

A racionalidade penal moderna *versus* a reparação à vítima do delito como terceira via

Selma Pereira de Santana

selmadesantana@gmail.com

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2006) e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela mesma Faculdade (2002). Membro do Ministério Público Militar da União. Professora adjunta, de Direito Penal, da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação e Pós-graduação). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Penal e Direito Penal Militar

Recebido em 16/06/2011

Aprovado em 02/09/2011

Resumo

Encontramo-nos submersos em um sistema de pensamentos que determina, entre outras coisas, a forma de atuação do sistema criminal. Esse sistema é refratário em adotar soluções menos voltadas para a exclusão social do infrator, como, outrossim, respostas alternativas à solução dos conflitos penais. O momento atual, e o que se avizinha, é o momento de “devolver o conflito às pessoas” e o de permitir

inovações capazes de tornar a justiça mais eficaz e menos dispendiosa, como, por exemplo, admitindo-se a reparação como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança.

Palavras-chave

Racionalidade. Vítima. Terceira via. Reparação. Pacificação social.

The modern penal rationality versus victim reparation as a third way

Selma Pereira de Santana

Abstract

We find ourselves immersed in a system of thought that determines, among other things, the manner of operation of the criminal justice system. This system is refractory to adopt solutions that are less inclined to the social exclusion of the offender, as, instead, alternative answers to the penal settlement of disputes. The present moment and what lies ahead is the time to “return the conflict to the people” and

to enable innovations that make the courts more efficient and less costly, for example, assuming the repair as the third means of criminal law, beside punishments and security measures.

Key words

Rationality. The victim. The third way. Reparation. Social peace.

Sumário

- 1 Introdução
- 2 Discussões ao derredor da terceira via
- 3 Síntese do pensamento de Claus Roxin
- 4 Breves notas conclusivas
- 5 Referências

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.

Fernando Pessoa

Introdução

É perceptível a dificuldade do sistema penal em adotar soluções menos voltadas para a exclusão social do infrator. Temos conhecimento do trabalho incessante de movimentos que buscam a implantação de justiça restaurativa, daqueles que defendem ampliação de respostas alternativas, com estruturas de funcionamento contextual, usual e regular, e não apenas como possibilidades marginais¹.

A teoria da racionalidade penal moderna sustenta que o sistema penal encontra-se preso num conjunto de pensamentos que torna muito difícil a entrada de ideias alternativas no rol de possibilidades de soluções penais. Na realidade, ele orienta e apóia certas maneiras de fazer, ao mesmo tempo em que desencoraja outras que lhe são incompatíveis².

A racionalidade penal moderna consiste, em suma, num sistema de pensamentos dominantes, num conjunto de discursos apropriados por um sistema social, que funciona, para este, como fonte de cognição em relação ao que ele é (sua identidade) e quais são suas atribuições. Ele constitui um conjunto de ideias, nem sempre convergentes, que não se propõem a formar um todo harmônico, mas que têm a capacidade de, conjuntamente, emanar diretrizes para todo o sistema. Trata-se de um sistema de pensamentos que determina, entre outras coisas, a forma de atuação do sistema criminal e a maneira como ele deve tratar os conflitos penais.

¹ A racionalidade penal moderna torna tão “natural” a atribuição de um retrato punitivo ao sistema de direito criminal que temos dificuldade em ver atualmente que representação que este sistema faz da pena é apenas uma possibilidade entre várias possíveis para se responder às transgressões consideradas criminais. (...). Ela era, repetimos, uma possibilidade entre outras tantas que acabou sendo selecionada em fins do século XVIII quando da formação do referido sistema, e desde então atualizamos a mesma maneira de conceber a pena criminal. Todavia, o fato de termos em mente que era apenas uma possibilidade entre outras permite que tenhamos hoje a clareza que o seu destino permanece contingente: outras possibilidades de conceber a punição no futuro são sempre possíveis, embora a RPM permaneça com um enorme obstáculo cognitivo para inovações criativas em matéria de solução de conflitos penais (Cf. XAVIER, José Roberto F. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 2010, p. 291-292).

² PIRES, Alvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias** 1/ 64-95, 1999. v. 1.

Opondo-se e enfrentando a racionalidade dominante, surgiu, nos últimos anos, uma tendência consensualista na justiça penal não alheia ao movimento de expansão dos direitos fundamentais, mas que obedece a uma lógica racionalizadora e de eficácia. O Estado recuou, restringindo seu domínio, para aumentar aquele que passou a reservar à livre determinação do indivíduo.

O momento atual, e o que se avizinha, é o momento de “devolver o conflito às pessoas” e o de permitir inovações capazes de tornar a justiça mais eficaz e menos dispendiosa, como, por exemplo, admitindo-se a reparação³ como terceira via do Direito Penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, renovando-se soluções de diversão, implantando-se e ampliando-se o uso da mediação. Faz-se necessário, pois, encontrar novos equilíbrios na realização da justiça penal.

Na perspectiva da reparação à vítima, como terceira via, não se trataria de compensar o dano civil decorrente do delito, mas de se buscar atingir, na realidade, uma compensação das consequências do delito, mediante prestação voluntária por parte do autor, que terminaria servindo de mecanismo de restabelecimento da paz jurídica.

Os argumentos fundamentais favoráveis à reparação como “terceira via” são: o interesse da vítima⁴ é, em muitos casos, mais bem atendido através da reparação⁵ do que através de pena privativa de liberdade ou pecuniária; em muitos casos, de pequena ou média criminalidade, a reparação é suficiente para satisfazer as necessidades de estabilização contra fática das expectativas comunitárias na vigência da norma violada, tornando-se desnecessárias quaisquer outras sanções penais; à reparação deve atribuir-se acentuado efeito ressocializador, na medida em que obriga o

³ ROXIN, Claus. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht** – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau, 1992, p.367-375.

⁴ A vítima, ao mesmo tempo em que suscita compaixão, suscita também um mal estar por não querer se limitar ao seu espaço marginal tradicional, por querer ter uma opinião sobre o andamento do caso penal e sobre o destino do seu agressor. “Um desconforto, até mesmo uma certa hostilidade, em relação a uma vítima que se imiscui nos ‘assuntos da justiça’” (XAVIER, José Roberto F. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 2010, p. 304 -305).

⁵ De acordo com Herrera Moreno, no âmbito dessas últimas ideologias, há quem pretenda incubar o conceito equivocado de “reparação integral”, que, sem embargo, é alheio à natureza ponderadamente reintegradora da reparação aqui comentada. Essa ideia é seqüela de uma utópica e desorbitada fantasia, conforme a qual compete ao autor uma reparação, de tal natureza, que possa repor a condição da vítima ao exato estado pré-vitimizatório. “Mais que um lenitivo de solução, tal concepção integrista aspira a um direto endurecimento penológico” (HERRERA MORENO, Myriam. **La hora de la víctima. Compendio de victimologia**. Madrid: Edersa, 1996a, p. 242).

autor do delito⁶ a entreter-se com as consequências da sua conduta para a vítima⁷, e pode, inclusive, conduzi-lo a um acordo com ela, ou, quando menos, a uma mútua compreensão e ao perdão ‘moral’ da falta por ele cometida; o que, por seu lado, reforça a vigência e a validade da norma violada, contribuindo para o restabelecimento da paz jurídica atingida pelo cometimento do delito.

