



# REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DE PUNIBILIDADE

## COMPENSATION FOR DAMAGE AS THIRD WAY OF PUNISHMENT

WALLTON PEREIRA DE SOUZA PAIVA\* | CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO\*\*

### RESUMO

O presente trabalho se inicia com um breve histórico sobre o instituto da reparação do dano até o nascimento da Vitimologia, momento em que a vítima passou a ocupar o centro da atenção científica. Em decorrência da evolução das concepções vitimológicas, a reparação do dano exerceu forte influência em diversos aspectos da análise do fato delitivo. Assim, o estudo examinará – com base nas compreensões de Roxin – a influência da reparação do dano nas normas de Direito penal material, em especial sobre as finalidades da pena, o que permite classificar a reparação como uma pena, ou uma terceira via de punibilidade.

**Palavras-chave:** Reparação do dano; Direito penal material; Terceira via de punibilidade.

### ABSTRACT

The present work begins with a brief history of the institute compensation for damage until the birth of Victimology, moment when the victim came to occupy the center of scientific attention. Due to the evolving conceptions vitimological, compensation for the damage exerted a strong influence on many aspects of the analysis the delitive fact. Thus, the study will examine - based on understandings of Roxin - the influence of compensation for damage in the standards of Substantive criminal law, in particular about the purposes of punishment, which allows to classify the repair as a penalty, or a third way of punishment.

**Keywords:** Repair the damage; Substantive criminal law; Third way of punishment.

\* Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba.  
Advogado. Professor efetivo da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).  
[wallton\\_paiva@yahoo.com.br](mailto:wallton_paiva@yahoo.com.br)

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).  
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor adjunto dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC.  
[clarindo.neto@ufsc.br](mailto:clarindo.neto@ufsc.br)

Recebido em 29-3-2017 | Aprovado em 31-5-2017



## SUMÁRIO

**INTRODUÇÃO; 1 REFLEXÕES SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO DAS NORMAS DE DIREITO PENAL MATERIAL; 2 NOÇÕES SOBRE AS FINALIDADES DA PENA; 3 REPARAÇÃO DO DANO COMO PENA; 4 REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DE PUNIBILIDADE; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.**

### ■ INTRODUÇÃO

A proteção da vítima e o seu posicionamento no sistema penal tem sido um tema de política criminal bastante discutido em todo o mundo. A Vitimologia trouxe consigo influências para os ordenamentos jurídicos como um todo, uma vez que põe a vítima como centro de atenção científica, principalmente na solução do dano social ocasionado pelo fato crime. A reparação do dano é um tema antigo, vislumbrado desde o Código de Hamurabi (século XII a.C.), das leis judaicas e da Lei das XII tábuas, de modo que antecedeu às penas aflitivas, bem como à pena privativa de liberdade. Como lecionam Antonio Scarance Fernandes e Oswaldo Henrique Duek Marques<sup>1</sup>, a reparação chegou a substituir a vingança privada, e posteriormente evoluiu para a chamada *Vehrgeld*, que consistia no pagamento à vítima ou seus parentes pelo culpado de um delito. Esta começou a decair com o advento da Igreja Católica e a aproximação do crime com o pecado, de forma que a pena passaria a satisfazer a divindade e não mais a vítima.

Nos últimos anos, há uma tendência para que o Direito penal volte sua atenção para os interesses das vítimas, no sentido de oferecer ao delinquente a possibilidade de evitar uma pena privativa de liberdade. O chamado redescobrimto da vítima acarretou um novo tema, que nos dizeres de Hans Joachim Hirsch<sup>2</sup>, se converteu no tema da moda dos estudos de política criminal, outrora voltada à ressocialização do autor, agora convergia para a necessidade de melhorias dos interesses de proteção à vítima de delito: a reparação do dano ocasionado à vítima.

Essa tendência deu origem a algumas correntes de estudo político-criminal, as quais são aparentemente antagônicas. A primeira, com forte embasamento sociopolítico, reclama uma melhoria nas possibilidades de o ofendido obrigar a realização do processo penal, dando a ela a possibilidade de participação ativa dentro dele, haja vista ele ser voltado à reparação do dano. A segunda corrente deriva do desenvolvimento da penalística moderna, em que há um constante deslocamento da vítima do Direito penal, cujas sanções voltam-se quase que exclusivamente ao conflito entre a sociedade e o autor do fato típico, relegando a reparação do dano à esfera cível. Uma terceira corrente teria na compensação entre o autor e a vítima visando à reparação do dano como tema central, posto que os conceitos unilaterais fundados no tratamento do delinquente fracassam na sociedade de hoje.

<sup>1</sup> MARQUES, Oswaldo Henrique Duek ; FERNANDES, Antonio Scarance . *O Estado na Reparação do Dano à Vítima de Crime*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 678, 1994

<sup>2</sup> HIRSCH, Hans von. In ESER, Albin...[et al.]. *Dos delitos y de las víctimas*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

Dessa forma, a reparação do dano foi ganhando relevo nos estudos de política criminal, e seja qual for a corrente, haverá uma ampla defesa pela sua realização. Uma vez que boas partes das tendências políticas criminais procuram uma maneira de considerar a reparação do dano frente à vítima no Direito penal material, em especial no sistema das consequências jurídicas dela decorrentes. Neste norte, também serão discutidas, ao longo desse estudo, ideias defensoras da indenização estatal a vítimas de delitos, com base em fundos públicos estabelecidos com esse objetivo, ou outras possibilidades de subvenção estatal.

Daí surge um questionamento, feito por Roxin<sup>3</sup> o qual será investigado ao longo desse estudo. É compatível com as funções do Direito penal que um procedimento estatal renuncie total ou parcialmente a pena merecida quando o autor repara os danos causados e procura conseguir uma reconciliação com a vítima?

Esse questionamento feito anteriormente é apenas um dos que se deve tentar responder ao longo deste trabalho, pois a reparação do dano como pena será estudada junto com a terceira via exposta por Roxin<sup>4</sup>, ou seja, a reparação como pena independente tal qual a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança. Não obstante, será observada a reparação do dano dentro de um panorama conciliatório, e a mediação como forma de obtenção da reparação pelo dano causado pelo fato típico penal, e finalmente, será observada a criação de fundos públicos com esse intuito.

