ressarcimento, escamoteia bens, frustrando os interesses da parte lesada.

5.2. REPARAÇÃO COMO CONSEQUÊNCIA JURÍDICO-PENAL DO DELITO

A ausência de uniformidade na definição de um conceito de reparação penal importa em concepções teóricas heterônomas. Esta ausência de uniformidade é verificada mesmo em meio às posições que a concebem como passível de figurar como consequência jurídica autônoma do delito. Nesta perspectiva se observam ao menos três proposições: a reparação como terceira via, como pena e a conciliação entre autor e vítima. Passa-se a analisar na sequência, sem pretensão de exaustividade, os fundamentos teóricos de cada uma delas.

5.2.1. A reparação como “terceira via”: o projeto alternativo sobre reparação penal (AE-WGM)

A proposta da integração da reparação ao Direito penal por uma via de reação independente defendida por ROXIN e pelos autores do Projeto Alternativo sobre reparação penal – *AE-WGM* – como uma “terceira via” tem por parâmetro as prestações reparatórias do autor do delito para evitar a pena quando for possível.⁶³⁰ Para tanto, diferem da tradicional concepção de *pena* e *reparação civil* para conceder à reparação um papel independente. Para tanto, estruturam a regulação da reparação no Direito penal material a partir de três premissas: a voluntariedade, a inclusão da reparação simbólica e a garantia do resultado. Os princípios que dão fundamento à proposta, por sua vez, se coadunariam principalmente às exigências constitucionais da subsidiariedade e da proporcionalidade.

rem. De maneira geral, sobre este tema, confira-se: SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado... Op. Cit.; VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio – Perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006; CAEIRO, Pedro. *Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia*. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, RBCCrim n. 100. São Paulo: RT: 2013, p. 453 e ss.; AGUADO CORREA, Teresa. *Decomiso de los productos de La delincuencia organizada “garantizar que El delito no resulte provechoso”*. In: **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**. REPC 15-05 (2013). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 29 de março de 2015.

⁶³⁰ BAUMANN, Jürgen; et. Al. ... Op. Cit., p. 24.

As perguntas centrais que nortearam o desenvolvimento do AE-WGM e permitiram a apresentação de uma proposta legislativa – que, nada obstante, foi rejeitada – circundavam quatro problemas centrais, a saber: i) a reparação pertence às funções do Direito penal? ii) qual a relação entre a reparação e os tradicionais fins da pena? iii) a reparação pode ser integrada no sistema de consequências jurídicas do delito? iv) quais contornos podem ser atribuídos à reparação?⁶³¹ Mais preocupados em fazer frente às exigências da realidade social, que dar resposta aos questionamentos dogmáticos de sistematização jurídica, os subscritores do Projeto Alternativo sobre reparação penal identificaram, junto ao restabelecimento da paz social, outras cinco perspectivas a partir das quais a reparação deveria ser pensada: o fato (para cumprir com a justiça); a vítima (para satisfazer seus interesses legítimos); o autor (para prevenir ulteriores delitos); a relação autor-vítima (para regular um conflito); a generalidade (para manter sua confiança no ordenamento jurídico).⁶³²

Quando qualifica a reparação como “terceira via”, o Projeto se refere à ordem cronológica de ampliação do sistema de consequências jurídicas, e não propriamente à sua organização quanto ao conteúdo. Tal esclarecimento é feito por seus próprios subscritores que assinalam o desenvolvimento das discussões a respeito da pena, na Alemanha, demarcando que ao Código penal de 1871, firmado na pena, foi incluída, em 1933, a medida de segurança com orientações puramente preventivas, uma segunda vida ao sistema de consequências do delito até então aplicado. É neste sentido em que apontam a reparação como uma terceira via, ou seja, como um terceiro elemento no sistema das consequências jurídicas do delito.⁶³³

Quanto à sua alocação neste sistema, salientam que hoje, as possíveis consequências jurídicas do delito consubstanciam-se na renúncia à reação penal, na pena e na medida de segurança, esta, fundada na eliminação/ neutralização preventiva da periculosidade do autor. Nesse sistema, pontuam haver um grande abismo entre as hipóteses de renúncia e aplicação da pena marcado pela ausência de necessidade de pena e a pena como uma imposição de responsabilidade executada à força. É nesta lacuna onde assinalou-se um lugar à reparação como medida de restabelecimento autônomo da paz jurídica mediante a assunção voluntária de responsabilidade: “*conforme al principio de subsidiariedade, la reparación antecede a la pena allí donde la renuncia a reacción ya no es posible y la imposición coactiva de responsabilidade aún no es necesaria o sólo lo es de forma atenuada*”.⁶³⁴ Em uma

⁶³¹ BAUMANN, Jürgen; et. Al. Op. Cit., p. 38-39.

⁶³² Ibid., p. 39.

⁶³³ Ibid., p. 32.

⁶³⁴ BAUMANN, Jürgen; et. Al. Op. Cit., p. 41.

graduação escalonada das reações penais possíveis ao delito, a renúncia à pena funcionaria como uma “via zero” quando a restauração da paz jurídica somente deve ser declarada, e não restaurada mediante um ato visível. Na sequência, a reparação figuraria como reação primária em contrapartida a uma assunção voluntária de responsabilidade, enquanto que apenas a pena, como “segunda via” seria exercida autoritariamente e com força estatal direta e a medida de segurança, a “terceira via”, realizaria a obrigação elementar do Estado de proteção.⁶³⁵

A reparação somente poderá assumir um significado próprio de terceira via no âmbito das consequências jurídicas do delito na forma de assunção voluntária de responsabilidade. Tal exigência é apontada como irrenunciável porquanto, como meio hábil à restauração da paz jurídica, a reparação deve significar uma assunção de responsabilidade ante a vítima e à sociedade. Por tal característica, sustentou-se, no Projeto, ser a reparação compreendida como uma justa compensação, ainda que parcial, da culpabilidade, porquanto mesmo que se interprete que aquele que infringiu uma norma deva suportar um prejuízo como compensação pela vantagem injustamente alcançada, nada exige que este mal deva ser um mal imposto pelo Estado, como *actus contrarius* pensa-se em uma reparação socialmente construtiva.⁶³⁶

Parte-se, no entanto, de uma concepção ampla de voluntariedade, e é esta a razão pela qual a reparação se mostra hábil a satisfazer os fins da pena de uma forma que a sanção imposta jamais logrará fazê-lo: com a compensação justa e construtiva da culpabilidade e com a satisfação das exigências de prevenção geral de integração e de prevenção especial, máxime no que toca às melhores condições de ressocialização.⁶³⁷ Tal concepção de voluntariedade está intimamente ligada ao marco temporal da realização da reparação e, por tal razão, o Projeto exige que ela seja realizada até a abertura do juízo oral, logo, sobretudo nas fases de instrução e intermediária.⁶³⁸ Tal elasticidade, porém, pode dar margem ao

⁶³⁵ Ibid., p. 42.

⁶³⁶ Ibid., p. 43.

⁶³⁷ “Por tanto, las aspiraciones centrales de una prevención general dirigida hacia integración y satisfacción para la restauración de la paz jurídica son el **efecto de confianza**, cuando el derecho se impone para el ciudadano, y el **efecto de satisfacción**, cuando el delincuente ha hecho tanto, que la consciencia jurídica general se tranquiliza y considera solucionado el conflicto con el autor. Simultáneamente, el autor que repara el daño voluntariamente reconoce demostrativamente la **vigencia** de las normas lesionadas por él. En muchos casos, la comunidad jurídica podrá darse por satisfecha con ello”. Ibid., p. 45.

⁶³⁸ O processo penal alemão, é dividido em três etapas: procedimento preliminar, em que é conduzida a investigação pela polícia e pelo Ministério Público, e que termina com a decisão desde no sentido de promover, ou não, a ação penal; e o procedimento intermediário (*Zwischenverfahren*), o qual se dá sob o controle do juiz, que decidirá, nesta oportunidade, acerca da admissão, ou não, da ação penal; e o procedimento principal, onde é realizada a preparação da audiência (*Vorbereitung der Hauptverhandlung*) e a

agente para que pondere as vantagens e riscos de realização, ou não, da reparação previamente ao processo. A esta crítica, os subscritores do Projeto salientam a importância de que a manifestação reparadora voluntária do agente se dê sob o controle judicial, pois só aí será possível a regulação do procedimento de modo a garantir os direitos de defesa, por parte do agente, por um lado, e, por outro, “medidas de garantia do resultado” que não permitem que meras promessas de prestações bastem como reparação: “*voluntariedad no puede significar más, pero tampoco menos, que la decisión libre a favor de la asunción de responsabilidad*”.⁶³⁹ Também por isso o item (2), do §1º, do Projeto admite que “*también existe una prestación voluntaria cuando el autor cumpla una obligación asumida en un procedimiento judicial o extrajudicial de reparación*”.

A finalidade da reparação está objetivamente traçada: o restabelecimento da paz jurídica. Por tal razão, o conteúdo da reparação, aqui, diferencia-se diametralmente do conteúdo da reparação operada no âmbito do processo civil⁶⁴⁰ e, também por isso, o Projeto admite a *reparação simbólica*. Os autores partem de um conceito amplo de reparação, compreendendo-a como “compensação das consequências do fato mediante uma prestação voluntária do autor que serve ao restabelecimento da paz jurídica”.⁶⁴¹ Pretende-se, assim, que a reparação seja possível também em delitos sem vítima direta. Neste desígnio, afasta-se, outrossim, a gravidade do delito como um critério de exclusão à valoração da reparação. Cuidou-se, portanto, em estabelecerem-se critérios a partir dos quais a relação entre a reparação e o Direito penal deveria ser estabelecida em níveis: i) em um primeiro nível, a criminalidade de bagatela, nem a pena nem a reparação seriam necessários se a culpabilidade for pequena e não houver interesse público na persecução; ii) no segundo nível, no âmbito da criminalidade “não meramente insignificante”, a dimensão do desvalor do fato poderá ser reduzida mediante atos de compensação ao ponto em que o juízo possa declarar sua insignificância; iii) no terceiro nível, da criminalidade medianamente grave, a reparação poderia se substituir à pena quando esta se revela-se supérflua à luz de exigências preventivas; iv) no quarto nível, da criminalidade grave e, assim, quando as exigências de prevenção geral e especial não puderem ser satisfeitas de outra forma, o tribunal deverá

audiência principal (*Hauptverhandlung*), na qual há a produção da prova e a prolação da sentença. ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* Op. Cit., p. 25, nota 46.

