



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

ANTONIO BRAZ ROLIM FILHO

DA HIPÓTESE DE DESPENALIZAÇÃO INDIRETA DA CONDUTA
CRIMINOSA EM FACE DA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE
PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

SOUSA - PB
2011

ANTONIO BRAZ ROLIM FILHO

DA HIPÓTESE DE DESPENALIZAÇÃO INDIRETA DA CONDUCTA
CRIMINOSA EM FACE DA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE
PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

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

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2011

ANTONIO BRAZ ROLIM FILHO

DA HIPÓTESE DE DESPENALIZAÇÃO INDIRETA DA CONDUTA CRIMINOSA
EM FACE DA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

Trabalho Monográfico apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof^ª. Msc. Jônica Marques Coura Aragão

Data de Aprovação _____

Banca Examinadora:

Orientador(a): Prof^ª. Msc. Jônica Marques Coura Aragão

Examinador(a) 01

Examinador(a) 02

A minha mãe,
Maria Das Neves Oliveira Rolim,
exemplo de fé, amor e dedicação,
pois, sem você, nada disso seria possível.
Que Deus te abençoe.

A minha Cynara,
pela paciência, pelo companheirismo,
pelo carinho e pelo amor dedicados a mim
durante estes cinco anos e meio de curso.
Sou um felizardo por ter você em minha vida, meu amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por ter guiado os meus passos durante essa jornada, que ainda não terminou, apenas mudou de foco, para galgar conquistas maiores.

Agradeço a minha família: irmãos, cunhados, avós, tios, sobrinhos e primos, pelo apoio incondicional. Perdoem o mau humor diário. Na verdade ele representava a preocupação pela busca do melhor pra todos nós.

Agradeço imensamente a Otávio Maia, Reginaldo Nascimento e Zuwyngles Abreu, meus grandes amigos e companheiros de curso. Como eu sentirei falta das aventuras naquela van e, nos últimos dois anos e meio, no *Classic* que nos conduziu de Cajazeiras até cidade do semblante feliz (Sousa). Inesquecíveis momentos de cansaço, alegria e aventura.

Não poço deixar de agradecer a minha orientadora, Jônica Marques Coura Aragão, professora pela qual passei a nutrir grande admiração, mesmo não tendo a oportunidade de ter sido seu aluno. Obrigado pela paciência e pela confiança.

Agradeço também aos meus colegas de faculdade e aos professores, por todos os momentos vivenciados e pelo aprendizado adquirido, tanto no campo acadêmico como na vida.

"Os homens são mais sensíveis ao rigor das penas que a sua duração."

(Cesare Beccaria)

RESUMO

As penas restritivas de direitos, gênero do qual faz parte a prestação pecuniária, simbolizam o ideal minimalista buscado pelo atual sistema penal, em decorrência do insucesso da pena privativa de liberdade. Contudo, percebe-se que a prestação pecuniária, para além das feições menos invasivas, almejadas pelo perfil das reprimendas substitutivas, detém um cunho reparatório civil, que põe em dúvida a sua viabilidade prática como pena. Assim, é objetivo geral dessa pesquisa analisar o caráter retributivo e preventivo da substituição da pena privativa liberdade pela aplicação isolada de prestação pecuniária em favor da vítima do crime. Por seu turno, são objetivos específicos: identificar os principais aspectos históricos das penas alternativas, em especial da pena pecuniária; diferenciar as espécies de responsabilidade jurídicas geradas por infração penal e, ainda, identificar as situações em que a prestação pecuniária poderá se confundir com a responsabilidade civil do autor, face à infração penal cometida. Para possibilitar a construção dos aspectos teóricos da monografia, perseguindo os objetivos elencados, emprega-se como método de investigação o abstrato-dedutivo e como método procedimental o exegético-jurídico; auxiliado pelo histórico-evolutivo, tudo fazendo mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica aplicada em textos legais, doutrinários, jurisprudenciais e científicos. Como resultado, mediante o desenvolvimento teórico embasado em referências especializadas na temática, tem-se que a prestação pecuniária, quando aplicada de forma isolada e destinada ao ofendido, representa mera antecipação de eventual indenização civil, descaracterizando-se, assim, como pena, pela perda dos efeitos preventivo e retributivo caracterizadores desta espécie de sanção.

Palavras-chave: Prestação pecuniária. Reparação civil. Despenalização indireta.

ABSTRACT

The penalties restricting rights, gender, which is part of the cash benefit, they symbolize the minimalist ideal sought by the current criminal justice system, due to the failure of the custodial sentence. However, it is noticed that the cash benefit, in addition to the features less invasive, the desired profile of reprimands substitute, has a reparative nature calendar, which casts doubt on its practicality as a penalty. So overall goal of this research is to analyze the character of the retributive and deterrent replacement of deprivation of freedom by applying single cash benefit in favor of victims of crime. In turn, specific objectives are: identify the main historical aspects of alternative sanctions, particularly the financial penalty; differentiate the species of legal liability arising through criminal offense and also to identify the situations in which the cash benefit may be confused with liability of the author, in the face of a criminal offense committed. To enable the construction of the theoretical aspects of the monograph, pursuing the goals listed, is employed as a research method and the abstract-deductive method as the procedural and legal exegesis, aided by the historical-evolutionary, doing everything by using the search technique literature applied to legal texts, doctrinal, jurisprudential and scientific. As a result, through the theoretical development grounded in specialized reference materials on the issue, we have that the cash benefit, when applied in isolation and intended to hurt, is mere anticipation of possible indemnification civil, characterizing themselves as well as a penalty for the loss of preventive and retributive effects that characterize this kind of sanction.

Keywords: cash benefit. Civil remedies. Decriminalization indirect.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA	12
2.1 Antecedentes históricos	12
2.2 Definição e natureza jurídica	15
2.3 Aplicação	18
2.4 Da prestação pecuniária no Direito Comparado	22
2.4.1 Na Itália	22
3 DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA DECORRENTE DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO PENAL	24
3.1 Da noção de infração penal	24
3.2 Considerações gerais acerca do instituto da responsabilidade	28
3.3 Da responsabilidade jurídica civil e penal decorrente de infração penal	30
4 DA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E A HIPÓTESE DE DESPENALIZAÇÃO INDIRETA	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	45
REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

Difícil ignorar a caótica situação do sistema prisional brasileiro atualmente. Há muito se pretende racionalizar o tratamento conferido aos apenados. As mais diversas tentativas se apresentam ao longo da história em busca de humanização das penas, dentre elas estão a implementação e a ampliação das penas alternativas à prisão.

No rol de penas alternativas à prisão, adotadas no sistema penal brasileiro, é possível observar uma considerável variedade. Contudo, em todas elas, não se perde de vista o caráter retributivo e preventivo. Nesse esteio é que se fará opção por uma delas para embasar os estudos do presente trabalho monográfico.

Assim, constituir-se-á como objeto dessa pesquisa a pena de prestação pecuniária, espécie de sanção imposta pelo Estado ao agente que pratica uma infração penal, tendo por fim evitar o encarceramento do criminoso, quando incurso em tipos penais considerados menos graves.

Tal reprimenda está elencada dentre as várias espécies de penas restritivas de direitos constantes do rol do artigo 43 do Código Penal, consistente no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a uma entidade, seja pública ou privada, mas que tenha destinação social, de uma importância arbitrada pelo juiz sentenciante, que varia de 01 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, pelo condenado que preencha os requisitos constantes do artigo 44 do referido diploma.

A finalidade da referida substituição é buscar uma alternativa viável para o insucesso da pena privativa de liberdade, como forma de ressocialização do condenado, principalmente nos casos em que o crime praticado não gera instabilidade social e nem consequências graves para a vítima.

Em contrapartida, em que pese o referido aspecto minimalista do instituto, não se pode olvidar que, ao passo em que se contribui com a ressocialização do condenado, a substituição de uma pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consubstanciada no pagamento de uma prestação pecuniária, de forma isolada, pode acabar tendo conotação de indenização civil, retirando o escopo retributivo e preventivo da condenação imposta.

De outro norte, havendo a possibilidade supramencionada de tornar a pena pecuniária um simples adiantamento de indenização pelos danos decorrentes do ato criminoso, cumpre verificar se o caso seria de despenalização indireta da conduta criminosa pela aplicação da citada sanção.

Destarte, a justificativa da pesquisa reside justamente neste ponto, saber se a prestação pecuniária fixada pelo magistrado, a título de condenação penal, pode implicar na despenalização, ao menos indireta, da conduta criminosa, face ao ajuizamento de ação de reparação civil proposta pelo ofendido.

No presente trabalho monográfico, a título de problematização da pesquisa, indaga-se: a substituição da pena privativa de liberdade por isolada pena de prestação pecuniária, em favor da vítima do crime, seria caso de despenalização indireta da conduta criminosa? Como hipótese entende-se que sim, haja vista que o entrelaçamento das respostas à conduta criminosa, de caráter penal e civil, acaba por evidenciar a subsunção daquela por esta; restando, pois, penalmente impune a conduta criminosa.

Embora não se ignore o perfil minimalista do direito penal contemporâneo, buscando cada vez mais aplicar dispositivos que visem à preservação da dignidade da pessoa humana, deixando para a esfera residual as hipóteses de cominação de pena privativa de liberdade, o estudo acerca do tema é bastante atual, haja vista a grande aplicação prática do instituto da pena de prestação pecuniária, principalmente nos casos de crimes contra o patrimônio, em que a valores a reparar.

