UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

A ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: EXPLORANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO ALTERNATIVA À PUNIÇÃO

GABRIEL PEDRO BARRETO PIRES FERREIRA

Rio de Janeiro
2024

GABRIEL PEDRO BARRETO PIRES FERREIRA

A ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: EXPLORANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO ALTERNATIVA À PUNIÇÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio José Teixeira Martins**.

Rio de Janeiro

2024

CIP - Catalogação na Publicação

F383a

Ferreira, Gabriel Pedro Barreto Pires
A ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: EXPLORANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO ALTERNATIVA À PUNIÇÃO / Gabriel Pedro Barreto Pires Ferreira. -- Rio de Janeiro, 2024.
69 f.

Orientador: Antônio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2024.

1. Infração penal de menor potencial ofensivo. 2. Ilicitude civil. 3. Bem jurídico. 4. Justiça Restaurativa. 5. Responsabilidade Civil. I. Martins, Antônio José Teixeira , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GABRIEL PEDRO BARRETO PIRES FERREIRA

A ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: EXPLORANDO A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO ALTERNATIVA À PUNIÇÃO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio José Teixeira Martins**.

Data da Aprovação: 18 / 11 / 2024.

Banca Examinadora:

Antônio José Teixeira Martins
Orientador

Breno Zanotelli de Lima
Membro da Banca

Rio de Janeiro

2024

À minha avó Marinete Rodrigues Pedro (*in memoriam*), a luz que me guia e me dá forças para continuar em busca dos meus sonhos.

À minha avó Jaci e ao meu avô Otoniel, minhas joias, por todo o amor e por sempre acreditarem em mim.

Ao meu pai Jaciel e à minha mãe Fabiana, por todo o apoio e dedicação, sem vocês nada disso seria possível.

Ao meu irmão Kauan e à minha prima Roberta, por serem minha inspiração e por me motivarem a seguir na caminhada.

A toda minha família, pela confiança e incentivo.

Aos amigos Gabriel e Francisco, por uma década sofrendo e comemorando juntos, sempre lado a lado nos momentos mais importantes.

Aos amigos da Faculdade Nacional de Direito, em especial Beatriz, Arthur e Luana, pelo companheirismo e por todo apoio e carinho no momento mais difícil da minha vida. Com vocês foi muito mais fácil a trajetória na FND.

RESUMO

A presente pesquisa tem como pretensão analisar o tratamento jurídico das infrações penais de menor potencial ofensivo, através da compreensão das funções da pena e de como se dá a escolha dos bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal nesses tipos de infrações, bem como refletir, sob a ótica dos princípios limitadores do poder punitivo do Estado, se deveria a *ultima ratio* preocupar-se com as contravenções penais e os crimes de leve gravidade. Nessa perspectiva, considerando a noção de Justiça Restaurativa, os institutos despenalizantes inerentes aos Juizados Especiais Criminais e as medidas socialmente úteis que substituem a pena privativa de liberdade, propõe-se, em última análise, a possibilidade de convolação dessas ilicitudes penais em ilicitudes civis, sobretudo para os casos em que o sujeito passivo seja pessoa, física ou jurídica, de modo a permitir a solução pacífica e consensual dos conflitos que impeça os efeitos deletérios da persecução penal, e explorando assim a viabilidade da Responsabilidade Civil como alternativa às penas criminais, alcançando uma resposta estatal à transgressão menos gravosa da ordem jurídica que tenha ênfase na vítima e na reparação do dano no lugar da atual relevância dada ao infrator e à conduta.

Palavras-Chaves: infração penal de menor potencial ofensivo; ilicitude civil; bem jurídico; justiça restaurativa; responsabilidade civil.

ABSTRACT

This research aims to analyze the legal treatment of offenses with minor potential for harm by understanding the functions of punishment and how the legal interests protected by criminal law in these types of offenses are determined. Additionally, it reflects, from the perspective of the principles limiting the punitive power of the State, on whether the *ultima ratio* should concern itself with misdemeanors and minor crimes. In this regard, considering the concept of Restorative Justice, the decriminalization mechanisms inherent to Special Criminal Courts, and socially useful measures that replace imprisonment, the study ultimately proposes the possibility of reclassifying these criminal offenses as civil wrongs, particularly in cases where the victim is an individual or legal entity. This approach aims to facilitate peaceful and consensual conflict resolution that avoids the harmful effects of criminal prosecution, thereby exploring the viability of Civil Liability as an alternative to criminal penalties. The focus shifts towards the victim and the restitution of harm, rather than the current emphasis on the offender and their conduct.

Keywords: minor criminal offense; civil unlawfulness; legal asset; restorative justice; civil liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....9

1. INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO.....12

1.1. Conceituando a infração penal de menor potencial ofensivo.....12

1.2. Bens jurídicos e a forma de valorá-los e selecioná-los para serem objeto de tutela penal.....16

1.3. Sujeitos da infração de menor potencial ofensivo e a viabilidade de acordo.....19

2. PRINCÍPIOS RELEVANTES PARA A DISCUSSÃO SOBRE A TUTELA DE DETERMINADO BEM JURÍDICO PELO DIREITO PENAL.....25

2.1. Intervenção mínima (ultima ratio legis) e fragmentariedade.....25

2.2. Princípio da lesividade e a afetação do bem jurídico.....28

2.3. Princípio da insignificância.....30

2.4. Princípio da proporcionalidade.....33

2.5. Conclusão.....36

3. OS FUNDAMENTOS DA PENA E A NOÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA.....38

3.1. Pena e seus fundamentos.....38

3.2. Substitutivos penais e outras medidas socialmente úteis para o lugar da pena.....43

3.3. Justiça Restaurativa.....47

4. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO INFRATOR COMO ALTERNATIVA À PENA CRIMINAL.....55

4.1. A ilicitude civil como forma de tratamento das infrações penais menos graves.....55

4.2. A Responsabilidade Civil como alternativa à punição.....59

CONCLUSÃO.....64

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....66

INTRODUÇÃO

A relevância dada pelo Direito Penal às infrações de menor potencial ofensivo justifica o caráter de ilicitude penal dessas infrações? Desta indagação partiu o interesse por essa pesquisa, cujo objetivo não é tratar da possibilidade de descriminalização destas modalidades de infrações ou discorrer sobre os impactos dessa medida, mas sim refletir se faz sentido que as condutas causadoras de lesão ou de ameaça de lesão a determinados bens jurídicos tidos pelo Direito Penal como menos relevantes deveriam permanecer sendo tratadas como ilicitudes penais ou se poderiam ser solucionadas fora da esfera da *ultima ratio*, isto é, sendo tratadas como ilicitudes civis, considerando o próprio desvalor pela legislação penal à afetação dos bens jurídicos protegidos pela tipificação das infrações de menor potencial ofensivo.

Há uma tendência histórica da não intervenção do Direito Penal naquelas infrações que ofendem bens jurídicos menos importantes ou que afetam de maneira insignificante outros bens jurídicos tutelados penalmente. Ocorre que o legislador brasileiro tipificou uma série de crimes e contravenções penais aos quais, dada sua relevância, são punidos com penas alternativas à privação de liberdade, bem como previu alguns institutos na Lei 9.099/95 que podem substituir a pena quando se tratar dessas infrações.

Assim, dado os princípios do Direito Penal, as funções da pena, os critérios de seleção das matérias a serem objetos da tutela penal e a Teoria da Justiça Restaurativa, constata-se que há possibilidades outras de tratar as infrações penais de menor potencial ofensivo que não seja fundada na resposta de um mal com outro mal, que não tenha consequências negativas inerentes à persecução penal, e que possa manter ou restaurar os laços sociais de forma pacífica.

Uma dessas possibilidades é dar às infrações penais de menor potencial ofensivo o caráter de ilicitude civil, tão somente, aqui com foco naqueles casos em que a vítima seja uma pessoa, física ou jurídica, de modo que se permita a composição entre sujeito ativo e sujeito passivo, pautada na autonomia da vontade das partes, e em que o foco estará na vítima e no dano causado e não mais no infrator e na conduta.

A Responsabilidade Civil se apresenta, nesse contexto, como forma alternativa à punição, em resposta às contravenções e crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, promovendo uma mudança na ineficaz fórmula ameaçadora e vingativa da pena, a fim de garantir a manutenção das relações sociais a partir da solução pacífica e negociada dos conflitos.

Nesse sentido, este trabalho objetiva investigar: a finalidade da pena, significada na restrição de algum direito do infrator; no que se baseia o legislador ao definir o que considerar ou não como infração penal, mesmo considerando como menos lesiva à ordem social; os substitutivos penais e as medidas alternativas à prisão; e, por fim, a ilicitude civil e a responsabilidade civil como propostas de se repensar a resolução de conflitos instaurados pela transgressão do ordenamento jurídico.

Para tanto, recorrer-se-á a pesquisa bibliográfica e documental para, através a leitura e reflexão de doutrinas de Direito Penal, legislação, Trabalhos de Conclusão de Curso e artigos e utilizando-se do método dedutivo, abordagem qualitativa e objetivos descritivo e explicativo, aprofundar o conhecimento já disponível nas ciências criminais, analisar conceitos, ideias e princípios jurídicos, com a finalidade de produzir material epistemológico e argumentativo que possam contribuir para a identificação de alternativas ao atual modelo brasileiro de enfrentamento das infrações penais de menor potencial ofensivo.

A presente pesquisa justifica-se pela relevância inerente ao tema, pela ineficiência dos Juizados Especiais Criminais, pelo excesso de criminalização de condutas insignificantes, pela violação de princípios fundamentais do Direito Penal e pela necessidade de se evitar a estigmatização indevida dos infratores e consequências negativas evitáveis, e pela imprescindível relevância das vítimas e da reparação do dano.

A estrutura deste trabalho tem quatro capítulos. Primeiramente, discutir-se-á sobre o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, a fim de compreender sobre o que se considera como esse tipo de infração, sobre o valor do bem jurídico para o Direito Penal e quem são os sujeitos destas infrações.

No capítulo dois, examinou-se a compatibilidade das infrações penais menos relevantes com alguns dos mais importantes princípios do Direito Penal que constituem limitadores ao poder punitivo do Estado.

No terceiro capítulo, estuda-se os fundamentos da penas, os substitutivos penais, as medidas socialmente úteis como alternativas à prisão, bem como a teoria da Justiça Restaurativa.

Por fim, no quarto capítulo, busca-se analisar o conceito de ilicitude civil e o instituto da Responsabilidade Civil, apresentando um exame de conformidade entre a resposta civil do Estado, pautada na reparação do dano e indenização da vítima, e a conduta ou a gravidade da afetação do bem jurídico atualmente tutelados pelo Direito Penal a título de infrações penais de menor potencial ofensivo.

1. INFRAÇÃO PENAL DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO

O presente estudo necessita passar pela análise preliminar de certos conceitos antes de adentrar, enfim, no eixo central desta discussão. Desta forma, entende-se como fundamental discutir o que é "infração penal de menor potencial ofensivo", "crime", "delito", "contravenção penal", "bem jurídico", "imputação objetiva", e "sujeitos da infração ou do crime".

1.1. Conceituando a infração penal de menor potencial ofensivo

Inicialmente, há que se entender o conceito de infração penal. De acordo com Cunha (2020, p. 198)

> O conceito de infração penal varia conforme o enfoque.
> Sob o **enfoque forma**l, infração penal é aquilo que assim está rotulado em uma norma penal incriminadora, sob ameaça de pena.
> Num **conceito material**, infração penal é comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal.
> O **conceito analítico** leva em consideração os elementos estruturais que compõem a infração penal, que, segundo a orientação dominante, é um fato típico, ilícito e culpável.

A infração penal se divide em duas espécies: crime e contravenção penal. Essa distinção, contudo, não possui, segundo Cunha (2020, p. 198) natureza ontológica, mas apenas axiológica. Significa dizer que o que difere se uma infração penal ou, no conceito material, se um "[...]comportamento humano causador de relevante e intolerável lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, passível de sanção penal" (CUNHA, 2020, p. 198) é contravenção ou crime, é um juízo de valor realizado pelo legislador que vai considerar a gravidade da conduta ou da lesão, assim

> Conclui-se, com isto, que o rótulo de crime ou contravenção penal para determinado comportamento humano depende do valor que lhe é conferido pelo legislador: as condutas mais graves devem ser etiquetadas como crimes; as menos lesivas, como contravenções penais. Trata-se, portanto, de opção política que varia de acordo com o momento histórico-social em que vive o país, sujeito a mutações (CUNHA, 2020, p. 198).