Posteriormente a essas abordagens, em que serão estudados aspectos de cada um dos modelos de reparação do dano acima elencado, será observado o modelo de reparação do dano no Brasil, partindo desde os aspectos penais, até as concepções processuais que visam à reparação, além de a intervenção do Estado nesse processo. É importante frisar que vários ordenamentos jurídicos não se utilizam de um modelo em exclusividade, pois há uma tendência a adoção de modelos distintos para situações específicas. Por isso, far-se-á o estudo de cada um dos modelos acima elencados para posteriormente se analisar o modelo brasileiro.

## 1 REFLEXÕES SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO NO ÂMBITO DAS NORMAS DE DIREITO PENAL MATERIAL

Para se iniciar o estudo do tema, deve-se partir da perspectiva de dois modelos de reparação do dano: o da reparação do dano como pena; e, posteriormente, a tese de Roxin<sup>5</sup> por ele chamada de terceira via, cuja reparação seria uma pena independente tais quais as medidas de segurança – o que torna imperioso colocar a reparação do dano em um panorama de finalidades da pena. Para que se possa compreender não só se esta concepção é ou não defensável dentro dos fins propostos pelo Direito penal às penas que ele comina, deve-se também avaliar se no instituto mencionado encontra-se uma possível pena, ou uma sanção penal independente.

<sup>3</sup>ROXIN, Claus. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. 1ª. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

<sup>4</sup>ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>5</sup>ROXIN, Claus. *Op cit*. 2008.

O desenvolvimento da penalística moderna acarretou um constante deslocamento da vítima do Direito penal, fundamentando as sanções no conflito da sociedade com o autor do fato delitivo, relegando a reparação do dano para o Direito Civil, via de consequência. A proteção às vítimas encontra-se em um Direito penal que expurga as demandas particulares, daí surge o seguinte questionamento: a incorporação de uma reparação é verdadeiramente uma tarefa do Direito penal? Essa dúvida circunda o tema da reparação do dano, no sentido de se tentar estabelecer um significado de modo a constituir uma correlação entre a reparação e o sistema penal dos fins da pena. Dessa relação pode-se extrair consequências práticas consideráveis, bem como repercute na significação teórico-penal da reparação. Dessa forma, ganham relevo as palavras de Roxin, que leciona: “quizá solo la legitimación teórico-penal de la reparación en el Derecho penal puede abrir camino, *de lege lata* y *de lege ferenda*, para su entrada efectiva en acción”<sup>6</sup>.

## 2 NOÇÕES SOBRE AS FINALIDADES DA PENA<sup>7</sup>

Para se poder afirmar se a reparação é ou não uma finalidade da pena, ou até mesmo uma espécie de pena, é importante ter em mente uma noção do que vem a ser pena, e quais as suas funções dentro do ordenamento jurídico. A pena é, nos dizeres de Muñoz Conde e García Arán<sup>8</sup> “el mal que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables de mismo”<sup>9</sup>, Jakobs<sup>10</sup>, por sua vez, entende que a pena “é a demonstração da eficácia da norma às expensas de um responsável”, ao cumprir essa função, resulta-se um mal, embora o que se deseje seja apenas a estabilização da norma violada. Bitencourt<sup>11</sup> lembra que a pena é uma grave e imprescindível necessidade social, e Marques<sup>12</sup> leciona que do ponto de vista prático, a pena “traz consigo conotações arcaicas da realidade mítico cultural da vingança e do castigo, que, longe de legitimarem o sistema penal, impedem que a pena possa atingir as pretendidas finalidades preventivas e socializadoras”. Mas, para que se possa compreender a amplitude da pena, é necessário distinguir seus três aspectos principais: a justificativa, o sentido e o fim da pena.

A justificativa da pena decorre da necessidade de represálias a atos contrários as condições de vida fundamentais para a convivência das pessoas em comunidade, como

<sup>6</sup> ROXIN, in Eser, et al, *op. cit.*, p. 135.

Talvez apenas a legitimação teórico penal da reparação no Direito penal pode abrir caminho, de *lege lata* e de *lege ferenda* para sua efetiva entrada em ação. (Tradução do autor)

<sup>7</sup> Falar-se-á apenas das principais teorias de finalidades da pena, e por isso não se adentrará no estudo das teorias unificadoras. Entende-se que essa teoria surgiu com o intuito de solucionar a luta entre os posicionamentos das teorias da pena que serão estudadas, de modo que criou uma mistura de teorias que finda por não satisfazer a nenhuma delas, muito menos as finalidades próprias da pena.

<sup>8</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte General*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 46.

<sup>9</sup> O mal que impõe o legislador pela comissão de um delito ao culpado ou culpados do mesmo. (Tradução do autor)

<sup>10</sup> JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coord. Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 21.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva 2004.

<sup>12</sup> MARQUES. Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*, 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 1.

lecionam Muñoz Conde e García Arán<sup>13</sup>. Pois sem a pena, a convivência humana na sociedade atual seria impossível, justificando-se não em uma questão religiosa nem filosófica, mas sim em uma necessidade. No que diz respeito ao sentido e à finalidade da pena há uma discussão sobre teorias que ocupou por muitos anos os estudos na Ciência do Direito penal, cujos temas serão abordados sucintamente ao longo deste tópico. São elas: as teorias absolutas; as teorias relativas; as teorias de união; e, a teoria da prevenção geral positiva. Cada teoria traz consigo efeitos que a pena deve surtir para que cumpra com a função do Direito penal, consequentemente dão sentido e finalidade diferentes à pena, de acordo com a noção de cada uma.