Atente-se, contudo, que, quando se refere ao esforço reparador por parte do autor do delito, não se está querendo afirmar que ele atenda tão-somente ao interesse da vítima. Uma reparação que fosse ao encontro, apenas, do interesse da vítima deveria supor a exclusão da voluntariedade do agente.

Roxin, um dos arautos⁸ da concepção da reparação como “terceira via”, argumenta haver uma série de motivos que justifica a inserção da reparação do dano no Direito Penal (1992 p. 367-375). Entende Roxin que, se a reparação e o acordo de compensação entre o autor e a vítima têm encontrado aceitação tão ampla na mais recente discussão político-criminal, isso se deve, principalmente, às vantagens que a reparação traz aos envolvidos pela conduta punível: a vítima, o autor, e, também, a administração da justiça.

A reparação, nesses moldes, serviria muito mais, mas não somente, aos interesses da vítima⁹, uma vez que poderá ela ser indenizada rapidamente, sem nenhum

⁶ Para Costa Andrade, recorrendo à plasticidade do vocabulário do interacionismo simbólico e da etnometodologia, parece seguro que, como reação criminal, a restituição da vítima favoreça a posição do delinquente na retórica da responsabilidade (ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal – Separata do volume 21 do **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1980, p. 250).

⁷ Silva Sánchez também entende que a solução reparadora pode ter efeitos positivos de ressocialização através da responsabilização da conduta cometida. Segundo ele, esta pode constituir uma via mais orientada à conduta, e menos instrumentadora, de obtenção da desejada ressocialização. “Precisamente, o maior mérito que alguns atribuem à eventual configuração da reparação do dano como sanção autônoma é sua contribuição à restrição das penas, em particular das privativas de liberdade. Por fim, algo similar cabe afirmar a propósito da prevenção geral de integração. A reparação pode expressar, certamente, em determinados casos, o reconhecimento e a conseguinte estabilização da norma vulnerada suficientes para produzir o efeito de confiança da coletividade no funcionamento do ordenamento jurídico. A questão é, de novo aqui, que a orientação prioritária à vítima, com a reparação, não ultrapasse os limites em que pode cumprir razoavelmente tal missão para entrar em terrenos nos quais desencadeariam a desestabilização e a desconfiança. De novo, produzir-se-ia, em tal caso, um sacrifício da vítima potencial a favor da vítima potencial”. (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La posición de la víctima en el maraco general de la función del derecho penal. In: Libro- **Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**, tomo 2. Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 405-406).

⁸ Juntamente com BAUMANN, Jürgen / BRAUNECK, Anne-Eva / BURGSTALLER, Manfred / ESER, Albin / HUBER, Barbara / JUNG, Heike / KLUG, Ulrich / LUTHER, Horst / MAIHOFER, Werner / MEIER, Bernd-Dieter / RIEB, Peter / RIKLIN, Franz / RÖSSNER, Dieter / ROLINSKI, Klaus / SCHÖCH, Heinz / SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst / WEIGEND, Thomas.

⁹ Para Herrera Moreno, os efeitos ressocializadores da mediação-reparação podem beneficiar

custo ou esforço próprio, enquanto que o sistema penal tradicional que a remete ao Direito Civil provocar-lhe-ia esse ônus. Esse caminho quase sempre terminava por prejudicar a vítima, uma vez que teria que despender muito tempo e dinheiro para reclamar a um Tribunal Civil, além do que o processo penal impedia também, quase sempre, que a vítima pudesse obter alguma indenização.

2 Discussões ao redor da terceira via

Tem-se objetado¹⁰ que, com a inclusão da reparação no Direito Penal, estar-se-ia, apenas, buscando solucionar uma crise do Direito Civil, pois supor-se-ia evidente que não estaria ele em condições de acudir a vítima, indenizando-a dos danos e prejuízos. Admitamos que haja nisto, também, algo de verdade. Todavia, com a introdução, já sugerida, de ação civil isenta de custas, não se poderia resolver o problema, posto que, ainda quando portando um eventual título executivo, em regra,

a vítima em seu processo de reinserção pós-vitimizatória. “A vítima alivia consideravelmente seu sentimento de impotência, sua autopercepção como sujeito paciente, quando deixa de ser expectadora inerte e passa a atuar, isto é, quando se lhe permite expressar sua experiência vitimizadora ao autor do delito. Por sua vez, a conciliação permite à vítima conhecer as razões, familiarizar-se com o contexto em que se perpetrou a ofensa, o que pode facilitar uma certa corrente de empatia com o ofensor ou, quando menos, estabelecer uma melhor condição de entendimento” (HERRERA MORENO, Myriam. **La hora de la víctima. Compendio de victimologia**. Madrid: Edersa, 1996a, p. 244).

¹⁰ De acordo com Carbonell Mateu, o papel político criminal atribuído à reparação pode ser significativo. Não há dúvidas de sua potencialidade como meio de diminuição da pressão penal e os efeitos indesejáveis da pena. Constituiria, assim, uma “terceira via” de reação, sem efeitos dessocializadores e mediante a qual se conseguiria anular ou, ao menos, diminuir, notavelmente, as consequências do delito. Contudo, junto às vantagens indubitáveis aparecem as características de privatização. Para medir sua aceitabilidade, é necessário levar em consideração certas questões: não estamos diante de um fenômeno isolado, senão diante de uma expressão da tendência geral à privatização, o conseqüente relaxamento do caráter público do Direito Penal e o paulatino abandono do papel atribuído ao Estado constitucional moderno como titular único do poder punitivo. Por outro lado, a satisfação dos interesses fundamentalmente econômicos das vítimas poderia ser alcançada por outras vias que assegurem um maior respeito à legalidade, à igualdade e à justiça: incrementar o âmbito da responsabilidade civil subsidiária do Estado. Dentre as vantagens acrescenta-se, pelo contrário, a de que se poderia obter uma recuperação social do autor a um custo menor do que comporta a aplicação da pena. “A função de tutela do bem jurídico se veria substituída, no fundo, pela satisfação de interesses privados. O Estado aparenta ter um interesse subsidiário: se não satisfaz a vítima mediante a reparação, então a pena cumpre sua função de controle social. As consequências de tudo isso não podem ser ignoradas: a manutenção do interesse público depende de decisões privadas, a vontade geral expressa na lei somente é aplicada se não for atingida a reparação. E isso, forçosamente, significa que, na realidade, o delito não parece consistir tanto na lesão ou exposição a perigo do bem jurídico, de forma típica, mas na insatisfação da reparação subsequente” (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Alternativas al derecho penal. Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo**. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, p. 216-217).

não garantiria ele àquele que sofreu o dano o recebimento do valor que lhe fosse deferido judicialmente.

Entende-se, por essa razão, que o Direito Penal dispõe de possibilidades muito mais eficazes de assegurar realização efetiva de prestações reparatórias através da dispensa de aplicação da pena ou de uma sensível redução desta. Se, com isto, argumenta Roxin¹¹ ele está assumindo uma tarefa que já é atribuída também ao Direito Civil, não constitui isso nenhum dano, apenas ilustra o reconhecimento de que os diferentes ramos do Direito não podem ficar totalmente isolados uns dos outros, confirmando a interdisciplinaridade, posto que perseguem objetivos semelhantes por caminhos distintos. Também não há nada que se oponha a que, tanto o Direito Civil quanto o Direito Penal envidem esforços no interesse da vítima. Constitui até mesmo vantagem, a circunstância de que, naqueles casos mais graves de ação criminosa, em que é quase totalmente inútil a ação judicial privada, o Direito Penal ofereça, suplementarmente, o seu auxílio à vítima, alcançando, ao mesmo tempo, um meio eficaz de ressocialização do autor do delito.