Assim, apresentar-se-á como objetivo geral desta monografia analisar o caráter retributivo e preventivo da substituição da pena privativa liberdade pela aplicação isolada de prestação pecuniária em favor da vítima do crime. São objetivos específicos: identificar os principais aspectos históricos das penas alternativas, em especial da pena pecuniária; diferenciar as espécies de responsabilidade jurídicas geradas por infração penal e, ainda, identificar as situações em que a prestação pecuniária poderá se confundir com a responsabilidade civil do autor, face à infração penal cometida.

Para possibilitar a construção dos aspectos teóricos da monografia, empregar-se-á como método de investigação o abstrato-dedutivo e como método procedimental o exegético-jurídico; auxiliado pelo histórico-evolutivo, tudo fazendo mediante a utilização da técnica de pesquisa bibliográfica aplicada em textos legais, doutrinários, jurisprudenciais e científicos.

Desse modo, a presente monografia será estruturada em três capítulos: no primeiro capítulo serão tratados os principais aspectos da pena de prestação pecuniária, abrangendo os antecedentes históricos, a natureza jurídica e o procedimento para a aplicação do instituto, além de breves comentários acerca do tema à luz do direito comparado.

O segundo capítulo, por sua vez, cuidará da responsabilidade jurídica decorrente da prática de infração penal; tanto a responsabilidade criminal, quanto à civil, enfocando o alcance e os efeitos de ambas.

Por fim, no terceiro capítulo será feita uma análise em torno da aplicação isolada da pena de prestação pecuniária, abordando-se, fundamentalmente, a questão da despenalização indireta.

Por fim, ante a apresentação da temática, convém destacar que a grande maioria dos doutrinadores pátrios não tem enfrentado a problemática, restringindo-se apenas a afirmar, de maneira geral, a natureza penal da prestação pecuniária, sem apontar, igualmente, quais os efeitos decorrentes da aplicação isolada da referida sanção, situação que demonstra ser a pesquisa de grande relevância, tanto social, quanto jurídica.

Socialmente, porque põe a credibilidade da justiça sob enfoque, vez que a problemática investigada, em tese, propicia a deflagração de um sentimento de impunidade no seio da comunidade, já que a retribuição pelo crime cometido pelo agente poderá não existir.

De outro lado, é juridicamente imperioso verificar a efetividade, para o direito penal, da aplicação isolada de prestação pecuniária, principalmente em relação à vítima do delito, que poderá ver o autor da infração penal ser responsabilizado unicamente na obrigação de reparar o dano causado.

2 DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA

2.1 Antecedentes históricos

A origem das penas é imprecisa, não se podendo precisar, com grau de certeza, quando foi que se deu o seu surgimento, “sendo ela tão antiga quanto à história da humanidade” (BITENCOURT, 1999, p. 455).

Ao longo dos anos, diversas foram as modalidades de punição dirigidas para os indivíduos que desobedecessem as regras de convivência postas, sendo que as primeiras penas aplicadas, das quais se tem conhecimento, remontam aos tempos primitivos, pois “os mais antigos grupamentos de homens foram levados a adotar certas normas disciplinadoras de modo a possibilitar a convivência social” (MIRABETE, 2010, p.229).

Essas formas de punir, de acordo com a lição de Shecaria e Corrêa Júnior (2002, p. 23), foram fixadas em cinco períodos: “período da vingança privada, período da vingança divina, período da vingança pública, período humanitário e período científico”.

O período da vingança privada corresponde à era primitiva, quando as penas eram aplicadas unicamente como forma de resposta do ofendido contra os membros do seu grupo social que desrespeitassem as normas de convivência.

Conforme ensinam Shecaria e Corrêa Júnior (2002, p. 24):

A idéia de pena, em sua origem mais remota, surgiu com o instinto de conservação individual movimentado pela vingança pessoal, comum e generalizada. Alguns autores denominam esta época remota como período da vingança privada, pois a punição seria imposta exclusivamente como vingança.

Em tal período, não havia uma relação justa e proporcional entre o fato praticado e a reprimenda a ser aplicada, uma vez que “se recorria, durante esse longo período histórico, fundamentalmente, à pena de morte, às penas corporais (mutilações e açoites) e às penas infamantes” (BITENCOURT, 1999, p. 456).

Na fase ou período da vingança divina, em contrapartida, o que se vê é a aplicação da pena com a finalidade de acalmar a fúria dos deuses em face do ato delituoso praticado no seio da sociedade, já que o crime era considerado pecado e, portanto, colocaria em risco todos os membros da comunidade, ou como acentua Mirabete (2010, p. 229), “as infrações atraíam a ira das entidades sobrenaturais sobre todo o grupo”.

Nas palavras de Shecaria e Corrêa Júnior (2002, p. 24):

O homem primitivo acreditava que seres sobrenaturais castigavam ou premiavam a sociedade de acordo com o seu comportamento. Adoravam e cultuavam objetos aos quais deveriam obrigações e respeito.

Com o despontar de líderes em meio à coletividade, o que culminou com a centralização do poder de decisão, as penas passaram a ser aplicadas por uma única pessoa. Desta vez, não como forma de reação individual pelo crime ou por medo do castigo dos deuses, mas como resposta ao respectivo grupo social, pois, conforme lembram os citados autores Shecaria e Corrêa Júnior (2002, p. 26), “a pena passa a representar, então, a reação da coletividade organizada politicamente, com finalidade de autopreservação”.

Nesse período, conhecido por fase da vingança pública, já que o representante do grupo era o responsável pela aplicação da punição, os castigos se tornaram ainda mais cruéis.

Somente após o advento do iluminismo, ascende uma reação da sociedade em repúdio a essa crueldade na aplicação das penas.

Liderado por intelectuais, dentre eles parlamentares, magistrados e juristas, o movimento iluminista foi o responsável pela reforma penal do início do século XIII, pois pugnava pela adequação da reprimenda ao delito praticado pelo infrator, numa relação proporcional de gravidade.

Como bem relembra Mirabete (2010, p. 18): “É no decorrer do iluminismo que se inicia o denominado período humanitário do direito penal, movimento que pregou a reforma das leis e da administração da justiça penal”.

Tal fase revelou-se de suma importância para a evolução do instituto das penas, mormente após a obra “dos delitos e das penas”, de autoria do marquês de Beccaria.

Neste sentido, Costa Júnior (2010, p. 58) esclarece que

precisamente nesse período, um jovem nobre de vinte e sete anos, rico e privilegiado, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, assume a defesa dos desafortunados e dos desfavorecidos pela justiça penal de seu tempo. Sustentava que as penas a serem impostas aos infratores deviam ser proporcionais àquela parcela de liberdade cedida quando os homens passaram a viver em sociedade.

A partir do século XIX, inicia-se o que a doutrina chama de período científico, o qual caminha até a contemporaneidade e se particulariza pela acentuada preocupação com a pessoa do criminoso, em especial pela descoberta do móvel que o levou a praticar o delito, com destaque para a obra "*L'uomo delinquente*", da autoria de Cesare Lombroso, que, apesar de não ter logrado êxito em sua idéia de criminoso nato, contribuiu indubitavelmente para o desenvolvimento da criminologia.

Assim, conforme ressalta Costa Júnior (2010, p. 62):

A idéia do criminoso nato não conseguiu subsistir. Embora os modernos estudos de endocrinologia e de biotipologia demonstrassem a correlação entre o biológico e o psicológico, conclui-se inexoravelmente pela impossibilidade da obtenção da fórmula lombrosiana, de um homem cujo aspecto anatômico pudesse assegurar sua vocação irrefreável para o crime. Apesar de tudo, lançou a semente da antropologia e da psicologia criminal.

Apesar da evolução do instituto das penas, abolindo-se as reprimendas corporais e privilegiando-se a restrição da liberdade dos infratores, conforme descrito nos cinco períodos supramencionados, o insucesso da prisão era patente e clamava por alternativas urgentes, ante o avanço da criminalidade e o exagero na cominação de tais penas para delitos menos graves, conforme orienta Bitencourt (1999, p. 495): "Embora se aceite a pena privativa de liberdade como um marco da humanização da sanção criminal, em seu tempo, a verdade é que fracassou em seus objetivos declarados".

Dentre os primeiros países a despontar na aplicação de penas alternativas, temos a Rússia, em 1926, com a criação da prestação de serviços à comunidade.

Mais tarde, movimentos internacionais de política criminal buscaram criar novos caminhos a fim de diminuir os danos provocados pelo encarceramento, dentre eles destacam-se as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos,

promulgadas pela ONU em 1953; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em 1966, e o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969; bem como a Resolução nº 45/110 de 1990, da Assembléia Geral das Nações Unidas, também conhecida como Regras de Tóquio.

Esses acordos internacionais serviram de base para a proliferação da idéia de criação de mecanismos alternativos à prisão por todo o mundo.

No Brasil, a partir da reforma penal de 1984, o ordenamento jurídico incorporou as penas restritivas de direitos às reprimendas até então previstas em lei, sendo aquelas consideradas “sanções autônomas que substituem as penas privativas de liberdade por certas restrições ou obrigações” (DELMANTO, 2010, p. 241). São elas: prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana.

Mais tarde, com a promulgação da Lei nº 9.714/98, devidamente influenciada pela experiência vitoriosa dos Juizados Especiais Criminais, nos quais se permitiu a conciliação para as infrações de menor potencial ofensivo, o rol das penas restritivas de direitos foi ampliado, ocasião em que se instituiu a prestação pecuniária e a perda de bens e valores.