#### a) As Teorias Absolutas da Pena (Retribuição e Expição)

As teorias absolutas de pena atendem só ao sentido da pena, não trazendo consigo nenhuma espécie de finalidade. Outrossim, a pena não possui nenhum sentido socialmente útil, por isso é absoluta, uma vez que, na lição de Jakobs<sup>14</sup>, todos os elementos cujo conteúdo resulta apenas da circunstância de ter sido uma norma violada, independentemente da contribuição da pena para manutenção da ordem social. Sob essa ótica, a pena será um mal imposto ao infrator, cujo intuito será retribuir, equilibrar e expiar a culpabilidade do fato crime cometido. Sobre a concepção de pena para as teorias absolutas, Roxin<sup>15</sup> acresce que essa ideia compensatória é conhecida desde a antiguidade e vem-se perpetuando na consciência dos indivíduos com uma certa naturalidade.

É justamente nessa capacidade de enraizamento no psicológico da sociedade que radica o grande mérito das teorias absolutas, pois a pena deverá corresponder à magnitude da culpabilidade, o que proíbe uma penalização drástica em casos de culpabilidade leve. Dessa forma, como explicam Muñoz Conde e García Arán<sup>16</sup>, a pena é uma medida justa e necessária que deve retribuir de maneira proporcional a culpabilidade, juntamente com o mal ocasionado pelo autor do delito, que por sua vez, assimila moralmente à pena como justa compensação pelo mal que fizera, expiando sua culpabilidade o perpetrador se purifica e recobra sua integridade humana e social. Cabe observar que as teorias absolutas estabelecem um limite para punir, que segundo Jakobs<sup>17</sup>, limita a vingança à medida da perda de bens que o ato ocasionou.

É importante frisar a observação feita por Bitencourt<sup>18</sup> no sentido de que se tem uma melhor ideia da pena em sentido absoluto quando se estuda o tema em conjunto com o tipo de Estado que lhe deu vida. Essa consideração torna-se relevante, pois uma avaliação científica das teorias absolutas, em especial a da retribuição, já não poderia se sustentar nos dias de hoje. Posto que, como fora estudado anteriormente, a finalidade do Direito penal consiste na proteção subsidiária dos bens jurídicos, e, com isso, a manutenção da ordem

<sup>13</sup> MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. *Op cit*, 2007.

<sup>14</sup> JAKOBS, Gunther. *Op cit*, 2009.

<sup>15</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2006.

<sup>16</sup> MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. *Op cit*. 2007.

<sup>17</sup> Jakobs, Gunther. *Op cit*, 2009.

<sup>18</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op cit*. 2004.

social. Para que possa cumprir com esta função, ele não pode valer-se de uma pena que ignore expressamente todos os fins sociais. Discorrendo sobre o assunto, Roxin<sup>19</sup> acrescenta que:

La idea de retribución exige también una pena allí, donde sobre la base de la protección de bienes jurídicos no sería necesaria; pero entonces la pena no sirve a los cometidos del Derecho penal y pierde su legitimación social. Dicho de otra manera: el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección.<sup>20</sup>

Em outros termos, uma abordagem de natureza retributiva foge aos parâmetros da proporcionalidade, gerando um excesso de pena característico de um simbolismo penal. Portanto, a ideia de que se pode compensar ou suprimir um mal ocasionado pelo delito, por meio de outro mal decorrente da pena infligida ao autor do crime não prospera em um Estado cujo poder emanaria do povo, e não de Deus. A culpabilidade, por sua vez, está ligada ao livre arbítrio do indivíduo, não podendo servir de fundamentador, por si só da pena. Fora isso, há também consequências de cunho político-social, posto que ao se executar uma pena cujo fundamento está em impor um mal ao perpetrador não ocasiona a reparação do dano, nem a socialização do autor que ocasionara o fato delitivo, não sendo, por isso, um meio adequado na luta contra a delinquência.

#### b) As Teorias Relativas da Pena (Teorias Preventivas)

As teorias preventivas da pena preocupam-se com a finalidade desta. Elas partem do raciocínio da necessidade de esse estudar empiricamente os efeitos da pena, de modo que as teorias absolutas careceriam de interesse, uma vez que se preocupa mais com a gravidade do delito e à culpabilidade do agente para a imposição da pena cabível. Nesta senda, como explanam Muñoz Conde e Hassemmer<sup>21</sup>, surgiu a preocupação com os efeitos preventivos das sanções penais, sejam eles gerais ou especiais, nessa linha, a preocupação com a resposta justa ao delito cometido, saiu um pouco do foco discursivo.

Dessa forma, a pena, para as teorias preventivas, é entendida não como retribuição de um fato delitivo cometido, mas sim como uma forma de prevenir a sua prática. O que dar relevo para a lição de Bitencourt<sup>22</sup> é a ideia de que “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, somente porque delinuiu, nas teorias relativas à pena se impõe para que não volte a delinquir”. Do ponto de vista preventivo, a pena não se baseia

<sup>19</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006, p. 84

<sup>20</sup> A ideia de retribuição exige também uma pena lá, onde a base da proteção dos bens jurídicos não seria necessária, mas a pena não serve às funções do Direito penal e perde a sua legitimação social. Dito de outra forma: o Estado, como uma instituição humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça e não está legitimado para isso. A vontade dos cidadãos obriga a assegurar a coexistência do homem em paz e em liberdade, está limitado a esta tarefa de proteção. (Tradução do autor)

<sup>21</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2008.

<sup>22</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op cit*, p. 81.

na ideia de realização da justiça, mas na inibição de novos fatos delitivos como finalidade desta. Como o objetivo da pena é, para os defensores das teorias relativistas, prevenir a prática de delitos, essa função se divide em duas direções bem definidas: prevenção especial e prevenção geral.

### b.1) A Teoria da Prevenção Especial

A teoria da prevenção especial de delitos considera que é função da pena a manutenção de um indivíduo autor de um fato delitivo afastado da prática de novos delitos. Ou seja, ela se volta para indivíduos autores de fatos delitivos, de modo que a pena deverá atuar sobre eles com o intuito de inibir que ele volte a delinquir. Para alcançar esse fim, a pena fará uso de meios correcionais, intimidatórios, ou ainda apartar o indivíduo da vida social em liberdade. Discorrendo sobre o assunto, Jakobs<sup>23</sup> acresce:

O efeito sobre o agente deve dar-se de forma que ele seja mantido afastado de outros crimes mediante força física ou, então, que seja levado, por sua própria vontade, a não praticar mais nenhum crime. Este último se dá pela via da reabilitação do agente, seja essa via a da educação, ou a do adestramento, ou a da intervenção física (v.g., castração), ou, então, a via da intimidação por meio de uma pena admonitória.