⁶³⁹ BAUMANN, Jürgen; et. Al. Op. Cit., p. 47.

⁶⁴⁰ ROXIN salienta que “*no reconduce a ningún camino una privatización del Derecho penal y una penalización de la pretensión resarcitoria privada*”. ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de nos fines de la pena*. Op. Cit., p. 144.

⁶⁴¹ BAUMANN, Jürgen; et. Al. Op. Cit. p. 61.

recorrer à pena mesmo que o sujeito tenha realizado voluntariamente a reparação, considerando-a no marco da dosimetria da pena.⁶⁴²

A valoração e a conseqüente determinação dos reflexos jurídicos práticos da reparação, nos termos do Projeto, dependerá da efetiva prestação realizada pelo agente, que poderá ser completa ou incompleta. Nada obstante, a reparação do dano, no AE-WGM, foi pensada em um sentido normativo, e não naturalista. Neste prisma, seria incompleta a reparação quando: a. o autor indenizou completamente os danos decorrentes do delito, mas a paz jurídica não foi restabelecida porque remanescem exigências preventivas sobre o autor ou a generalidade; b. o autor efetuou consideráveis prestações, mas não indenizou os danos totalmente. A reparação, concebida nos termos do Projeto, produziria os seguintes efeitos: (i) substituição da pena; (ii) atenuação da pena; (iii) suspensão da execução da pena privativa de liberdade; (iv) condição a ser cumprida durante o período de suspensão da execução da pena privativa de liberdade; e (v) condição a ser cumprida durante o período da liberdade condicional. Independentemente de seu reflexo, a valoração positiva da reparação no âmbito das conseqüência pressupõe, salvo impossibilidade por razões especiais, a realização da reparação antes da abertura do júízo oral (art. 6º).

A reparação em lugar da pena (i) vem definida no art. 4º, do Projeto. Segundo ele, se o autor houver reparado o fato praticado, o tribunal prescindirá da pena, a menos que necessidades de prevenção especial ou geral exijam o contrário. A fim de definir um parâmetro objetivo para a aferição destas exigências compreende-se que pena será necessária, via de regra, se, sem a reparação, ao agente fosse ser imposta uma pena privativa de liberdade superior a um ano. Em suma, se ao delito corresponde uma pena abstrata superior a um ano de privação de liberdade, a reparação não poderá substituí-la. Por outro lado (ii), quando a pena se mostrar indispensável, ou a reparação for incompleta, a reparação deverá conduzir à atenuação da reprimenda imposta, tal qual dispõe o artigo 5º. No caso da reparação incompleta, o *quantum* da atenuação ficará a cargo do Tribunal, que observará o grau de compensação alcançado. Em relação ao conteúdo mínimo limite à consideração da reparação parcial deverá ser fixado à luz do bem jurídico lesionado e do dano material causado.⁶⁴³

No marco da execução da pena, as propostas são no sentido de tornar obrigatória a suspensão do cumprimento de penas privativas de liberdade (iii) que não excedam a dois anos quando o sujeito houver reparado o dano e as exigências de prevenção especial assim o

⁶⁴² BAUMANN, Jürgen; et. Al. Op. Cit., p. 48-49.

⁶⁴³ Ibid., p. 80.

indicarem (art. 7º). Todavia, se o condenado não houver reparado o dano, o tribunal poderá lhe impor, durante o período de suspensão da pena, o cumprimento de outras obrigações que compensem as consequências do delito (iv), respeitando-se sempre a proporcionalidade em relação às condições pessoais e financeiras do condenado (art. 8º). Por último, o Projeto propõe a complementação do artigo 57, do Código penal alemão (v). Assim, enquanto a regra geral, para a liberdade condicional, é a exigência do cumprimento de dois terços da condenação – mas não menos que dois meses – ou o cumprimento de metade da condenação – mas não menos que seis meses – desde que se trate de primeira condenação a uma pena privativa de liberdade, e ela não supere dois anos e concorram “circunstâncias especiais”, o Projeto propõe que tais “circunstâncias especiais” sejam consideradas positivas sempre que o sujeito tenha compensado as consequências do fato (art. 9º).

A primeira crítica à concepção de reparação albergada pelo Projeto Alternativo é de ordem formal: uma prestação voluntária que tem lugar antes da abertura do procedimento oral não é uma consequência jurídica do delito, nos termos do AE-WGM, a consequência será, isso sim, a renúncia – ou atenuação – da penal. Ao fim, o que os autores do Projeto verdadeiramente pretendem é que, à luz do conceito amplo de reparação do qual partem – conceito este que permite compreender como “reparação” todo e qualquer comportamento pós-delitivo positivo praticado pelo autor do delito em benefício da vítima ou da Administração da Justiça – uma prestação voluntária de caráter compensador do dano gerado pelo delito possa produzir efeitos eximentes de pena.⁶⁴⁴

Outra crítica mais contundente deve ser direcionada à concepção de “voluntariedade” da qual parte. Objetivando propiciar uma ampla margem para valoração dos atos de reparação do agente, o Projeto estrutura um conceito normativo de voluntariedade, cuja perfectibilização e comprovação empírica se dá exclusivamente pela observância à ampla margem temporal definida para implementação dos atos de reparação pelo agente: o início do juízo oral⁶⁴⁵. Desconsidera-se qualquer tentativa de atribuir à pretendida voluntariedade os contornos – comentados no item 5.1.1. – conforme os quais somente se conceberá voluntário o comportamento do agente que age sem influências heterogêneas. Ao revés, a reparação do dano em cumprimento a uma sentença condenatória cível, se realizada antes do

⁶⁴⁴ A respeito, vide: ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 89.

⁶⁴⁵ A ese respeito, a crítica de HIRSCH: “*la amplitud temporal del período hasta el comienzo del procedimiento principal no se puede conciliar con el concepto de voluntad de la teoría del desistimiento, porque, justamente, se trata de que el autor, todavía libre de la influencia de la persecución penal en su contra, se decide por sí mismo a desistir. Respecto a la libre voluntad, el Proyecto Alternativo no busca apoyo directo en la teoría del desistimiento; mas aún, justamente por eso, se funda en una voluntad relativa, cuando en la tesis 6 establece que la presión de un proceso penal pendiente no la excluye*”. HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño en el Derecho Penal material*. Op. Cit., p. 74.

marco definido no Projeto para a reparação penal, poderia conduzir ao afastamento da pena, de modo que, como salienta ALASTUEY DOBÓN, a voluntariedade acaba por consistir na eleição entre dois males: reparar o dano ou decidir que o processo continue.⁶⁴⁶ Se a reparação, nestes termos, poderá servir à vítima, por abreviar e facilitar o recebimento da indenização, é certo que não atenderá às exigências preventivas da pena, ou o fará apenas excepcionalmente. Isto, pois, desde o ponto de vista da prevenção especial, não será possível asseverar por uma menor necessidade de pena.⁶⁴⁷

Mesmo à época rejeitado, algumas premissas do Projeto foram inseridas no Código penal alemão, como se observa no artigo 46^a, mediante o qual se permite a atenuação ou a dispensa da pena no caso de reparação, se a pena de prisão a ser eventualmente imposta não exceder um ano ou, no caso da pena de multa, quando esta não for superior a 360 dias-multa, sempre que: i. o autor, se esforçando para lograr a compensação com o ofendido., tenha reparado o dano por completo ou em grande parte, ou tenha se esforçado seriamente par tanto; ii. que o autor, nas hipóteses em que a reparação do dano lhe demande consideráveis sacrifícios ou renúncias pessoais, tenha indenizado o ofendido por completo ou em grande parte.⁶⁴⁸ Considerando a redação do dispositivo em comento, não há qualquer óbice ou limitação à valoração da reparação a título de atenuante em relação a um ou mais grupos de figuras típicas, tampouco no que diz respeito a delitos graves.⁶⁴⁹

⁶⁴⁶ ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 92.

⁶⁴⁷ Ibid., p. 93.

⁶⁴⁸ “**Section 46a Offender-victim mediation; restitution:** *If the offender,*

1. in an effort to achieve reconciliation with the victim (offender-victim mediation), has made full restitution or the major part thereof for his offence, or has earnestly tried to make restitution; or

2. in a case in which making restitution for the harm caused required substantial personal services or personal sacrifice on his part, has made full compensation or the major part thereof to the victim,

The court may mitigate the sentence pursuant to section 49(1) or, unless the sentence to be imposed on the offender is imprisonment not exceeding one year or a fine not exceeding three hundred and sixty daily units, may order a discharge.”

⁶⁴⁹ Criticando este dispositivo, ALASTUEY DOBÓN assevera: “*se produce, de ese modo, un menoscabo considerable de la prevención especial, sobre todo si se tiene en cuenta los requisitos del precepto no siempre cabrá interpretar la reparación como un indicio de falta de necesidad de pena desde ese último punto de vista*”. ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación.** Op. Cit., p. 335.

5.2.2. A reparação como pena

De outra parte, propõe-se a reparação como pena.⁶⁵⁰ Diferente do modelo anterior, aqui há a condenação à reparação, sendo esta a sanção penal aplicável. Assim, se para a proposta anterior o que tornava a reparação adequada aos fins da pena era justamente a “voluntariedade” do atuar do agente, nesta crê-se que a condenação ao ressarcimento dos danos leva implícito, como imposição de um mal que é, elementos penais que produzem efeitos de prevenção geral.⁶⁵¹

Um dos pontos de maior polêmica é precisamente o das medidas pecuniárias como formas eficazes de reação contra o delito.⁶⁵² Neste cenário, bem pontua MAIER que em qual medida é possível aproximar pena e reparação, mediante o ingresso de ingredientes privados na pena ou de elementos públicos na reparação, e se em algum de estes caminhos é desejável desde o ponto de vista político criminal, constitui a verdadeira pergunta a responder.⁶⁵³ Se, porém, o tema figura no centro dos debates na realidade comparada⁶⁵⁴, no Brasil, salvo pontuais exceções⁶⁵⁵, a conjectura se mostra diversa, no entanto, justificada.