2.2 Definição e natureza jurídica

A pena de prestação pecuniária está elencada dentre as várias espécies de penas restritivas de direitos constantes do rol do artigo 43 do Código Penal¹, e consiste no pagamento em dinheiro feito à vítima e seus dependentes ou a uma entidade, seja pública ou privada, mas que tenha destinação social, de uma importância arbitrada pelo juiz sentenciante, que varia de 01 (um) a 360 (trezentos e

¹ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

I – prestação pecuniária;

II – perda de bens e valores;

III – (VETADO)

IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;

V – interdição temporária de direitos;

VI – limitação de fim de semana

sessenta) salários mínimos, pelo condenado que preencha os requisitos constantes do artigo 44 do referido diploma².

Assim como as demais penas restritivas de direitos, a prestação pecuniária é uma sanção autônoma e substitutiva. Porém, diversamente das demais, implica, na verdade, em uma diminuição do patrimônio do agente, seja para ressarcir a vítima do prejuízo suportado pelo crime, seja de forma inominada, quando o valor é revertido para uma instituição.

Vê-se, portanto, que a pena de prestação pecuniária não guarda semelhança com as penas restritivas de direitos anteriores ao advento da Lei n. 9.714/98, já que aquelas, como lembrado por Capez (2007, p. 394), "são penas restritivas de direitos em sentido estrito", pois consistem em uma restrição ao exercício de um direito ou prerrogativa.

O fato de o legislador ter elencado a prestação pecuniária dentre as reprimendas restritivas de direitos, faz com que se chegue à conclusão óbvia de que se trata de uma espécie de sanção penal. No entanto, como bem lembra Bitencourt (1999, p. 512), "a finalidade desta sanção, segundo a dicção do texto legal, é reparar o dano causado pela infração penal".

Essa característica de reparabilidade do dano, presente na pena de prestação pecuniária, faz com que ocorra certa dúvida quanto a sua natureza jurídica. Nas palavras de Nucci (2007, p. 348): "Trata-se de sanção penal, restritiva de direitos, embora podendo ter conotação de antecipação de indenização civil".

Essa afirmação do autor resulta da análise da parte final do §1º do artigo 45 do Código Penal, em que este prescreve que o valor percebido pelo ofendido, a título de prestação pecuniária, deverá ser descontado do montante da condenação em ação de reparação civil, caso seja esta movida contra o autor do crime.

E mais, o próprio dispositivo privilegia a vítima do crime ou seus descendentes, em detrimento das instituições com destinação social, isto é, há uma ordem de preferência para o pagamento da prestação pecuniária. Primeiro a vítima e

² Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;
III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

seus descendentes, somente não existindo estes, ou caso não haja dano para reparar, é que as instituições poderão ser destinadas como beneficiárias.

Nestes termos, a lição de Bitencourt (1999, p. 513):

A excepcionalidade dessa possível destinação secundária prende-se ao caráter indenizatório que a referida sanção traz na sua finalidade última. Por isso, primeiro, deverá reparar o dano ou prejuízo causado à vítima ou seus dependentes e, somente, na ausência destes (vítima/dependentes) ou daqueles (dano ou prejuízo) o produto resultante da condenação poderá destinar-se a entidade pública ou privada com destinação social.

Na primeira hipótese, de destinação da prestação pecuniária à vítima ou seus dependentes, a natureza jurídica do instituto parece pender realmente para o lado de antecipação de indenização civil. E essa é a opinião de Bitencourt (1999, p. 512), ao afirmar que “teria sido mais adequado e mais técnico defini-la como multa reparatória, que é a sua verdadeira natureza”.

Corroborando a idéia deste derradeiro autor, eis a opinião Costa Júnior (2010, p. 227):

A rigor, a prestação pecuniária não deveria estar inserida entre as penas restritivas de direitos porque, efetivamente, não apresenta natureza. É uma pena alternativa à pena privativa de liberdade, sem constituir pena restritiva de direitos, em sua essência.

Entretanto, afastando-se a hipótese primeira, de não haver vítima ou dano a reparar, e sendo a prestação pecuniária destinada a uma entidade com fim social, percebe-se que o instituto preserva a característica de sanção penal, ou seja, “se o valor for destinado integralmente à entidade pública ou privada com destinação social, a pena não tem qualquer conotação civil” (NUCCI, 2007, p. 348).

Outro ponto que demonstra essa característica de sanção penal da prestação pecuniária é possibilidade de conversão da mesma em pena privativa de liberdade, caso não haja o adimplemento do pagamento, conforme previsto no artigo 44, §4º, do Código Penal³, circunstância esta que não é autorizada para a pena de

³ Art. 44. (...)

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a

multa desde a alteração promovida pela Lei n. 9.268/96. “Por essa razão, não há como confundir as novas espécies de penas restritivas de direitos constantes do artigo 43 do Código Penal com a pena de multa, pese embora todas terem caráter pecuniário” (CAPEZ, 2007, p. 395).

Desta feita, com a modificação dada pela citada Lei n. 9.268/96, a multa penal que não for paga pelo condenado será objeto de ação de execução, neste caso adotando-se o mesmo procedimento da execução fiscal, previsto na Lei n. 6.830/80.

2.3 Aplicação

É cediço que o ordenamento jurídico brasileiro consagra o princípio da legalidade na aplicação das penas, inclusive com regramento prescrito no próprio Código Penal, em seu artigo 1º, que assevera não haver crime sem lei anterior que o defina, bem como não existir pena sem prévia cominação legal.

Nestes termos, observe-se a orientação de Bitencourt (1999, p. 500):

Tradicionalmente o Direito codificado brasileiro prevê a sanção em cada tipo penal. A norma penal compõe-se de duas partes: (a) o preceito, que contém o imperativo de proibição ou comando, (b) e a sanção, que constitui a ameaça de punição a quem violar o preceito.

Desta forma, para cada espécie de crime contido nas leis, haverá uma pena específica cominada previamente. No campo das penas restritivas de direitos, por serem elas sanções autônomas e substitutivas, não há uma cominação específica para cada tipo de delito, “pois foi adotado um outro sistema, mais flexível, mas sem alterar a estrutura do Código Penal” (BITENCOURT, 1999, p. 501).

Aliás, o próprio Código Penal já faz a ressalva no artigo 54⁴, informando que as penas restritivas são aplicáveis mesmo não havendo cominação para cada tipo penal, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei.

Esses requisitos são de ordem objetiva e subjetiva e estão elencados no artigo 44 do Código Penal⁵.

Requisito objetivo: espécie de crime e duração da pena privativa de liberdade aplicada. "Todos os delitos culposos podem receber o benefício da substituição, qualquer que seja a pena, bem como os crimes dolosos, desde que a pena não ultrapasse 4 anos e não houver violência ou grave ameaça à pessoa" (NUCCI, 2007, p 342).

Requisitos subjetivos: os mesmos analisados pelo juiz na primeira fase de aplicação da pena, isto é, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, bem como os motivos e circunstâncias do crime.

Nas palavras de Nucci (2007, p. 343):

Cabe ao juiz, dentro do seu prudente critério, novamente invocando o art. 59 do Código Penal, optar pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, levando em consideração a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, além dos motivos que o levaram ao delito, bem como as circunstâncias gerais de prática da infração.

Ressalte-se que, quanto ao requisito da não reincidência, previsto no inciso II do citado artigo 44, o impedimento à substituição restringe-se aos casos de reincidentes em crimes dolosos, com a ressalva de que, caso seja socialmente recomendável, essa regra deverá ser afastada, garantindo-se o benefício ao condenado, conforme determina o §3º do mesmo dispositivo legal⁶.

Nesta senda, o magistério de Bitencourt (1999, p. 507):

⁴ Art. 54 - As penas restritivas de direitos são aplicáveis, independentemente de cominação na parte especial, em substituição à pena privativa de liberdade, fixada em quantidade inferior a 1 (um) ano, ou nos crimes culposos.

⁵ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

⁶ § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

A própria reincidência em crime doloso, agora, não é fator de impedimento absoluto, pois, em face de condenação anterior, a medida (substituição) poderá ser socialmente recomendável. Somente a reincidência específica (art. 44, §3º, in fine) constitui impedimento absoluto para a aplicação de pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade aplicada.

Preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, acima mencionados, não cabe ao magistrado questionar sua aplicação ou não, já que se trata de direito público subjetivo do condenado a obtenção do benefício, sendo inclusive dispensada a sua concordância.

Nesse sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

Apelação Criminal. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inadmissibilidade da concessão do sursis. Direito subjetivo do réu. 1. Obrigatória a substituição da pena privativa de liberdade, por restritivas de direitos, quando o juiz reconhece favoráveis na sentença as circunstâncias do art. 59, bem como as condições do art. 44, ambos do Código Penal, por se tratar de direito subjetivo do réu. 2. Somente se concede sursis quando incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, conforme preceitua o art. 77, inciso III, do Código Penal. (TJDFT - 20040610002818APR, Relator GETULIO PINHEIRO, 2ª Turma Criminal, julgado em 06/06/2008, DJ 15/10/2008 p. 160)

A questão se torna mais polêmica, por sua vez, no caso da prestação pecuniária. Isto porque, segundo a dicção do artigo 55 do Código Penal⁷, as penas restritivas de direito, em regra, têm a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída.

Como a prestação pecuniária é fixada em salários mínimos (entre um e trezentos e sessenta), não há como precisar, ao menos do ponto de vista da lei, o quantum que deverá ser atribuído para cada substituição.

Essa circunstância tem levado os doutrinadores a questionar a constitucionalidade dessa previsão legal, conforme assevera Bitencourt (1999, p. 414):

⁷ Art. 55. As penas restritivas de direitos referidas nos incisos III, IV, V e VI do art. 43 terão a mesma duração da pena privativa de liberdade substituída, ressalvado o disposto no § 4º do art. 46.