O principal representante dessa teoria foi Franz von Liszt (1851-1919), cujo entendimento concebeu três formas de atuação da prevenção especial sobre a pena: o primeiro seria a reabilitação do criminoso que fosse suscetível ou necessitado dela; o segundo consiste na intimidação do criminoso que necessita da reabilitação; e, o terceiro consiste na neutralização do criminoso que não fosse passível de reabilitação. Arguindo sobre o entendimento mencionado, Roxin<sup>24</sup> aduz que esse raciocínio expunha um tratamento diferenciado para cada tipo de autor. Seja pela incapacitação do delinquente habitual que não se consegue que desista ou melhore; seja pela intimidação do mero delinquente ocasional ou, ainda, correção do autor de fato criminoso corrigível. Essa correção é a chamada ressocialização ou reabilitação do delinquente.

Essa ideia está vinculada à execução das penas privativas de liberdade, essa é a conclusão de Muñoz Conde e Hassemer<sup>25</sup>, pois se mostraria incompatível com a pena de morte ou penas corporais, derivadas de uma concepção retributiva da pena. Dessa forma, a prevenção especial não busca a retribuição do fato praticado, muito menos a intimidação da sociedade, seu objetivo é fazer com que o indivíduo que já delinuiu não volte a fazê-lo o que se busca é a correção do indivíduo para a sociedade, e não eliminá-lo dela. Discorrendo sobre a ressocialização do indivíduo, afirma Roxin<sup>26</sup>:

<sup>23</sup> JAKOBS, Gunther. *Op cit*, p.46.

<sup>24</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*. 2006.

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE e HASSAMER, Winfried. *Op cit*. 2008.

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006, p. 86.

En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien en cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado Social.<sup>27</sup>

Embora a teoria da prevenção especial tenha trazido consigo diversos avanços a nível político-criminal, é uma tese que não se encontra imune a críticas, pois em momento algum ela explica o que se deve fazer com autores de feitos delitivos que não necessitam de ressocialização. Por exemplo, um cidadão “A” pratica o tipo delitivo descrito no artigo 337-C do Código Penal (tráfico de influência em transação comercial internacional), mas o autor é um cidadão que mora em um apartamento no bairro Leblon<sup>28</sup>, frequentador dos restaurantes mais requintados da cidade, participante ativo de discussões de natureza política e praticante de obras sociais. Esse cidadão não necessita de ressocialização, pois tem plena consciência de seu papel na sociedade, mas mesmo assim insiste na prática de um fato que sabe ser descrito como crime no Código Penal Brasileiro. Diante desse tipo de delinquente os fins da prevenção especial seriam anulados, o que facilitaria a impunidade.

## b.2) Teoria da Prevenção Geral

No capítulo anterior, falou-se um pouco do modelo da prevenção geral positiva, momento em que se disse que a função da pena consistia no reconhecimento da norma jurídica. No entanto, a prevenção geral entende, segundo a lição Muñoz Conde e García Arán<sup>29</sup>, que a finalidade da pena consiste na intimidação da generalidade dos cidadãos, para que estes se afastem da comissão de delitos. Dessa forma deduz-se que essa teoria enxerga que a pena não deve retribuir um mal, nem atuar sobre o psicológico do indivíduo autor do fato delitivo, a pena deve influenciar a coletividade, que tomaria conhecimento das proibições penais e abster-se-ia do cometimento de fatos delitivos. Para dialogar com Bitencourt<sup>30</sup>, pode-se notar que o autor corrobora com esse raciocínio, pois a teoria de prevenção geral sustenta que, através do Direito penal se pode solucionar o problema da criminalidade:

Isto se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça de pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações mais injustas contra as quais reagirá; e, por outro lado, com a aplicação de pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada.

<sup>27</sup> Em tanto a teoria preventivo especial segue o princípio da reabilitação, que entre seus adeptos está hoje em primeiro plano, os seus méritos teóricos e práticos são evidentes. Cumpre sua função extremamente bem no Direito penal, já que exige exclusivamente a proteção do indivíduo e da sociedade, mas também quer ajudar o autor, ou seja, não expulsar ou marcar, mas integrar, cumprindo assim melhor do que qualquer outra doutrina as exigências do princípio de estado social. (Tradução do autor)

<sup>28</sup> Considerado bairro nobre da cidade do Rio de Janeiro-RJ

<sup>29</sup> MUÑOZ CONDE, e GARCÍA ARÁN. *Op cit.*

<sup>30</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op cit.*, p. 82.

Nesta senda, a pena atuaria sobre o fator psicológico do indivíduo na coletividade, no sentido de orientá-lo a não comissão delitiva, posto que essa não seria vantajosa para ele. Com a demonstração da seriedade da ameaça punitiva, segundo a ótica de Jakobs<sup>31</sup>, a punição deverá atuar tendo em vista finalidades. Ou seja, a pena deveria prevenir violações normativas, por meio de uma coação psicológica da ameaça de pena; evitar penas desnecessárias, no sentido de que a pena é necessária para respaldar a ameaça punitiva, se for utilizada em excesso banalizar-se-ia a utilidade dela; reforçar a vinculação legal da pena, cujo intuito é reforçar a legalidade cominando a pena descrita para o fato típico delitivo anteriormente descrito como tal. Tudo isso sem olvidar que o indivíduo é parte da comunidade e não um objeto simbólico para o Direito penal.