Ainda que persistam discussões acerca da completa ou parcial satisfação dos fins da pena pela reparação⁶⁵⁶, sua utilidade prática reivindicou, no Direito brasileiro, sua inserção como modalidade autônoma no catálogo de consequências jurídicas do delito. Desde 1998, com a alteração promovida pela Lei 9.714/98, a reparação existe como pena autônoma sob

⁶⁵⁰ Citando extensa bibliografia, especialmente alemã, onde a discussão a respeito é profunda, confira-se: ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 69 e ss..

⁶⁵¹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos. A terceira via.** Leme: J. H. Mizuno, 2005, p. 150-153.

⁶⁵² Confira-se a análise de DOTTI, em: DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas ...** Op. Cit., p. 502 e ss.

⁶⁵³ MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. Op. Cit., p. 201.

⁶⁵⁴ Por todos: ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación ...** Op. Cit. e GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación.** Op. Cit.

⁶⁵⁵ Sem pretensão de exaustividade, confira-se: DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas ...** Op. Cit.; BITENCOURT, César Roberto. **Novas penas alternativas.** Op. Cit.; AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização** Op. Cit.; PINHO, Ruy Sergio Rebello. **A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal.** São Paulo: Atlas, 1987.

⁶⁵⁶ MAIER critica a institucionalização da reparação como uma pena, porquanto isso a faria perder sua característica principal e sua principal vantagem frente à pena: a composição voluntária entre autor e vítima: “*el problema, a mi juicio, sigue consistiendo en aumentar el poder del Estado mediante la supresión de la condición para la actuación de la coerción estatal, que representa la voluntad de la víctima. Con ello, con la “publicización” de la pretensión resarcitoria [...] se trae a juego otro mecanismo de control social directo del que antes el Estado no disponía. El Derecho autoritario crece [...] No hay espacio, en cambio, para agregar fuerza al poder penal estatal. Instituir la reparación como nueva posibilidad coactiva del Estado, sumada a la pena, expropiando otra vez derechos de la víctima y transformando un interés privado en público, es inconveniente políticamente y, como ya se mostró, tiene escasas posibilidades de significado práctico. Esto demuestra la necesidad de conservar dentro del Derecho privado la respuesta coactiva a la pretensión reparatoria, expresada formalmente por la víctima o por su sustituto. Y también la de dejar para el Derecho penal modos más informales de composición del conflicto, que demuestren el esfuerzo del agente, espontáneo o sugerido. pero voluntario, por reparar las consecuencias prácticas de su acción.*”. MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. Op. Cit., p. 199-207.

os contornos da pena de prestação pecuniária dirigida à vítima (art. 43, I e art. 45, §1º, CP). A adoção desta modalidade sancionatória ocorreu em resposta às exigências político-criminais de superação do paradigma da pena privativa de liberdade e de todas as mazelas a ela inerentes e de aproximação da vítima à seara penal.⁶⁵⁷ Fala-se, aqui, no entanto, de uma medida sancionatória de caráter eminentemente pecuniário, admitindo-se exceção a essa regra somente no caso de aceitação do beneficiário (§2º, do art. 45, CP).

O Projeto do novo Código penal, mesmo mantendo a destinação da Multa ao Fundo Penitenciário Nacional, inovou ao determinar que seria “aplicada em todos os crimes que tenham produzido ou possam produzir prejuízos materiais à vítima, independentemente de que cada tipo penal a preveja automaticamente” (art. 74). A redação, no entanto, foi modificada e no Substitutivo apresentado pela Comissão Constituição e Justiça a matéria, regida pelo artigo 65, suprimiu qualquer referência à vítima.⁶⁵⁸ Ambos, Projeto e Substitutivo lamentavelmente suprimiram a destinação da pena de prestação pecuniária à vítima, limitando-a a pagamento em dinheiro a entidade pública ou privada com destinação social (art. 62 do Substitutivo). Critica-se, ademais, a limitação legal da prestação pecuniária em 360 salários mínimos. Ora, em sendo uma medida reparatória penal, o adequado seria que se voltasse ao dano ao bem jurídico causado, à dimensão do desvalor do resultado gerado pela conduta do agente, encontrando limitação exclusivamente nas (in)capacidades pessoais e econômicas do próprio agente.

A pergunta sobre até que ponto a reparação e a pena podem coexistir autonomamente com as demais consequências jurídico-penais do delito exige a análise de potencialidade de satisfação dos fins da pena.⁶⁵⁹ As ponderações de QUINTERO OLIVARES são precisas no sentido de que não podemos cair no extremo de pretender explicar todo o Direito penal e o problema penal em função da aplicação da “pena” em sentido estrito, isto é, da pena corporal: “*es preciso no hipertrofiar el alcance de este modo de razonar llegando hasta el punto de que <<sin pena>> no podamos explicar el derecho penal*”.⁶⁶⁰ Este ponto é trabalhado pelo AE-WGM, onde se assenta que a possibilidade de reagir ao delito com recurso à reparação não depende de a resposta à pergunta sobre se a reparação é, em essência, uma pena, ser afirmativa: “*Con respecto a la paleta de reacciones ya existentes hoy [...] el Derecho penal sólo tiene un punto de partida común, a saber, la existencia de un*

⁶⁵⁷ Sobre a alteração promovida pela Lei 9.714/98, vide: BITENCOURT, César Roberto. **Novas penas alternativas**. Op. Cit.; DOTTE, René Ariel. **Bases e alternativas ...** Op. Cit.

⁶⁵⁸ “Multa Art. 65. A multa será aplicada em todos os crimes, independentemente de que cada tipo penal a preveja autonomamente.”

⁶⁵⁹ Análise já levada a efeito no âmbito do capítulo 04 desta pesquisa, ao qual remetemos.

⁶⁶⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena. Op. Cit. p. 1411.

delito, es decir, una conducta socialmente dañosa definida de forma terminante por el legislador.”⁶⁶¹ A esta finalidade deve se adequar a resposta estatal: *“En ello se funda la actividad estatal para la superación del sucedido, cuyo objetivo es la restauración controlada de la paz jurídica perturbada y la garantía de la paz jurídica futura”*.⁶⁶²

Ante a realidade normativa atual e os bons resultados das penas restritivas de direitos em geral, sua importância prática não pode ser negligenciada⁶⁶³. Máxime quando bem delineada e, neste ponto, a limitação do II, do artigo 44 do CP se mostra especialmente relevante – “o réu não for reincidente em crime doloso”. “De fato, em muitas ocasiões a reparação “penal” alcança os fins de pacificação requeridos precisamente porque é “penal”, e se insere no marco de um processo com a ampla carga simbólica que tem o processo penal.”⁶⁶⁴

Sob outro vértice, os questionamentos vertidos em face ao caráter pecuniário ou meramente indenizatório destas medidas substitutivas devem conduzir, também, a um repensar da legitimidade da criminalização de muitas das condutas ilícitas sobre as quais incidem, máxime no que diz respeito a determinados tipos penais de finalidade meramente indenizatória, como, por exemplo, o são o crime de dano (art. 163, CP), do estelionato praticado mediante fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171, VI, CP). Com efeito, os princípios da *ultima ratio*, proporcionalidade, subsidiariedade e lesividade não querem conduzir a outro fim, senão o de que: *“No sólo no debe intervenir el Derecho penal allí donde no es necesario, bien porque puede ser el bien jurídico tutelado por otro mecanismo menos costoso, bien porque no necesita de tutela alguna, sino que hay que proclamar que la intervención ha de ser también la mínima imprescindible; por consiguiente, la consecuencia jurídica, la pena, ha de ser la menor de las posibles”*.⁶⁶⁵

⁶⁶¹ BAUMANN, Jürgen; et. Al. Op. Cit., p. 40.

⁶⁶² Ibid., p. 40.

⁶⁶³ E não tem sido. Trabalhos recentes do Conselho Nacional de Justiça têm incentivado o recurso às penas restritivas de Direitos e notícias têm dado conta de que os juízes têm de fato priorizado penas alternativas em relação à prisão. Vide: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84293-juizes-de-10-estados-priorizam-penas-alternativas-em-relacao-a-prisao>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018. A propósito, confira-se também o Manual de gestão para alternativas penais: penas restritivas de direitos, publicado em 2016 no âmbito do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/alternativas-penais-1/arquivos/manual-de-gestao-para-alternativas-penais-penas-restritivas-de-direitos.pdf>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2018.

⁶⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Sobre la relevancia jurídico-penal ... Op. Cit., p. 201.

⁶⁶⁵ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad. Op. Cit., p. 132.

5.2.3. Conciliação entre autor e vítima como “solução global do conflito”

Os ideais de compensação ou conciliação entre autor e vítima podem figurar, quando as demais exigências de prevenção geral e especial, subsidiariedade e proporcionalidade assim o exigirem, e quando a descriminalização da conduta não se revelar viável, como uma forma de promoção da reparação e recomposição da estrutura normativa e social alterada pelo delito. Em alguma medida, tal é a proposta da transação penal e da suspensão condicional do processo nos juizados especiais, desenvolvidos sob ideais de justiça restaurativa.