Observe-se que, dentro do conceito das infrações penais de menor potencial ofensivo existirão condutas que, apesar de menos lesivas, serão etiquetadas como crimes, ensejando

punições tão ínfimas quanto aquelas inerentes às contravenções, o que sugere haver certa aleatoriedade nas decisões do legislador brasileiro na escolha de rotular as infrações.

A disposição do Art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-Lei nº 3.914/41, também contribui com elementos para a análise:

> 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 (BRASIL, 1941).

Por isso entende-se ser relevante investigar no que se funda o legislador para escolher qual tipo de pena cominar para cada tipo de infração, que é o que vai definir se será tida como crime ou contravenção, na forma do dispositivo legal supracitado.

A partir do ensinamento de Rogério Sanches Cunha e do disposto no Art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914/41, pode-se compreender que tanto a gravidade da conduta ou da afetação do bem jurídico e o rigor das penas é que guiaram o legislador na sua escolha das infrações penais que seriam consideradas crimes e das que seriam consideradas contravenções penais.

Isto também vai ser importante para o legislador cominar as penas para os crimes, pois apesar do rótulo de crime ser para as condutas humanas mais graves e mais lesivas do que aquelas rotuladas como contravenção penal, dentro da categoria de crime há a distinção quanto a gradação da gravidade do crime, que podem ser considerados como de menor, médio ou maior potencial ofensivo.

Cunha (2020, p. 235) ensina que

> 56) **crime de menor potencial ofensivo**: é aquele com pena máxima não superior a dois anos, conforme definição do art. 61 da Lei n° 9.099/95, investigado por meio de termo circunstanciado (não inquérito policial), admitindo as medidas despenalizadoras da transação penal e suspensão condicional do processo.
> 57) **crime de médio potencial ofensivo**: é aquele em que, apesar de a pena máxima suplantar 2 anos, a pena mínima é igual ou inferior a 1 ano, admitindo a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).
> 58) **crime de maior potencial ofensivo**: é aquele incompatível com medidas despenalizadoras (transação penal e suspensão condicional do processo) (Grifos nossos).

Quanto aos crimes de médio e maior potencial ofensivo, não nos cabe maiores observações, pois para o objetivo deste trabalho interessa abordar sobre as infrações penais de menor potencial ofensivo, que são aquelas definidas no ordenamento jurídico brasileiro como sendo "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa" (BRASIL, 1995), na forma do Art. 61 da Lei. 9.099/95. Portanto, nos ateremos às contravenções penais e aos crimes de menor potencial ofensivo.

Contudo, há que se fazer uma reflexão a respeito dessa definição legal de infração de menor potencial ofensivo, pois, para além dessa definição objetiva, é possível perceber que há diferenças muito significativas entre cada crime e cada contravenção penal que se enquadra como de menor potencial ofensivo.

Vê-se diferenças materiais e processuais que sugerem que dentre essas infrações há aquelas cujo interesse do direito penal em tutelar pode estar precipitado. Para alguns autores, a definição desse grupo de infrações ser dada pela própria Lei representa uma problemática para o campo da investigação do direito penal.

Segundo AZEVÊDO (2011, p. 35):

> É neste contexto intelectual que a definição de infração de menor potencial ofensivo precisa ser repensada. Sendo mais claro, o que se deve repensar não é apenas a definição em si, mas a circunstância de ela se encontrar lançada em texto de lei. Uma dogmática jurídica contemporânea deve, antes de tudo, ser um sistema inacabado, uma estrada sem linha de chegada. Eis o caráter retórico necessário à dogmática jurídica contemporânea. Um caráter que deve ser compreendido em suas três dimensões, ou seja, como método, metodologia e metódica, no sentido que ensina Ottmar Ballweg (1991, p. 175-184). Somente repensando a dogmática jurídica, o seu uso e as definições por ela oferecidas, a exemplo da que é dada à infração de menor potencial ofensivo, é que será possível controlar a complexidade crescente da teia social.

Este engessamento da definição de infração penal de menor potencial ofensivo ocorre pelo critério quantitativo escolhido pela lei, para dizer o que se enquadra e o que não se enquadra nesse tipo de infração, que está ligado a quantidade de pena máxima abstratamente cominada, qual seja, até dois anos. As infrações de menor potencial ofensivo, para além de todas as contravenções penais e todos os delitos cuja pena máxima de prisão seja até dois anos, também abarcam *todas* as infrações punidas somente com multa e *todos* os crimes cuja

pena seja de até dois anos de prisão cumulada com multa, como se extrai da análise das Leis 9.099/95 e 10.259/01, segundo Souza (2009, p 43).

Um indicativo de que a definição legal para esse tipo de infração pode estar equivocada é a instituição dos Juizados Especiais Criminais e o tipo de ação penal vinculada a cada crime, é o que entende Azevêdo (2011, p. 36):

> (...) por que a definição, em si, de infração de menor potencial ofensivo reclama uma reflexão tão cautelosa? Por muitas razões. A primeira delas é a incompatibilidade existente entre a definição legal de infração de menor potencial ofensivo e a própria instituição dos juizados especiais criminais. Ora, se os juizados foram instituídos com o escopo de proporcionar celeridade ao julgamento da chamada "infração de menor potencial ofensivo", não é possível chegar à outra conclusão que não seja a da infelicidade da definição dada pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95. Como é possível conferir celeridade ao procedimento e ao julgamento de um processo, se o conceito de infração de menor potencial ofensivo pressupõe a figura da contravenção penal? E qual é a incompatibilidade entre a contravenção penal e os motivos político-criminais que orientaram a instituição dos juizados especiais criminais? A primeira é a circunstância de a contravenção penal ser apurada mediante ação penal de iniciativa pública incondicionada (Decreto-lei n. 3.688/41, art. 17). Ora, se é o Ministério Público que terá que oferecer a ação penal e deverá fazê-lo necessariamente, caso a transação penal (Lei n. 9.099/95, art. 76) reste frustrada, fica fácil concluir que os juizados especiais criminais já surgem em meio a uma imensa gama de ações penais a apreciar. Isto porque às contravenções penais não são aplicáveis institutos processuais, como, por exemplo, o da desistência do processo, ou o do perdão do ofendido. Por conseguinte, faz-se indispensável formular aqui outra pergunta: como é possível compatibilizar a velocidade de julgamento do processo com a exponencial quantidade de ações penais oferecidas?

Para o autor supracitado, a vasta gama de infrações que possibilitam o ajuizamento de ações pelo rito do Juizado Especial Criminal (JECRIM) é um problema decorrente da definição desse tipo de infração estar baseada no limite máximo de pena em abstrato, o que, em razão de muitas dessas infrações serem de ação penal pública incondicionada, abarrota os juizados, impedindo a concretização do princípio da celeridade a eles inerente.

Não é, contudo, objetivo deste trabalho investigar o funcionamento do JECRIM, e quais infrações deveriam ou não ser consideradas como de menor potencial ofensivo. Porém, a crítica feita por Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo nos é pertinente, no sentido de que muitas destas infrações consideradas como de menor potencial poderiam ter um outro enquadramento jurídico, saindo do campo criminal e sendo tratadas como ilicitudes civis.

Os institutos jurídicos que envolvem a maior parte destas infrações podem ser capazes de oferecer um caminho para esta conclusão, tais como a renúncia do direito de queixa, o

perdão do ofendido e a composição civil dos danos, pois que levam à percepção de que tais infrações, que comportam estas possibilidades, não necessitam da tutela do direito penal.

Outros institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal, também corroboram para este entendimento, mas apresentam diferenças que serão expostas e analisadas em um outro momento neste trabalho.

Apresentado o conceito de infração penal, entende-se ser relevante tratar do conceito de bem jurídico e compreender melhor sobre os sujeitos que compõem a relação de conflito causada pela infração penal.

1.2. Bens jurídicos e a forma de valorá-los e selecioná-los para serem objeto de tutela penal

Para o professor Juarez Cirino dos Santos "os objetivos *declarados* do Direito Penal nas sociedades contemporâneas consistem na proteção de bens jurídicos - ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena" (SANTOS, 2020, p. 28). Já para o professor Rogério (GRECO, 2015, p. 2) "a finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade"

Assim, para fins deste trabalho, deve-se considerar o entendimento de que "bem jurídico"

> é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada (PRADO, 2009, p. 44 *apud* CUNHA, 2020, p. 79).

Portanto, os bens jurídicos são elementos de valor importantes para a existência individual ou coletiva, os quais podemos citar a vida, a liberdade, o patrimônio, a integridade física, dentre muitos outros.

Sendo assim, aqueles bens jurídicos mais fundamentais para a existência humana são selecionados pelo Direito Penal para serem, por ele, protegidos. Por isso o Direito Penal é conhecido como a *ultima ratio*, pois seria ele a última medida estatal para proteger ou retribuir as ameaças e lesões destes bens jurídicos, de forma que "a lesão real ou ameaçada desses bens jurídicos pode desencadear as mais graves consequências previstas no ordenamento jurídico (...)" (SANTOS, 2020, p. 29).

Para Greco (2015, p. 4):

> Sendo a finalidade do Direito Penal a proteção dos bens essenciais ao convívio em sociedade, deverá o legislador fazer a sua seleção. Embora esse critério de escolha de bens fundamentais não seja completamente seguro, pois que nele há forte conotação subjetiva, natural da pessoa humana encarregada de levar a efeito tal seleção, podemos afirmar que a primeira fonte de pesquisa encontra-se na Constituição.

Dentro dessa perspectiva é que entra o eixo central desta pesquisa. Considerando que alguns bens jurídicos são mais relevantes que outros, deveria o Direito Penal se ocupar com aqueles que ele próprio considera como sendo de menor potencial ofensivo? Essa revisão da justificativa da tipificação de alguns crimes é de suma relevância para esse trabalho. Vejamos o disposto no art. 163, do Código Penal Brasileiro, "Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa" (BRASIL, 1940), que trata do crime de "dano".

Observando em abstrato, apenas o *nomen iuris*, o tipo penal e a pena cominada, não parece haver, nesse crime de menor potencial ofensivo, uma plausibilidade de estar tipificado no Código Penal. É essa relevância dos bens jurídicos, apresentada por Santos e Greco como justificadoras da inserção de uma ação no Código Penal, que se pretende investigar neste trabalho.

As formas qualificadas do delito de dano comportam outras possibilidades que fazem mais sentido o interesse do direito penal, pois que envolvem violência ou são contra o Estado, de modo que afetam bens jurídicos muito superiores àqueles afetados pelo dano simples, que não passa da esfera individual da vítima que pode e, provavelmente prefere, ter a coisa danificada restaurada ou ser indenizada, ao contrário do que acontece, que é o autor do dano sofrer uma punição penal, sendo o bem jurídico danificado é vítima preteridos.

Em realidade, nem o direito penal deseja de fato punir, isto é, privar a liberdade ou restringir direitos do autor desse tipo de delito, basta verificar na legislação a quantidade de institutos despenalizadores que podem ser utilizados a favor do réu.

Para Santos (2020, p. 27) "a cominação de penas e a previsão de medidas de proteção de proteção se realiza pela delimitação de *escalas* punitivas ou protetivas aplicáveis", o que é evidente no Código Penal, pois alguns delitos possuem penas cominadas muito diferentes entre si, no qual destacamos, para esta pesquisa, aqueles cuja pena máxima cominada é igual ou menor que dois anos, como o referido crime de dano.

Evguiéni Pachukanis demonstra que há uma relação forte e histórica entre a vingança e o Direito Penal. Entretanto, essa lógica vingativa, que já não faz sentido para os crimes em geral, faz menos sentido ainda quando se trata dos crimes de menor potencial ofensivo, isso porque, por exemplo, em um crime como o de homicídio consumado, não há nada que o criminoso possa fazer para reparar o que causou, diferente de inúmeros outros crimes em a reparação não só é possível como é desejável, como o delito de dano anteriormente mencionado.

Assim é que surge a questão: se é possível reparar o resultado do delito cometido e ainda indenizar a vítima, por que se faz necessário a presença do Direito Penal?