A teoria preventiva geral, como argumenta Roxin<sup>32</sup>, traz algumas vantagens fundamentais frente à teoria preventiva especial. Primeiro, porque demonstra que a pena é necessária, mesmo que não haja risco de reincidência, pois os delitos que não trazem consequências para o autor incitam a imitação. Segundo, porque a prevenção geral não tenta substituir descrições claras do feito delitivo por prognósticos de periculosidade e risco para o Estado de Direito. Assim, exige disposições penais clara e exatas de modo a facilitar o entendimento do cidadão e afastá-lo de determinada conduta.

Ainda sobre o assunto, Bitencourt<sup>33</sup> lembra que a prevenção geral fundamenta-se em duas ideias básicas. A primeira seria a intimidação pelo medo da punição; já a segunda seria a ponderação racional do indivíduo no sentido de não ver vantagens na prática delitiva. Assim, para a teoria da prevenção geral, “a ameaça de pena produz no indivíduo uma espécie de motivação para não cometer delitos”<sup>34</sup>. Entretanto, esse fundamento acaba por dar substrato a algumas críticas. Uma é no sentido de que não inclui medida alguma de delimitação da durabilidade da pena; outra seria não levar em consideração aspectos psicológicos individuais, como por exemplo o indivíduo confiar que não será descoberto fora o fato de não conseguir demonstrar quais os comportamentos que o Estado tem legitimidade para intimidar.

### 3 A REPARAÇÃO DO DANO COMO PENA

A reparação do dano como pena é um instituto próprio dos países da *common law*, como os Estados Unidos e a Grã Bretanha, países em que esse instituto assume características próprias, pois substitui total ou parcialmente as multas e as penas privativas de liberdade. Em outras palavras, essa sistemática compreende a reparação do dano como uma sanção autônoma, conseqüentemente, como leciona Hirsch<sup>35</sup> é vista como uma classe de pena que amplia o catálogo convencional. Muito embora Eser<sup>36</sup> entenda que essa sistemática dentro do Direito penal, bem como seu relacionamento com os fins da pena sejam pouco claros, o autor defende que a reparação do dano nesses países não é algo essencialmente diferente da

<sup>31</sup> JAKOBS, Gunther. *Op cit.*

<sup>32</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006.

<sup>33</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op cit.*

<sup>34</sup> BITENCOURT, Cezar. *Op cit*, p. 83.

<sup>35</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

<sup>36</sup> ESER, Albin. *Op cit.*

condenação do autor a indenizar os danos e prejuízos frente à ação civil do ofendido, como ocorre em alguns países latinos.

Para os defensores dessa sistemática, a reparação do dano é, sem sombra de dúvidas, algo maior que a simples indenização. No sentido de que se o autor não se encontra em condições de indenizar financeiramente, que encontre outros meios para que possa realizar o ressarcimento. Como leciona Hirsch<sup>37</sup>, a demarcação do que a vítima pode reclamar do autor em caráter de reparação é marcada pelo dano moral, cuja essência concede à vítima a indenização proporcional ao dano sofrido pelo fato típico delitivo, de modo que tudo o que exceda a isso se caracterizaria como ganância proveniente do delito em benefício do ofendido.

É salutar lembrar que pena e reparação do dano se diferenciam em diversos aspectos. Um em relação a quem é efetuada a prestação, no sentido de que a reparação é feita a favor de quem sofrera o dano, enquanto a pena é prestada ao Estado, que cumpre um dever público em infligir uma pena a quem cometera um fato típico delitivo. Ou seja, a reparação vai para a vítima com o ideário de ressarcir o dano sofrido, já a pena é um dever público do Estado para com a sociedade que o compõe. Outro ponto de cisão entre reparação e pena é a diferenciação entre pena e ressarcimento. Pois a destinação dada ao ressarcimento pode neutralizar o sofrimento causado à vítima, o que aos olhos de Biding apud Roxin<sup>38</sup>:

Núcleo de la diferencia entre pena y resarcimiento: la esencia del resarcimiento del daño consiste en su destino hacia la reparación, hacia la supresión de una situación imposible de fundar jurídicamente, por intermedio de la adecuada según el ordenamiento jurídico; aquél, empero, que sufre la pena, no debe y no puede neutralizar por su sufrimiento una situación antijurídica; la pena es, por definición, algo distinto a la reparación.<sup>39</sup>

A concepção da reparação do dano como pena gera um pouco de incerteza e insegurança nos estudiosos do Direito penal, pois a ideia de que a reparação é uma pena ou que a possa substituir total ou parcialmente quebra um pouco a separação estrita existente entre o Direito penal e o Direito Civil. Dessa forma, mesmo a reparação sendo prevista e efetivada no Direito penal, ainda se mostra dotada de natureza civil, posto que é compreendida como um ressarcimento. Outrossim, há um verdadeiro choque entre o instituto da reparação e o Direito penal. Isso ocorre, como bem ressaltam Muñoz Conde e García Arán<sup>40</sup>, já que:

El Derecho penal está presidido por fines preventivos y de regulación social y no por una finalidad compensatoria de los males infligidos a las víctimas. Ello no impide, desde luego, que las penas deban ser proporcionadas a la gravedad de los hechos ni que para valorarla se atiende al grado de afección de la víctima, [...]. En otras

<sup>37</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

<sup>38</sup> BIDDING, apud Roxin, 2008, in ESER, et al. *Op cit.*, p. 136.

<sup>39</sup> Núcleo da diferença entre pena e ressarcimento: a essência do ressarcimento do dano consiste em seu destino até a reparação, até a supressão de uma situação impossível de fundamentar juridicamente, por intermédio da adequação segundo o ordenamento jurídico; aquele, entretanto, que sofre a pena, não deve e não pode neutralizar pelo seu sofrimento uma situação antijurídica; a pena é, por definição, algo distinto da reparação. (Tradução do autor)

<sup>40</sup> MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. *Op cit.* p. 605.

palabras, la pena no se aplica para reparar al daño ocasionado a la víctima, sino para confirmar ante los ciudadanos la vigencia del Derecho penal como protector de bienes jurídicos y, en definitiva, para constatar la presencia del Estado en la ordenación de la convivencia, como únicas vías para lograr la realización de los fines preventivos<sup>41</sup>.