A conciliação de que trata a lei 9.099/95 será levada a efeito no âmbito dos Juizados Especiais Criminais já na audiência preliminar, e terão condão de extinguir a punibilidade do agente, quando a modalidade delitiva em questão for processada mediante ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação.⁶⁶⁶ Disposição semelhante é prevista no rito especial para processo e julgamento dos crimes contra a honra. A teor do artigo 520, do Código de Processo Penal, antes de receber a queixa, o juiz deverá oferecer às partes a oportunidade pra se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos advogados, promovendo o entendimento entre eles se entender possível a reconciliação. Em suma, nos moldes sob os quais está, hoje, disciplinada na legislação pátria, a conciliação tem por finalidade impedir o início do processo penal ou obstar seu prosseguimento. Tratam-se de modelos alternativos de reparação e conciliação voltados à conformação de um acordo voluntário entre autor e vítima, à comunicação interpessoal entre as partes, que requer de ambas uma cooperação ativa.

Quando se pensa em conciliação como possibilidade de solução de um conflito penal, o desvalor da ação e do resultado do comportamento do agente é que devem ser tomados por ponto de partida.⁶⁶⁷ Ora, sendo a conduta definida como *crime*, portanto, como passível de proteção pela via do *ius puniendi* pela dignidade do bem jurídico lesionado ou exposto a lesão, a conciliação penal, como solução preliminar do conflito, deverá estar centralizada em conceitos de Direito penal material e ser instrumentalizada sob a jurisdição criminal. Para tanto, a reparação deve abarcar: “*o interesse penal que reside na constatação da danosidade social da conduta individual (em correspondência com o dano causado [desvalor do*

⁶⁶⁶ “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.”

⁶⁶⁷ A perspectiva da justiça restaurativa é de extrema relevância nesta temática, especialmente por possibilitar verdadeiras vias de perfectibilização dos objetivos de prevenção geral e especial.

resultado] o modo como foi causado [desvalor da ação] e as possibilidades individuais de reparação do autor.”⁶⁶⁸

Nesta medida, não é possível cogitar de uma recondução de questões cíveis ao âmbito penal e, assim, a conciliação entre autor e vítima de caráter penal deverá sempre guardar diferenças substanciais em relação àquela promovida no âmbito civil de resolução de conflitos. Tal premissa, porém, não é observada pela Lei 9.099/95. Ao dispor sobre a composição do dano na fase da audiência preliminar, o legislador é expresso em definir que a “composição dos danos civis” reduzida a escrito e homologada mediante sentença irrecorrível é que terá o condão de conduzir à extinção da punibilidade. Outro fator a ser considerado, nesta conjectura, é que não é a reparação do dano o valorado nesta fase, mas o acordo e a disposição do agente à reparação. Não havendo ressalva na lei em sentido oposto, é possível asseverar que a frustração da execução desta composição no juízo cível não produzirá efeitos retroativos na extinção da punibilidade originada pelo acordo.

Se o dano gerado pelo delito e que interessará ao Direito penal “*é aquele que ataque à generalidade e que não pode ser solucionado de forma privada, por um simples acordo de restituição ou de compensação entre autor e vítima*”,⁶⁶⁹ então, de fato, tais disposições merecem ser revistas e repensadas à luz do princípio da proporcionalidade pelo viés da proibição do excesso. Neste mesmo sentir, tal qual pondera QUINTERO OLIVARES, não parece, em princípio, correto que o particular lesionado em seus interesses privados pela prática de um delito, do qual ele foi vítima ou prejudicado, possa “dispor” sobre a eventual imposição de uma pena.⁶⁷⁰ É certo que em algumas hipóteses será possível conjugar a realização de ambos os interesses (públicos e da vítima) de uma só vez. Facilitar instrumentos legais que resolvam o interesse material do particular – ou do Estado, em determinados delitos – não pressupõe necessariamente desvalorizar ou desprestigiar a função do Direito penal.⁶⁷¹ São as hipóteses nas quais “*ni el interés particular ni el público explican político-criminalmente la conveniencia de que se imponha una pena privativa de libertad*”⁶⁷² como pode ser o caso de alguns delitos de cariz patrimonial não praticados mediante violência ou grave ameaça.

Valem, nesta senda, as ponderações no sentido de que concepções que visam substituir a pena pela reparação entre autor e vítima, num sistema quase que abolicionista,

⁶⁶⁸ GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación ...** Op. Cit., p. 91-92.

⁶⁶⁹ Ibid., p. 111.

⁶⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena. Op. Cit., p. 1410.

⁶⁷¹ Ibid., p. 1410.

⁶⁷² Ibid., p. 1410.

devem ser deixados de lado.⁶⁷³ A reparação não deve ser o objetivo final do Direito penal, mas deve ser por ele considerada e, em certa medida, impulsionada. Isso, porém, depende de sua adequação aos ideais do direito penal para que funcione como um módulo auxiliar, e não um fator de desestruturação. A composição autor-vítima que se veja satisfeita pela composição dos danos cíveis derivados da infração à norma penal parecem denotar que, nestas hipóteses, o verdadeiramente adequado seria a descriminalização, isto é, a definitiva entrega da resolução do conflito ao Direito Civil.⁶⁷⁴

⁶⁷³ Para o autor: “*el resultado no sería sólo la supresión del derecho penal a favor de una regulación resarcitoria que sin más emergería ya, en lo esencial, de las obligaciones restitutivas previstas por el Derecho civil, sino también una desigualdad insoportable de la reacción contra el comportamiento criminal (según la existencia o ausencia de una víctima) y una entrega del autor a las presiones del ofendido*”. HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal. ... Op. Cit., p. 105.

⁶⁷⁴ Tal qual propõe SCHÜNEMANN: *Se a reparação do dano deve ser mais do que uma indenização de direito civil, que certamente não basta como substituto da pena, tem ela que representar uma verdadeira “expição” (Sühne) [...] Na expição, realiza o autor uma oferta contrária (Gegenopfer), que vai além do pagamento das perdas e danos que lhe podem ser cobradas por meio do processo civil*. De tal sorte, o jurista se posiciona pela admissibilidade da composição autor-vítima como substituto parcial ou total da pena unicamente em dois casos: a. de uma verdadeira expição, quando, porém, terá uma incidência demasiadamente restrita, sendo melhor empregada se o for para compensar a incidência de uma agravante, ou causa de aumento de pena, afastando-a; b. quando o verdadeiramente adequado, frente àquela figura delitiva, seria a descriminalização e definitiva entrega da resolução do conflito ao Direito Civil SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da Vítima no Sistema de Justiça Penal. Op. Cit., p. 121-122. Senão a descriminalização pura e simples, seria possível pensar em um sistema intermediário, a exemplo das “contra-ordenações” portuguesas, regidas pelo Decreto lei nº 433/82 (Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=166&tabela=leis&so_miolo=) ou outras formas de intervenção fundamentadas em penas diversas da prisão, tal qual o direito de “velocidades” de que trata SILVA SÁNCHEZ, ou o “Direito de intervenção”, proposto por HASSEMER. A respeito, confira-se: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal**. Op. Cit.; HASSEMER, Winfried. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 1999; também: DE OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013. No âmbito brasileiro, confira-se a proposta de CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**. Brasília: Senado Federal, 2008. Deve-se considerar, ainda nesta senda, as vantagens trazidas pelos acordos de colaboração premiada e de leniência. A viabilidade de sua inserção no amplo aspecto da reparação do dano *lato sensu* e seus contornos, porém, devem ser objeto de um estudo próprio.

6. CONCLUSÃO

O crescente interesse na reparação do dano no marco do Direito Penal é resultado da convergência de dois principais fatores: a transformação dos interesses e sistemas político-criminais, que compreendem desde a crise da pena privativa de liberdade até a busca por novas formas de prevenção, e o desenvolvimento e aprofundamento dos estudos sobre o protagonismo da vítima no Direito Penal. É certo, porém, que de nenhum lado há um rechaço à sua incorporação ao sistema penal: discute-se, isso sim, o melhor caminho político criminal para sua valoração. Neste cenário, as proposições teóricas são heterogêneas e o tratamento normativo não é diferente. No ordenamento jurídico brasileiro, a aproximação da reparação ao Direito penal acontece em distintos momentos, com diferentes contornos e consequências, sendo patente a falta de um enquadramento sistemático. Máxime em relação às condutas lesivas a bens jurídicos supra-individuais, com especial destaque aos crimes de natureza econômica, nota-se que concomitantemente à tendência expansiva da criminalização nesta seara, caminha a criação de causas especiais de extinção da punibilidade, renúncia ou diminuição de pena. Nada obstante, a adoção indiscriminada de causas de afastamento de pena pode criar formas de privilégios contrárias aos princípios constitucionais, especialmente quando não encontram a correspondente aplicação na tangente dos denominados delitos “clássicos”. Não por outro motivo, encontrar a legitimação teórica destes institutos, visando à superação da simples referência de “oportunidade e de conveniência” que lhes são atribuídas, se mostra tão relevante.

Dados os discursos político-criminais atuais, a reparação é invocada para solucionar ao menos três ordens de problemas: a) a superpopulação carcerária; b) o enfrentamento aos delitos econômicos, pois viabilizaria, ao mesmo tempo, retirar do agente os benefícios adquiridos por meio do delito e restaurar o *status quo ante* ao crime; e c) a satisfação dos interesses da vítima. Nada obstante, sua incorporação irrefletida ao sistema penal tem acarretado efeitos diametralmente opostos aos de plano pretendidos, até mesmo frustrando as finalidades preventivas do delito ou satisfativas do interesse da vítima que lhe tenham sido traçadas. Por isso a importância em lhe determinar com exatidão sua função político-criminal e o seu lugar dentro do sistema penal.

A reparação do dano pode ser considerada como um problema de Direito penal? A resposta a esta indagação deve ser positiva, mas respondê-la com um mero “sim”, é fazê-lo de forma incompleta. A reparação poderá ser considerada como um problema de Direito penal se, e na medida em que, auxiliá-lo no desempenho de sua função de proteção de bens

jurídicos. Assim, ao se pretender dar resposta ao questionamento acerca do ‘*como*’ e o ‘*até que ponto*’ poderá ser incorporada ao sistema penal, será indispensável, antes, refletir a respeito de sua adequação às finalidades perseguidas por ele. Tal qual a norma penal em si, qualquer instrumento sancionatório deve ser revestido de um elemento teleológico: a pena não é apenas uma forma de retaliação, também constitui um meio de atingir um objetivo, qual seja, o de reforçar a proteção dispensada aos bens jurídicos. O mesmo objetivo deve nortear as decisões acerca do afastamento ou minoração da sanção à luz de um caso concreto.