Para Pachukanis (2017, p. 167, grifos do autor):

> A vingança começa a ser regulada pelo costume e se transforma em retaliação de acordo com a lei de talião, "olho por olho e dente por dente", apenas quando junto com ela começa a se fortalecer o sistema de arranjos ou o resgate mediante pagamento. A ideia de equivalente, essa primeira ideia puramente jurídica, tem sua fonte na forma da mercadoria. O delito pode ser considerado uma variante particular de circulação, na qual a relação de troca, ou seja, contratual, é estabelecida *post factum*, ou seja, depois de uma ação arbitrária de uma das partes. a proporção entre o delito e a reparação se reduz a mesma proporção de troca. por isso, Aristóteles, ao falar da igualação na troca como um tipo de Justiça, distingue-a em dois subtipos: igualação em ações voluntárias e igualação em ações involuntárias, sendo que nas ações voluntárias ele se refere às relações econômicas, como compra e venda, empréstimo etc., e na segunda, os diferentes tipos de delito que implicam uma pena equivalente. Pertence-lhe, ainda, a definição de delito como contrato concluído contra a vontade. A pena surge como um equivalente que compensa o dano sofrido pela vítima. [...]

Ora, se se parte deste entendimento, de que a pena equivale ao dano, compensando-o, parece desarrazoado que os delitos em que o dano possa ser completamente reparado ou compensado sem importar restrição de direitos, sobretudo de liberdade, ao acusado, prevaleçam sendo tutelados pelo direito penal.

A relação entre bem jurídico e a tutela desse bem por algum ramo do direito merece um aprofundamento, o qual será feito quando for abordado sobre o princípio da lesividade. Isso porque, é importante, para fins de compreensão do tratamento das infrações tidas como *penais* de menor potencial ofensivo ser como ilicitude civil, que se reflita se as infrações penais de menor potencial ofensivo são aquelas que afetam bens jurídicos menos relevantes ou se a afetação do bem jurídico que é menos relevante.

1.3. Sujeitos da infração de menor potencial ofensivo e a viabilidade de acordo

Os sujeitos do crime são dois: autor do fato e vítima. Chama-se, também, aquele que pratica a infração penal, de sujeito ativo, que pode ser “Qualquer pessoa física capaz de discernimento e autodeterminação, com 18 (dezoito) anos completos [...]” (CUNHA, 2020, p. 202). Já a vítima, nas palavras de Separovic, é "qualquer pessoa física ou moral, que sofre com o resultado de um desapiedado desígnio, incidental ou acidentalmente" (PIEDADE JÚNIOR, p. 89 *apud* CUNHA, 2020, p. 209). Segundo Cunha (2020, p. 209), *vítima* não se confunde com *sujeito passivo*, pois aquela engloba situações em que existe ou não crime, enquanto este só existirá se houver crime.

Falar sobre a vítima nesse trabalho tem um peso relevante para o que se busca demonstrar. De acordo com Cunha (MOLINA, 2007, p. 67 *apud* CUNHA, 2020, p. 210), a vítima, no estudo da criminalidade, teve diferentes importâncias: protagonismo, em que a vítima era determinante para definir a forma de responsabilização do autor do fato e o Estado atuava pouco; neutralidade, em que o Estado toma as rédeas da regulamentação criminal, buscando ordenar a sociedade com regras e normas e a vítima perde protagonismo nos estudos criminológicos; e redescobrimento, em que se entende que a vítima faz parte do processo do crime e, por isso, é importante estudar a vítima e seu comportamento para compreender melhor o crime.

Para o presente trabalho, afastando-se da questão da vítima no estudo da criminalidade, e focando no que ocorre na prática, tem-se que raras são as possibilidades da vítima dispor da ação penal como entende ser melhor para ela, dentro da razoabilidade, evidentemente. A indisponibilidade de determinadas ações, a impossibilidade de transação com o infrator, são empecilhos para o protagonismo de quem sofre com a prática delitiva.

Ocorre que em infrações penais de menor potencial ofensivo, a necessidade de intervenção penal do Estado, a fim de impor ao sujeito ativo uma responsabilização, pode ser relativizada. Se essa responsabilização penal pouco interfere na vida do sujeito ativo, para o sujeito passivo interfere menos ainda, pois se este geralmente anseia por uma resposta estatal mais dura, não a encontra no rito sumaríssimo do Juizado Especial Criminal.

Neste ponto, parece interessante retomar o crime de dano anteriormente tratado, pensando em uma situação hipotética em que um sujeito maior de 18 anos chuta o parachoques do carro de uma pessoa, com vontade de danificá-lo e consciência de que a força do seu chute poderia gerar o resultado pretendido, que se realiza, causando um prejuízo material/econômico e imaterial para a vítima, que terá de despender dinheiro e tempo para levar o veículo para reparo.

O comportamento do agente no caso narrado é repreensível, incompatível com o que se espera de um convívio harmônico entre seres humanos. Contudo, qual é o interesse do Estado com a criminalização da conduta aqui descrita? A resposta pode ser encontrada no próprio Código Penal, que estabelece a pena de detenção, de um a seis meses, ou pena de multa para o infrator, ou seja, pouco em nenhum interesse em reprimir penalmente essa conduta.

Cunha (2021, p. 384) leciona que o bem jurídico tutelado pelo art. 163 do Código Penal, que trata do crime de dano, é o patrimônio, seja bens móveis ou imóveis. Nesse tipo penal o interesse do agente é danificar fisicamente o patrimônio da vítima. A tipificação deste crime prevê três núcleos verbais: "*destruir* (demolir, arruinar, devastar), *inutilizar* (tornar inválido, comprometer o uso, fazer falhar) e *deteriorar* (pôr em mau estado, degenerar, tornar economicamente inferior) coisa alheia" (CUNHA, 2021, p. 385).

No caso hipotético descrito acima, vê-se que o resultado da conduta do agente pode se amoldar perfeitamente a um desses verbos, em relação ao veículo houve deterioração, mas

pensando exclusivamente na peça danificada, pode ser o caso também de destruição ou inutilização. De todo o modo, tal dano ao patrimônio do proprietário do veículo pode ser reparado mediante técnicas de recuperação ou pela troca integral da peça danificada, o que enseja gasto financeiro. A vítima, nesse contexto, satisfazer-se-ia melhor com uma indenização pelo tempo e dinheiro gasto do que com o pagamento de transação penal do agente ao Estado, ou pela detenção de um a seis meses do agente ou simplesmente vendo a aplicação da suspensão condicional do processo.

Não há evidentemente como conhecer o desejo de cada vítima em situações desse tipo, mas parece ser mais lógico que a vítima seja reparada pelo dano sofrido do que arcar com o prejuízo enquanto o Estado recebe algo pelo dano que ela sofreu (no caso de transação penal) ou que simplesmente o processo seja suspenso mediante incidência de outro substitutivo penal.

Pode-se argumentar ainda a respeito da possibilidade do ajuizamento da ação cível, para além da ação penal, para requerer a indenização. De fato. Contudo, as implicações para a vítima seriam quase as mesmas, havendo, porém, uma espécie de dupla punição ao agente pelo mesmo fato. Além disso, seriam dois processos judiciais correndo pelo mesmo evento, gerando gasto desnecessário do dinheiro público pela mobilização de dois juízos, audiências, coleta de provas, perícia, ainda que dê para utilizar prova emprestada, deslocamento de autor e vítima, gasto com honorários advocatícios ou mobilização da Defensoria Pública, e em outros casos, cuja ação penal seja pública ainda envolverá o Ministério Público. Sem contar na estigmatização do agente por ter de responder a um processo criminal e até, eventualmente, ser condenado.

Essa reflexão merece aprofundamento, para isso, será utilizado a explanação de Rogério Sanches Cunha sobre sujeito passivo (CUNHA, 2020, p. 216):

> O **sujeito passivo**, como já alertado, é a pessoa ou ente que sofre as consequências da infração penal (crime ou contravenção). Pode figurar como sujeito passivo qualquer pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente indeterminado, destituído de personalidade jurídica (ex.: coletividade, família, etc.), caso em que o crime é denominado vago.
> O sujeito passivo classifica-se em:
> (A) sujeito passivo **constante (mediato, formal, geral ou genérico):** será sempre o Estado, interessado na manutenção da paz pública e da ordem social.
> As normas penais emanam do Estado, de modo que, sendo ele titular do mandato proibitivo, será sempre lesado pela conduta do sujeito ativo.

> (B) sujeito passivo **eventual (imediato, material, particular ou acidental):** é o titular do interesse penalmente protegido.
> Embora seja o Estado o sujeito passivo formal, toda norma tem por finalidade a tutela de um interesse específico. É o titular desse interesse específico que se denomina sujeito passivo eventual. Poderá ser o homem (art. 121, CP, crime de homicídio), a pessoa jurídica (art. 171, g 2°, V, CP, crime de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro) e uma coletividade destituída de personalidade jurídica (crimes contra o respeito aos mortos). Nada impede que o Estado figure, ocasionalmente, como sujeito passivo, o que ocorre nos crimes contra a Administração Pública (hipótese em que o Estado será sujeito passivo formal e material simultaneamente).

Como se depreende do exposto anteriormente, o sujeito ativo é necessariamente um ser humano, uma pessoa física, enquanto que o sujeito passivo do crime possui uma classificação mais complexa, podendo ser pessoa física, pessoa jurídica, a coletividade e o próprio Estado.

Excetuando-se a coletividade, os demais sujeitos passivos, aqui com recorte para as infrações penais de menor potencial ofensivo, poderiam solucionar o problema deflagrado pela conduta do sujeito ativo sem a necessidade de impor a este uma punição. Dessa maneira, se a proposta do presente trabalho é de que é possível uma solução consensual dos conflitos, haveria que se restringir, a proposta de tratamento como ilicitude civil, às infrações cujo sujeito passivo material seja pessoa física ou pessoa jurídica, bem como seria necessário afastar ainda o Estado como sujeito passivo formal, senão sempre haveria a intervenção do Estado na solução do conflito.

Pela classificação proposta por Rogério Sanches Cunha (2020), seria o Estado sempre sujeito passivo, porém formal, atingido por ser ele o titular do mandato proibitivo. Assim, apenas com a descriminalização dos tipos de injusto de menor potencial ofensivo seria afastada essa condição de sujeito passivo do Estado, permitindo uma resolução bilateral do conflito, entre autor e vítima.

A descriminalização impõe em reconhecer que o dano causado ao sujeito passivo seja classificado de uma outra maneira, já que não seria mais crime ou contravenção penal. Nesse sentido, seria preciso abordar sobre os conceitos de ilicitude civil e administrativa, aferindo a condição destas como alternativa à ilicitude penal nos casos das infrações de menor potencial ofensivo.

Um exemplo de infração de menor potencial ofensivo cujo sujeito passivo material é o Estado, é o crime de desacato, tipificado no art. 331 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1940):

> **Desacato**
> Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Como se observa, talvez faça mais sentido que a transformação da infração penal em ilícito administrativo seja para os casos em que a coletividade ou o Estado sejam vítimas. Contudo, não é o intuito deste trabalho se debruçar a esse respeito, restringindo-se aos casos em que o sujeito passivo material da infração seja pessoa física ou pessoa jurídica.

Nestes casos, vejamos que para vários crimes, sejam ou não de menor potencial ofensivo, é a vítima quem vai decidir se o Estado deve intervir no conflito causado pela realização de algum tipo penal por outra pessoa, a depender da categoria de *ação penal*, que "constitui a forma de específica de manifestação do poder punitivo do Estado" (SANTOS, 2020, p. 648).

A ação penal pública condicionada é aquela subordinada a "determinadas condições estabelecidas expressamente pelo legislador no interesse do ofendido, ou do titular do bem jurídico lesionado [...]" (SANTOS, 2020, p. 649), e a condição pode ser representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, conforme o § 1º, do art. 100, do Código Penal (BRASIL, 1941).

Nos interessa aqui a representação do ofendido, que "constitui ato formal de manifestação de vontade do titular do bem jurídico lesionado, autorizando a proposição da *ação penal pública condicionada* pelo Ministério Público" (SANTOS, 2020, p. 649). Portanto, apenas se o titular do bem jurídico demonstrar interesse é que haverá permissão para o Ministério Público propor a ação, ou seja, o Estado não tem interesse imediato nesses casos, só passará a ter se a vítima desejar, há uma subordinação do Estado ao desejo da vítima.