O autor de um delito, enquanto privado de sua liberdade, fica impossibilitado de fazer algo para reparar o dano causado, embora as investigações empíricas tenham constatado, em muitos delinquentes, a necessidade de realizar a reparação¹². Tem-se observado, ainda, que a vontade de reparar a vítima vai desaparecendo no decorrer do cumprimento de uma pena privativa de liberdade. Quanto à pena de multa, tem-se constatado que muitos delinquentes que já efetuaram o pagamento da multa rejeitam a possibilidade de proceder a uma reparação, pois, dessa forma, se sentiriam duplamente punidos.

¹¹ ROXIN, Claus. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht** – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau, 1992, p.367-375.

¹² FREHSEE, D. **Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle**. Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p. 336 e ss.

Por outro lado, a inclusão da reparação e do acordo de compensação autor-vítima no Direito Penal favorece também ao autor^{13 14}, que tem, dessa maneira, a possibilidade de, mediante uma reparação rápida e voluntária¹⁵, obter importante

¹³ Para Herrera Moreno, a “teoria da dissonância cognoscitiva” (Festinger; 1957) demonstra que, quando o comportamento de uma pessoa é inconsistente com sua atitude mental, tal atitude interior vai transformando-se até o modo em que melhor se justifica e se compadece como efetivo comportamento. Assim, o encontro conciliador autor/vítima do delito concede ao primeiro a possibilidade de livrar-se de uma pena carcerária vitimizante e estigmatizadora; contudo, faz-lhe encarar diretamente as consequências tangíveis de seus atos, ativando sua empatia com a vítima; o processo de desumanização e auto justificação pré-delitivo pode ficar, dessa maneira, neutralizado. Isto, que, por outra parte, nem sempre se produz, constitui algo bem distinto do efeito expiatório ou purgativo. “Segundo se observa, a conciliação não tem com objetivo uma ‘revolução’ interior ou a ‘reeducação’, contudo, as tornam viáveis: é impensável uma genuína ressocialização que não passe pela percepção das consequências negativas do delito perpetrado. A sorte da vítima opera como básico fator reeducativo. Deste ponto de vista, a conciliação serve à vítima, como também se serve da mesma como potencial ‘agente reeducador’” (HERRERA MORENO, Myriam. **La hora de la víctima. Compendio de victimologia**. Madrid: Edersa, 1996a, p. 243).

¹⁴ Baumann sustenta que a ideia-chave é a repersonalização do sistema penal; alega-se que a vítima não necessita tão-somente de dinheiro, senão fundamentalmente de arrependimento, reconciliação e satisfação; e que o autor necessita, precisamente, do mesmo para sua ressocialização. Sobre isso, obviamente, existe uma visão crítica do processo de despersonalização característico do Direito Penal moderno: sustenta-se que o Direito Penal causou muito mais dano que em um só dia o fizera a vingança privada (“Zur Repersonalisierung des Strafrechts”, **Beitrag zur Rechtswissenschaft. Festschrift für W. Stree und J. Wessels zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 1993, p. 41-43, apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La posición de la víctima en el marco general de la función del derecho penal. In: Libro- **Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**, tomo 2. Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 217).

¹⁵ “O princípio da voluntariedade provavelmente constitui a inovação decisiva do nosso Projeto. Somente uma prestação voluntária do autor, que seja determinada e adequada para compensar as consequências do delito, deve ser reconhecida como reparação que restaura a paz jurídica. Decidimo-nos, por maioria, pelo princípio da voluntariedade porque, no cerne da reparação, além do restabelecimento da vigência das normas, está o acordo de compensação pessoal entre autor e vítima; este, contudo, só pode ocorrer convenientemente se presente a voluntariedade. Quando o autor apenas é condenado à prestação indenizatória do dano – de qualquer forma civilmente devida –, isto poderá, possivelmente, bastar para a aceitação por parte da vítima, mas, com isto, fez-se muito pouco para a realização dos objetivos da pena. Também a restauração da paz jurídica é bem mais garantida por meio de prestações efetuadas voluntariamente do que através de uma condenação à indenização do dano. Acresça a isto outros aspectos práticos. Os grandes problemas práticos relacionados à apuração do montante do dano e à execução – raramente possível – de uma demanda civil de indenização de dano, que, até agora, têm se constituído em obstáculos a uma ampliação da ideia, não se colocam – ou fazem-no apenas num âmbito consideravelmente reduzido – quando apenas prestações reparatórias voluntárias são reconhecidas. Além disto, o princípio da voluntariedade afasta possíveis restrições jurídico-constitucionais decorrentes da discriminação às vítimas de delitos. Isso porque, numa reparação determinada judicialmente, praticamente todas as vítimas do delito teriam de receber o mesmo tratamento. Isto conduziria a uma mescla genérica do Direito Penal e do Direito Civil. Finalmente, uma grande parte das prestações reparatórias, que, na prática, poderiam ser levadas em consideração, especialmente as prestações em trabalho, enquanto ações infungíveis, não poderia – ou só o poderia de forma inadequada – ser objeto de execução. Esta é mais uma

atenuação da pena, ou, quando não, sua suspensão condicional. Tanto do ponto de vista social quanto do pessoal, encontra-se aí grande oportunidade de se motivar o autor a empregar suas forças, a fim de alcançar um acordo¹⁶ de compensação que satisfaça a vítima. “Estamos aqui, por conseguinte, diante de situação pouco comum, na qual convergem os interesses da vítima e do autor: precisamente aí reside a grande força de fascinação deste modelo”¹⁷.

A reparação, em suma, não deve ser direcionada predominantemente ao autor do delito ou à vítima, devendo levar igualmente em consideração ambas as linhas de visão. O Direito Penal deve resolver conflitos sociais de forma tanto abrangente quanto possível. E a reparação à vítima constitui importante contribuição, embora a real eliminação do conflito – também no sentido dos interesses da coletividade – somente se torne possível com a compensação autor-vítima. Assim sendo, deve-se dar preferência a formas de composição que não percam de vista esse objetivo.

Obtêm-se, ainda, grandes vantagens com a inserção da reparação como sanção autônoma, no Direito Penal, para a administração da justiça. Para início, por exemplo, economizam-se ou um processo civil, ou, pelo menos, os inúteis esforços de execução de sentenças. A sentença penal condenatória somente proporciona à vítima um título executivo judicial, que termina carecendo de qualquer valor prático, quando o autor, como é comum acontecer, ou nada possui ou se subtrai à execução. Esse gasto inútil de energia, de tempo e de dinheiro no processo e na execução desaparece no momento em que o autor presta, por si mesmo, a indenização dos prejuízos. Acrescente-se que à administração da justiça Penal se pouparia praticar procedimentos custosos e que exigiriam muito tempo, caso o autor e a vítima, ao revés, se pusessem de acordo.

razão para que só sejam admitidas prestações efetuadas voluntariamente. Acrescente-se que medidas voluntárias de auto-ressocialização (como, por exemplo, o tratamento de desintoxicação de um alcoólico ou de um dependente de drogas), apesar de sua afinidade com a reparação simbólica, estão excluídas do elenco de reparações, por não apresentarem uma reparação com a vítima” (SCHÖCH, Heinz. Vorläufige Ergebnisse der Diskussionem zu einem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich** – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau, 1992, p. 73-82).