Neste prisma, se se aceita a finalidade do Direito penal como a proteção de bens jurídicos, assume-se como fim da pena, por pressuposto, a prevenção geral, que deverá ser compreendida como a evitação de que a generalidade dos sujeitos lesione ou exponha bens jurídicos a perigo de lesão. Este fim, contudo, depende da definição de fins imediatos, fins instrumentais à tal proteção de bens jurídicos, marco onde se inserem os objetivos preventivos gerais e especiais positivos e negativos. Desta feita, a reparação não será *o fim* da pena e sequer um fim imediato/instrumental autônomo, mas um recurso inserido no âmbito do fim imediato que é a prevenção geral positiva e a prevenção especial.

À luz destes conceitos, tem-se que a melhor política criminal consiste, por tanto, em conciliar da melhor forma possível a prevenção geral, a prevenção especial – orientada à interação social – e a limitação da pena em um Estado de Direito. A reparação, a seu turno consegue se coadunar a tais objetivos até certo ponto. Destarte, a pena poderá assumir uma *função* reparatória se, e na medida em que, seja necessária ao alcance dos fins propostos pelas teorias da pena, onde a reparação tem muito a contribuir desde a perspectiva da subsidiariedade e da proporcionalidade como proibição do excesso. Como um efeito inafastável, tal compreensão impõe a conclusão de que a reparação *penal* deve transcender a mera indenização ou compensação pensada em termos cíveis.

Não é possível cogitar de uma recondução de questões cíveis ao âmbito penal pela divergência de seu objeto: o dano gerado pelo delito que interessará ao Direito penal é aquele que afete à generalidade e, portanto, não pode ser solucionado de forma privada, por um simples acordo de compensação ou restituição, ainda que existam hipóteses em que seja possível conjugar a realização de ambos os interesses (públicos e da vítima direta) de uma só vez. Tais hipóteses serão definidas justamente pelo critério necessidade de pena. Por tal razão, não é possível admitir a reparação do dano unicamente em relação aos delitos que têm uma vítima definida, pois aí então se criaria uma desigualdade na resposta penal, uma

desproporcionalidade grave, isto é, uma contradição valorativa que passaria a ideia de que nos delitos com vítima a sanção é dispensável, prescindível.

Por figurar como instrumento à disposição do cumprimento das finalidades preventivas de proteção ao bem jurídico, a figura da reparação como efeito direto da condenação se mantém hígida, porquanto hábil a cumprir a função de auxílio à proteção, ainda que tardia, do bem jurídico já violado pelo delito. Evidentemente, a prática de um delito gerará efeitos deletérios de outras ordens, ainda que para efeitos de incidência da lei penal seja levado em consideração a lesão ou a exposição a lesão de um bem jurídico. A sentença penal condenatória, porém, ao reconhecer a prática do injusto assume também os reflexos adversos gerados pelo comportamento do agente também em outras áreas. Trata-se, enfim, de consequência natural ao pressuposto da subsidiariedade do Direito penal: um ilícito penal sempre significará, também e em alguma medida, um ilícito civil ou administrativo. Destarte, o reconhecimento e a imposição do dever de indenizar ou reparar tais efeitos extrapenais do crime contribui, outrossim, para a reafirmação da validade da norma, cumprindo funções de prevenção geral.

Quanto ao lugar que a reparação do dano deverá ocupar no âmbito das consequências jurídico-penais primárias do delito no Direito penal brasileiro, deve-se ressaltar que as preocupações observadas na realidade comparada, quanto ao conteúdo pecuniário da sanção penal, já não encontram mais lugar. Isso, pois, a adoção da pena de prestação pecuniária foi inserida na realidade jurídica pátria em resposta às exigências político-criminais de superação do paradigma da pena privativa de liberdade e de todas as mazelas a ela inerentes e de aproximação da vítima à seara penal. De qualquer modo, que a possibilidade de reagir ao delito com recurso à reparação não depende de uma resposta afirmativa à pergunta sobre se a ela é, em essência, uma pena. O que interessa para a legitimidade da resposta penal é, atendendo-se aos princípios da lesividade, *ultima ratio* e proporcionalidade, sua eficiência para a superação do crime ocorrido, com o objetivo de restaurar a paz jurídica lesionada e, ao mesmo tempo, garantir a paz futura.

Sua incidência como pena autônoma, porém, deve ficar restrita aos delitos de baixa e média gravidade, consignando-se a importância da definição de critérios que bem delimitem a sua aplicação, tal qual o faz a legislação atual ao circunscrever sua incidência a crimes não praticados mediante violência ou grave ameaça, se o réu não for reincidente em crime doloso e a prevenção especial assim o indicar. Isto, pois, reparação do dano como sanção imposta, ou seja, de caráter repressivo, somente atenderá aos fins da pena se significar a completa restauração da lesão causada, o que assume contornos especialmente difíceis de

alcançar a depender do grau da lesão ao bem jurídico causada. O delito é sempre “algo mais” que o prejuízo sofrido pela vítima: é um mal para toda a coletividade e que nem sempre é corrigido por meio da reparação. Nem todo o dano resultante do crime é compensável e, nas hipóteses em que esta se mostrar impossível, não poderá haver uma lacuna que impossibilite a resposta punitiva. Por outro lado, se o agente, ainda que sem sucesso, tenha empreendido relevantes atos tendentes à reparação integral e somente não o tenha conseguido pelas características próprias da lesão causada, sua atuação não poderá ser ignorada pelo Direito. Aí a importância da valoração jurídica do comportamento pós-delitivo positivo. Sob outro vértice, os questionamentos vertidos em face ao caráter pecuniário ou meramente indenizatório destas medidas substitutivas devem conduzir, também, a um repensar da legitimidade da criminalização de muitas das condutas ilícitas sobre as quais incidem, máxime no que diz respeito a determinados tipos penais de finalidade meramente indenizatória, como, por exemplo, o são o crime de dano (art. 163, CP), e o estelionato praticado mediante fraude no pagamento por meio de cheque (art. 171, VI, CP).

A proteção da vítima potencial é realizada mediante a observância das exigências de prevenção. Se a reparação à vítima direta cumprir com tais postulados, nada impede que a normativa penal dela se valha como modalidade sancionatória. A pergunta fundamental, portanto, é: a reparação satisfaz às exigências da pena? A resposta, como se observou, é a de que a reparação apenas parcialmente o faz, e apenas em hipóteses específicas, como nos crimes de baixa e média lesividade. Ocorre, porém, que mesmo nestas hipóteses a criminalização das condutas inseridas sob tais tônicas são passíveis de questionamento de *per se*. Neste cenário, se, por um lado, a reparação como sanção autônoma poderia confirmar a vigência de uma criminalização simbólica e inconstitucional, pois excessiva e, assim, frontalmente contrária aos princípios da proporcionalidade, lesividade e *ultima ratio*; por outro, poderia significar justamente uma medida restritiva à incidência de penalidades mais severas em hipóteses nas quais elas se fariam claramente excessivas. Para que a análise não pareça terminar num círculo vicioso vencido apenas pela retórica, será preciso atentar para a importância em delimitar dois planos inteiramente distintos: o da existência/ legitimidade em si do instituto e o de sua fundamentação dogmática. Obviamente, aos estudiosos do Direito cabe a crítica científica a ambas as perspectivas, mas apenas ao legislador caberá, em sua análise de conveniência e oportunidade, a declaração sobre sua existência e, respeitados os ritos constitucionais do devido processo legislativo, sua legitimidade. Existindo o instituto e estando vivo em sua aplicabilidade empírica, nada resta senão voltar-se ao plano

de sua configuração dogmática e, nesta, dotando contornos jurídico-penais ao instituto, devem prevalecer considerações sobre a *ultima ratio* do Direito penal.

Se a política criminal deverá atuar, na seara preventiva, no sentido de dificultar a prática do delito, seja pela instauração de mecanismos de prevenção técnica situacional, seja introduzindo custos adicionais à prática do crime, tornando-o desvantajoso sob uma perspectiva *ex ante*, ela também deverá incidir a fim de minimizar os danos decorrentes do delito. Tal como a primeira, esta tarefa deve ser pensada tanto sob o prisma da prevenção geral, quanto sob o viés da prevenção especial. Esta premissa impulsiona, dentre outros fatores, à redução das vantagens associadas à prática do crime e à concessão de benefícios em contrapartida à realização de comportamentos lícitos. A reparação do dano se revela hábil a satisfazer a ambas. Todavia, no Brasil, a experiência tem demonstrado que o desgaste do tecido social conduz, principalmente na seara dos crimes econômicos ou de cariz patrimonial, à adoção de comportamentos oportunistas, de modo que a assunção voluntária do autor à reintegração da paz social costuma se dar unicamente quando tal recurso se mostra vantajoso ao sujeito ativo. Esta é a principal razão pela qual a reparação como consequência jurídico-autônoma ou como benefício indiscriminado se mostraria como absolutamente ineficaz e ineficiente na função de proteção de bens jurídicos.

A reparação do dano somente se coadunará integralmente às exigências das missões e funções da pena na medida em que se apresentar como um comportamento voluntário do agente, e não quando for encarada pelo autor do delito como sujeição a uma imposição. Tal premissa tem relevância para a designação da consequência jurídica da valoração do comportamento pós-delitivo do sujeito. É a voluntariedade, portanto, o aspecto que assumirá maior relevância nesta conjectura.