O mesmo ocorre na ação penal privada, que é promovida pelo próprio ofendido, não sendo caso de atuação do Ministério Público como parte, senão como *custos legis*. Na ação penal privada, prevista no § 2º, do art. 100, do Código Penal, cujo a "*queixa* é o ato formal de

acusação" (SANTOS, 2020, p. 653), também só acontecerá persecução penal se o ofendido assim desejar, de modo que só haverá o exercício do poder de punir do Estado se a vítima oferecer a queixa.

Nesse sentido, vê-se que não há aqui tentativa de defesa da usurpação do poder de punir do Estado ou de afastar o Estado e o Direito Penal de conflitos particulares, é o próprio Código Penal Brasileiro que já permite essa possibilidades em vários crimes. Por isso, entende-se que o estudo sobre os critérios utilizados pelo legislador para definir o que deve ser de ação penal pública (condicionada ou incondicionada) ou ação penal privada merece ser aprofundado, sobretudo pela aparente arbitrariedade com que se decide tal questão, não havendo sentido para que a maioria das infrações de menor potencial ofensivo sejam de ação penal pública incondicionada.

Só o fato de todas as contravenções penais serem de ação penal pública incondicionada, portanto de competência privativa do Ministério Público para oferecimento da denúncia, já desperta interesse por esta investigação, além de que contraria inúmeros princípios do Juizado Especial Criminal.

Contudo não é o intuito desse trabalho debruçar-se sobre esta análise, aqui ficando limitado apenas a demonstrar que são muitas as deixas legislativas, isto é, existem fortes indicativos de que há desinteresse do direito na persecução penal de infrações penais de menor potencial ofensivo, o que dá margem para a possibilidade de convolação de ilicitude penal em ilicitude civil dessas infrações, com destaque aqui para os casos em que alguém pode cometer um fato típico, ilícito e culpável, mas se a vítima não representar ou não oferecer queixa, nada vai acontecer com o agente, podendo a vítima, caso queira, limitar-se apenas a buscar civilmente pela reparação do dano.

2. PRINCÍPIOS RELEVANTES PARA A DISCUSSÃO SOBRE A TUTELA DE DETERMINADO BEM JURÍDICO PELO DIREITO PENAL

2.1. Intervenção mínima (*ultima ratio legis*) e fragmentariedade

A *intervenção mínima* constitui um dos princípios limitadores do poder de punir do Estado, voltado para impedir que este crie tipos penais injustos e desnecessários. De acordo com Bitencourt (2023, p. 20)

> O *princípio da intervenção mínima*, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Fala-se em caráter subsidiário do Direito Penal, vez que sua aplicabilidade justifica-se à medida que qualquer outra forma fora dele seja insuficiente para proteger determinado bem jurídico, havendo assim um imperativo de esgotamento de todas as outras vias existentes que sejam capazes de garantir que não haja agressão a bem jurídico ou que caso haja, seja capaz de solucionar.

A respeito deste princípio, Cunha (2020, p. 80) aponta que "O Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter *subsidiário*)", ou seja, somente no fracasso das medidas civis ou administrativas é que fará sentido a incidência de medidas penais, além disso, a intervenção do Direito Penal deve acontecer somente nos "casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter *fragmentário*)" (CUNHA, 2020, p. 80).

Vê-se aqui uma constatação importante, para o princípio da intervenção mínima vale a *relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico*, o que difere de *lesão ou perigo de lesão a bem jurídico relevante*. A distinção entre a relevância da lesão e a relevância do bem jurídico é interessante para compreender onde reside o interesse do Direito Penal em intervir na vida em sociedade, e será discutido ainda neste capítulo. Segue-se que

> O Direito, independentemente do ramo em que se considere, tem a função precípua de garantir a manutenção da paz social, solucionando ou evitando conflitos de forma a permitir a regular convivência em sociedade. Por isso, normas, por exemplo, de Direito Civil determinam que, uma vez praticado um ato ilícito, faz-se necessária a reparação, e, por sua vez, o Direito Processual Civil prevê mecanismos aptos a compelir o autor de tal ato a remediar o dano causado (CUNHA, 2020, p. 81).

Essa explanação torna questionável a compatibilidade do princípio da intervenção mínima com as infrações de menor potencial ofensivo, isso porque embora estas tratem de fatos ilícitos, a maior parte deles podem ser controlados por meio de outros instrumentos do Estado, menos violentos que o Direito Penal. Embora se perceba essa incompatibilidade, é preciso entender que ela é uma opção política, o que Vieira chama de punição preventiva, isto é, "uma garantia de que ao penalizar os pequenos delitos, obtém-se a segurança de que os grandes ilícitos serão evitados. É a teoria da janela fechada [...]" (VIEIRA, 2015, p. 474). Tal teoria informa que

> uma pequena infração, quando tolerada, pode levar a um clima de anomia que gerará as condições propícias para que crimes mais graves vicejem. A metáfora das janelas quebradas funcionaria assim: se as janelas quebradas em um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas assumirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar as janelas.
> O resultado seria um sentimento geral de decadência e desamparo em que a desordem social encontraria terreno fértil para enraizar-se e gerar seus frutos maléficos. Ou seja, a violência urbana e os crimes graves seriam o último elo de uma cadeia casual em que pequenas infrações levam a formas mais acervadas de delinquência (BELLI, 2000, p. 160 *apud* VIEIRA, 2015, p. 474).

Trata-se, portanto, de deturpação do princípio da intervenção mínima, vez que as respostas políticas aos anseios sociais são pela intervenção cada vez maior do Direito Penal. Para Vieira (2015, p. 475, grifos do autor)

> As políticas de *tolerância* zero, promovidas pelo Estado, encontram sua correspondente no cotidiano. Dissemina-se pela sociedade como um todo, que irá apresentar a mesma intolerância às pequenas *desordens urbanas*, às *incivilidades* das relações pessoas e sociais.
> Os pequenos conflitos diários que poderiam ser solucionados pelo consenso conquistado, via diálogo, na percepção de que o outro é um interlocutor, portador de direitos, irão ser sanados por meio de uma rede institucional marcada pelo discurso penal, ou, na justiça ou na delegacia de polícia.

Ou seja, muito embora os pequenos conflitos possam ser regulados por outros instrumentos jurídicos que não o Direito Penal, é o discurso penal, do encarceramento e do ódio, que tem vigorado.

Deriva da intervenção mínima o princípio da fragmentariedade, que se relaciona com a impossibilidade do Direito Penal de tutelar todos os bens jurídicos, assim "O Direito Penal limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu *caráter fragmentário*, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica" (BITENCOURT, 2023, p. 21).

O Direito Penal não deve e não pode, no sentido de que não consegue, tutelar todos os bens jurídicos e sancionar todas as condutas a eles lesivas. Dessa maneira, é de se concluir que tudo que é criminalizado é tão somente uma escolha política, fundamentada nas mais diversas razões éticas, morais, consuetudinárias, etc. Dessa forma, como a tipificação penal é fruto de decisão política, é comum que as opções do legislador se deem com base no aumento do medo e da desordem, e assim elabore estratégias de controle social através da utilização muitas vezes arbitrária do Direito Penal

Aqui cabe uma reflexão acerca do que Vieira (2015) chama de "sedução pelo direito penal". Segundo a análise desta autora, uma racionalidade acerca do sistema punitivo se estabeleceu ao longo do século XVIII, para ela

> Essa racionalidade servirá de base para a construção de uma lógica punitiva que se apóia na ideia de necessidade da pena como mecanismo de resolução. Não apenas cria obstáculos para se pensar em qualquer outra perspectiva que não seja a pena, como incorpora o sentido de que havendo pena, deve haver também aflição [...] (VIEIRA, 2015, p. 462).

Como resposta ao medo e ao caos aumenta-se as penas, cria-se novos tipos penais, ou seja, criminaliza-se mais para gerar sensação de segurança.

Se, como visto, *bem jurídico* deve ser entendido como algo de relevância para a sociedade e que deve estar em consonância com os valores constitucionais e pautados nos princípios do Estado Democrático e Social do Direito, de acordo com Cunha (2020, p 79), é forçoso constatar que

> seria inconcebível a tipificação fundamentada na proibição pela proibição ou mesmo a utilização da lei penal como simples instrumento de obediência, sem que se visasse à proteção específica de algum bem jurídico cuja relevância merecesse a intervenção do Direito Penal.

> Por isso, a criação de tipos penais deve ser pautada pela proibição de comportamentos que de alguma forma exponham a perigo ou lesionem valores concretos essenciais para o ser humano, estabelecidos na figura do bem jurídico.

A fragmentariedade, portanto, não aparenta estar sendo observada para garantir limites ao poder de punir do Estado, uma vez que parece existir um descontrole racional para decidir o que se deve punir penalmente, pois o Direito Civil e o Direito Administrativo aparentam ser perfeitamente capazes de proteger diversos dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal a título de infração de menor potencial ofensivo.

2.2. Princípio da lesividade e a afetação do bem jurídico

Segundo Greco (2015, p. 5)

> Os valores abrigados pela Constituição, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar social, a igualdade e a justiça, são de tal grandeza que o Direito Penal não poderá virar-lhes as costas, servindo a Lei Maior de norte ao legislador na seleção de bens tidos como fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição exerce, consoante Greco (2015, p. 5), um papel orientador, pelo qual elege os valores que considera indispensáveis à manutenção da sociedade e um papel garantista, impedindo que o legislador, ao supostamente buscar proteger determinado bem jurídico, proíba ou imponha comportamentos contrários a direitos fundamentais.

Norteado pela Constituição, a seleção dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal e das condutas que devem ser incriminadas precisa estar orientada também pelo princípio da lesividade, diante disso, é importante ressaltar que

> O *princípio da lesividade* proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas em casos de lesões *irrelevantes* contra **bens jurídicos** protegidos na lei penal. Em outras palavras, o *princípio da lesividade* tem por objeto o *bem jurídico* determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista *qualitativo*, tem por objeto a **natureza** do bem jurídico lesionado; do ponto de vista *quantitativo*, tem por objeto a **extensão** da lesão do bem jurídico (SANTOS, 2020, p. 49, grifos do autor).

Quanto à natureza do bem jurídico, significa que o que se busca proteger com o Direito Penal são aqueles bens mais importantes para os indivíduos e a sociedade, como as liberdades constitucionais individuais, que constituem bens jurídicos de grande relevância. Enquanto que

a extensão da lesão relaciona-se com impossibilidade de se criminalizar lesões irrelevantes de bens jurídicos.

Embora os doutrinadores penalistas tratem de outras funções do princípio da lesividade, interessa para esta pesquisa a função de proibição da incriminação de condutas que não afetam bem jurídico tutelados pelo Direito Penal, em outras palavras, isto significa que "para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um *perigo concreto*, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido" (BITENCOURT, 2023, p. 29).

Questiona-se: no que diz respeito à tipificação penal das condutas classificadas como infrações penais de menor potencial ofensivo, a escolha da tipificação se dá em razão da *afetação de bens jurídicos menos relevantes* ou da *afetação menos relevante do bem jurídico*? Para esta reflexão, é preciso aprofundar mais sobre o princípio da lesividade, ou ofensividade, que

> Está atrelado à concepção dualista da norma penal, isto é, a norma pode ser primária (delimita o âmbito do proibido) ou secundária (cuida do castigo, do âmbito da sancionabilidade). A Norma primária, por seu turno, possui dois aspectos: (A) ela é valorativa (existe para a proteção de um valor); e (B) também imperativa (impõe uma determinada pauta de conduta). O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, *desvalor da ação* (*a realização de uma conduta*) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime) (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, 2009, p. 112 *apud* CUNHA, 2020, p. 115, grifos do autor).

Assim, para que um crime, ou injusto penal, exista, é necessário um juízo valorativo que constate haver desvalor da ação e desvalor do resultado, isto é, que haja uma conduta que afete concretamente um bem jurídico. Contudo, isso ainda não proporciona uma conclusão sobre quais aspectos o legislador valora para decidir que a determinado injusto penal será cominada pena inferior a dois anos, ou pena de multa, ou que nem crime será, mas mera contravenção penal.