¹⁶ Uma das críticas dirigidas a essa concepção concentra-se na ideia de que o entendimento conciliador-reparador é hipócrita, mercantil e conservador. O acordo oferece proteção aos interesses materiais das vítimas através de um pragmatismo exacerbado, frente ao qual os infratores ficariam indefesos, com absoluta preterição dos fins sociais do Estado Social. Tudo se reduziria a uma mera operação de compra e venda mais própria de um “bazar oriental sem preços fixos” que de um Estado de Direito. Davor Krapac, “La mediació víctima-delinquent”, *Justiforum, Papers d’Estudis i Formació*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya, 7/1997, p. 54 (apud HERRERA MORRENO, 1996b, p. 390-391).

¹⁷ ROXIN, Claus. Culpa e Responsabilidade. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 4, p. 503-542, 1999a, p.8.

A reparação do dano, segundo essa compreensão, não constitui questão jurídico-civil, mas algo que contribui fundamentalmente para a realização dos fins da pena¹⁸: ela possui um importante efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito a enfrentar-se com as conseqüências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima; viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima e, conseqüentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, pois “só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo –, a perturbação social originada pelo delito”¹⁹.

Uma das maiores objeções à ideia da reparação reside na seguinte dúvida: se a sua incorporação seria ou não uma tarefa do Direito Penal²⁰. Ou, então, no dizer de Roxin: “Que significado pode corresponder à reparação no sistema dos fins da pena?”²¹.

¹⁸ Silva Sánchez sustenta que a maior inclinação na reparação pode ter como consequência acessória a de intimidar autores potenciais. Contudo, em princípio, em matéria de prevenção geral negativa ou intimidatória, não são relevantes os efeitos positivos que poderiam ter uma maior insistência neste terreno. Referentemente à prevenção especial de conteúdo ressocializador, a solução reparadora pode ter efeitos positivos de ressocialização, através da responsabilização da conduta cometida. A propósito da prevenção geral de integração, a reparação pode expressar, certamente, em determinados casos, o reconhecimento e a conseqüente estabilização da norma vulnerada, suficientes para produzir o efeito de confiança da coletividade no funcionamento do Ordenamento Jurídico. “A questão é, de novo aqui, que a reparação, com sua orientação prioritária à vítima atual, não ultrapasse os limites em que possa cumprir razoavelmente essa missão estabilizadora para entrar em terrenos nos quais desencadearia a desestabilização e a desconfiança. De novo, aqui, produzir-se-ia, em tal caso, um sacrifício da vítima potencial a favor da vítima atual” (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites*. In: **Política Criminal y nuevo Derecho Penal** (Libro-Homenaje a Claus Roxin), Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997b, p. 221-222.

¹⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal — Parte General I**. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, S. A., 1997. Traduzido da 2 ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal, p. 109.

²⁰ “Quando pensamos nas sociedades que preferem a reparação à punição, a África Negra é o caso em questão. Há mais de quarenta países na África Negra, e, conseqüentemente, a variedade de soluções é impressionante”. A ideia de restituição, ou reparação, é algo profundamente arraigado na África Negra tradicional. Através disso, a paz pode ser restabelecida na comunidade. A punição, por outro lado, não é importante: nada de positivo resulta disso. “Não obstante, seria uma ilusão tentar transferir tais modelos de reparação e de fazer as pazes para as anônimas sociedades dos modernos Estados industrializados” (MADLENER, Kurt. *Compensação, Restituição, Sanção Pecuniária e Outras vias e Meios de Reparar o Dano às Vítimas do Crime através dos Tribunais* (2ª parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 14, p. 83-101, 1996, p. 86-87.

²¹ Roxin propôs, em 1992, no Colóquio Internacional Jurídico-Penal e Criminológico, em Freiburg im Breisgau, que o Instituto Max Planck realizasse uma pesquisa sobre o tema, cobrindo três grandes áreas: a questão teórica jurídico-penal e criminalística da relação entre a pena e a reparação; o levantamento dos números legais de composição em todo o mundo e, finalmente, o problema da eficácia prática de todas as tentativas até então implementadas

Antevendo-se a esse patamar de questionamento, já Binding²², no século XIX, sustentava que pena e reparação são institutos diferentes entre si. Argumentava, para tanto, que a reparação é prestada a quem sofreu o dano; já a pena ao Estado, que cumpre o dever de infligir a pena. A pena deve produzir uma ferida, e o ressarcimento do dano curar outra, na medida do possível, sem causar uma segunda.

Essa separação do Direito Penal do Direito Civil, como, do mesmo modo, a ideia amplamente aceita — que quase não tem sofrido impugnação nos últimos tempos — de que reparação e pena são institutos essencialmente distintos, formaram o quadro a que hoje assistimos: a evidente dificuldade de se admitir a reparação como sanção autônoma, capaz de substituir totalmente a pena ou, ao menos, atenuá-la.

Se admitirmos como verdade absoluta e inquestionável que se deve remeter tudo aquilo que serve à vítima do Direito Penal ao Direito Civil, restarão somente como fins da pena, ainda que discutíveis, a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial²³.

Diante dessas questões, o cenário científico tem acenado com três soluções para a introdução da reparação no Direito Penal: a composição privada do conflito; a incorporação da reparação como terceira classe de pena, juntamente com a pena privativa de liberdade e multa, e, finalmente, o estabelecimento de um novo fim para a pena, alcançável por prestações compensatórias do Direito Civil.

Para a primeira proposta, a composição do conflito por via de autonomia privada²⁴, apenas é possível até determinado limite, e, segundo entende Roxin, “desejável

(ROXIN, Claus. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht*. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau*, 1992, p. 367-375).

²² **Die Normen und ihre Übertretung**, t. 1, 3ª edição, 1916, p. 284-298 (apud ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas*. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b,).

²³ ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas*. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 137.

²⁴ Alguns esperam, quando menos vaticinam, para um futuro mais ou menos distante, uma privatização do Direito Penal (ESER, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren*; contra RIESS, *Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren*). A reparação tomaria o lugar da pena e desprezaria não somente essa reação penal, senão, em geral, a aplicação do Direito Penal; a composição privada do conflito tomaria o lugar do procedimento penal. “São tocantes as ideias do Prof. Maihofer, segundo o informe de Weigend: aquele se perguntava ‘...como se chega a viver hoje um renascimento de alguns elementos do procedimento de partes e, também, da ideia da reparação? Ele assinala a circunstância de no sistema composicional antigo já se ter desenvolvido uma forma mista entre a pena e o ressarcimento jurídico-civil do dano, que é designada hoje, amiúde, como prévia ao Direito Penal. Na verdade, contudo, ter-se-ia levado a cabo, nesse sistema originário de Direito Penal livre, hoje redescoberto, uma reintegração do autor, enquanto que a mediação do conflito individual e grupal, por intermédio da ‘paz de Deus’, ou estatal, conduziu, como se conhece, à formação de um Direito Penal servil à autoridade, contra os

do ponto de vista de Política Criminal²⁵. Acena o autor com o § 167 do Código Penal austríaco, que prevê um motivo de exclusão de pena, em grande número de delitos contra a propriedade e o patrimônio, caso o autor do delito repare os danos ou, ao menos, se obrigue a isso contratualmente, antes que as autoridades tomem conhecimento do ocorrido²⁶.