Um estudo do da reparação do dano como comportamento pós-delitivo positivo e seu tratamento dogmático exige analisar todos os requisitos que se lhe há de exigir, tanto sob a forma de atenuante genérica, quanto sob os contornos de causa de afastamento de pena. Em concreto, no que se refere ao elemento subjetivo, fala-se da dimensão do termo arrependimento e da voluntariedade; já quanto ao aspecto objetivo, trata-se do alcance das expressões “reparar” ou “diminuir” os efeitos do delito, assim como do marco temporal estabelecido e as peculiaridades aí inseridas. As dificuldades e dúvidas exurgidas em relação a esta figura na normativa brasileira residem justamente na ausência de um tratamento uniforme da matéria, porquanto a o móvel e as condições de reconhecimento do comportamento pós-delitivo positivo da reparação se transformam a depender da alocação dada pelo legislador. Todavia, a interpretação destes problemas concretos e o alcance que há

de ser reconhecido a cada um destes conceitos está condicionado ao fundamento da valoração do comportamento pós-delitivo positivo e, por influenciar diretamente na determinação da pena, também em função do sentido e do fim desta.

Na impossibilidade de relacionar tal exigência de voluntariedade a aspectos morais, serão objetivos e, assim, normativos, os parâmetros que deverão ser adotados para defini-la no caso concreto. Caberá ao legislador, porém, a determinação material dos lapsos temporais dentro dos quais será possível identificar tal comportamento voluntário do agente: se, a exemplo dos delitos tributários, i) antes da instauração do procedimento fiscal; ii) antes do recebimento da denúncia; iii) antes de tornar-se irreversível condenação penal; iv) ou a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado. Os fundamentos que permitirão esta definição, porém, são indissociáveis das razões que determinam a escolha da consequência jurídica da valoração positiva do comportamento pós-delitivo do agente e deverão partir da conjugação das exigências das teorias dos fins da pena com os princípios da equidade, *ultima ratio* e intervenção mínima que devem informar ao Direito penal.

Cumprido salientar que, quanto à reparação, critérios de proporcionalidade não permitem que a consequência jurídica que nela origina seja idêntica à da desistência voluntária e ao arrependimento posterior. Aqui, o critério da voluntariedade deve ganhar ainda mais relevo. A reparação deve ser entendida como reconciliação com o Direito e não unicamente como mero restabelecimento do *status quo* patrimonial prévio à prática do delito. Nesta perspectiva, a reparação, como causa liberadora de pena, só se justificará se a prestação do autor se revestir de tamanha magnitude que torne supérflua a sanção, como um verdadeiro *actus contrarius* capaz de reafirmar o peso que a lei confere ao delito correspondente. Nada obstante, os mesmos critérios de proporcionalidade exigem, para a adequação constitucional da resposta penal aos parâmetros constitucionais, que nas hipóteses nas quais não haja a tutela de um bem jurídico, mas tão somente de uma função administrativa do Estado, e em que a função preventiva da pena se perfaça de um caráter meramente simbólico, a reparação do dano como hipótese de levantamento de pena alcançaria sentido como mecanismo de contenção à atividade punitiva do legislador. Em suma, quando a figura típica encontrar fundamento de existência unicamente em aspectos pragmáticos e extrapenais, a razão latente da norma, seu real fundamento, será de caráter exclusivamente pragmático e de todo alheio a fundamentações jurídico-penais. Nestas circunstâncias, a reparação do dano não pode atuar como mecanismo de reforço ao caráter meramente instrumental e simbólico de ameaça da penal ali empregada, mas, sim, como limitador da incidência da norma penal em aspectos nos quais a própria incidência da sanção

penal seria inconstitucional pela violação ao princípio da lesividade e, assim, à proporcionalidade como proibição do excesso. Contudo, ainda nesta perspectiva exigiria contornos bem definidos para que sua aplicação não deturpasse ainda mais a segurança jurídica.

Admitir a reparação como causa de levantamento de pena para os delitos econômicos não acarretaria em um tratamento desigual, ou, como salienta preocupação legítima de alguns juristas, na instituição de um Direito penal de classes. Admitindo-se a reparação somente nos casos em que o bem jurídico lesionado assim o permitir, o que se fará é dar tratamento equânime aos agentes que incorreram nestas modalidades delitivas. Se o que se pretende é a valoração positiva, à luz da teoria da pena, da conduta posterior ao delito do agente que busca reparar o dano, não há que se falar em privilégio de alguns em detrimento de outros, mas de atribuição do benefício nas hipóteses em que ele se faz cabível. Outrossim, pelas exigências próprias à verificação do merecimento e da necessidade de pena, devem existir limitações racionais à aplicação indiscriminada da reparação como causa de levantamento de pena. Ainda que o pressuposto do qual se parta seja a prevenção geral positiva, a prevenção geral especial, como mensagem de que o crime não compensa, não pode ser ignorada, ou deturpada mediante a criação de privilégios que deem azo a comportamentos oportunistas. Esta advertência é especialmente importante quando se trata de um benefício penal aplicável a comportamentos praticados após a consumação delitiva – como é o caso da reparação – porquanto conferem ao sujeito ativo o tempo necessário para ponderar entre as possibilidades de que a conduta praticada tenha sido descoberta e venha a ser penalmente sancionada. A constatação da voluntariedade no atuar do agente deve ser auferida por limites temporais objetivos que permitam compreender que seu atuar não deriva de influências externas, heterogêneas, mas de um reconhecimento da validade da norma violada.

BIBLIOGRAFIA

AGUADO CORREA, Teresa. *Decomiso de los productos de La delincuencia organizada “garantizar que El delito no resulte provechoso”*. In: **Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia**. REPC 15-05 (2013). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 29 de março de 2015.

ALASTUEY DOBÓN, M. Carmen. **La Reparación a la Víctima en el Marco de las Sanciones Penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ALBRETCH, Peter-Alexis. La funcionalización de la víctima en el sistema de justicia penal. In: **La Víctima en el Sistema Pena. Dogmática, proceso y política criminal**. Trad. Luis Miguel Reyna Alfaro. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 39-58.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos. A terceira via**. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal: Prevención de la responsabilidad de directivos y de empresas**. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

_____. **Delito y punibilidad**. Madrid: Civitas, 1983.

BACIGALUPO, Silvina. Límites entre el ahorro fiscal y la defraudación punible: las actuaciones en fraude a la ley tributaria. In: **Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 11-33.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 58, p.129. Jan/ 2007.

BAUMANN, Jürgen; et. Al. **Proyecto Alternativo sobre reparación penal (AE-WGM)**. Proyecto de un grupo de trabajo de Profesores de Derecho Penal alemanes, austríacos y suizos. Traducido por Beatriz de la Gándara Vallejo. Buenos Aires: Konrad – Adenauer – Stiftung, 1998.

BARATTA, Alessandro. Integración- Prevención: Uma “nueva” fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica. In: BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal**. Compilación in memoriam. Buenos Aires: Julio César Faira – Editor, 2004, p. 01-30.

BECCARIA, Cesare. **Dei Delitti e Delle Pene**. Milano, Rizzoli, 1988.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: Siglo Veintiuno, 2002.

_____. **Sociedade de risco**. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECKER, Gary. **Crime and punishment: and economic approach**. 1968. Disponível em: <http://www.nber.org/chapters/c3625.pdf>. Acesso em: 02 de agosto de 2017.

_____. **The Economic Approach to Human Behavior**, Chicago, University of Chicago Press, 1976.

BENTHAN, Jeremy. **Teoria das penas legais e Tratado dos sofismas políticos**. Leme/SP: CL EDIJUR Editora Jurídica, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *A constitucionalização Dirigente e a Constitucionalização de Tudo (ou Nada)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.167-175.

BERMEJO, Mateo G. **Prevención y castigo del blanqueo de capitales: una aproximación desde el análisis económico del derecho**. Tesis Doctoral. - Departament de Dret. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2010. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10803/7318>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BITENCOURT, César Roberto. **Novas penas alternativas**. Análise Político Criminal das alterações da Lei n. 9.814/98. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITTAR, Walter Barbosa. **A punibilidade no Direito penal**. São Paulo: Almedina, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à função**. Novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP: Manoele, 2007.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal. Parte Geral**. Tomo 3: pena e medida de segurança. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BUBNIAK, Priscila Lais Ton. **Análise Econômica Do Direito Penal Tributário: Uma Crítica À Política Criminal Brasileira**. 2017, 159 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral**. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

CAEIRO, Pedro. Sentido e função do instituto da pena alargada de vantagens relacionadas ao crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reidíticia. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminas, RBCCrim** n. 100. São Paulo: RT: 2013.

CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho. In: **Doxa**, n. 04, p. 267-287, 1987. Disponível em: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141723.pdf>. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

CANCIO MELIÁ, Manuel. **Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva em Derecho Penal**. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de la víctima y autor en actividades arriesgadas. Bogotá: José María Bosch Editor, 2001.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad. In: ARROYO ZAPATERO Luis y BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio (Dir.): **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam**. Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca 2001, p. 129-144. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/5reflexiones-sobre-el-abuso-del-derecho-penal-y-la-banalizacion-de-la-legalidad.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2017.

CARVALHO, Érika Mendes de. Punibilidad y delito. Madrid: Reus, 2007.

_____. **Punibilidade e Delito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O comportamento pós-delitivo positivo e as categorias do delito: uma contribuição à sua delimitação conceitual. **Revista dos Tribunais**. Vol. 875, p. 379-409, (RT Online), set./2008.

_____. O significado jurídico-penal da reparação Ambiental. **Revista de Ciências Jurídicas – UEM**, vol. 7, jan./jun., 2009.

_____; CARVALHO, Gisele Mendes de. A reparação do dano ambiental como comportamento pós-delitivo. **Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de Direito Criminal**. Parte Geral. Vol. II. trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas/SP: LZN Editora, 2002.

COASE, Ronald. O problema do Custo Social. *Journal of Law and Economics* (Vol. III. Outubro, 1960). Trad. Por ALVES, Francisco Kümmel F.; CAOVIILLA, Renato Vieira. Disponível em: <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2016, p. 22.

COOTER, Robert D. Três efeitos das normas sociais sobre o direito: expressão, dissuasão e internalização. In: SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito e economia: textos escolhidos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p 279-303.

_____; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. trad. Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006.