Consoante Tiago Joffily, que trata do resultado como fundamento do injusto penal,

> quando se fala em "desvalor do resultado", em geral, não se está fazendo referência a um efeito da ação exigido pelo tipo para a consumação delitiva, mas sim à afetação do bem jurídico decorrente da realização típica, seja ela consequência da simples prática da conduta ou produto de algum efeito externo dela destacado. Uma vez que

> a maior parte da doutrina trabalha com a ideia de que cumpre ao direito penal a proteção, subsidiária, de bens jurídicos, é compreensível que se tenha disseminado amplamente a assertiva de que não existem crimes sem resultado (neste sentido valorativo), vez que, mesmo nos delitos de mera atividade, se exigiria a afetação do bem jurídico para o aperfeiçoamento do injusto (JOFFILY, 2016, p. 200).

Assim, mesmo nos crimes de mera atividade existe a afetação de algum bem jurídico, por isso

> Não é por outro motivo, aliás, que a quase totalidade dos autores usa a distinção entre crimes de dano e crime de perigo, baseada exatamente no grau de afetação do bem jurídico, para classificar todos os tipos penais existentes (de resultado ou de mera atividade), numa clara demonstração de que não há, de fato, crime sem "desvalor do resultado" (COPELLO, 1999, p. 29-31 *apud* JOFFILY, 2016, p. 200).

Em suma, tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado estão atrelados, a nosso ver, ao que neste trabalho chama-se de *afetação menos relevante de bem jurídico*, pois não importa nesse aspecto qual é o bem jurídico penalmente tutelado, mas sim a gravidade da lesão ou ameaça de lesão causada a esse bem jurídico. Essa afetação menos relevante tem relação com o *princípio da insignificância*.

2.3. Princípio da insignificância

Para discutir o princípio da insignificância é preciso falar sobre tipicidade penal, que segundo Cunha (2020, p. 83) "a doutrina tradicional entendia a tipicidade como sendo a mera subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de 'tipicidade formal'".

Entretanto, a mera adequação conduta-norma é insuficiente para justificar a relação crime/pena, sendo a tendência atual "a de conceituar a tipicidade penal pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante" (CUNHA, 2020, p. 83). Dessa forma, tem-se que

> A tipicidade conglobante, por sua vez, compreende dois aspectos: **(A)** se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e **(B)** se a conduta é determinada ou fomentada pela lei (antinormatividade).
> Assim, não basta a existência de previsão abstrata na qual se amolde perfeitamente a conduta em exame, sendo necessário, ainda, que essa conduta não seja determinada ou incentivada pelo nosso ordenamento, e que atente, de maneira relevante, contra o bem jurídico tutelado (CUNHA, 2020, p. 83).

O princípio da insignificância gira em torno da tipicidade material, consoante Cunha (2020, p. 83), de modo que, se se a conduta não resultar em relevante afetação de bem jurídico tutelado, não faz sentido haver punição. Não basta, assim, que haja uma conduta que se amolde à tipificação penal, é preciso que haja uma consequência significativamente danosa, o que indica maior valoração do resultado.

Para Carlos Vico Mañas, tal princípio

> surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, o que consagra o postulado da fragmentariedade do direito penal (MANÃS, pp. 56 e 81 *apud* CUNHA, 2020, p. 83).

Desse modo, é possível relacionar o princípio da fragmentariedade e o da insignificância, no sentido de que aquele orienta a decisão do legislador de quais bens jurídicos deve-se proteger penalmente, que em tese devem ser aqueles mais relevantes; enquanto que a insignificância teria sua aplicabilidade *post factum*, significando que após a realização de um fato que se amolde perfeitamente ao tipo penal, ainda teria que se verificar se a conduta típica representou uma relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A insignificância é importante para que se evite a punição de todas as condutas que, embora típicas, não afetam o bem jurídico de forma intolerável, ou afetam tão irrelevantemente que não faria sentido, sob nenhum aspecto da política criminal, punir o agente. Haveria-se o risco, ao se escolher punir toda e qualquer conduta típica, mesmo aquelas que não representam lesão ou perigo de lesão significativa, de aumentar problemas sociais. Assim, a insignificância funda-se

> na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal (MANÃS, pp. 56 e 81 *apud* CUNHA, 2020, p. 83).

Toda essa discussão, entre afetação de bem jurídico relevante e afetação relevante de bem jurídico, conduz para uma indagação quanto às infrações de menor potencial ofensivo da

seguinte forma: algumas condutas tipificadas como tais são para proteger bens jurídicos menos relevantes e também para punir as afetações menos relevantes desses bens jurídicos.

Isto induz a interpretação de que o legislador opta por afastar o princípio orientador da fragmentariedade e o princípio hermenêutico da insignificância, objetivando retirar da discricionariedade do juiz a liberdade de interpretar o que é ou não insignificante, vez que nestes casos de menor potencial ofensivo já é intenção do legislador garantir que essa lesão ou perigo de lesão menos grave seja punida. Entretanto, para Bitencourt (2023, p. 27, grifos do autor)

> O fato de determinada conduta tipificar uma infração penal de *menor potencial ofensivo* (art. 98, I, da CF) não quer dizer que tal conduta configure, por si só, o *princípio da insignificância*. Os delitos de lesão corporal leve, de ameaça, injúria, por exemplo, já sofreram *valoração* do legislador, que, atendendo às necessidades sociais e morais históricas dominantes, determinou as consequências jurídico-penais de sua violação. Os limites do desvalor da ação, do desvalor do resultado e as sanções correspondentes já foram valoradas pelo legislador. As ações que lesaram tais bens, embora menos importantes se comparadas a outros bens como a vida e a liberdade sexual, são *social e penalmente relevantes*.

Ou seja, a própria tipificação de uma conduta como infração penal de menor potencial ofensivo é uma opção do legislador de punir mesmo as afetações insignificantes dos bens jurídicos sejam estes muito ou pouco relevantes. Bitencourt sustenta que

> a *insignificância* ou *irrelevância* não é sinônimo de pequenos crimes ou pequenas infrações, mas se refere à gravidade, extensão ou intensidade da ofensa produzida a determinado bem jurídico penalmente tutelado, independentemente de sua importância. A *insignificância* reside na *desproporcional* lesão ou ofensa produzida ao bem jurídico tutelado, com a gravidade da sanção cominada. A insignificância situa-se no abismo que separa o grau da ofensa produzida (mínima) ao bem jurídico tutelado e a gravidade da sanção que lhe é cominada. É nesse paralelismo — mínima ofensa e desproporcional punição — que deve ser valorada a necessidade, justiça e proporcionalidade de eventual punição do autor do fato (BITENCOURT, 2023, p. 27, grifos do autor).

Nessa esteira, observa-se que embora o bem jurídico tutelado seja menos relevante, a afetação dele pode ter alguma relevância para o direito penal, ainda que mínima tenha sido essa afetação. Desse modo, "a *irrelevância* ou *insignificância* de determinada conduta deve ser aferida não apenas em relação à importância do bem juridicamente atingido, mas especialmente em relação ao *grau de sua intensidade*, isto é, pela *extensão da lesão produzida* [...]" (BITENCOURT, 2023, p. 28, grifos do autor), trata-se de instrumento hermenêutico que serve para um juízo de valoração da gravidade da lesão e de ponderação, para mensurar a

proporcionalidade entre a gravidade da lesão e gravidade da sanção. A partir desta perspectiva, é preciso tratar do princípio da proporcionalidade.

2.4. Princípio da proporcionalidade

Para Santos (2020, p. 50), o *princípio da proporcionalidade* é constituído por três outros princípios: *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. Quando se fala nos dois primeiros, importa a adequação e necessidade dos meios em relação aos fins propostos, que para se chegar em alguma conclusão é preciso responder (SANTOS, 2020, p. 50, grifos do autor):

> a) a pena criminal é um *meio adequado* (entre outros) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?
> b) a pena criminal (meio *adequado*, entre outros) é, também, *meio necessário* (outros meios podem ser adequados, mas não seriam necessários) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?

Dada essas indagações, partindo-se do pressuposto que as normas penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro teriam a capacidade de proteger qualquer bem jurídico que seja, admitir-se-ia que a pena é adequada, isto é, capaz, de alguma forma, de prevenir novas infrações e proteger bens jurídicos sem violar direitos fundamentais do infrator e sem ser excessiva.

Assim, sendo adequada a pena, é preciso que seja ainda necessária, ou seja, imprescindível para realizar o fim de proteger o bem jurídico através da sanção, em outras palavras, haveria a sanção penal que ser a única capaz de atingir esse objetivo de proteção, pois que existindo alternativas tão adequadas quanto, perderia a pena o caráter da necessidade, podendo assim ser substituída por outras modalidades de sanções.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, o enfoque é na

> [...] proporcionalidade dos *meios* (pena criminal) em relação aos *fins* propostos (proteção de bens jurídicos), também formulado em forma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico? (SANTOS, 2020, p. 50, grifos do autor).

Neste ponto, ultrapassadas a conclusão de que determinada pena criminal é adequada e necessária, ainda teria que se verificar se ela é proporcional para prevenir a conduta típica e para retribuir a lesão.

Quando no processo legiferante, esse princípio orienta a quantidade da pena abstratamente cominada, de intuito dissuasório e protetivo contra arbitrariedade do Estado no momento da aplicação. Ademais, é um princípio que orienta também este segundo momento, da aplicação, pois como o legislador já definiu que abstratamente é possível condenar à pena de X a Y anos, o Estado-juiz também precisa ponderar, dadas as circunstâncias do crime, a extensão da lesão concreta, o quanto de pena é proporcional para se aplicar, "Assim, o *princípio da proporcionalidade* - implícito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República - proíbe penas *excessivas* ou *desproporcionais* em face do **desvalor da ação** ou do **desvalor do resultado** do fato punível [...]" (SANTOS, 2020, p. 51, grifos do autor), de forma que tanto pela conduta quanto pelo resultado é preciso de um juízo de valoração da proporcionalidade da sanção.

De acordo com Santos (2020, p. 51, grifos do autor) "O *princípio da proporcionalidade* desdobra-se em uma dimensão *abstrata* e uma dimensão *concreta*", de modo que

> O *princípio da proporcionalidade abstrata* dirige-se ao legislador: limita a *criminalização primária* às hipóteses de graves violações de direitos humanos - ou seja exclui lesões *insignificantes* de bens jurídicos - e delimita a cominação de penas criminais conforme a *natureza* e *extensão* do dano social produzido pelo crime (BARATTA, 1991, p. 452 *apud* SANTOS, 2020, p. 51, grifos do autor).

Veja-se que, nesse caso, parece que as infrações penais de menor potencial ofensivo fogem a esta regra da proporcionalidade abstrata, que orienta o legislador a excluir as lesões insignificantes de bens jurídicos, pois ainda que a lesão seja insignificante, resolveu o legislador dar-lhe significado suficiente para criminalizar e cominar penas. Ensina Santos (2020, p. 51, grifos do autor) que "a proposta de hierarquização das lesões de bens jurídicos é essencial para adequar as escalas penais ao princípio da *proporcionalidade abstrata* [...]", ou seja, o objetivo é evitar que lesões mínimas sejam punidas com penas altas, pois se, como veremos, a pena é uma espécie de sanção que restringe bens jurídicos de um infrator da norma penal, ela deve ser minimamente compatível com a lesão causada.

Dessa maneira, a proporcionalidade abstrata abarca o conceito de criminalização primária, que se refere ao processo de criação das leis penais definidoras das condutas que serão consideradas como criminosas, portanto é antes da existência da tipificação de um fato, é onde o Estado seleciona e decide quais bens jurídicos considera mais importante para proteger com a lei penal.

A proporcionalidade concreta, por sua vez, é aquela dirigida ao juiz e possui relação com a criminalização secundária, isto é, diz respeito à aplicação e execução da pena e, de acordo com Santos (2020, p. 52), está ligado a um juízo de custo/benefício que se extrai da equação crime/pena e serve para indicar qual pena criminal é melhor como *troca jurídica* do crime. A ponderação que envolve a criminalização secundária é uma discussão que será mais desenvolvida no terceiro capítulo deste trabalho, pois envolve os momentos da investigação, acusação, julgamento e execução da pena, ou seja, as consequências da persecução penal.