As soluções do conflito, por via privada²⁷, de acordo com o autor, constituindo modelos para evitar o Direito Penal, têm a finalidade de lograr despenalização parcial, com a qual a reparação não se integra ao Direito Penal. O poder estatal fica renegado a um segundo plano, e não conhece absolutamente nada do assunto.

Parece claro que esse tipo de solução somente é possível em âmbitos estritamente restritos:

A amplitude para essas possibilidades está adstrita ao limite disponível à despenalização. Isso deveria ser aproveitado. Ir mais longe, contudo, incidiria no perigo de, caso o Estado se retirasse do âmbito das lesões mais importantes aos bens jurídicos, o Direito não mais atuar, mas aqueles mais poderosos, acrescida a circunstância de que as pressões põem em perigo a paz jurídica, talvez num grau maior que o ocorrido em si mesmo²⁸.

súditos. Em um Direito Penal entre homens livres e iguais, a reparação deveria ser, consequentemente, a sanção principal, e o fim do litígio por um contrato expiatório e pela compensação do dano, o procedimento prevalecedor. O movimento de espiral de desenvolvimento histórico remete, assim, hoje, à situação que dominava antes da mediação dos conflitos sociais: donde vivem sujeitos de direito em uma forma associativa democrática, donde o sentido da pena é a reinserção na sociedade, ali a vítima, afetada no sentido próprio, será promovida a uma figura central do procedimento penal”. Cf. WEIGEND, Thomas, *Tagungsbericht (Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung*, 1981, em Bielefeld) [*Tagungsbericht*], em “*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*”, n° 93 (apud MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad - Hoc, 2001, p. 196).

²⁵ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 132.

²⁶ De mesma natureza é a ideia proposta por um projeto alternativo na Alemanha: o projeto de lei contra o furto em lojas pretendeu excluir a persecução penal mediante o pagamento, por parte do autor da conduta, do valor do dobro do preço comercial a quem houvera sofrido o dano, desde que aquele, nos últimos dois anos, somente houvesse cometido uma ou duas vezes condutas semelhantes.

²⁷ As propostas no sentido de um Direito Penal privatizado são, em primeiro lugar, escassas, e, em segundo, de extensões muito diferentes. Apenas uns poucos se referem à privatização do conflito social, base do caso penal, como uma solução integral, precisamente os abolicionistas, que pretendem substituir o Direito Penal totalmente como forma de solução dos conflitos sociais; portanto, não confundem reparação com reação penal, senão que, antes bem, cuidam de expressar com aquela algo materialmente distinto da pena como sanção estatal. Outros, menos radicais, colocam certa classe de delitos ou certas penas fora da ação, quando se consegue a composição entre autor e vítima e sobrevém a reparação.

²⁸ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 143.

A segunda proposta seria a “publicização” da reparação civil. Ou seja, constituir a reparação em pena para determinados delitos, autonomamente, ao lado das já existentes, integrando o catálogo sancionatório do Direito Penal. Essa é uma ideia defendida por Sessar²⁹. Ele propõe introduzir a reparação no sistema de consequências jurídico-penais autônomas com caráter de pena, como “sanção negativa”³⁰, apoiando seu entender basicamente em dois argumentos principais: a ideia de que a reparação tem caráter penal, e a escassa ou nula necessidade de pena por parte da população, em determinadas hipóteses. Acrescenta, ainda, que a indenização do autor da infração representa um menoscabo patrimonial, que se lhe impõe, porque lhe faz responsável pelo resultado danoso, e que, ademais, tem efeitos preventivos, produz efeitos penais e torna desnecessária, em muitos casos, a imposição de sanção posterior.

Criticamente, se a reparação que tenderia a consistir, basicamente, no ressarcimento do dano fosse uma pena, então a condenação jurídico-civil ao ressarcimento do dano seria, da mesma forma, pena criminal³¹.

A reparação penal conformar-se-ia materialmente de maneira diversa do ressarcimento do dano do Direito Civil, podendo consistir em algo menos, ou até em algo mais que a não somente indenização, mas até, inclusive, constituir-se em prestações materiais, como pagamentos, ou, ainda, prestações em trabalho feitas a instituições de utilidade públicas³².

Acrescente-se a isso que as penas têm como característica a circunstância de ser aplicadas por imposição estatal. A reparação, na perspectiva de Roxin³³, deverá, na medida do possível, ser resultado espontâneo e voluntário, quando menos, conseguido através de acordo entre autor e vítima, e não imposta como uma pena. Do ponto de vista político-criminal, busca-se conceber a reparação como um conceito mais amplo, que tenha como finalidade a composição e a conciliação e que receba, por seu intermédio, diferentemente de como entende Sessar, uma compreensão e

²⁹ SESSAR, K. Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, em *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht*. In: GEBURTSTAG, C. F. MÜLLER, **Heidelberg. Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70.** 1983, p. 145 e ss.)

³⁰ Segundo Sessar, tudo indica que, tanto na Justiça quanto na consciência pública e na dos partícipes de um delito, a reparação constitui uma sanção negativa e opera correspondentemente, de forma parcial, similar às sanções do Direito Penal (SESSAR, K. Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, em *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht*. In: GEBURTSTAG, C. F. MÜLLER, **Heidelberg. Festschrift für Heinz Lefrenz zum 70.** 1983, p. 154).

³¹ “A suposição de poder inverter o movimento da roda da história seria uma utopia romântica” (ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas*. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b., p. 143).

³² BAUMANN, Jürgen et al. **Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGW)**. München: C.H. Beck, 1992, p. 1.

³³ ROXIN, Claus. *La reparación en el sistema de los fines de la pena. De los delitos y de las víctimas*. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 144.

um caráter positivo, desde seu começo.

Por fim, a terceira e última proposta para a introdução da reparação no Direito Penal seria a ideia defendida por Rössner / Wulf, como também por Seelmann, de que a reparação deveria constituir um novo fim da pena, e que poderia ela alcançar um significado independente tanto juntamente à retribuição, quanto à prevenção geral, ou especial.

Para Roxin, contrário a essa proposta, o fim da pena, num Direito Penal moderno, só poderia ser o de evitar o delito, ou seja, a prevenção, em qualquer de suas formas, ou matizes. Contudo, se a reparação integra-se no sistema de sanções penais, decorrerão duas constatações: ou a reparação não tem qualquer efeito preventivo ou, paradoxalmente, a reparação até estimularia a perpetração do delito.

Há uma série de argumentos para a tese de que a reparação não apenas é, por si mesma, um fim da pena, senão que ainda sua introdução persistente no sistema de sanções, em condições acima do âmbito mínimo que ocupa atualmente, faria fracassar os fins reconhecidos para a pena.