Além das críticas relativas ao caráter civil da reparação do dano, esta sendo vista como pena mostra-se detentora de uma natureza de caráter preventivo geral indiscutível, uma vez que o autor condenado a ressarcir a enxerga como um mal. Explanando sobre o assunto, Hirsch<sup>42</sup> aduz que essa característica não se mostra suficiente para fundamentar a tese de que a reparação deve ser classificada como pena, dado que um efeito preventivo geral ocorre em todas as consequências jurídicas prejudiciais que afetam o indivíduo. Partindo desse ponto de vista, como leciona Roxin<sup>43</sup>, ao seguir uma linha preventiva, seus efeitos sobre a reparação do dano é igual a zero, pois sabendo o autor que fracassando com seu objetivo delitivo basta para ele a restituição do status anterior ao fato crime, cessar-se-ia para ele o risco de uma pena privativa de liberdade, por exemplo. Portanto, o delinquente só teria a ganhar com a comissão delitiva, de tal forma que limitaria a reparação aniquilando, além dos efeitos preventivos gerais, os efeitos preventivos especiais desta. Relegando à reparação do dano um efeito totalmente contrário, que nas palavras do autor<sup>44</sup>: “Significaría antes bien una invitación a intenta alguna vez robar o estafar, pues en el peor de los casos la amenaza consistiría en la devolución de lo conseguido, cuya eventualidad no haría desistir a nadie de un plan delictivo a medio camino, que promete éxito.”<sup>45</sup>

O autor ainda desenvolve seu raciocínio no sentido de que, o ressarcimento do dano como pena dificilmente pode se mostrar plausível. Haja vista ter que se considerar pena esforços reparatórios sérios, enquanto que o ressarcimento do dano no Direito Civil não o é. De modo que, tentar conceber a reparação do dano como pena, acarretaria em uma reformulação completa em todo ordenamento jurídico. Nesse sentido, valorosa é a crítica de Hirsch<sup>46</sup>, pois lembra que a classificação de instituto jurídico remonta a sua manifestação ontológica, no sentido de que a significação do ressarcimento para o Direito Civil não se converterá em pena porque se pratica no Direito penal, haja vista os efeitos do instituto tanto para o autor como para a vítima ser o mesmo. Partilhando-se do mesmo raciocínio, reforça-se a natureza pública do Direito penal, no sentido de que se ele se voltar para uma solução privada para os delitos, o injusto penal perderá a natureza de injusto, retirando-o da esfera da ilicitude penal e encaminhando-o para o ilícito civil.

<sup>41</sup> O Direito penal é presidido por fins preventivos e de regulação social e não por uma finalidade de compensação dos males infligidos às vítimas. Ele não impede, desde logo, que as sanções devam ser proporcionais à gravidade dos fatos nem que para ser atendido a valoração do grau de envolvimento da vítima, [...]. Em outras palavras, a pena não se aplica para reparar o dano causado à vítima, mas aos cidadãos para confirmar a validade do Direito penal como protetor dos bens jurídicos e, em última análise, para verificar a presença do Estado no gerenciamento da convivência como a única maneira de obter a realização de fins preventivos. (Tradução do autor)

<sup>42</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

<sup>43</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

<sup>44</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008, p.138.

<sup>45</sup> Significa antes sim um convite para tentar alguma vez roubar ou fraudar , pois no pior caso de ameaça consistiria na devolução do que foi conseguido, cuja eventualidade não iria desencorajar alguém de um plano no meio criminal que promete sucesso. (Tradução do autor)

<sup>46</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit.*

#### 4 REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA DE PUNIBILIDADE

Um segundo modelo doutrinal que merece destaque é o exposto por Roxin<sup>47</sup> que defende a reparação do dano não como uma pena, mas sim como uma sanção penal independente, uma terceira via de punibilidade juntamente com a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança. Em outro momento, o autor de “Pasado, presente y futuro del Derecho Procesal Penal”, entende que há motivos convincentes para a inclusão da reparação do dano no Direito penal, pois assim se serviria mais aos interesses das vítimas que com uma pena privativa de liberdade ou de multa, que impediriam o ressarcimento antes de favorecê-lo, pois<sup>48</sup>:

Un autor, al que se priva de la libertad, no puede preocuparse del resarcimiento de la víctima y, en igual medida, sus oportunidades de poder reparar el daño con posterioridad se limitan drásticamente, debido a que la mayoría de las veces estará desempleado y tendrá que esforzarse mucho por su propia manutención. Quien es obligado a cancelar una multa muchas veces piensa que de esta forma expía sus culpas suficientemente y observa como inexistente cualquier otro motivo que lo obligue a pagar más al perjudicado; en todo caso, se dificulta la reparación de la víctima por la preferencia de una pecuniaria exigible. Pero si el Derecho Penal se manifiesta muchas veces como un instrumento de frustración de los intereses de las víctimas, entonces existe un inconveniente de orden político-social, ya que el Derecho Penal cumple su tarea de regulación de los conflictos sociales de manera insuficiente.<sup>49</sup>

Ainda introduzindo esse modelo de reparação, Roxin<sup>50</sup> argumenta que o ressarcimento do dano contribui para a consecução dos fins da pena, haja vista possuir um caráter ressocializador, uma vez que obriga o autor a enfrentar as consequências de seus atos criminosos, bem como a aprender e a reconhecer os interesses legítimos da vítima. Entende ainda, que a reparação do dano deveria ocorrer de forma voluntária, podendo conduzir a uma reconciliação entre o autor e a vítima o que facilitaria bastante a ressocialização do culpado. Ele ainda argumenta que a fundamentação para esse modelo, que chama de terceira via, se dá pela subsidiariedade do Direito penal. Tal qual as medidas de segurança que substituem a pena privativa de liberdade, como uma segunda via de punibilidade, a reparação poderia substituir, como terceira via, a pena privativa de liberdade, ou a atenuar de maneira complementar, fazendo com que satisfaça os fins da pena e as necessidades da vítima de

<sup>47</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

<sup>48</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2009, p.72.