A fixação desta sanção penal em salários mínimos é, pelo menos, de duvidosa constitucionalidade. Teria sido mais feliz e manteria a harmonia do Código Penal, relativamente a sanção pecuniária, se tivesse sido utilizado o exitoso critério do sistema dias-multa.

Em sentido oposto, entendendo que a previsão de fixação da pena em salários mínimos se compatibiliza com o texto da Constituição Federal, é o posicionamento de Mirabete (2010, p. 258):

A Carta Magna permite não só a pena de multa, como também a de perda de bens (art. 5º, XLVI), e a sanção criada é, indiscutivelmente, um misto de ambas. O dispositivo legal, aliás, fixa expressamente os limites da sanção penal pecuniária, atendendo o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX, da Carta Constitucional.

No que pese a polêmica, os tribunais têm utilizado o critério padrão, correspondente à situação financeira do condenado, como demonstram os escólios jurisprudenciais abaixo transcritos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BIS IN IDEM. SUBSTITUIÇÃO POR PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. QUANTUM. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Verifica-se a ocorrência de bis in idem quando o mesmo elemento, já valorado para fins de caracterizar o tipo culposo na modalidade imprudência, é novamente considerado para fixar a pena-base acima do mínimo legal. 2. É indispensável a fundamentação no dimensionamento do quantum referente ao valor da prestação pecuniária, devendo se levar em consideração as diretrizes do artigo 59 do Código Penal, bem como a situação econômica do paciente. 3. Ordem concedida para decotar a parte da pena fixada acima do mínimo legal e determinar o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, a fim de que se proceda à adequada fundamentação no que concerne ao quantum fixado como prestação pecuniária. (STJ - HC 45636 / RJ – T6 Sexta Turma – Relator(a) Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 11/11/2008, DJe de 01/12/2008)

Ementa: APELAÇÃO CRIME. DIREITO AUTORAL. ART. 184, §2º, DO CP. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. PENA ARBITRADA EM PATAMAR EXCESSIVO. REDUÇÃO. PARCIAL PROVIMENTO. Devidamente comprovado pela confissão do réu, bem como pelas declarações do policial militar que participou da apreensão, que o réu estava vendendo CD's e DVD's falsificados, impositiva a manutenção da condenação pelo crime de violação de

direito autoral. Atendendo às condições econômicas do réu, impõe-se o redimensionamento das penas de prestação pecuniária substituídas, para um salário mínimo, cada. Recurso parcialmente provido. (Apelação Crime Nº 70039737283, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 17/02/2011)

Deve-se frisar, ainda, que a prestação pecuniária pode constituir-se em prestação de outra natureza, em consonância com o §2º do artigo 45 do Código Penal⁸, com vedação para os casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei n. 11.340/06.

2.4 Da prestação pecuniária no Direito Comparado

A tarefa de elencar institutos semelhantes à pena pecuniária nos ordenamentos jurídicos alienígenas não é fácil, já que a doutrina, de uma forma geral, limita-se a tecer considerações superficiais acerca da pena de prestação pecuniária, em sua grande maioria apenas fazendo referência ao citado instituto como uma das espécies de penas restritivas de direitos.

Desta forma, em decorrência da simplória menção feita pela doutrina a respeito da prestação pecuniária, este tópico tentará, dentro do que é possível, indicar a existência desta sanção em algum outro ordenamento jurídico do mundo.

2.4.1 Na Itália

Neste país, as medidas alternativas à prisão, até meados dos anos 80, limitavam-se às regras de conversão e progressão previstas na execução penal, que, com o passar do tempo, não emprestaram a eficiência devida, mormente quando a população carcerária só aumentava.

⁸ Art. 45. (...)

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza.

Este tipo de procedimento foi alvo de severas críticas, porque era considerado “um contra-senso pensar num sistema real de alternativas à prisão a partir de leis penitenciárias” (SICA, 2002, p. 145).

Somente após o advento da Lei n. 689/81, a Itália passou a prever a aplicação de penas alternativas à prisão, dentre elas uma pena pecuniária, aplicável em substituição às reprimendas privativas de liberdade de até 03 (três) meses.

3 DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA DECORRENTE DA PRÁTICA DE INFRAÇÃO PENAL

3.1 Da noção de infração penal

A ação humana, positiva ou negativa, em que o destinatário da norma penal realiza ato proibido por lei ou omite a ação determinada por esta, quando era obrigado a participar ou a abster-se de realizá-la, é considerada infração penal, nos moldes do que preceitua a exposição de motivos do Código Penal, citada por Mirabete (2003, p. 79), sendo o termo infração penal o gênero do qual fazem parte o crime, ou delito, e as contravenções penais.

Segundo o artigo 1º do Decreto-Lei n. 3.914/41⁹ (Lei de introdução do Código Penal e da Lei das Contravenções Penais), a diferença entre ambos está no fato de que, ao crime é cominada pena de reclusão ou de detenção, ao passo que para a contravenção é cominada pena de prisão simples, no máximo.

Sem pretender adentrar no mérito dessa divisão, este trabalho reportar-se-á, neste momento, à noção de crime ou delito, que, de acordo com o conceito analítico¹⁰, é conceituado como um fato típico, antijurídico e culpável, na acepção da corrente majoritária no Brasil.

O primeiro elemento do conceito de crime subdivide-se em outros quatro pressupostos que o compõem, quais sejam: a conduta, o nexo de causalidade, o resultado e a tipicidade

Tem-se a conduta como primeiro elemento integrante do fato típico, consistindo no comportamento humano voltado a uma finalidade específica, ou, como conceitua Capez (2007, p. 117), “é toda ação ou omissão humana, consciente e voluntária, dolosa ou culposa, voltada a uma finalidade, típica ou não, mas que produz ou tenta produzir um resultado previsto na lei penal como crime”.

⁹ Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

¹⁰ Segundo Guilherme Nucci (2011, p. 173), conceito analítico é a concepção da ciência do direito.

Observa-se, por tanto, que a conduta pode ser positiva (ação) ou negativa (omissão), bem como deve ser voluntária, isto é, dolosa, quando o agente busca o resultado ou assume o risco de produzi-lo, ou culposa, quando não observa o agente o dever de cuidado inerente ao procedimento considerado normal. Neste último caso, frise-se, desde que haja previsão expressa neste sentido, conforme definido no parágrafo único do artigo 18 do Código Penal¹¹.

O nexos de causalidade, por seu turno, consiste no elo entre a conduta do agente e o resultado, ou seja, é o meio pelo qual se pode atribuir ou não a conduta criminosa ao agente.

Com efeito, caso não seja observada essa relação de causalidade, o fato criminoso não poderá ser imputado ao suposto autor, conforme menciona Greco (2009, p. 217):

O nexos causal, ou relação de causalidade, é aquele elo necessário que une a conduta praticada pelo agente ao resultado por ela produzido. Se não houver esse vínculo que liga o resultado à conduta levada a efeito pelo agente, não se pode falar em relação de causalidade e, assim, tal resultado não poderá ser atribuído ao agente, haja vista não ter sido ele o seu causador.

Outro elemento do conceito de fato típico é o resultado, definido como a consequência da conduta, e que pode ser analisado segundo dois critérios: o naturalístico e o jurídico ou normativo.

Para o critério naturalístico, resultado é a modificação perceptível do mundo exterior, "de modo que somente pode-se falar em resultado quando existe alguma modificação passível de captação pelos sentidos" (NUCCI, 2011, p. 210).

Em contra partida, para o critério jurídico ou normativo, resultado corresponde a "toda lesão ou ameaça de lesão a um interesse penalmente relevante" (CAPEZ, 2007, p. 156), haja ou não alteração perceptível do mundo exterior.

A coexistência desses dois critérios causa uma divergência doutrinária acerca da real importância do nexos de causalidade, já que, com relação aos crimes que têm resultado naturalístico, essa relação é facilmente compreendida, fato que não ocorre quando se trata de crimes formais ou de mera conduta.

¹¹ Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Em consonância com o que foi dito, observe-se a posição de Nucci (2011, p. 211):

Os delitos de atividade (formais ou de mera conduta), que se configuram na mera realização da conduta, pouco importando se há ou não resultado naturalístico, praticamente não se valem da teoria do nexu causal.

Em sentido oposto, acentua Greco (2009, p. 219):

Qualquer resultado, seja ele *naturalístico* (compreendido no sentido proposto pelos delitos materiais, ou seja, como o de modificação no mundo exterior, perceptível pelos sentidos, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e dano), ou o *jurídico* (significando a lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo penal), poderá figurar no raciocínio relativo à relação de causalidade.

Por último, completando os pressupostos do fato típico, está a tipicidade, entendida como “a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato concreto e descrição abstrata contida na lei penal” (MIRABETE, 2003, p. 136).

Com efeito, de nada adiantaria a existência de uma ação ou omissão (conduta), praticada por determinado agente (nexo causal), geradora de uma consequência (resultado), se não houvesse previsão nas leis penais, considerando essa determinada conduta como crime. Em outras palavras, “é o fenômeno representado pela confluência dos tipos concretos (fato do mundo real) e abstrato (fato do mundo normativo)” (NUCCI, 2011, p. 228).

Feitos esses comentários acerca dos pressupostos do fato típico, cumpre agora discorrer sobre os outros dois elementos do conceito de crime: a antijuridicidade ou ilicitude e a culpabilidade.

O termo ilicitude, inspirado no vocábulo alemão *Rechtswidrigkeit* (CAPEZ, 2007, p. 271), tradicionalmente é compreendido como contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico.

Esse conceito, todavia, para a moderna doutrina, restringe demasiadamente o alcance do instituto, visto que se limita a verificar a questão formal da ilicitude.