Quem, porventura, seja partidário da teoria retribucionista, advertirá que a reparação significaria o fim, ou melhor, a renúncia à retribuição. Sob o ponto de vista das teorias preventivas, reconhece-se que o efeito preventivo será igual a zero

se, por exemplo, o ladrão devesse devolver, tão-somente, a coisa furtada, ou o vigarista o dinheiro obtido fraudulentamente. Se o autor do delito entende que, em caso de fracasso, somente necessitaria restituir o *status quo ante*, cessar-se-ia todo o risco. Ele, pela comissão da conduta delituosa, só pode ganhar, nunca perder, de maneira tal que uma limitação à reparação aniquilaria o fim preventivo especial da ameaça penal. Da mesma forma, do ponto de vista da prevenção geral, a mera reparação significaria, antes, um convite ao roubo, por exemplo, pois, no pior dos casos, a ameaça consistiria na devolução do que se houvesse conseguido, cuja eventualidade não faria renunciar em nada a um plano³⁴.

Roxin³⁵ entende como impossível ser a reparação um fim da pena, uma vez que ela contradiz a função desta.

³⁴ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 137-138.

³⁵ De acordo com Seelmann, até agora são poucas as vozes discrepantes sobre a necessidade de orientar o Direito Penal à vítima e à sua maior satisfação, em concreto, através da abertura de um espaço à reparação como sanção autônoma ou como pressuposto da imposição de certas sanções. Com certa surpresa, sublinha-se a unanimidade com que partidários da prevenção geral ou da ressocialização, defensores da retribuição e abolicionistas, juristas teóricos e membros de novos movimentos sociais a acolhem. *Rechtsdogmatik*, p. 160-161 (apud SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La posición de la víctima en el marco general de la función del derecho penal. In: Libro- **Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis**, tomo 2. Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 401-428., p.407.)

Ou bem a reparação é, certamente, um instrumento de utilidade preventiva para o Direito Penal, como afirmam os que advogam por ela, tal como tentarei explicar, ou, então, ela é um fator que tem efeitos preventivos especial ou geral, ou em ambas direções, e que tem que ser considerada como circunstância relevante nos fins tradicionais da pena³⁶.

3 Síntese do pensamento de Claus Roxin

Em acertadas conclusões³⁷, a reparação, para o autor, pode ser eficaz tanto para os fins da prevenção geral quanto para aqueles da especial. A reparação deve constituir uma prestação autônoma que seja útil para alcançar os fins tradicionais da pena e que, na medida em que o consiga, substitua a pena ou sirva para atenuá-la³⁸. Sua introdução no sistema de sanções penais não significa, de forma alguma, a privatização do Direito Penal, a transformação da reparação em novo tipo de pena, tampouco a criação de um novo fim para a pena.

A reparação deve constituir sanção autônoma na qual se misturem elementos jurídicos civis e penais. Por pertencer ao Direito Civil, assume a função de compensar o dano, devendo, todavia, ser concebida também de acordo com as metas jurídico-penais, na hipótese de se levar em conta o esforço reparatório do autor ou, na hipótese de delitos contra a comunidade, ser aceito como prestação reparatória o trabalho de bem-comum. Deve-se pensar, ainda, na hipótese de autores de delitos financeiramente impossibilitados em oferecer um trabalho de bem-comum remunerado, cujo produto deveria reverter-se para a vítima.

A propósito, há uma grande discussão sobre a natureza da reparação: se a reparação pertenceria ao Direito Civil ou ao Direito Penal. Para Roxin, a reparação conduz a uma relativa aproximação de ambos os ramos do Direito³⁹.

³⁶ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, p. 146.

³⁷ No mesmo sentido, a autora deste artigo (SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.282-283).

³⁸ Para Kurt Madlener, deveríamos pensar mais na possibilidade de aplicar a reparação como um substitutivo da pena de multa, uma vez que em muitos países, por exemplo, na Alemanha, em um grande número de casos, a multa já passou a ocupar o lugar da pena de prisão, que anteriormente se aplicava em casos de pequena criminalidade. (MADLENER, Kurt. *Compensação, Restituição, Sanção Pecuniária e Outras vias e Meios de Reparar o Dano às Vítimas do Crime através dos Tribunais* (2ª parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 14, 1996, p. 101).

³⁹ “Se se pergunta acerca de se tal compreensão da reparação conduz a uma aproximação do Direito Penal e o Civil, a resposta é ‘em parte sim, em parte não’” ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio

Não se torna confusa a fronteira pela circunstância de que mecanismos jurídico-civis sejam utilizados pelo Direito Penal. Contudo, a separação entre ambos os ramos do Direito é ultrapassada na medida em que o Direito Penal se serve, também, dentre outros, de efeitos preventivos jurídico-civis, assim como, inversamente, o Direito Civil, atualmente, torna frutíferos efeitos penais”. Roxin chama a atenção para que, ao contrário, isso não demonstra uma inversão da marcha do desenvolvimento histórico, senão uma união desses ramos do Direito, que corresponde à função comum de dar soluções a conflitos sociais.

A distinção entre o Direito Penal e o Direito Civil é considerada uma das grandes aquisições jurídicas do século XIX. Enquanto que na antiguidade da história do Direito uma das tarefas mais importantes do Direito Penal era exatamente proporcionar à vítima e/ou ao seu grupo familiar uma compensação pelos danos sofridos, o moderno desenvolvimento do Direito cortou o laço entre autor e vítima. De acordo com a concepção vigente, o Direito Penal, sendo disciplina de Direito Público, somente se ocupa da relação entre o Estado e o delincente. Consequentemente, as pretensões das vítimas estão submetidas ao Direito Civil.

Hoje, diante do que se propõe, deve-se admitir que essa estrita separação entre esses ramos do Direito era um caminho equivocado, e “no futuro será necessária uma reaproximação entre o Direito Penal e o Direito Civil”⁴⁰.

A reparação deve constituir uma “terceira via” do Direito Penal, ao lado da pena e da medida de segurança. A reparação substituiria ou atenuaria a pena naqueles casos nos quais convenha, tão bem ou melhor, aos fins da pena e às necessidades da vítima. A inclusão no sistema penal, sancionador da indenização material e imaterial da vítima, significa que o Direito Penal se afasta da ideia abstrata e aproxima-se da realidade social⁴¹.

A importância dessa sanção para o Direito Penal descansa no princípio da subsidiariedade⁴². A pena, considerada como a medida político-social mais severa, apenas deve ser

B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 154-156..

⁴⁰ ROXIN, Claus. Pena y reparación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, p. 5-15, 1999b, p. 14.

⁴¹ Segundo Roxin, quando Hegel ensinava que o ilícito seria anulado mediante a pena, isto não passava de uma anulação ideal, ou seja, um acontecimento que tem lugar no mundo normativo e, inclusive, metafísico. A satisfação dos danos e a reconciliação, diferentemente, levam a cabo algo de positivo e caracterizam, assim, a transição do Direito Penal, desde a atribuição de meros significados, à solução social de conflitos (1999b, p. 14.)

⁴² Ainda que, nem sempre, sejam coincidentes as maneiras pelas quais se compreendem os conteúdos do princípio da subsidiariedade, há uma zona comum, no sentido de que somente se deve recorrer ao Direito Penal e, por via de consequência, à pena, como *ultima ratio*, quando não seja possível proteger a sociedade de determinadas condutas lesivas, ou seja, quando não seja possível preveni-las mediante meios menos graves. Isso deriva da ideia comum de que, dentre todas as sanções, a pena constitui a forma mais grave de ingerência nos bens da pessoa a que ela afeta.

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

A inserção da reparação no Direito Penal significa a ocorrência de consequências de largo alcance para todo o sistema da administração da justiça Penal. Ou seja, significará um acontecimento que obrigará a revisar, em muitos pontos, as bases tradicionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal⁴³.