COSTA, Victor César R. S.; SIQUEIRA, Flávia. O furto de energia elétrica e a possível extinção da punibilidade pelo pagamento do débito. **Revista dos Tribunais**, vol. 976/2017, p. 381 – 400 (RT Oline), Fev/2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do Direito**. 4ª ed., rev. e atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal**. Trad. Denise Radanovic Vieira. Barueri: Manole, 2004.

DOTTI, René Ariel. O problema da vítima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 1, p. 853-862, São Paulo: RT, Jun./Jul. 2012.

_____. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CINTRA, Roberto Ferrari de Ulhôa. **A pirâmide da solução dos conflitos**. Brasília: Senado Federal, 2008.

CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Confisco Penal**. Alternativas à prisão e aplicação aos delitos econômicos. São Paulo. IBCCRIM, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. **Revista de Derecho Penal**, Buenos Aires, n. 2, p. 197-239., 2007. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=76679>. Acesso em: 8 jan. 2018.

EISELE, Andreas. **Crimes contra a Ordem Tributária**. 2ª ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. **Crítica ao Direito Tributário Brasileiro**. Blumenau: Acadêmica, 2007.

ESTELLITA, Heloisa. Crimes Tributários nos Tribunais Superiores. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 58, p. 85-104, (RT Online), jan- fev. 2006.

_____. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei n. 10.684/03. **Boletim IBCCrim**. n. 130. p. 2-3. São Paulo: IBCCrim, 2003.

FATTAH, Ezzat A. Victimología: pasado, presente y futuro. Traducción y notas de María del Mar Daza Bonachela. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología** (en línea). 2014, núm. 16-r2, p. r2:1- r2:33. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/16/recpc16-r2.pdf>. Acesso em: 05 de dezembro de 2017.

FARALDO CABANA, Patricia. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs. **ADPCP**, Vol. LIX, 2006, p. 111-134.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. A Regularização pós-delitiva da situação tributária e contributiva nos crimes contra a Fazenda Pública: um estudo em torno da extinção da punibilidade e dos fins da pena. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador/BA, n. 24, p. 195-233, 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/p9GOAi>>. Acesso em: 19 fev. 2017.

FIGUEIREDO DIAS, J. de. O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. n.33, 2001.

FORNARI, Luigi. **Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie**, Padova: Cedam, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

_____. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Trad. de Raquel Ramalheite. 42ª ed. Petrópolis/ RJ: Editora Vozes, 2014.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 11ª ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

_____. **Lições de Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

FRISCH, Wolfgang. *Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal*. In: HEFENDEHL, Roland. (Ed.) **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 309-339.

GALAIN PALERMO, Pablo. **La Reparación del daño a la víctima del delito**. Monografías 684. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

_____. Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces. **Revista Penal**, nº 24, p. 71-89, julio/2009. Disponible em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3129435>. Acesso em: 11 de dezembro de 2017.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio. **Tratado de criminología**. 3. ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

_____. La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopia, mito y eufemismo. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Tomo 32, fasc/mes 3, 1979, p. 645-700.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminología. Fundamentos y Principios para el Estudio Científico del Delito, la Prevención de la Criminalidad y el Tratamiento del Delincuente**. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales, 2007.

GARGARELLA, Roberto; BERGALLO, Paola. *Presentación*. In: DUFF, Antony. **Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad**. Trad. Horacio Pons, 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

GAROFALO, R. **Indemnización a las Víctimas del Delito**. Traducción y estudio crítico por P. Dorado Montero. Madrid: Editora La España Moderna, 1929.

GRACIA MARTÍN, Luis (Coord.) BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel; ALASTUEY DOBÓN, Carmen. **Lecciones de Consecuencias Jurídicas del Delito**. El sistema de penas,

medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito. 2ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

GRECO, Luís. **Sobre el vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach**. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

_____. et all. **Parte Geral do Código Penal**: uma proposta alternativa para debate. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p.149-165.

GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. Pensando o Direito tributário brasileiro à luz dos acórdãos do Ministro Felix Fischer: necessidade de urgente revisitação e revisão legislativa e jurisprudencial. In: BUSATO, Paulo César. CARUNCHO, Alexey Choi. (Org.) **Sistema penal em debate**. Curitiba: Iea Academia, 2015, p. 13-38.

GÜNTHER, Klaus. Crítica da pena I (2004). Trad. Flávia Portella Püschel. **Revista Direito GV 4**, Vol. 2, n. 2, p. 187-204, jul – dez 2006.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma nova Política Criminal**. In. Direito Penal: Fundamentos, Estrutura, Política. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

_____. *Segurança Pública no Estado de Direito*. In. **Direito Penal: Fundamentos, Estrutura e Política**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008, p. 266.

_____. **Persona, Mundo y Responsabilidad**. *Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editial Temis S.A., 1999.

_____. *¿Por qué y con que fin se aplican las penas?* In: **Persona, Mundo y Responsabilidad**. *Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: Editial Temis S.A., 1999, p. 105-119.

_____; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1989.

_____. Fundamentos del derecho Penal (trad. Muñoz Conde e Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984.

_____. Consideraciones sobre la víctima del delito. [Anuario de derecho penal y ciencias penales](#), ISSN 0210-3001, [Tomo 43, Fasc/Mes 1, 1990](#), págs. 241-260.

_____. **¿Por qué castigar? Razones por las que merece la pena la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá; Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2016.

HEGEL, Geord Wilhelm Friedrich. **Filosofía del Derecho**. Trad. Angélica Mendoza de Montero. 5ª ed. Buenos Aires: Editorial Claridad S.A, 1968.

HIRSCH, Hans Joachirn. La reparación del daño en el Derecho Penal material. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachirn; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delitos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 53-90.

_____. Acerca de la posición de la víctima en el Derecho Penal y en el Derecho procesal penal. Sobre los límites de las funciones jurídico-penales. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachirn; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delitos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p.92-128.

HIRSCH, Andrew Von. *El concepto de bien jurídico y el <<principio del daño>>*. In: HEFENDEHL, Roland. (Ed.) **La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 37-52.

_____. Retribución y Prevención como Elementos de Justificación de la Pena. Trad. Adán Nieto. In: ARROYO ZAPATERO, Luís; NEUMANN, Ulfrid; NIETO MARTÍN, Adán. (Coord.) **Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo**. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (estudios; 91), Cuenca, 2003, p. 125-145.

HORVITZ L. Maria Ines. *Dulzura de las Penas*. In: **Beccaria 250 años. De la Obra a los becarios**. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011, p. 311-323.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. **Revista de Direito Administrativo**. Disponible em: <http://bit.ly/2ljAQyG>. Acceso em: 26 de janeiro de 2017.

_____. Comentários ao Código Penal. Primeira parte. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal, Volume I, Tomo II, arts. 11 ao 27**, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. **La Regularización Fiscal en el Delito de Defraudación Tributaria. Un Análisis de la <<autodenuncia>>. Art. 305-4 CP**. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

JAKOBS, Günther. **La Pena Estatal: Significado y Finalidad**. Trad. Manuel Cancio Meliá e Bernardo Feijoo Sánchez. 1ª ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

_____. **Sobre la teoría de la pena**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Cuadernos de Conferencias y Artículos nº 16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

_____. **Derecho Penal. Parte General. Parte I. Fundamentos y teoría de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras; José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. *Culpabilidad y prevención*. In: JAKOBS, Günther. **Estudios de Derecho penal**. Trad. Enrique Peñaranda Ramos; Carlos J. Suárez Gonzalez; Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1997.

JESCHECK, Hans Heirinch. **Tratado de Derecho Penal. Parte General**. 5ªed. Trad. De Miguel Olmedo Cadernete, Granada: Diciembre, 2002.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru/ SP: Edipro, 2003.

KAUFMANN, Armin. **Teoria da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, Vol. 3, N. 5, p. 95-113, jan./jun., 2006.

KENNEDY, David M. **Disuación y prevención del delito**. *Reconsiderando la expectativa de pena*. Traducción de Luciana Morón. Madrid: Marcial pons, 2016.

KNOPFHOLZ, Alexandre. **A denúncia genérica nos crimes econômicos**. Porto Alegre: Nuria Fabris. 2013. pp. 29-30.

KUHLEN, Lothar. **Cuestiones Fundamentales del delito de fraude fiscal**. trad. Beatriz Cruz Márquez e Juan Luis Fuentes Osorio. Madrid: Marcial Pons, 2015.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo: «**Las víctimas ante el derecho español**». **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XXI (1998). Cursos e Congresos nº 113, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550, pp. 168-207.

LANFREDI, Luís Geraldo San'Ana. (Coord.). **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: Conselho Nacional de Justiça: CNJ, 2016.

LEITE, Alaor. Abolição da chamada autodenúncia liberadora de pena no direito penal tributário alemão? Breves observações por ocasião de uma recente e polêmica decisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 90, p. 111-135, (RT Online) maio/jun. 2011.

LESCH, Heiko H. **La función de la pena**. Trad. De Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Colección de Estudios n. 17. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.

LISZT, Franz Von. **La ideia de fin en el Derecho penal**. Trad. Enrique Aimone Gobson. Valparaíso: Edeval, 1882.

_____. **Tratado de Direito penal. Tomo I**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13ª ed. E-book. São Paulo: Saraiva, 2016.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Prevención general, sociedad y psicoanálisis. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 16, p. 93-105., 1982. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=56542>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. La relación del Merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **ACPCP**, T. XLVI, Fasc. I, p. 21-34, Enero-Abril 1993. Disponível em: <http://www.cienciaspenales.net>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

_____. **Punibilidad**. Enciclopedia Jurídica Básica. v. IV. Madrid: Civitas, 1995.

MACHADO, Allian Djeyce R.; BUBNIAK, Priscila. Os reflexos penais da Lei 13.254/2016 na política fiscal e financeira nacional: uma desvirtuação equívoca e insuficiente do *ius puniendi* estatal. In: DE SOUZA, Maria Augusta; BETTES, Janaína Maria; FURIATTI, Luiza de Araujo. (Org.). **O direito entre o desenvolvimento e a sustentabilidade**. Ied.Curitiba: Editora CRV, 2017, v. único., p. 143-166.