Alguns autores, inclusive, separam aquilo que consideram como ilicitude formal da ilicitude material, entendida esta última como a possibilidade de causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem juridicamente tutelado. Porém, essa

distinção parece estar superada, ante o argumento de que, se o comportamento humano infringe o ordenamento jurídico, certamente causará lesão ou exporá a perigo os bens jurídicos tutelados, conforme preceitua Greco (2009, p. 314):

A questão assim colocada nos leva à total desnecessidade de se fazer a distinção entre ilicitude formal e ilicitude material. Sim, porque se a norma penal existe porque visa proteger o bem por ela considerado relevante, é sinal de que qualquer conduta que a contrarie causa lesão ou expõe a perigo de lesão aquele bem tutelado, levando-nos a adotar uma concepção unitária de ilicitude e não dualista.

Já a culpabilidade, por sua vez, como último elemento do conceito analítico de crime, consiste “em juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo” (NUCCI, 2011, p. 300).

Conforme se observa pelo conceito do autor, a culpabilidade é composta de três elementos normativos: imputabilidade, potencial consciência sobre a ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

A imputabilidade refere-se à capacidade que o agente possui de ser responsabilizado pelo fato típico e antijurídico por ele cometido, que, segundo os artigos 26 e 27 do Código Penal¹², não pode ser atribuído aos doentes mentais ou àqueles com desenvolvimento mental incompleto ou retardado, bem como aos menores de 18 (dezoito) anos.

Quando se fala em potencial consciência sobre a ilicitude do fato, o que se quer acentuar, em verdade, é a questão do erro de proibição previsto no artigo 21 do Código Penal¹³, que, acaso incida na espécie, provoca uma errada apreciação sobre a injustiça do que se faz, cuja maior consequência será, nas palavras de Greco (2009, p. 414),

¹² Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

¹³ Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.

a isenção de pena, caso seja ele inevitável, concluindo-se, portanto, pela ausência de culpabilidade. Se evitável o erro, o fato praticado será típico, ilícito e culpável. Contudo, como laborou em erro, a reprovabilidade sobre o injusto penal por ele realizado será menor, razão pela qual sua pena será diminuída de um sexto a um terço.

Por seu turno, a exigibilidade de conduta diversa "consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente" (CAPEZ, 2007, p. 327). Assim, o sujeito que pratica uma infração penal só será considerado culpado, caso haja cometido o delito em circunstâncias normais, pois, não sendo desta forma, não se poderá exigir dele uma conduta diversa da que praticou.

Dentre as causas legais que excluem a culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta, conforme preceitua Greco (2009, p. 416), têm-se a coação irresistível e a obediência hierárquica, ambas previstas no artigo 22 do Código Penal¹⁴, e a possibilidade de aborto quando a gravidez resulta de estupro, prevista no inciso II do artigo 128 do mesmo diploma¹⁵.

Feita esta explanação primária acerca da noção de infração penal, cumpre ao presente trabalho, no momento, fomentar a discussão no que tange ao instituto da responsabilidade jurídica e, posteriormente, à responsabilização decorrente da prática de delito.

3.2 Considerações gerais acerca do instituto da responsabilidade

A palavra responsabilidade, segundo o Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (1995, p. 679), deriva da expressão latina *respondere*, consistindo na obrigação de responder por alguma coisa decorrente de negócio jurídico ou ato ilícito.

Toda atividade humana, ou decorrente desta, valorada pelo direito, possui conseqüências jurídicas, isto é, o agente deve responder pelos possíveis danos que

¹⁴ Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem.

¹⁵ Art. 128 (...)

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

cause a outrem. "Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade" (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p. 1).

Assim, a antiga premissa que institui para cada ação uma corresponde reação visa, além da necessidade precípua de restituição ou retribuição, a manutenção da estabilidade social das relações jurídicas, ou, como ensina Gonçalves (2010, p. 19), responsabilidade

exprime idéia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação do dano. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidades, que abrangem todos os ramos do direito.

Essa relação, baseada na idéia de aceitar as conseqüências do ato praticado, tem origem no princípio do *neminem laedere* (não lesar outrem), uma das máximas de Ulpiano¹⁶, que, nas palavras de Loureiro (2009, p. 621), significa que "na vida em sociedade, os indivíduos podem fazer tudo aquilo que não é vedado por lei e deixar de fazer tudo aquilo que a lei não exige, desde que não causem danos a terceiros".

Como se percebe, o instituto da responsabilidade está intimamente ligado a um fato pretérito, determinante do seu surgimento, sendo por isso considerado um dever jurídico sucessivo.

Nestes termos, observe-se a lição de Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 3):

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada de assumir as conseqüências jurídicas de um fato, conseqüências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

Todas estas considerações, respeitadas as peculiaridades de cada ramo, aplicam-se a todos os campos do Direito e, em especial, por ser o assunto tratado neste capítulo, ao Direito Civil e ao Direito Penal, conforme se descreve a seguir, quando se tratará da questão da responsabilidade jurídica decorrente da prática de infração penal.

¹⁶ Ulpiano (jurisconsulto romano).

3.3 Da responsabilidade jurídica civil e penal decorrente de infração penal

Com a evolução natural do ser humano, conforme se comentou no primeiro capítulo deste trabalho, a sociedade saiu do estágio da vingança privada, delegando ao Estado a função de dirimir os conflitos ocorridos no seio da comunidade. Com isso, passou o Estado a deter, com exclusividade, o direito de punir o indivíduo pela prática de um determinado fato delituoso, nos termos da lição de Nucci (2008, p. 124), ao afirmar que “o monopólio de distribuição de justiça e o direito de punir cabe, como regra, ao Estado, vedada a autodefesa e a autocomposição”.

O *jus puniendi*, todavia, não é exercido de forma discricionária, estando delimitado pelo princípio da reserva legal, este com *status* de norma constitucional, previsto no artigo 5º, inciso XXXIX, da Carta de 1988¹⁷.

Assim, em atenção ao que a doutrina denomina de direito penal objetivo, isto é, “o corpo de normas jurídicas destinado ao combate à criminalidade” (NUCCI, 2007, p. 35), o ente estatal estabelece os limites do *jus puniendi* na sua forma abstrata. Porém, a partir do cometimento de um delito, o direito de punir do Estado se concretiza e este deverá aplicar a pena ao agente infrator. A isto, a doutrina denominou de direito penal subjetivo, conforme descreve Greco (2009, p. 9): “Direito Penal Subjetivo, a seu turno, é a possibilidade que tem o Estado de criar e fazer cumprir suas normas, executando as decisões condenatórias proferidas pelo Poder Judiciário. É o próprio *ius puniendi*”.

Desta feita, o *jus puniendi* não é considerado apenas um direito, mas uma obrigação inerente ao Estado, em face da ação criminosa perpetrada.

É cediço que homem, por sua natureza, é um ser social, portanto, sujeito aos conflitos e contendas hodiernamente presentes na sociedade em que vive, e, em razão destes, suscetível de cometer uma infração penal.

A partir de uma prática considerada criminosa pelo direito penal surge um conflito de interesses. De um lado, o Estado no direito-dever de aplicar o *jus*

¹⁷ Art. 5º (...)

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

puniendi (aqui denominado de pretensão punitiva), e do outro, o autor da infração penal buscando manter o seu estado de liberdade natural.

Essa pretensão punitiva se materializa através de uma ação penal, ou seja, pelo exercício do “direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto” (NUCCI, 2008, p. 124).

Isso se dá porque, conforme se mencionou em linhas anteriores, o conflito de interesses não pode ser resolvido pela autocomposição, que é a submissão de um dos envolvidos no conflito, nem pela autodefesa, consistente no emprego da força. A maneira pela qual se busca solucionar o problema é através da tutela jurisdicional.

Neste sentido, Greco (2009, p. 689) afirma que a ação penal é

um direito público subjetivo de se invocar do Estado-Administração a sua tutela jurisdicional, a fim de que decida sobre determinado fato trazido ao seu crivo, trazendo de volta a paz social, concedendo ou não o pedido aduzido em juízo.

Com o ajuizamento do conflito perante o judiciário, instaurar-se-á um processo, em que o Estado-Juiz proferirá um provimento de mérito, que, no caso de entender que o agente é o responsável pela prática da infração penal, culminará em uma pena, isto é, na submissão pessoal do autor do delito.

Precisa, neste sentido, é a lição de Diniz (2007, p. 23):

A responsabilidade penal pressupõe uma turbação social, ou seja, uma lesão aos deveres de cidadãos para com a ordem da sociedade, acarretando um dano social determinado pela violação da norma penal, exigindo para restabelecer o equilíbrio social investigação da culpabilidade do agente ou o estabelecimento da anti-sociabilidade do seu procedimento, acarretando a submissão pessoal do agente à pena que lhe for imposta pelo órgão judicante, tendendo, portanto, à punição. Isto é, ao cumprimento da pena estabelecida na lei penal.

O que muitas vezes acontece é que, além da lesão a um bem juridicamente protegido pelo direito penal, que culminará, em tese, na aplicação de uma pena ao indigitado, o fato delituoso praticado por ele poderá gerar um dano privado para a vítima do crime, seja de natureza patrimonial ou não.

Com efeito, de acordo com considerações acima descritas, compreende-se que a essência da problemática responsabilidade é a submissão do agente em face do dano causado a um bem juridicamente protegido.

Essa submissão, na esfera cível, refere-se à obrigação de reparar um ato lesivo a bem privado, seja na tentativa de restabelecer o *status quo ante*, seja na conversão de tal obrigação em pecúnia, caso aquela primeira hipótese não seja mais possível.