A reparação como sanção jurídico-penal autônoma exige a criação de procedimento penal independente. É sabido, porém, que incorpora a reparação como “terceira via” do Direito Processual Penal será muito difícil, já que existe certa carência de trabalhos preliminares, devendo ser meditados, de antemão, inúmeros detalhes.

A reparação e o acordo de compensação entre o autor e a vítima transformam o processo penal de uma situação bilateral em a outra trilateral. Isso quer dizer que, no processo penal bilateral, o procedimento desenvolvia-se entre o Estado e o imputado. A vítima não tinha papel processual independente; quando muito, aparecia como testemunha. Já no processo penal trilateral, a vítima há de ter uma atuação relevante, será uma parte co-atuante na solução social do problema.

No processo penal de até então, o Ministério Público e o acusado enfrentavam-se como adversários; trata-se de processo penal contraditório. Esse tipo de processo penal, de acordo com Roxin, continuará conservando sua importância no futuro, pois sempre que o acusado afirme sua inocência, que discuta determinados pontos da acusação, ou que não mostre interesse na reparação e no acordo de compensação autor-vítima, “deve seguir mantendo-se todos seus direitos em um procedimento contraditório e, especialmente, todos seus amplos direitos de defesa”⁴⁴.

Convém chamar a atenção para a circunstância de que, junto ao procedimento contraditório, figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental, a consensual. Isso significa que o processo contraditório tradicional deve ser completado

⁴³ Quanto à questão de a reparação fazer parte do Direito Penal ou do Direito Processual Penal, “parece-me que nosso colóquio concluiu que o peso maior da reparação está no Direito Penal, a saber, no Direito das Sanções. (...). Seria melhor empregar o Código de Processo Penal apenas para composições procedimentais, como, por exemplo, para uma conciliação judicial”. ROXIN, Claus. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht*. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht** – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br. Freiburg im Breisgau, 1992, p. 367-375.

⁴⁴ ROXIN, Claus. *Pena y reparación*. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, p. 5-15, 1999, P. 14-15.

com regras independentes para um processo consensual⁴⁵, uma vez que nesse tipo de processo deve-se chegar a acordos cuja conclusão, licitude, conteúdo e limites sejam determinados legislativamente, mediante um aparato especial de regras⁴⁶.

Na hipótese de autores confessos e prestes a proceder à reparação, deve-se conectar, antes da abertura do procedimento principal, um debate diante de um juiz especial, por efeito do qual deve esforçar-se para conseguir um acordo de reparação entre autor e vítima. Caso se ultrapasse essa fase, poder-se-ia, em alguns casos, encerrar a persecução penal sob a reserva da prestação, ou, em outros casos, prescindir da pena, ou atenuá-la, sob a condenação da culpabilidade. Para os casos de multa, poder-se-ia prever que, antes de seu pagamento, e com necessário cômputo para ela, teria de ser realizada a reparação do dano⁴⁷.

A inserção da reparação como “terceira via” no Direito Penal não interferiria muito no âmbito de aplicação da pena privativa de liberdade e de multa, exatamente porque, nos casos de delitos de maior gravidade, não é possível reconstituir a paz jurídica

⁴⁵ Sobre se as formas reparatórias de compensação das consequências do delito deveriam ser extrajudiciais ou juridicamente controladas, Roxin entende que, em relação às primeiras, as possíveis restrições que se lhe poderiam fazer residem na ausência de critérios jurídicos claros e no risco de parcialidade e a injustiça que a isto está associado. “Esta foi a razão — para os autores do Projeto Alternativo — de se prever um processo de conciliação sob direção judicial. Contudo, qual das possibilidades merecerá preferência é algo que deverá ser determinado a partir da experiência prática”. Da mesma forma, se as composições jurídico-civis (como *action civile* ou o processo de adesão) deveriam ser abarcadas pelo Direito Penal, ou deveria dar-se preferência a modelos de reparação próprios do Direito Penal, o autor entende que, no caso de uma assunção da ação civil pelo Direito Penal e composições reparatórias genuinamente jurídico-penais, as melhores razões falam a favor da segunda possibilidade. Porque é verdade que o processo de adesão poderia fazer-se juridicamente praticável caso se atribuísse ao juiz, como já sugeriu Jescheck, a obrigação de decidir acerca da demanda civil, computando-se esta decisão na sua quota de trabalho e duplicando os honorários advocatícios, então teríamos um número suficiente de processos de adesão. Todavia, com o título executivo, a vítima — como ficou patente na França — tem tão pouca garantia de receber o que lhe é devido quanto na sentença do processo civil. “Aqui reside a grande vantagem das soluções jurídico-penais: na circunstância de que a reparação influencia eficazmente a sanção, fazendo com que a motivação para o pagamento, por parte do autor, fique muito mais forte” (ROXIN, Claus. *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht*. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.** Freiburg im Breisgau, 1992, p. 367-375).

⁴⁶ ROXIN, Claus. *Pena y reparación. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, p. 5-15, 1999, p. 15.

⁴⁷ Sessar apresenta, para o caso, uma proposta alternativa: na hipótese de fracassar o acordo reparatório, levar-se-ia a cabo um debate formal, no qual deveriam ser considerados, em certa medida, elementos jurídicos restaurativos (por exemplo, na hipótese de acordo posterior ou de rechaço unilateral pelo ofendido, insuficientemente motivado), (SESSAR, K. *Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik*, em *Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht*. In: GEBURTSTAG, C. F. MÜLLER, **Heidelberg. Festschrift für Heinz Leferenz zum 70.** 1983, p.159).

unicamente por intermédio da reparação, de tal maneira que, nessas hipóteses, ela somente poderia provocar efeitos atenuantes da pena; outrossim, subsistirá, na hipótese de autores reincidentes, a necessidade de provocar efeitos preventivos especiais adicionais. Porém, um certo cuidado na substituição da pena pela reparação teria a vantagem de se poder alcançar um amplo consenso sobre a introdução dessa possibilidade. Igualmente dessa forma seriam assegurados por completo os interesses da vítima pela circunstância de que a reparação conduzira somente à atenuação da pena⁴⁸.

Um modelo, assim, já havia sido preparado mediante um Projeto Alternativo de 1992, que compreendia 25 parágrafos, no qual Roxin interveio como co-autor, juntamente com outros tantos professores de Direito Penal, alemães, suíços e austríacos⁴⁹ — *Alternativ - Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)* —, que dispõem, numa vasta Exposição de Motivos, toda a discussão alemã e internacional sobre o tema⁵⁰.

Esse modelo se diferencia das velhas formas de vinculação entre o Direito Penal e o Direito Civil, tais como aquelas que representam a *action civile* francesa e a *compensation order* inglesa; primeiramente, por não ser a vítima quem reclama sua indenização de danos no processo penal, como na *action civile* francesa; depois, por tampouco ser o juiz quem condena o autor no processo penal ao pagamento da indenização, como na *compensation order* inglesa. É exatamente o contrário; é o próprio autor quem, sem reclamação e condenação, causa prestação reparadora dirigida à reconciliação. Vale a pena acrescentar que esses procedimentos repercutem eficazmente sobre a pena, atenuando-a ou substituindo-a. “A reconciliação e a reparação, por conseguinte, convertem-se em elementos essenciais do sistema de sanções.”⁵¹.