<sup>49</sup> Um autor, a quem se priva a liberdade, não pode se preocupar com o ressarcimento da vítima e, em igual medida, suas oportunidades de poder reparar o dano depois se limitaram drasticamente devido maioria das vezes estar desempregado e terá que esforçar-se muito para o seu próprio sustento. Quem é obrigado a pagar uma multa, muitas vezes pensa que desta forma expia as suas transgressões suficientemente e entende que inexistem quaisquer outros motivos que o obrigue a pagar mais para a pessoa lesada, em qualquer caso se dificulta a reparação da vítima em detrimento de uma pecúnia devida. Mas o Direito penal é freqüentemente associada como um instrumento de frustração interesses das vítimas, então há um problema de política e social, já que o Direito penal cumpre a sua tarefa de regulação dos conflitos sociais insuficientemente. (Tradução do autor)

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006.

modo igual ou melhor que uma pena não atenuada. Em outras palavras, enquanto as medidas de segurança se fundamentam na culpabilidade, a reparação o faria na subsidiariedade. De acordo com a argumentação do autor<sup>51</sup>:

De acuerdo con mi concepción, el punto de partida reside en el juicio según el cual la legislación penal está sujeta al principio de subsidiaridad. Ya que la sanción penal es entre todas las intromisiones estatales la más severa, el principio de proporcionalidad del empleo de los medios de coacción estatal del Estado de Derecho exige que una pena pueda tener efecto sólo allí, y en la medida en que sea necesario, para el restablecimiento de la paz social y para la prevención de otros delitos. Tan pronto como puedan ser alcanzados estos objetivos a través de una reparación, se puede dar marcha atrás con la sanción penal<sup>52</sup>.

Seguindo esse raciocínio, a reparação pode agir como um substitutivo da pena de prisão, ou uma atenuadora dela, uma vez que se torna reconhecidamente um fator com efeitos preventivos de delitos, o que a incluiria nos fins tradicionais da pena. Segundo Roxin<sup>53</sup>, considerar a reparação no sistema de sanções significa reconhecê-lo como uma prestação autônoma que pode servir para alcançar os fins tradicionais da pena, e, na medida em que o consiga, nos casos concretos, deveria substituir a pena ou ser computada para atenuá-la. Dessa forma, o autor faz uma proposição no sentido de que a reparação deva ser considerada como uma sanção autônoma, na qual se mesclam elementos jurídicos, civis e penais, mas que não significaria um retrocesso, no sentido de privatizar a Justiça Penal. Seria a junção de ramos diferentes do Direito, correspondendo a uma função comum, que seria a de solucionar os conflitos sociais de maneira cuidadosa e pacífica.

Falando sobre o modelo em análise, Hirsch<sup>54</sup> argumenta que a Prevenção Geral Positiva seria o grande ponto de enlace da tese de Roxin<sup>55</sup>. Dela se derivaria a prevenção integrativa cuja orientação estaria voltada ao oferecimento de uma contribuição considerável à restauração da paz jurídica, uma vez que a sociedade e a vítima só considerarão eliminada a perturbação social com a reparação do dano originado pelo delito. O próprio Roxin<sup>56</sup> entendeu como adequada uma limitação no conceito de prevenção integrativa, no sentido de que a prevenção geral positiva é um conceito superior, de maior amplitude, que juntamente com a satisfação, busca alcançar metas de aprendizagem e de confiança no ordenamento. Portanto, para que se possa expressar exatamente o que seria a prevenção geral voltada à integração e a satisfação do sentimento jurídico coletivo, e, com isso, recompor a paz jurídica, o autor diferenciou três consequências na reparação sob a égide da prevenção geral positiva: o efeito motivador pedagógico-social da aprendizagem, que provoca o exercício da fidelidade

<sup>51</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2009, p. 76.

<sup>52</sup> De acordo com minha concepção, o ponto de partida reside no juízo segundo o qual a legislação penal está sujeita ao princípio da subsidiariedade. Já que a sanção penal é entre todas as interferências estatais a mais severa, o princípio da proporcionalidade do uso dos meios de coerção estatal do Estado de Direito exige que uma pena só possa ter efeito ali, e na medida em que seja necessária, para restabelecer a paz social e para prevenir outros crimes. Assim esses objetivos podem ser alcançados através de uma reparação que pode reverter à sanção penal. (tradução do autor)

<sup>53</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

<sup>54</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit*.

<sup>55</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2008.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

ao Direito; o efeito de confiança, que ocorre quando o cidadão vê que o Direito se realiza; e a satisfação que aparece quando o delinquente agiu tanto que a consciência jurídica coletiva se apazigua.

Observando-se isso, compreende-se que o modelo da reparação do dano como terceira via da punibilidade se aninha de maneira precisa à prevenção integrativa, atuando como fim de satisfação da consciência jurídica geral, ante a quebra do ordenamento jurídico ocasionada pelo delito. Entendeu que a tese é bem construída, o que dificulta as críticas destinadas a ela e, ainda, que a reparação deve ser vista como uma meta para o Direito penal, desde que coopere com os fins propostos pela pena estatal, e provoque uma nova expropriação dos direitos da vítima para solucionar o conflito social.

Embora a concepção sustentada por Roxin<sup>57</sup> de que a reparação do dano deve atuar como uma sanção penal independente seja muito bem construída ao ver desta pesquisa, ela perde força ante as críticas de Hirsch<sup>58</sup>, que enxergou um equívoco resultante do ponto de vista da prevenção integrativa. Segundo o autor, ao se remeter a prevenção integrativa, Roxin deixa de lado que em um ordenamento jurídico desenvolvido, a classificação penal de um caso só constitui uma parcela da solução jurídica. Ora, a regulação jurídica completa de um conflito pode envolver diversos campos do Direito, cada um deste com funções diferenciadas, ocupando-se das próprias consequências da quebra do ordenamento jurídico. A posição derivada da competência do Direito penal para a solução dos conflitos teria como consequência que todos os efeitos jurídicos do delito seriam de natureza penal, o que danificaria também o processo penal e os fins para ele propostos.