Neste sentido, preleciona Diniz (2007, p. 23):

A responsabilidade civil, por ser repercussão do dano privado, tem por causa geradora o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico alterado ou desfeito pela lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado, traduzida na recomposição do *status quo ante* ou numa importância em dinheiro.

No Código Civil, a previsão está inserta no artigo 927¹⁸, informando que o dano decorrente de ato ilícito é passível de reparação.

Por sua vez, o artigo 186 do citado diploma legal descreve o que é o ato ilícito (*in verbis*): “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Em matéria de atos ilícitos, entendidos estes como os que são contrários ao ordenamento jurídico, diferença não há, em princípio, entre o que seja considerado ilícito civil e ilícito penal, a não ser o fato de que este último deva ser considerado mais grave, em face dos bens jurídicos em questão.

A respeito, preceitua Nucci (2011, p. 91):

Não é todo bem jurídico protegido que merece proteção do Direito Penal. Há outros ramos do direito para isso. Portanto, podemos encontrar situações ofensivas a determinados bens, mas inofensivas em matéria penal.

Assim, tendo em conta a gravidade do ato praticado, caso seja considerado um ilícito penal, receberá uma sanção consubstanciada numa pena (privativa de

¹⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

liberdade ou restritiva de direitos), ao passo que, sendo também considerado um ilícito civil, implicará na obrigação de reparar.

Nesta senda, observem-se as palavras de Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 5):

Ressalte-se que um mesmo fato pode ensejar as duas responsabilizações, não havendo bis in idem em tal circunstância, justamente pelo sentido de cada uma delas e das repercussões da violação do bem jurídico tutelado.

Inobstante as duas responsabilizações poderem decorrer do mesmo fato, os juízos que definirão a pena aplicada e o valor da reparação são diversos. Isto ocorre, em razão do sistema de reparação civil adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o da independência das jurisdições. Desta forma, as respectivas ações devem ser propostas separadamente, perante os juízos competentes.

No que pese, todavia, esta divisão de competência prevista no ordenamento nacional, há pontos de convergência entre os juízos cíveis e penais, circunstância esta que a doutrina denomina de sistema de separação mitigado, conforme se observa da leitura do artigo 935 do Código Civil (*verbis*): "A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".

Pelo exposto no artigo, quando o acimado for absolvido no juízo criminal pela inexistência do fato ou pela negativa de autoria, não caberá mais questionar sobre sua responsabilidade no juízo cível, conforme ressaltam Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 340):

Vê-se, portanto, da análise desse artigo, a relativa independência entre os juízos civil e criminal, na medida em que se proíbe a rediscussão da materialidade do fato ou de sua autoria, se tais questões já estiverem decididas no juízo criminal.

Sem pretender discorrer sobre o tema, até porque não é esse o ponto central de discussão neste trabalho, cumpre mencionar qual o mecanismo previsto em lei para que a vítima de um delito possa buscar a reparação de um dano porventura sofrido.

Esse mecanismo é a ação civil *ex delicto*, prevista nos artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal, a qual consiste em “uma ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pelo crime, quando existente” (NUCCI, 2008, p. 177).

Tal ferramenta pode ser utilizada de duas formas, primeiro a vítima aguarda o trânsito em julgado da sentença penal, para, de posse desse documento, requerer diretamente a execução no juízo cível, nos termos do artigo 63, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁹.

O referido dispositivo está em sintonia com o que dispõe o inciso I do artigo 91 do Código Penal²⁰, o qual atribui como um dos efeitos diretos da condenação o dever de indenizar o dano suportado pelo crime.

A outra forma é ajuizar diretamente ação de conhecimento no juízo cível, que tramitará concomitantemente com a ação penal, na forma do artigo 64 do Código de Processo Penal²¹, com a ressalva de que, neste caso específico, o magistrado do juízo cível poderá suspender o curso desta ação até que se finde o processo no juízo penal, na forma insculpida no parágrafo único do referido artigo 64 da Lei Adjetiva Penal.

Conclui-se dessa análise, portanto, que o Direito Penal contemporâneo busca alcançar um objetivo social diretamente, que é público e consiste na aplicação de uma pena. Por sua vez, o Direito Civil almeja principalmente a reparação de um prejuízo através da responsabilidade civil, ou seja, um interesse privado da vítima em primeiro lugar²².

¹⁹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

²⁰ Art. 91. (...)

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

²¹ Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

²² Diz-se em primeiro lugar, porque a responsabilidade civil, em certos casos, extrapola o conceito de meramente privado, uma vez que existem direitos metaindividuais, como a saúde, o meio ambiente e a educação, que, mesmo sem possuírem destinatários determinados e, portanto, pertencerem a toda a sociedade, são passíveis de responsabilização no âmbito cível.

4 DA APLICAÇÃO ISOLADA DA PENA DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA E A HIPÓTESE DE DESPENALIZAÇÃO INDIRETA

Foi demonstrado nos capítulos anteriores que, em se tratando de prestação pecuniária, há um consenso na doutrina de que esta sanção tem, primordialmente, um caráter reparatório, ou seja, o valor estabelecido na sentença destina-se primeiramente à vítima do crime, como forma de amenizar o dano suportado pela conduta do agente.

Tratou-se, ainda, da questão da responsabilidade (civil e penal) decorrente de crime, oportunidade em que se comentou a respeito da ação civil *ex delicto*, mecanismo criado por lei para que o ofendido possa buscar a reparação do dano decorrente da infração penal.

Essas duas considerações são necessárias para fomentar a discussão aqui tratada, isto é, se a pena de prestação pecuniária é o melhor caminho para que a vítima do delito possa ser ressarcida dos danos porventura sofridos, bem como, e principalmente, se na utilização deste instituto de forma isolada, destinando o seu valor ao ofendido, estaria o julgador promovendo uma espécie de despenalização indireta da conduta criminosa.

Para tanto, a discussão girará, de início, em torno do conteúdo de cada reação esperada com a aplicação da sanção (resposta ao crime e responsabilização civil) e de suas finalidades.

Inicialmente, cumpre ressaltar que o primeiro e mais observado critério caracterizador do Direito Penal, o qual, por sua vez, o distingue do Direito Civil, é a sanção. Esta, segundo a teoria da pena adotada pelo nosso ordenamento jurídico, deve ser necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime, a teor do disposto na parte final do artigo 59 do Código Penal²³.

Nesta senda, observe-se o que diz Greco (2009, p. 489):

O nosso Código penal, por intermédio de seu art. 59, diz que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a nossa legislação penal,

²³ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

entendemos que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais.

Assim, embora haja várias teorias acerca da finalidade da pena (absoluta, relativa etc.), sendo que o Estatuto Repressor do Brasil unificou estas duas em uma teoria mista, que atenta também para o critério ressocializador, conforme determina o artigo 1º da Lei n. 7.210/84²⁴ (Lei de Execuções Penais), não se pode olvidar que o ponto comum entre estas teorias é o fato de considerarem a sanção penal como um castigo.

Atentos a esse critério, observam Rolim Filho e Carneiro (2010, p. 298):

Não se pode esquecer que, embora se tenha adotado a teoria do caráter dualista da pena, o criminoso não poderá se valer de direitos constitucionais com a mera intenção de afastar o *Jus Puniendi* do Estado.

Indo mais além, afirmando ser este o objetivo principal da pena, ou seja, castigar o criminoso, conclui Nucci (2008, p. 1005) que

não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo, pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas conseqüências.

Em sentido oposto, não obstante a obrigação de reparar o dano possa ser também considerada um castigo, para sanção civil este efeito não possui relevância, uma vez que o essencial neste caso é o fim reparador, que está limitado à extensão do dano sofrido, na forma preconizada pelo artigo 944 do Código Civil²⁵.

Assim, de acordo com essa exposição, percebe-se que o Direito Penal preocupa-se, prioritariamente, com a punição, entendida esta como a inflição de um mal, ao passo que a reparação recai para a competência do Direito Civil, nos termos da lição de Püschel e Machado (2008, p. 22):

²⁴ Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

²⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

A punição é uma obrigação ou uma necessidade imperativa e é vista como um mal que deve beneficiar a autoridade e não a vítima. Por isso, a indenização que satisfaz somente a vítima é vista como insuficiente para reparar a desobediência à lei penal. Esta requer como resposta um juízo de desvalor público. E tal desaprovação pública se expressa por meio da intervenção voluntária na esfera jurídica do condenado (liberdade, patrimônio, tempo livre e estima social).

Essa separação entre o Direito Penal e o Civil, todavia, passou a se tornar cada vez mais dificultosa, em face da introdução paulatina do instituto da reparação no sistema penal contemporâneo, principalmente após uma maior intervenção e valorização da vítima no processo penal.

Nestes termos, a lição de Greco (2009, p. 13):

Temos assistido, ultimamente, à retomada do prestígio da vítima no processo penal. Muitos institutos penais foram criados mais sob enfoque dos interesses precípuos da vítima do que, propriamente, do agente que praticou a infração penal.

Neste viés, percebe-se que, de uma forma tímida, após a reforma penal de 1984, o instituto da reparação passou a aparecer em alguns dispositivos do Código Penal. Primeiro como elemento capaz de ensejar na diminuição da pena, ante o arrependimento posterior manifestado pelo agente (artigo 16 do CP²⁶), depois como circunstância atenuante da pena (artigo 65, inciso III, alínea *b*, do CP²⁷). Todavia, somente com a promulgação da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), o instituto da reparação começou a invadir, de fato, o campo do processo penal brasileiro, especificamente para os delitos considerados de menor potencial ofensivo, os quais são constituídos de "todas as contravenções penais, bem como os crimes cuja pena máxima cominada (abstratamente prevista) seja igual ou inferior a dois anos" (FEITOZA, 2009, p. 570).