Para Roxin, cada uma das inovações estruturais esboçada apresenta problemas que põem em questão desenvolvimentos jurídicos que, durante muito tempo, pare-

⁴⁸ ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas**. Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 156.

⁴⁹ BAUMANN, Jürgen / BRAUNECK, Anne-Eva / BURGSTALLER, Manfred / ESER, Albin / HUBER, Barbara / JUNG, Heike / KLUG, Ulrich / LÜTHER, Horst / MAIHOFFER, Werner / MEIER, Bernd-Dieter / RIEB, Peter / RIKLIN, Franz / RÖSSNER, Dieter / ROLINSKI, Klaus / ROXIN, Claus / SCHÖCH, Heinz / SCHÜLER-SPRINGORUM, Horst / WEIGEND, Thomas.

⁵⁰ Para Joan Queralt, o Projeto Alternativo de Reparação representa o desenho mais bem acabado de modalidade para se evitar a aplicação da pena, buscando dar respostas aos interesses individuais ou coletivos atingidos sem, por isso, abandonar o terreno da prevenção geral. Para o autor, a reparação somente pode ser constitucionalmente efetiva caso tenha lugar no âmbito de um procedimento regular, finalizado por sentença na qual se preservem os modos, formas e maneiras de tal substitutivo penal (QUERALT, Joan J. Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de Reparación. In: **Política Criminal y nuevo Derecho Penal** (Libro-Homenaje a Claus Roxin). Barcelona J. M. Bosch Editor, 1997, p. 164 e 171).

⁵¹ ROXIN, Claus. Pena y reparación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, p. 7.

ciam seguros. Por esse motivo, não se pode surpreender que ainda hoje seja muito forte a resistência contra essas evoluções jurídicas, que, em parte, quase aparecem como revolucionárias. “Em qualquer caso, nossa ciência, todavia, terá de trabalhar muitos anos nas reestruturações de nosso sistema sancionador e processual introduzidas pela Vitimologia e pela ideia da reparação”.

4 Breves notas conclusivas

O sistema no qual estamos inseridos demonstra claramente como um pensamento dominante limita a possibilidade de se admitir novas formas de soluções para os conflitos penais. Essa busca encontra-se bastante limitada por ideias retributivas vinculadas à aplicação das penas, má vontade quanto à adoção de medidas alternativas, preconceito para reconhecer que a vítima é parte no conflito.

Demonstradas que foram as vantagens da admissibilidade da reparação à vítima, como terceira via, para seu agressor, como, ainda, para a administração da justiça, impõe-se trazer ao conhecimento, frase de Roxin, para que ela nos remeta a uma reflexão, sobre o tema, e o papel que temos que exercer, como operadores do direito, no sistema penal.

A busca constante por novos caminhos constitui uma missão da ciência⁵²; e neste caminho encontram-se grandes possibilidades — ainda não esgotadas — de composição de conflitos sociais.

5 Referências

- ANDRADE, Manuel da Costa. A vítima e o problema criminal – Separata do volume 21 do **Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, 1980.
- BAUMANN, Jürgen et al. **Alternativ – Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGW)**. München: C.H. Beck, 1992.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Alternativas al derecho penal. Crítica y justificación del derecho**

⁵² Em razão do Colóquio Internacional “Novos Caminhos da Reparação no Direito Penal”, do Instituto Max Planck, realizado em 1989, foram encetadas pesquisas pelo próprio Instituto que redundaram na publicação da obra *Wiedergutmachung im Kriminalrecht. Internationale Perspektiven*, em três volumes (57/1-1996; 57/2-1997; 57/3-2001), cujos editores foram Albin Eser e Susanne Walther. Nessa obra, buscou-se contribuir para uma discussão mais aprofundada das questões em torno da reparação e das várias abordagens tentadas e testadas, na prática, em sistemas legais estrangeiros. Os países pesquisados foram os seguintes: Holanda, Inglaterra, Finlândia, Polônia, Rússia, Austrália, Uganda, Estados Unidos, Japão, França, Itália e Espanha (disponível em <verlag@iuscrim.mpg.de> em 5 de outubro de 2004).

- penal en el cambio de siglo.** Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- FREHSEE, D. **Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle.** Berlin: Duncker & Humblot, 1987.
- HERRERA MORENO, Myriam. **La hora de la víctima. Compendio de victimología.** Madrid: Edersa, 1996a.
- _____. Introducción a la problemática de la conciliación víctima-ofensor. Hacia la paz social por la conciliación. **Revista de Derecho Penal y Criminología.** Madrid: Marcial Pons, n. 6, p. 377-414, 1996b.
- MADLENER, Kurt. Compensação, Restituição, Sanção Pecuniária e Outras vias e Meios de Reparar o Dano às Vítimas do Crime através dos Tribunais (2. parte). **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, n. 14, p. 83-101, 1996.
- MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: **De los delitos y de las víctimas.** Buenos Aires: Ad - Hoc, 2001, p. 185-249.
- MAX PLANCK INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES STRAFRECHT. Disponível em <verlag@iuscrim.mpg.de>, em 5 de outubro de 2004.
- PIRES, Alvaro. Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal. **Sociologias** 1/ 64-95, 1999. v. 1.
- QUERALT, Joan J. Víctimas y garantías: algunos cabos sueltos. A propósito del Proyecto Alternativo de Reparación. In: **Política Criminal y nuevo Derecho Penal** (Libro-Homenaje a Claus Roxin). Barcelona J. M. Bosch Editor, 1997, p. 145-171.
- ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. **De los delitos y de las víctimas.** Traduzido por Julio B. J. Maier e Helena Carranza. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001b, p. 131-156. Artigo publicado, originariamente, no livro **Wiedergutmachung und Strafrecht**, aos cuidados de Heinz Schöch, Munchen: Ed. W. Fink, 1987.
- _____. Culpa e Responsabilidade. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** n. 4, p. 503-542, 1999a.
- _____. Pena y reparación. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.** Traduzido por Enrique Gimbernat Ordeig. Madrid: Ministerio de Justicia, t. 52, p. 5-15, 1999b.
- _____. **Derecho Penal — Parte General I.** Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Editorial Civitas, S. A., 1997. Traduzido da 2 ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal.
- _____. Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Schlussbericht. In: ESER, Albin; KAISER, Gunther; MADLENER, Kurt (Org.). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.** Freiburg im Breisgau, 1992 p. 367-375.
- SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SCHÖCH, Heinz. Vorläufige Ergebnisse der Diskussionem zu einem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer. In: ESER, Albin; KAISER, Günther; MADLENER, Kurt (Org.). **Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht – Internationales strafrechtlich – kriminologisches Kolloquium in Freiburg i. Br.** Freiburg im Breisgau, 1992, p. 73-82 .
- SESSAR, K. Schadenswiedergutmachung in einer künftigen Kriminalpolitik, em **Kriminologie-Psychiatrie-Strafrecht.** In: GEBURTSTAG, C. F. MÜLLER, Heildelberg. **Festschrift für Heinz Lefferenz zum 70.** 1983. p. 145-161.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: **Política Criminal y nuevo Derecho Penal** (Libro-Homenaje a Claus Roxin), Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997b.
- _____. La posición de la víctima en el marco general de la función del derecho penal. In: **Libro- Homenaje a José Rafael Mendonza Troconis,** tomo 2. Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 401-428.
- XAVIER, José Roberto F. O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 84, 2010.