Considerando-se as infrações penais de menor potencial ofensivo, podem ser feitos alguns apontamentos dentro do que se explanou a respeito do princípio da proporcionalidade. Quanto à adequação, a compatibilidade da sanção com a situação fática que a motivou, nesses casos, é questionável. Por um lado, a resposta jurídica dada pelo Estado parece adequar-se com a conduta e a extensão da lesão, vez que a afetação e o bem jurídico em si são menos relevantes e a resposta legalmente prevista é menos grave, posto que minimizada pelos institutos jurídicos que envolvem o Juizado Especial Criminal. Por outro lado, a afetação do bem jurídico, já decidido pelo legislador como menos relevante, pode ser mínima e ensejar uma punição injusta ou inadequada dada a insignificância da conduta.

No que diz respeito à necessidade, a medida judicial de aplicação da sanção penal com finalidade de proteger os bens jurídicos deixa menos dúvidas, pois a medida (pena) adotada não é a única capaz de proteger o direito lesado, quer dizer, existem formas de solucionar o conflito fora do direito penal. Em realidade, as possibilidades de transação penal e composição civil dos danos em substituição à pena são capazes de demonstrar a desnecessidade da pena para a proteção dos bens jurídicos tutelados a título de infrações penais de menor potencial ofensivo. O próprio legislador constatou a desnecessidade da pena, entretanto, ainda assim resolveu tipificar aquela conduta.

No que concerne à proporcionalidade abstrata, o legislador definiu as contravenções penais e os crimes com o máximo de dois anos de pena privativa de liberdade, assim, para essas espécies de infrações penais, entendeu-se que seria proporcional criminalizar lesões mínimas de bens jurídicos, impondo penas em alguns casos que sequer restringem direitos, como no caso do art. 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), para o qual não há previsão de pena privativa de liberdade nem de multa, tendo sido alvo de Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, para discutir sobre o afastamento da repercussão criminal de parte deste dispositivo, que não é alvo de abordagem deste trabalho. Em suma, o que se entendeu como pena abstratamente proporcional para diversos crimes é tão baixo que o próprio legislador criou institutos capazes de substituir as penas privativas de liberdade ou de até mesmo findar a lide criminal através da reparação dos prejuízos causados à vítima.

2.5. Conclusão

Como se pode observar, a seleção dos bens jurídico-penais deve ser pautada em princípios que impeçam a arbitrariedade das decisões no processo legiferante, e a resposta estatal à conduta lesiva do bem jurídico tutelado deve ser pautada na afetação relevante do bem jurídico.

Entretanto, no que concerne às infrações penais de menor potencial ofensivo, a determinação de tutelar penalmente bem jurídico menos relevante e a decisão punir, em abstrato, condutas que não afetam relevantemente bem jurídico-penal, indica que legislador opta por tipificar tanto as condutas que *afetam bens jurídicos menos relevantes* quanto as que *afetam com menos relevância um dado bem jurídico*.

Observando o crime de lesão corporal, tipificado no art. 129 do Código Penal (BRASIL, 1941), que possui gradação, isto é, podendo ser de natureza “leve” no caso da lesão simples prevista no *caput* do referido artigo, de natureza “grave” (§ 1º, do art. 129, do CP), de natureza “gravíssima” (§ 2º) ou “seguida de morte” (§ 3º), tem-se que bem jurídico protegido por este crime é a “incolumidade da pessoa na sua realidade corporal-anímica, como fonte e suporte da vida e de todas as implicações individuais e sociais que esta comporta” (BRUNO, 1979, p. 186 *apud* CUNHA, 2021, p. 131).

Assim, não parece haver razão para desacreditar que o bem jurídico tutelado em questão seja relevante. Porém, vejamos que na lesão corporal dolosa leve a pena é de três meses a um ano de detenção, enquanto que na lesão corporal culposa, seja leve, grave ou gravíssima, de acordo com Cunha (2021, p. 131), a pena é de dois meses a um ano de detenção, por força do § 6º do art. 129 do Código Penal (BRASIL, 1941), portanto, são hipóteses de infrações penais de menor potencial ofensivo. Trata-se de um fato revelador de que para ser definido como de menor potencial ofensivo, nesse caso, foi considerado que a afetação desse bem jurídico é que é menos relevante.

Em suma, há hipóteses em que o bem jurídico é menos relevante e hipótese em que a afetação do bem jurídico que é menos relevante, tornando ainda mais desarrazoável diversas opções políticas feitas pelo legislador para criminalizar algumas condutas que ele próprio, ao inserir essa criminalização em nosso ordenamento jurídico, já a insere entendendo tratar de um bem jurídico de baixa importância ou de uma afetação desse bem sem gravidade suficiente para dar um resposta punitiva grave, o que desvirtua a intenção de intervenção mínima do Direito Penal.

3. OS FUNDAMENTOS DA PENA E A NOÇÃO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

3.1. Pena e seus fundamentos

Um dos objetivos deste trabalho envolve refletir sobre a pena e a sua necessidade ou desnecessidade como resposta à conduta humana que lesiona determinado bem jurídico penalmente tutelado. Para Cunha (2020, p. 481)

> Pena é espécie sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente. Sua imposição depende do devido processo legal, através do qual se constata a autoria e materialidade de um comportamento típico, antijurídico e culpável não atingido por causa extintiva da punibilidade.

Extrai-se daí que deve haver alguma relação entre a conduta lesionadora de bem jurídico e a pena, isto é, há, ou espera-se que haja, uma razoável proporção entre a resposta estatal e a conduta e lesividade, como já foi explorado no capítulo anterior.

Contra o autor de uma infração penal são admitidas, no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação das seguintes espécies de pena:

> **(A) Penas privativas de liberdade**
> Formas mais drásticas de punição (sem esquecer as hipóteses em que se admite pena capital), as penas privativas de liberdade podem ser de **reclusão**, **detenção** ou **prisão simples**, variando, principalmente, o grau de institucionalização do indivíduo (CUNHA, 2020, p. 502, grifos do autor).

E

> **(B) Restritivas de direito**
> Previstas nos artigos 43 a 48, do Código Penal, as penas restritivas de direito podem ser: prestação de serviços à comunidade, limitação de fins de semana, interdição temporária de direitos, prestação pecuniária, perda de bens e valores.
> **(C) Multa**

> Também estabelecida no artigo 32 do Código Penal, a pena de multa tem seu regramento no artigo 49 e seguintes do Código Penal (CUNHA, 2020, p. 503, grifos do autor).

Veja-se que a pena significa privar ou restringir algum bem jurídico daquele que comete a infração penal, ou seja, a resposta do Estado a quem lesiona algum bem jurídico relevante para o Direito Penal é afetar o bem jurídico desse indivíduo, causando-lhe algum impedimento ou limitação. Como exemplo, o crime de homicídio, art. 121, *caput*, do Código Penal, que tem como pena abstrata a reclusão de seis a vinte anos (BRASIL, 1941), enquanto que para a contravenção penal de vias de fato prevista no art. 21, da Lei de Contravenções Penais (BRASIL, 1941), a lei comina a pena de quinze dias a três meses de prisão simples ou multa.

As consequências do encarceramento são amplamente discutidas na literatura jurídico-penal brasileira, mas não há dúvidas de que apesar da escolha política de se criminalizar condutas pouco relevantes, o legislador não quis impor ao autor do fato menos ofensivo ao bem jurídico os efeitos deletérios do cárcere, de maneira que não apenas deixou de cominar expressivas penas privativas de liberdade, como previu institutos despenalizantes.

De todo o modo, para se falar das consequências individuais e sociais da aplicação e execução da pena, deve-se retomar a discussão da *criminalização secundária* (discutida quando se abordou a respeito do princípio da proporcionalidade), isso porque, Santos (2020, p. 52) compreende que "a pena criminal, como *troca jurídica* do crime medida em tempo de liberdade suprimida, constitui investimento deficitário da comunidade, segundo a moderna Criminologia" e resulta em custos sociais, individuais e familiares, assim

> a criminalização secundária somente agrava o conflito social representado pelo crime - especialmente em casos de aborto, de tóxicos, de crimes patrimoniais e de toda a criminalidade de bagatela (crimes de ação penal privada ou condicionados à representação, crimes punidos com detenção, crimes de menor potencial ofensivo, etc.) (SANTOS, 2020, p. 52).

É certo que não faria sentido punir com pena de seis a vinte anos de reclusão quem cometesse vias de fato, de modo que o Direito Penal já entende ser a gravidade da lesão do bem jurídico causado pelo que se entende como vias de fato, como insuficiente para ensejar mais do que uma multa, visto que essa é uma alternativa à prisão simples disposta na lei.

Tal alternativa de multa no lugar da pena de prisão é, inclusive, um dos fatos que sustentam a tese da possibilidade de enquadrar esse tipo de lesão de bem jurídico como ilicitude civil, mas que ainda será discutido. A questão que se põe é que para além da pena privativa de liberdade, outras penas distintas destas ainda podem ser danosas à sociedade, pois

> os *custos sociais* da criminalização secundária são maiores para a pessoa e a família de condenados de classes de categorias sociais inferiores - a clientela preferencial do sistema de justiça criminal, selecionada por estereótipos, preconceitos, idiossincrasias e outros mecanismo ideológicos dos agentes de controle social, ativados por indicadores sociais negativos de pobreza, marginalização do mercado de trabalho, moradia em favelas etc. (SANTOS, 2005, p 37 *apud* SANTOS, 2020, p. 52, grifos do autor).

Portanto, ainda que haja penas menores ou distintas da prisão, entendidas como proporcionais às infrações de menor potencial, não parece esta forma de resposta estatal fazer jus ao modelo consensual, conciliatório, célere, econômico e reparatório do Juizado Especial Criminal.

Discorrido sobre a pena, cabe investigar sobre o que sustenta que uma pena deve ser imposta a alguém como resposta à infração penal cometida. Cunha (2020) apresenta o entendimento de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina sobre os fundamentos ou justificação da pena, que são:

> 1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.
> 2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade. Se o Estado renunciasse à pena, obrigando o prejudicado e a comunidade a aceitar as condutas criminosas passivamente, dar-se-ia inevitavelmente um retorno à pena privada e à autodefesa (vingança privada), próprias de etapas históricas já superadas.
> 3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser 'moral', liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa (GOMES e MOLINA, 2007, p. 459 *apud* CUNHA, 2020, p. 481).

Nessa perspectiva, teria a pena as funções: de coagir e de reagir a uma infração ao ordenamento jurídico de forma tida pelo Direito Penal como suficientemente grave para ensejar uma resposta da *ultima ratio*; de amparar a sociedade mostrando que o Estado não permite determinado tipo de lesão a determinados bens jurídicos e assim impedir a "justiça com as próprias mãos"; e de permitir a expiação do infrator.

As espécies de pena admitidas no Brasil são três: privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. Sobre cada uma delas será melhor discutido em outro momento deste texto, pois nesta a parte a discussão é a respeito da funcionalidade das penas de uma maneira geral.

A doutrina penalista costuma classificar os objetivos do Direito Penal, com destaque para as teorias retributiva e preventiva da pena. De acordo com Bitencourt (2023, p. 109, grifos do autor)

> A característica essencial das teorias absolutas consiste em conceber a pena como um mal, um castigo, como retribuição ao mal causado através do delito, de modo que sua imposição estaria *justificada*, não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado: *quia peccatum*. Por isso também são conhecidas como teorias retributivas.

Assim, uma das funções da pena seria a retribuição à violação de determinado bem jurídico tutelado pelo Direito Penal. Nessa perspectiva, o objetivo deste trabalho é investigar também se os bens jurídicos protegidos pela tipificação penal dos delitos de menor potencial ofensivo são razoáveis e proporcionais. Ora, se o Direito Penal é a *última ratio*, seria mesmo ele o ramo jurídico ideal para retribuir as ofensas aos bens jurídicos menos relevantes?

É interessante a reflexão sob o ponto de vista destas teorias retributivas, pois se os crimes de menor potencial ofensivo não levam ou não pretendem levar a uma pena privativa de liberdade, nem a uma restrição de direitos insuportável ao apenado, em realidade, a própria Lei 9.099/95 possui diversos institutos jurídicos que buscam ao máximo evitar que o autor do fato cumpra alguma pena, o que pode ser um indício de que não está nos objetivos do Direito Penal retribuir quem pratica um delito de menor potencial ofensivo.