Na primeira hipótese, para os casos de crimes de ação penal privada ou de ação pública condicionada à representação, a partir da obrigatoriedade de o

²⁶ Art. 16. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.

²⁷ Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

III – ter o agente:

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

magistrado tentar promover a composição civil entre autor e vítima, segundo as regras prescritas nos artigos 72 e 74 da referida lei²⁸, com destaque para o disposto no parágrafo único deste último artigo, ao esclarecer que o acordo entre vítima e autor do fato importará na extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de queixa ou representação.

Na segunda hipótese, para os crimes de ação pública incondicionada, com a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o autor do fato quanto à suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89 do supramencionado diploma legal²⁹, que igualmente acarreta a extinção da punibilidade, desde que aquele último se submeta a período de prova, que varia de dois a quatro anos, com a aplicação de algumas condições, dentre elas a de reparar o dano.

Dessa análise feita até aqui, o que se pode perceber é que, em ambos os casos, seja em face de crimes de ação pública condicionada, de ação privada, ou de delitos de ação pública incondicionada, desde que sujeitos ao rito sumaríssimo, a reparação, na forma preconizada pela lei dos juizados especiais, não toma contornos de sanção penal substitutiva, mas, embora afastada essa possibilidade, aparece no sistema penal como uma nova modalidade de resposta capaz de afastar a aplicação de uma pena.

A discussão muda de sentido, por sua vez, quando esta reparação, que antes se limitava a afastar a persecução penal do Estado em relação ao autor de crime e, em consequência disso, a impedir a aplicação de uma pena, passa a tomar o lugar da própria sanção penal, ou como afirmam Püschel e Machado (2008, p. 25) "se essas são formas indiretas em que a reparação toma o lugar do procedimento penal, há momentos em que ela chega a ser introduzida diretamente no sistema

²⁸ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarretará a renúncia ao direito de queixa ou representação.

²⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 (um) ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§1º. Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

penal como uma modalidade de sanção penal". É o caso da pena alternativa de prestação pecuniária, ora estudada.

De fato, a pena de prestação pecuniária, segundo entendimento majoritário da doutrina, possui função reparatória, conforme se demonstrou no tópico 2.2 deste trabalho, quando foi abordada a questão da natureza jurídica da referida reprimenda. O que a diferencia, portanto, dos outros institutos analisados acima é que, neste caso, a persecução penal ocorreu normalmente e o agente sofreu uma condenação, nos moldes delineados pelo Código de Processo Penal, com a ressalva de que, ao final, a sanção penal privativa de liberdade será substituída por uma medida alternativa, que visa promover a reparação do dano decorrente do crime.

Desta forma, tendo em vista essa possibilidade de considerar a prestação pecuniária como uma mera antecipação de indenização civil, face à obrigatoriedade de abatimento do valor já percebido pelo ofendido, na ocasião em que este obtiver êxito em futura ação de reparação cível, forçoso é concluir também que, tal cominação, de forma isolada, poderá dar ensejo à despenalização da conduta criminosa.

Pelo termo despenalização deve-se entender a não aplicação de uma pena a uma conduta considerada como crime pelo Direito Penal. Difere, portanto, da descriminalização, que é perda do caráter criminal de determinada infração, isto é, "a desqualificação de uma conduta como crime" (SICA, 2002, p. 129).

Ora, conforme foi discutido no capítulo anterior, a prática de um delito pode ensejar não só na imposição de uma pena, mas também na responsabilização civil do autor do fato pelos danos sofridos pelo ofendido em decorrência do crime. Neste caso, se o magistrado do juízo criminal, ao sentenciar, resolver por substituir a pena aplicada ao caso por prestação pecuniária, simplesmente, e a destinar à vítima do crime, buscando, assim, amenizar o prejuízo sofrido pelo ofendido, estará ele apenas antecipando a indenização devida pelo agente infrator, que estaria obrigado de qualquer forma a responder por ela, sendo esta passível de ser conseguida em ação civil.

Agindo assim, o magistrado acabaria por despenalizar a conduta criminosa de modo indireto, pois, em verdade, o valor em dinheiro pago como pena pecuniária surtirá como antecipação da indenização civil, já que, como foi informado em linhas acima, caso a vítima pretenda pleitear uma indenização no juízo cível, o valor já

percebido deverá ser abatido da quantia fixada, em obediência ao que determina o supramencionado artigo 45, §1º do Código Penal.

Exemplificando esta hipótese, demonstra Nucci (2011, p. 442):

Determina o juiz que o réu pague à vítima a prestação pecuniária de dez salários mínimos. Se o dano provocado tiver o mesmo montante (o que é de se presumir, pois se o magistrado fixar valor maior, terá a vítima lucro com o crime, algo, no mínimo, imoral), podendo-se descontar tal quantia de eventual indenização civil, não existiu pena alguma.

Neste sentido, entendendo que não compete ao Direito Penal, pelo menos não como indicador para aplicação da pena, a substituição da reprimenda a fim ressarcir a vítima dos prejuízos suportados pelo crime, é o conteúdo do aresto jurisprudencial abaixo transcrito:

Embora respeitável a solução adotada pela magistrada no que concerne à imposição da pena substitutiva consubstanciada em prestação pecuniária à vítima, como sendo uma forma de compelir o agente a ressarcir o prejuízo patrimonial causado, penso que não é a esfera criminal o espaço adequado para resolver matéria atinente à indenização decorrente da prática de ato ilícito. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Ap. 7000971732 - Rio Grande, 6ª Câmara, Relator Paulo Moacir Aguiar Vieira, Julgado em 21/10/2004).

Resultado diferente seria obtido caso o magistrado, ao invés de destinar o valor da prestação pecuniária à vítima do crime, resolvesse direcioná-lo para uma instituição com destinação social, pois, neste caso, "a pena não tem qualquer conotação civil" (NUCCI, 2011, p. 443).

Neste aspecto, veja-se o entendimento jurisprudencial que segue:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA. Ocorrência do fato comprovada nos autos pela prova documental, além da prova oral. A autoria restou evidenciada, diante das inverossímeis versões do réu, na polícia e em juízo, sendo certo que os objetos subtraídos foram encontrados em sua posse, como consta dos depoimentos da vítima e dos policiais que o prenderam em flagrante, o que inverteu o ônus da prova, logrando êxito a acusação na tarefa que lhe incumbia. Pena. Dosimetria. Aumento. Atenuante da menoridade afastada. A pena-base, em obediência aos vetores negativos do artigo 59 do Código Penal, deve ser afastada

em oito meses do mínimo legal, considerando a certidão de antecedentes, a personalidade voltada à prática delitiva do réu, assim como as circunstâncias do delito. É de ser afastada a atenuante da menoridade, pois o réu já contava com 21 anos à época do fato. Pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Em razão do aumento da pena, acresce-se à substituição mais uma restritiva de direitos, qual seja, uma prestação pecuniária de 01 (um) salário mínimo a uma instituição de caráter social a ser indicada pelo juízo da execução. Apelação defensiva desprovida e apelo do Ministério Público provido. (Apelação Crime Nº 70035974617, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 10/11/2010)

Com base nestas considerações, forçoso é considerar que a pena de prestação pecuniária provocou certa desordem no sistema de penas restritivas de direitos, chegando ao ponto de se descaracterizar como pena criminal, face ao surgimento da obrigação de dar, em substituição à obrigação de fazer, que particulariza tais reprimendas.

As penas restritivas de direitos impõem uma resposta do Estado à conduta do agente infrator através da realização de uma obrigação fixada pelo juiz, como forma de retribuição e prevenção pela prática criminosa, pois "se a pena é um mal necessário, devemos, num Estado Social e Democrático de Direito, buscar aquela que seja suficientemente forte para a proteção dos bens jurídicos essenciais" (GRECO, 2009, p. 530), atendendo ao que preceitua o artigo 59, *caput*, do Código Penal.

Especialmente, no caso da prestação pecuniária, esta finalidade da pena, qual seja retribuição e prevenção, poderá deixar de existir, em face dessa possibilidade de despenalização da conduta criminosa, uma vez que o autor do delito estará apenas ressarcindo a vítima dos danos que lhe causou.

Ademais, após a edição da Lei n. 11.719/08, que dentre outros, modificou os artigos 63, parágrafo único³⁰, e 387, inciso IV³¹, do Código de Processo Penal, o magistrado tem a possibilidade de, já na sentença penal condenatória, fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo crime, considerando, sempre, os prejuízos suportados pela vítima.

³⁰ Art. 63 (...)

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

³¹ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

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

Sendo assim, mormente após a instituição dessa possibilidade trazida pela lei processual penal, verifica-se que a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária destinada à vítima torna-se sem sentido, uma vez que, se o intuito de tal substituição era providenciar um ressarcimento mais rápido ao ofendido, para que este não tivesse que aguardar o trânsito em julgado de uma sentença penal para executar o título judicial no cível, o próprio magistrado prolator da sentença penal condenatória, desde a edição da supracitada Lei n. 11.719/08, já dispõe de um mecanismo capaz de amenizar os prejuízos acarretados à vítima.

Atento a esta circunstância, aduz Nucci (2011, p. 442):

Essa alteração teve por fim acelerar a possibilidade de ser indenizado o ofendido em virtude da prática do delito, evitando-se a espera pela finalização da ação penal para, depois, ingressar com o pedido de reparação dos danos na esfera civil. Assim sendo, torna-se ainda mais evidente não ter sentido a substituição da pena privativa de liberdade pela prestação pecuniária, quando destinada à vítima ou aos seus dependentes.