MADLENER, Kurt. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparação o dano às vítimas do crime através dos tribunais. 1ª Parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 10, p. 52-57, abr./jun.1995.

_____. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparação o dano às vítimas do crime através dos tribunais. 2ª Parte. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Vol. 14, p. 83-101, abr./ jun., 1996.

_____. A reparação do dano como medida de política criminal e a reforma do Código penal brasileiro. Observações de Direito comparado. In: ARAUJO JR., João Marcello de. (Org.) **Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **El redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales**. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1755/6.pdf> . Acesso em: 27 de novembro de 2017.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delitos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 183- 249.

MESA, Gloria Patrícia Lopera. *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*. In: **El principio de proporcionalidad y la interpretación Constitucional**. Editor: Miguel Carbonell. p.269-306.

MIR PUIG, Santiago. **Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático del Derecho**. 2ª ed. Rev. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A., 1982.

_____. **Bases Constitucionales del Derecho Penal**. Madrid: Iustel, 2011.

_____. **Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método**. 2ª ed. Montevideo: Julio César Faira – Editor, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal y Control Social**. Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

_____. **El desistimiento voluntario de consumir el delito**. Barcelona: Bosch, 1972.

NIETO, Alejandro. **Derecho Administrativo Sancionador**. 2ª ed. Amp. Madrid: Tecnos, 2000.

NORTH, Douglas C. Desempenho Econômico Através do Tempo. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30 – set./ dez. 2010

_____. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño económico*. Trad. de Agustín Bárcena. México: FCE, 1993.

DE OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. 1ª ed. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. Análisis económico del Derecho y política criminal. *Revista de derecho penal y criminología*, n. 2, p. 31-74, 2004.

_____. **El Enálisis Económico del derecho: ¿Método Útil, o ideología nefasta?**

Disponível em:

<http://derechoeconomia.8m.com/Ortiz%20de%20Urbina.%20AED.%20Metodo%20util%20o%20ideologia%20nefasta.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2016.

PACELLI, Eugenio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito penal: Parte Geral**. 4ª ed. Ver. e atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PALAZZO, Francesco C.. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PASTOR, Daniel R. *Prontitud de la Pena*. In. **Beccaria 250 años**. De la Obra a los becarios. Buenos Aires: Editorial Bdef, 2011.

PEREZ MANZANO, Mercedes. **Culpabilidad y Prevención: Las Teorías de la Prevención General Positiva en la Fundamentación de la Imputación Subjetiva y de la Pena**. 1988, 517f. Tese doutoral – Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 16 de junho de 1989.

PINHO, Ruy Sergio Rebello. **A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**. São Paulo: Atlas, 1987.

POSNER, Richard A. El movimiento del análisis económico del derecho: desde Bentham hasta Becker. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 44, p. 37-54, 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago; SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio De Llera; **La Responsabilidad Civil <<Ex Delicto>>**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 19-50.

_____. La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena. **Boletín de información**. Madrid, nº 1557, p.1406-1418, mar.1990.

RAGUES I VALLÈS, Ramón. **Whistleblowing**. Una aproximación desde el Derecho Penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org). **Análise econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ROIG TORRES, Margarita. Algunos apuntes sobre la evolución histórica de la tutela jurídica de la víctima del delito. **Estudios Penales y Criminológicos**, vol. XXII (2000). Cursos e Congresos nº 124, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela. ISSN 1137-7550, pp. 154-308. Disponível em: <https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/4100>. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Acerca de la ratio del privilegio del desistimiento en Derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cadernete. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología – RECPC. -03-03**, 26 de junio de 2011. Disponível em: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-03.html. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018.

_____. Culpabilidad, Prevención y Responsabilidad em Derecho Penal. In: ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981, p. 147-186.

_____. **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal**. Trad. Carmem Gómez Riverto y María del Carmem García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

_____. La reparación en el sistema de nos fines de la pena. In: ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; ROXIN, Claus. Et. Al. **De los delitos y de las Víctimas**. Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992, p. 131-156.

_____. Sobre a fundamentação político-criminal do sistema jurídico-penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2ª ed. Rev. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77-100.

_____. A culpabilidade e sua exclusão no Direito Penal. In: ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. 2ª ed. Rev. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 133-164.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. 2 Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. In: **Revista dos Tribunais**. vol. 922/2012. p. 291. (RT Online). Ago / 2012.

_____. Tem futuro o Direito Penal? In: **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-30.

_____. Sentido e limites da pena estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2ª ed. Lisboa: Vega, 1993.

_____. Pena y Reparación. **ADPCP**. Vol. LII, 1999.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia?** Cadernos Direito GV. Estudo 22, v. 05, n. 02, março 2008.

SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. **Das Causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O Crime Fiscal.** Reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137 de 27 de dezembro de 1990) e no direito estrangeiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

_____; MACHADO, Allian Djeyce Rodrigues. Criminalidade intraempresarial, sistemas de denúncia interna e suas repercussões na seara penal. O fenômeno do *Whistleblowing*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 137. ano 25, p. 89-123. São Paulo: RT, nov. 2017.

_____; PUJOL, Luiz Gustavo. Confisco alargado: reflexões acerca de suas possibilidades no ordenamento jurídico penal brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 118. p. 123-158. São Paulo: RT, nov.2016.

_____; TREGLIA, Carlos Eduardo Mayerle. A reparação do dano e seus feitos no sistema jurídico-penal: uma análise à luz dos delitos patrimoniais. In: BUSATO, Paulo César. CARUNCHO, Alexey Choi. (Org.) **Sistema penal em debate**. Curitiba: Iea Academia, 2015, p. 81-105.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal. Parte Geral.** 5º ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.* In: **Revista de Estudos Criminais** n. 12, ano 3. Sapucaia do Sul, Editora Nota Dez, 2003.

SCHAFER, Stephen. **The Victim and his criminal:** a study in functional responsibility. New York, 1968.

SCHUNEMANN, Bernd. A posição da Vítima no Sistema de Justiça Penal: um modelo em três colunas. In: SCHUNEMANN, Bernd. **Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito.** GRECO, Luis (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 112-123.

_____. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Ed.) **Política Criminal y Nuevo Derecho Penal.** Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 89-100.

_____. Del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la Clase alta. ¿Un cambio de paradigma como exigencia moral?. In: **Temas Actuales y permanentes del Derecho Penal después del Milenio.** Tecnos, 2002, p. 49-69.

_____. O Direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito Liberal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 53, p. 9-37, mar-abr. 2005.

SEELMANN, Kurt. *Paradojas de la orientación hacia la víctima en el Derecho Penal*. In: SEELMANN, Kurt. **Estudios de filosofía del Derecho y Derecho penal**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 191-208.

SESSAR, K. **Wiedergutmachen oder Strafen. Einstellungen in der Bevölkerung und der Justiz**, Pfaffenweiler, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª ed. rev. y amp. Madrid: Civitas, 2001.

_____. Sobre la relevancia jurídico-penal de la realización de actos de "reparación". **Revista del Poder Judicial, Madrid**, n. 45, p. 183-202., 1º trim. 1997. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=123214>. Acesso em: 11 dez. 2017.

_____. (Director); MONTANER FERNÁNDEZ, Raquel (Coord). **Criminalidad de Empresa y Compliance. Prevención y Reacciones corporativas**. Barcelona: Atelier, 2013.

_____. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 11).

_____. Teoría Del Delito y Derecho Penal Económico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, vol.20, n.99, nov-dez./2012, p. 327-356.

_____. Medios no judiciales de reparación a la víctima: con especial referencia a los supuestos de responsabilidad profesional. **Revista jurídica argentina La Ley: derecho penal: doctrinas esenciales 1936-2010**, Buenos Aires, p. 507-532., 2011. Disponível em: <http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=101541>. Acesso em: 8 dez. 2017.

_____. ¿"Ex delicto"? Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal. **Indret. Revista para el Análisis del Derecho**. N.º 3, p. 04-13, 2001.

_____. **Eficiência e Direito Penal**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro. Barueri/ SP: Editora Manole Ltda., 2004.

STOPANOVSKI, Marcelo. A tecnologia como catalisadora da informação na prevenção e no combate à corrupção. in: "Lei Anticorrupção: Transparência e Boas Práticas". **Cadernos FGV Projetos**. Ano 11, nº 27. Abril 2016. Páginas: 54-65.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há**

blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <http://ensaiosjuridicos.wordpress.com/2013/04/20/bem-juridico-e-constituicao-da-proibicao-de-excesso-ubermassverbot-a-proibicao-de-protecao-deficiente-untermassverbot-ou-de-como-nao-ha-blindagem-contra-normas-penais-inconstitucionais-lenio-lu/>. Acesso em: 18/08/2013.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **O Direito Penal e o Princípio da Proibição de Proteção Deficiente: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TAMARIT SUMALLA, Josep M^a. **La víctima en el Derecho Penal**. De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da Aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THALER Richard H.; SUSTEIN, Cass. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

VASCONCELOS, André Prado de. **Extinção Civil de Domínio – Perdimento de bens: uma análise comparada: Brasil-Estados Unidos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

VICENTE REMESAL, Javier de. **El comportamiento postdelictivo**. Leon: Universidad de Leon – Secretariado de Publicaciones, 1985.

_____. *La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el Derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. (Libro Homenaje a Claus Roxin)**. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 173-206.

ZEDNER, Lucia. *Reparation and Retribution: Are they Reconcilable?* **The Modern Law Review**, Vol. 57, No. 2 (Mar., 1994), pp. 228-250. Disponível em: http://www.antonioacasella.eu/restorative/Zedner_1994.pdf. Acesso em: 31.12.2017.

ZYSMAN QUIRÓS, Diego. **Castigo e Determinação da Pena nos E.U.A.** Um estudo sobre as *United States Sentencing Guidelines*. Trad. Jacson Zilio. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.