Na verdade, o modelo adotado pela Lei dos Juizados Especiais corrobora com o entendimento de Netto (2013, p. 2453), para quem "A falta de fundamentação da pena vive um momento de insustentável crise de identidade científica. A pretensão de transformá-la em oportunidade para promover a reintegração social quedou-se diante das dificuldades do encarceramento".

Um contraponto à teoria retributiva da pena é a teoria da justiça restaurativa, a qual será melhor aprofundada em breve. A respeito desta teoria Macedo e Almeida (2022, p. 99) apontam que

> Neste sentido, segundo o autor, a Justiça Retributiva concebe o crime como "uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa, inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas" (ZEHR, 2008, p. 170). Já a Justiça Restaurativa concebe o crime como "uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança" (ZEHR, 2008, p. 170-171). Consoante esta concepção de crime, a Justiça Restaurativa possibilitaria respostas ao delito que vão além da mera culpabilização e punição do ofensor, atingindo, assim, outras dimensões e outros propósitos para além da mera retribuição e da imposição do sofrimento da pena.

A concepção de justiça restaurativa explanada por Macedo e Almeida levam a concluir que tal teoria é apropriada para a demonstração que se pretende neste trabalho, isto é, da possibilidade de um tratamento diferente do tipo de ilicitude da conduta delitiva e das consequências para o autor do fato quando da violação de um dado bem jurídico, em especial aqueles cuja infração é definida pelo Direito Penal como de menor potencial ofensivo.

Existem ainda as teorias realistas ou preventivas da pena, para as quais, de um modo geral, "a pena deixa de ser concebida como um fim em si mesmo, sua *justificação* deixa de estar baseada no fato passado, e passa a ser concebida como *meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos*." (BITENCOURT, 2023, p. 118, grifos do autor).

Nesse sentido, a pena teria função de dissuadir os indivíduos de cometerem algum crime, em razão do temor de ter de cumprir alguma pena. Entretanto, veja-se: os delitos de menor potencial ofensivo são considerados pelo Direito Penal tão pequenos, por ferirem bens jurídicos tão pouco relevantes, que as penas cominadas são ínfimas, bem como, repita-se, busca-se beneficiar o réu, pelo rito sumaríssimo dos Juizados Especiais, com a transação penal, a composição civil dos danos ou a suspensão condicional do processo, fazendo com que não pareça de fato que essas penas possuam condições de afetar o psicológico das pessoas ao ponto de fazê-las desistir de realizar a prática delitiva. Na realidade, até com relação aos delitos mais graves não existem evidências científicas se de fato o Direito Penal tem tal capacidade persuasiva. Para Netto (2013, p. 2453)

> A diretriz da dogmática penal atual, exteriorizada pelos movimentos político-criminais mais modernos, tem sido de que as penas curtas privativas de liberdade não somente são inúteis, como também lesionam a ordem jurídica, mais gravemente que a completa impunidade do acusado. Deste modo, a fuga da prisão é

> objetivo do sistema trazido para os delitos de menor potencial ofensivo, preocupado sobretudo em indicar mecanismos próprios para substituir.

Nessa perspectiva, a ausência de comprovação da relação entre redução da criminalidade e a resposta estatal através da política criminal acarreta na importância de se analisar alternativas. Estas podem ser encontradas no próprio ordenamento *juscriminal* e fora dele.

3.2. Substitutivos penais e outras medidas socialmente úteis para o lugar da pena

Se se compreende que as penas, sejam as privativas de liberdade, as restritivas de direitos ou as de multa, são pouco ou nada eficazes para prevenir ou retribuir as infrações penais, sobretudo as de menor potencial ofensivo, impõe-se a verificação de possibilidades outras de enfrentamento do conflito que não importem novo sofrimento à vítima e nem estigmatização do autor, enfim, a perda dos horizontes de civilidade já ultrapassados quando da conduta danosa.

Netto (2013, p. 2445) afirma que a deficiência da justiça indica a necessidade de priorizar a relação entre jurisdição e cidadania, demandando uma modificação do sistema penal, pautada na redução do seu âmbito de atuação, "principalmente para as infrações de menor potencial ofensivo" (NETTO, 2013, p. 2445). Isso quer dizer que é preciso conter o ímpeto punitivista que sustenta nosso sistema de enfrentamento às infrações e aos infratores nos tempos modernos, resultando num modelo de justiça criminal ultrapassado.

A fórmula adotada pelo legislador para decidir o que punir, isto é, o que tutelar penalmente, seja para proteger um bem, seja a para evitar ou revidar uma conduta, implica em "questionamentos sobre a legitimidade do Estado no trato dos conflitos sociais, denunciando o direito penal como instrumento político e não de justiça" (NETTO, 2013, p. 2446). Essa instrumentalização política do direito penal não representa amparo às vítimas ou reparo dos danos, menos ainda a ressocialização do transgressor da ordem jurídica, de forma que "Nesse contexto, bastante relevante se apresenta a substituição da justiça da jurisdição conflitiva por aquela coexistencial, estruturada no consenso" (NETTO, 2013, p. 2446). Apresenta-se, assim, fundamental a conversão do sistema penal conflitivo e contencioso para uma vertente mais autocompositiva e pacífica para resolução daqueles problemas sociais considerados penalmente relevantes ao mesmo que tratados ou remediados com institutos despenalizantes.

De acordo com Netto (2013, p. 2449)

> Numa visão sistêmica mais restrita, o artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, regulado pela Lei 9.099/1995, inaugurou uma jurisdição do tipo consensual, para as infrações de menor potencial ofensivo, com diferente filosofia, determinando uma profunda modificação da sistemática reinante, dando ênfase à reparação dos danos sofridos pela vítima e à aplicação de medidas socialmente úteis como substitutivo penal, como estratégia para restituir efetividade e credibilidade.

Diante disso, observa-se que foi também a partir de uma escolha política do legislador que se adotou, no âmbito das infrações penais de menor potencial ofensivo, fórmulas para se afastar o processo condenatório, "tendo em vista a escassa reprovabilidade das infrações criminais de menor potencial ofensivo" (NETTO, 2013, p. 2449). Houve o que José Laurindo de Souza Netto chamou de "despenalização através do processo".

Com o advento da Lei 9.099/95, foram instituídos uma causa de extinção da punibilidade e dois substitutivos penais. A extinção da punibilidade, de acordo com o Juarez Cirino dos Santos, é "o desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos definidos como crimes, pela ocorrência de eventos, situações ou acontecimentos determinados na lei como causas de extinção da punibilidade" (SANTOS, 2020, p. 659).

Já os substitutivos penais são:

> [...] estratégias de política criminal formuladas com o objetivo de *evitar* ou *reduzir* os efeitos negativos do processo de criminalização ou de execução penal, mediante substituição de mecanismos formais por mecanismos informais de controle social de fatos puníveis de leve ou média gravidade - a exceção é o *livramento condicional extraordinário* -, realizados por autores considerados não perigosos, sob o fundamento de que a intervenção judicial produz maior dano do que utilidade (KAISER, 1993, p. 88-89 *apud* SANTOS, 2020, p. 573, grifos do autor).

Ou seja, tanto um quanto outro o que se tem no fim é a não aplicação da pena ou, ao menos, a não aplicação da pena mais grave do Direito Penal que é a pena privativa de liberdade. Dessa forma, a lei cria mecanismos para que, a depender do tipo de crime e preenchidos algunss requisitos, a punição possa ser totalmente evitada ou substituída por alguma outra maneira punitiva distinta da prisão e ou reparadora do dano.

A partir disso é cabível uma reflexão sobre o que foi suscitado na citação imediatamente acima: evitar a execução penal, sobretudo a privação da liberdade, nos casos de lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos menos importantes, funda-se na razoabilidade e nos efeitos sociais mais danosos que podem vir a ocorrer em utilizar a pena mais gravosa do ordenamento jurídico, o que pode ser menos útil do que simplesmente buscar um acordo entre o autor e a vítima ou entre o autor e o Estado (através do Ministério Público).

No que diz respeito à Lei 9.099/95, temos três figuras que representam um desses institutos despenalizadores mencionados. Utilizaremos a concepção de Juarez Cirino (SANTOS, 2020, p. 601, grifos do autor):

> a) a **conciliação** judicial entre autor e vítima, nas hipóteses de ação penal privada ou de ação penal pública condicionada à representação constitui *causa de extinção da punibilidade* do fato (arts. 72-74 da Lei 9.099/95);
> b) a **transação penal** entre Ministério Público e autor, nas hipóteses de ação penal pública condicionada ou incondicionada, constitui *substitutivo pena*l (art. 76 e parágrafos, da Lei 9.099/95);
> c) A **suspensão condicional do processo**, em crimes com *pena mínima cominada até 1 ano* de privação de liberdade, dentro ou fora da competência dos Juizados Especiais Criminais, também constitui *substitutivo penal* (art. 89 e parágrafos, da Lei 9.099/95).

Sobre a conciliação, através da composição civil dos danos, autor e vítima acordam uma maneira de reparar os prejuízos provocados pela infração cometida e, uma vez que o acordo seja feito, não há mais que se falar em punição no âmbito penal para o autor do fato.

Com a transação penal, "(...) o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta" (BRASIL, 1995), substituindo-se assim a pena privativa de liberdade relativa ao delito cometido.

Por fim, a suspensão condicional do processo é a medida criada pelo legislador para quando as tentativas de conciliação ou transação penal não forem adiante, de modo que, aceitando essa proposta de suspensão ofertada pelo Ministério Público, o processo tem seu prosseguimento sobrestado enquanto a condição imposta ao autor do fato estiver sendo cumprida. O prazo para a suspensão condicional gira em torno de 2 a 4 anos, na forma do art. 89 da Lei 9.099/95, assim, passado o tempo estabelecido de suspensão do processo sem a revogação dessa suspensão por descumprimento da condição, ocorre a extinção da pena.

Em qualquer dos casos, alguns requisitos legais são exigidos para que o autor do fato faça jus a um desses institutos discutidos. Entretanto, fica evidente os esforços do legislador em evitar a aplicação de pena privativa de liberdade aos delitos de menor potencial ofensivo, caracterizando certo desinteresse do ordenamento jurídico em tutelar, com a força do Direito Penal, os bens jurídicos que se enquadram nestes casos.

É relevante destacar que para além dos substitutivos penais apontados, existem as medidas alternativas, que são distintas da prisão, entendidas como mais adequadas para controlar a situação ou retribuir à infração, sem os efeitos maléficos da prisão, como a prestação pecuniária, prestação de serviços à comunidade, prisão domiciliar, comparecimento periódico em juízo, monitoração eletrônica, entre outras.

José Laurindo de Souza Netto, ao discutir sobre essa temática em seu texto "Sistema de Aplicação de Medidas Socialmente Úteis como Substitutivo Penal para as Infrações de Menor Potencial Ofensivo", apontou para a importância de se aplicar medidas alternativas como substitutivo penal, isto é, restrições outras de direitos em substituição à pena de privativa de liberdade, o que não se deve confundir com os substitutivos penais da Lei 9.099/95 (transação penal e suspensão condicional do processo), que são mecanismos processuais destinados a reduzir ou evitar os impactos negativos da criminalização e da execução penal quando na infração penal de leve gravidade.

Dado esse contexto, "Não se pode negar que os substitutivos penais são medidas de política criminal tendentes a humanizar o controle social visando impedir os efeitos deletérios das penas privativas de liberdade de curta duração" (NETTO, 2013, p. 2452), entretanto

> A substituição da prisão por substitutivos penais, nem sempre acarreta necessariamente a humanização das respostas estatais à infração penal. De qualquer forma, os substitutivos penais devem incidir dentro de um espaço de consenso, não necessariamente ligado ao crime e a delinqüência, onde o Estado, respeitando a autonomia da vontade entre as partes, limita, voluntariamente, o acolhimento e o uso de determinados direitos pelos agentes, que aceitam os substitutivos penais como os mais adequados ao seu reencontro com os valores e os modelos de ação do estado democrático de direito (NETTO, 2013, p. 2453).

Segundo Netto (2013, p. 2455) "As medidas alternativas revelam-se úteis, pois, por meio delas, procura-se criar e fomentar a solidariedade social, despertando não só os direitos, mas sobretudo os deveres de cidadania causando um efeito terapêutico e socialmente

construtivo", entretanto, vê-se que tais medidas ainda são ensejadoras de estigmatização do infrator e dotadas de viés vingativo, impedindo o restabelecimento completo e efetivo do estado anterior ao fato danoso para todos os envolvidos.