Além do que, a fixação da prestação pecuniária se dá, e isto é lógico, já que se trata de uma sanção criminal, em patamares preestabelecidos, o que importará na possibilidade de distanciamento do dano efetivamente sofrido pela vítima, como demonstra o trecho do entendimento jurisprudencial adiante declinado:

APELAÇÃO CRIME. ESTELIONATO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. [...] 6. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA SUBSTITUTIVA. REDUÇÃO. Por demais exacerbada a prestação pecuniária fixada em 3 salários-mínimos, considerando que a vantagem indevida foi de R\$ 498,77 e o réu não ostenta condições financeiras favoráveis. Redução para 1 salário-mínimo. Preliminar de nulidade rejeitada. Apelo parcialmente provido, reduzindo-se a pena do estelionato para 1 ano e 6 meses de reclusão, e, a do crime de falsidade ideológica, para 1 ano e 3 meses de reclusão, restando em 2 anos e 9 meses de reclusão, pelo cúmulo material, reduzida a prestação pecuniária substitutiva para 1 salário-mínimo, mantidas as demais disposições da sentença. (Apelação Crime Nº 70030460422, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 01/09/2010)

Neste desiderato, acentua Sica (2002, p. 184) que

a lei limitou-se a lançar essas penas pecuniárias no largo universo de condenações de até quatro anos de prisão (ressalvadas as

proibições gerais, como violência e grave ameaça), sem observância à necessária harmonia sistemática, refletida na necessidade de valoração da culpabilidade e do bem jurídico.

Ainda nesse aspecto, deve-se frisar que a sanção pecuniária não é utilizada apenas para os delitos que detenham um aspecto patrimonial, uma vez que não se vincula a natureza da infração, mas, como foi afirmado, a um aspecto quantitativo da pena privativa de liberdade imposta, inclusive, quanto aos crimes patrimoniais, "a prestação pecuniária, como forma de ressarcimento punitivo, é aplicada em escassa proporção" (SICA, 2002, p. 185).

Outro ponto que merece destaque é a possibilidade de reconversão da prestação pecuniária em pena privativa de liberdade novamente, dada a possibilidade de inadimplemento pelo condenado, como determina o artigo 44, §4º, do Código Penal³².

Tal panorama é possível, porque a prestação pecuniária tem natureza de sanção penal, e, em sendo assim, por mais que tenha cunho reparatório e não se admita a prisão civil por dívida no Brasil, é pena substitutiva, não perdendo essa característica com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e o ajuizamento de ação de reparação pela vítima.

Nestes termos é o acórdão abaixo transcrito:

AGRAVO EM EXECUÇÃO - REDUÇÃO DO QUANTUM DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA - CONVERSÃO EM PRIVATIVA DE LIBERDADE - POSSIBILIDADE - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. Considerando-se a natureza jurídica da prestação pecuniária, que, apesar de constituir sanção penal, pode ter conotação de indenização civil, e ainda, levando-se em consideração o valor do objeto subtraído e a situação econômica do sentenciado, deve ser reduzido o quantum fixado em primeira instância, de dezoito para três salários mínimos. Por outro lado, o descumprimento injustificado da pena restritiva de direitos enseja a sua conversão em privativa de liberdade, nos termos do art. 44, § 4º, do CPB. (TJ/MG, Número do processo: 1.0000.08.479495-7/001, Data da Publicação: 19/05/2009, Relator: Edival José de Moraes)

³² Art. 44 (...)

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

O ponto mais controvertido, no entanto, é o fato de que, segundo o trecho final do §4º do artigo 44 do Código Penal, na reconversão das penas restritivas de direitos deve ser respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

Ora, quanto às penas restritivas que impõem uma obrigação de fazer, como é o caso da prestação de serviços à comunidade, esse aspecto é facilmente compreendido, mas, no caso da prestação pecuniária, que impõe a obrigação de dar, não há um critério estabelecido para tanto. Afinal, como transformar valores monetários em dias de pena?

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação pecuniária, assim como as demais penas restritivas de direitos, surgiu em meio a uma crise do sistema penal, que há temposurgia por medidas menos invasivas e, de fato, mais eficazes que a pena privativa de liberdade, pois esta, além de não conseguir resgatar o autor de um delito ao convívio social, já não satisfazia a um sentimento de impunidade emergente no seio da comunidade.

De outro lado, ao passo em que se instituíam medidas menos severas, para os casos em que a pena privativa de liberdade se mostrava exagerada, permitiu-se que institutos diversos das ciências penais se aproximassem e, por vezes, fizessem parte da estrutura criminal, como é o caso da reparação.

A prática de uma infração penal sujeita o seu autor, conforme foi discutido, à responsabilização. De um lado com relação à vítima do crime, caso haja algo a restituir ou a reparar, e de outro em face do Estado, que através do *jus puniendi* submete o infrator a um castigo, consubstanciado em uma pena.

O problema se situou justamente na busca de se atingir o propósito civil e penal através de um único instituto, agregando essas duas responsabilizações, como o fez a pena de prestação pecuniária.

Primeiro porque, ao se trazer um instituto de natureza civil para a seara penal, acaba por se deixar de lado um importante elemento que caracteriza aquela disciplina jurídica, que é a autonomia da vontade, uma vez que, em se tratando de matéria criminal, mormente no que tange à dogmática penal, esta possibilidade de a vítima decidir se quer ou não buscar o seu direito na maioria das vezes não existe.

Em segundo lugar observou-se o fato de que, em se tratando de reparação civil, sendo esta considerada a finalidade precípua da prestação pecuniária, deve-se questionar a impossibilidade de se conciliar o fator voluntário almejado pela sanção civil com o princípio da indisponibilidade da sanção penal, já que, sendo esta de natureza pública na essência, estar-se-ia abrindo a possibilidade para a vítima negociar o efeito preventivo da pena. Aliás, questão relevante existe justamente quantos aos efeitos da pena em decorrência da aplicação da prestação pecuniária destinada ao ofendido.

Ora, sendo a sanção um instituto de natureza híbrida, com prevalência do cunho reparatório civil, qual pena efetivamente cumpriu o condenado? Na verdade, a

única intenção almejada foi realmente possibilitar a antecipação da indenização civil? Se esta foi a finalidade pretendida, de acordo com o que foi analisado no decorrer do trabalho, após a edição da Lei n. 11.719/08, tornou-se inservível, já que foi criado um mecanismo específico e que não se entrelaça com a condenação penal em si mesma.

O que ficou claro é que, sendo utilizada como forma de ressarcimento ao ofendido ou aos seus dependentes, a prestação pecuniária acaba perdendo o seu caráter penal, e os efeitos preventivo e retributivo inerentes a este tipo de sanção não são vislumbrados, o que repercute na disseminação cada vez maior do sentimento de impunidade na sociedade.

Além disso, há um grande questionamento ético a respeito da aplicação dessa sanção pecuniária, em face do seu aspecto segregador, já que apenas os que detêm uma condição financeira confortável poderiam ser agraciados com a substituição pela referida reprimenda, ao passo que, aos menos afortunados, restaria a reconversão em pena privativa de liberdade novamente.

Por fim, insta esclarecer que restou claramente confirmada a hipótese inicialmente apresentada no presente trabalho monográfico, uma vez que em toda a análise procedida se verificou a despenalização indireta incidindo sobre os casos onde se aplicou aos infratores, isoladamente, a prestação pecuniária em favor das vítimas da infração objeto do julgamento.

REFERÊNCIAS

Academia Brasileira de Letras Jurídicas. *Dicionário Jurídico*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRASIL. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. *Código Penal*. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

_____. *Código de Processo Penal*. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.

_____. *Constituição Federal de 1988*.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 45636/RJ. Sexta Turma. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Julgado em 11/11/2008, DJe de 01/12/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200501128290&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 14 abr. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 20040610002818, Relator Getulio Pinheiro, 2ª Turma Criminal, julgado em 06/06/2008, DJ 15/10/2008 p. 160. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62221,85063,1099&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER>>. Acesso em: 18 mar. 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. 3. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Vol. 1. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso Completo de Direito Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo em Execução nº 10000084794957/001. Relator: Edival José de Moraes. Data da Publicação: 19/05/2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=4794957&dvCNJ=66&anoCNJ=2008&origemCNJ=0000&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=10%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=15851&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 26 abr. 2011.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Manual de Direito Penal*. Vol. 1. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de Direito Penal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. *Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Crime nº 70039737283. Quarta Câmara Criminal. Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 17/02/2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039737283&num_processo=70039737283&codEmenta=4014313&templntTeor=true>. Acesso em: 14 abr. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Crime nº 7000971732. 6ª Câmara. Relator Paulo Moacir Aguiar Vieira. Julgado em 21/10/2004. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/buscaAvancadaJurisprudencia.jsp?pesq=ementario&as_q=inmeta%3ADataJulgamento%3Adaterange%3A2004-10-21..2004-10-21&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A7000971732&requiredfields=TipoProcesso%3AApela%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Crime>. Acesso em 25 abr. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Crime nº 70035974617. Oitava Câmara Criminal. Relator: Isabel de Borba Lucas. Julgado em 10/11/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70035974617&requiredfields=TipoProcesso%3AApela%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Crime>. Acesso em: 25 abr. 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Crime nº 70030460422. Oitava Câmara Criminal. Relator: Fabianne Breton Baisch. Julgado em 01/09/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70030460422&requiredfields=TipoProcesso%3AApela%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Crime>. Acesso em: 26 abr. 2011.

ROLIM FILHO, Antonio Braz; CARNEIRO, Cynara Rodrigues. O Ministério Público e a Constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). In: *Revista Jurídica do Ministério Público n. 4*. João Pessoa: Jan/Dez de 2010.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.