Ademais, Hirsch<sup>59</sup> critica a ideia de incluir a indenização como uma das tarefas genuínas do Direito penal, pois se reativaria a visão unilateral voltada exclusivamente à teoria da retribuição, atuando por baixo da prevenção geral positiva. Em sua linha argumentativa:

Bajo el velo de la prevención general positiva parece que, en realidad, se intercediera a favor de una estructuración más reforzada de las consecuencias jurídicas del hecho cometido, que excedería aun las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado al Derecho penal<sup>60</sup>.

Outra crítica de Hirsch<sup>61</sup> que merece destaque, consiste na necessidade de avaliação prévia no sentido de se aferir se o caso merece uma solução por parte do Direito penal ou por parte do Direito Civil indenizatório, pois essa diferenciação repercutirá na solução do caso concreto. Pois se para um grupo de casos se considera a reparação do dano como única consequência jurídica possível, eles devem ser retirados da competência penal, posto que o conflito só poderia ser solucionado pela via do Direito Civil.

Por fim, o autor questiona a possibilidade da reparação do dano substituir a pena privativa de liberdade. Pois ao se fazer uma análise do ponto de vista econômico e notar-se

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit*.

<sup>59</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit*, p. 65

<sup>60</sup> Sob o véu da prevenção geral positiva, parece que, na verdade, interceder em favor de uma estruturação mais reforçada das consequências jurídicas do ato cometido, que excederia até mesmo as funções que a teoria da retribuição tenha atribuído ao Direito penal.

<sup>61</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit*.

que o ofendido não possui condições de arcar com a reparação, sendo essa entendida como sanção penal independente tal qual na visão de Roxin, em caso de inadimplência, traria uma pena privativa de liberdade de natureza supletiva. Ou seja, o indivíduo não seria preso pelo fato típico delitivo, mas pelo inadimplemento em uma prestação, acarretando um regresso à prisão por dívidas. Procura-se evitar essa consequência fazendo uso, para o caso de inadimplemento, da execução civil, o que demonstra que a matéria se trata exclusivamente de uma consequência jurídica civil e, que não resulta benefício algum ao ofendido. Por isso, Hirsch<sup>62</sup> afirma:

Si no se quiere regresar a la “cárcel por deudas”, entonces la concepción representada por Roxin termina por resultar solamente beneficiosa para el autor. A éste le corresponde como consecuencia jurídica por el delito cometido, ya no más la condena a la pena de multa o, también, a pena privativa de la libertad, sino sólo la condena a una reparación exigible civilmente. Se habla, por tanto, de protección a la víctima en un primer plano, pero, en realidad, se persigue una mayor restricción de la reacción penal frente al autor. La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero ontológicamente se trata sólo de un abolicionismo parcial encubierto.<sup>63</sup>

Embora a discussão ocorra predominantemente em um plano de argumentação teórica, a grandeza do raciocínio e profundidade da tese merece uma abordagem, posto que é a matriz ideológica fundamentadora do Projeto Alternativo de Reparação do Dano de 1992 na Alemanha. No projeto havia uma proposta de lei elaborada com o intuito de integrar a reparação do dano no sistema de sanções penais, o que daria operacionalidade a tese em exame.

## ■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora seja embrionário falar, talvez a terceira via de punibilidade proposta por Roxin possa se mostrar viável, em nível de Brasil, ao se falar na condenação de pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes contra o meio ambiente, conforme os termos da Lei 9605/1998, atendendo ao mandado de criminalização do artigo 225, §3º da Constituição Federal de 1988.

Observou-se que ela atende aos fundamentos e finalidades da pena, bem como mostra-se uma viável alternativa ao cárcere. No entanto, as críticas apresentadas por Hirsch demonstra um forte tendência abolicionista nessa proposição, o que encaminha ao questionamento sobre a necessidade da intervenção do Direito penal para a realização da tutela ao bem jurídico que viabilizasse a sua aplicação.

<sup>62</sup> HIRSCH, Hans von. *Op cit*, p. 67.

<sup>63</sup> Se não se quer regressar à “prisão por dívidas”, então o conceito representado por Roxin termina por ser benéfico apenas para o autor. A este lhe corresponde como consequência jurídica para o delito cometido, já não mais a condenação à pena de multa ou, também, a pena privativa de liberdade, senão só a condenação a uma reparação exigível civilmente. Se fala, portanto, de proteção à vítima em um primeiro plano, mas, na realidade, se persegue uma maior restrição da reação penal frente ao autor. A vítima constitui, para esta corrente, um ponto de referência que possibilita a construção, mas ontologicamente se trata apenas de um abolicionismo parcial encoberto. (Tradução do autor)

Não obstante, ao se analisar as discussões sobre a reparação como terceira via de punibilidade são mais um programa (um planejamento) do que realidade, e como leciona o próprio Roxin<sup>64</sup>: “sólo se podrá hablar de un Derecho penal de três vías (en vez del actual de dos vías) cuando el legislador tenga en cuenta la reparación del daño en el sistema de sanciones de una manera totalmente distinta a la actual”<sup>65</sup>.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- ESER, Albin...[et al.]. *Dos delitos y de las víctimas*. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Coor. Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tomo I. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell editores, 2003.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; FERNANDES, Antonio Scarance. *O Estado na Reparação do Dano à Víctima de Crime*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 678, 1994.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. A perspectiva da vitimologia. In Diniz. Maria Helena. *Atualidade Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentos da pena*, 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal – Parte General*. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. *Introdução à criminologia*. Rio de Janeiro: Lumem juris, 2008.
- ROXIN, Claus. Sentido e Limites da Pena Estatal, tradução Ana Paula Natscheradetz, *in problemas fundamentais de Direito Penal*, 3ª Ed. Lisboa: Veiga, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Penal – parte general*. Tomo I. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Penal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*. 1ª. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

<sup>64</sup> ROXIN, Claus. *Op cit*, 2006, p. 110.

<sup>65</sup> Somente se poderá falar de um Direito penal de três vias (em vez do atual de duas vias), quando o legislador tiver em conta a reparação do dano no sistema de sanções de uma maneira totalmente distinta da atual. (Tradução do autor)