Em suma, em um juízo preliminar de investigação das questões suscitadas na introdução deste projeto, parece ser razoável deduzir que outros ramos do direito são capazes de dar conta de resolver os problemas decorrentes das práticas de delitos de menor potencial ofensivo, ofertando ao acusado uma maneira de reparar o dano causado ou, sendo impossível, cumprir alguma imposição estatal capaz de minimizar os impactos decorrentes do delito. Assim, o Direito Penal poderia se reservar à tutela dos bens jurídicos realmente mais relevantes para os indivíduos e a sociedade.

3.3. Justiça Restaurativa

Conforme apresentado no subcapítulo 3.1, existem as funções retributivas e preventivas da pena, bem como a ideia de justiça restaurativa. Conforme ensina Rogério Sanches Cunha, há três modelos de resposta do Estado contra o cometimento de uma infração penal:

> a) Dissuasório clássico: inspirado pela ideia de retribuição, consiste na simples imposição de pena, medida suficiente para retribuir o mal causado pela prática criminosa e para evitar o cometimento de novos delitos;
> b) Ressocializador: tem a finalidade de reintegrar o delinquente à sociedade (prevenção especial positiva);
> c) Consensuado: tem o propósito de trazer à Justiça criminal modelos de acordo e conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada (plea bargaining), em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade da pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos (CUNHA, 2020, p. 485).

O modelo consensuado de resposta Estatal ao fato punível guarda maior proximidade com o que se discute neste trabalho que o dissuasório clássico e ressocializador. Embora a responsabilização civil, isto é, a necessidade de reparar o dano causado e a indenização da vítima possam ter também alguma capacidade dissuasória/retributiva e reeducadora, o que se observa é que a autonomia da vontade das partes e a solução pacífica dos conflitos através da negociação e composição são estratégias que mais beneficiam a vítima do que as demais, se é que as demais possuem capacidade de beneficiar a vítima além do, talvez, campo psicológico.

Dentro desse modelo de justiça consensual como resposta ao crime, Rogério Sanches Cunha apresenta três perspectivas: a de justiça negociada, a de justiça reparatória e a de justiça restaurativa. Na Justiça Negociada, comum no Direito dos Estados Unidos da América, Cunha (2020, p. 486) diz que

> [...] o agente e o órgão acusador acordam acerca das consequências da prática criminosa, o que, evidentemente, pressupõe a admissão de culpa. Trata-se do denominado "plea bargaining", que pode consistir na negociação sobre a imputação. ("charge bargaining"), sobre a pena e todas as consequências do delito, como o perdimento de bens e a reparação de danos ("sentence bargaining"), ou sobre ambas. Ainda não se identifica esta liberdade de acusação no sistema jurídico brasileiro, em que o órgão do Ministério Público tem atuação vinculada ao conjunto probatório proveniente da investigação, ou seja, a imputação deve ser estritamente relativa ao crime demonstrado. Além disso, a pena é aplicada por decisão exclusiva do juiz, sem possibilidade de influência direta do órgão acusador.

Ainda que essa modalidade de justiça negociada existisse no Brasil não interessaria para esta pesquisa, pois apesar da possibilidade de negociação entre o autor da infração e o órgão acusador, ainda haveria que se falar em delito, vez que a negociação se dá também em cima da imputação, e ainda existiria uma pena, não se aproximando da concepção de ilicitude civil e responsabilização civil do autor de infração de menor potencial ofensivo.

A Justiça Reparatória, por sua vez, desenvolve-se

> [...] por meio da conciliação promovida pelos órgãos integrantes do sistema criminal, como ocorre na transação penal, na suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/95) e nos termos de ajustamento de conduta para a reparação dos danos ambientais nas infrações da Lei nº 9.605/98. A Lei nº 11.719/08 (que alterou o CPP) confirma essa tendência a partir do momento em que permite ao juiz, na sentença condenatória, fixar valor mínimo indenizatório à vítima (CUNHA, 2020, p. 485).

Essa modalidade se relaciona um pouco mais do que se busca desenvolver neste trabalho, pois o que se pretende é promover a reparação do dano causado sem que haja necessidade de se imputar um crime ao agente ou impor-lhe uma pena. Nos Juizados Especiais Criminais é onde essa modalidade se materializa, pois a Lei 9.099/95 oferece mecanismos processuais ao órgão acusador e ao Estado-juiz para evitar que o peso do Direito Penal recaia sobre o autor de um delito e possibilita a reparação do dano.

Essa perspectiva, a nosso ver, difere-se da Negocial, da Retributiva e da Preventiva, sobretudo porque muda o foco da solução do conflito instaurado pela afetação negativa de um

bem jurídico. Aquelas ainda focadas no fato punível e no autor deste, enquanto que a Reparatória foca mais no dano ao bem jurídico e na vítima imediata, material, da infração.

Por fim, outra modalidade que demonstra preocupar-se mais com a vítima e o dano do que com a conduta e o autor é a Justiça Restaurativa, que é

> [...] baseada num procedimento de consenso envolvendo os personagens da infração penal (autor, vítima e, em alguns casos, a própria comunidade), sustenta que, diante do crime, sua solução perpassa pela restauração, ou seja, pela reaproximação das partes envolvidas para que seja restabelecido o cenário anterior (de paz e higidez das relações sociais). Representa um rompimento com a tradicional "usurpação", pelo Estado, da relação vítima-infrator, possibilitando o surgimento de uma nova perspectiva que quebra a dualidade da função da pena, até então restrita à retribuição e prevenção, incluindo a restauração como nova possibilidade.
> Neste modelo, a solução do conflito não é promovida diretamente pelo órgão de justiça criminal, mas por um integrante de um órgão específico de mediação (CUNHA, 2020, p. 485).

A abordagem restaurativa da justiça penal apresentada tem ênfase na busca da solução consensual do conflito entre o autor, a vítima e comunidade, afastando em certa medida o monopólio do Estado do controle da relação vítima e autor da infração, permitindo que a conversa e a composição entre estes possibilite a restauração das relações sociais, a reaproximação das partes quando já forem próximas antes do fato.

A teoria da justiça restaurativa fornece uma perspectiva que parece ser a teoria que mais corrobora com a possibilidade de tratar as infrações de menor potencial ofensivo como ilicitudes civis. Trata-se de uma abordagem da ilicitude que visa a reparação do dano causado pela conduta infracional, buscando a manutenção ou restauração das relações sociais através da resolução pacífica de conflitos no lugar da estigmatização e punição penal.

Macedo e Almeida (2022) apontam alguns elementos que ajudam a compreender essa teoria de justiça restaurativa:

> Segundo Zehr, a Justiça Restaurativa se constitui como um modelo alternativo para se pensar as noções de crime e justiça, devendo estar baseada em cinco princípios ou ações-chave: [1] o foco nos danos e necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor; [2] o tratamento das obrigações resultantes dos danos produzidos pela ofensa; [3] a utilização de processos inclusivos e cooperativos; [4] o envolvimento de todos os interessados na situação (vítimas, ofensores, comunidade e sociedade) e [5] a busca pela reparação dos danos e pelo endireitamento das coisas na medida do possível (ZEHR, 2020, p. 49 *apud* MACEDO e ALMEIDA, 2022, p. 99).

Observa-se que tal teoria tem um enfoque maior no dano e na vítima. A teoria da justiça restaurativa propõe um modelo alternativo para o tratamento de todos os crimes, não restringe aos de menor potencial ofensivo como se pretende fazer neste trabalho. A proposta, pautada na autonomia da vontade das partes, embora logicamente limitada pela Lei, pelos Direitos Humanos, teria como resultado a diminuição nas taxas de encarceramento, bem como outros benefícios sociais decorrentes da não estigmatização do infrator.

Segundo Melo (2005, p. 53)

> As buscas por soluções alternativas ou complementares ao sistema tradicional de justiça, sobretudo ao retributivo, vêm encontrando nas práticas restaurativas um encaminhamento possível a conflitos definidos legalmente como infracionais. Sua ênfase volta-se, de um lado, à procura por amparo às vítimas e ao atendimento suas necessidades, dando-lhe um papel ativo na condução das negociações em torno do conflito. De outro lado, busca não apenas a responsabilização do causador do dano, valendo-se de recursos outros à punição e à sua estigmatização, mas também, pelo encontro que se dá entre um envolvido e outro no conflito, dar ocasião para o confronto de todas as questões que, a ver de cada qual, o determinaram e para o encaminhamento de possibilidades de sua superação ou transfiguração.

Vê-se que, nessa perspectiva de justiça restaurativa, a vítima, no lugar do Estado, passa a ter protagonismo na condução da responsabilização do infrator, alcançando o restabelecimento do *status quo ante* do seu bem jurídico atingido, quando possível, e a indenização, em qualquer caso.

Quando se pensa em Juizado Especial Criminal, essa visão da justiça restaurativa parece existir, como se fosse intenção do legislador evitar o tratamento penal das infrações de menor potencial ofensivo, pois a composição civil dos danos, como exposto anteriormente, visa a possibilidade de resolução do conflito por meio de acordo entre as partes, de modo que a vítima pode buscar a reparação dos prejuízos morais e materiais que lhe foram causadas pela infração. Além disso, a transação penal permite outras formas de impor ao infrator alguma medida restritiva de direitos para livrá-lo da pena.

Tais institutos, próprios do JECRIM, oportunizam ao infrator o pagamento de indenização ou multa, a realização de serviços comunitários, a retratação pública, isto é, maneiras de arcar com as consequências do dano causado sem o peso do processo penal e da execução penal.

Melo (2005, p. 56) propõe que a desconstrução do sistema de pensamento retributivo da pena deve passar pela reflexão e questionamento de valores morais, com destaque para o conceito de liberdade, de dever e da necessidade de castigo que fundamentam o modelo retributivo. Para Melo (2005, p. 58)

> [...] Num sistema como tal que parte do pressuposto da necessidade do castigo e da punição para fazer valer o respeito à liberdade em termos universais, a coerção e o castigo apresentam-se como a condição para a coexistência humana. Trata-se, contudo, de uma condição formal, como formal é o conteúdo das normas, que não prescreve mais obrigações positivas de fazer, não prescreve mais regras de conduta, mas apenas o dever de não prejudicar outrem. O direito deixa assim de definir o que são, o que podem ser ou o que serão os direitos de uns ou de outros, mas apenas aquilo que pode ou não ser de direito, porque é apenas nesta formalidade abstrata, mas também vazia, que pode ser pensado logicamente e operar coercitivamente.

Assim, a importância da punição para a sociedade decorria de uma crença de que para diferentes condutas, praticadas por diferentes pessoas, em distintas situações e condições, teria o mesmo efeito de coerção e justiça.

É evidente que essa concepção não se sustenta, pois cada vítima percebe o sofrimento de uma maneira única e em nenhuma hipótese pode ter a dor que lhe foi imposta amparada, sobretudo pela ação externa, do Estado. Porém, em algumas situações é possível atingir um grau mais próximo desse amparo através de imposições ao infrator que de algum modo agradem a vítima.

Em alguns crimes pode a vítima, dada o abalo sofrido, carecer de condições emocionais e racionais para decidir o quer como forma de responsabilização do autor, mas em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, parece bastante plausível oferecer essa possibilidade de transação entre as partes, rompendo com a cadeia de eventos danosos que circundam o crime e a persecução penal. Conforme disserta Melo (2005, p. 61)

> De fato, a agressão sofrida pela vítima causa-lhe não apenas dor, privação de direitos, como sobretudo ressentimento que pode passar a se expressar como desejo de vingança. O causador dessas sensações deixa de ser visto como sujeito e passa a ser encarado como alvo de ações, como objeto sobre o qual há de recair sua represália. Da parte do agressor, a vítima é igualmente despersonalizada, seja para ser vista como repositório de valores materiais dos quais se vê privado e dos quais deseja se apossar, seja para ser encarada como alvo de descarga de um ressentimento que igualmente o marca por um não-lugar que a relação interpessoal ou social lhe reserva como seu.

De forma que “O direito e a justiça, num tal modelo retributivo, portanto, funda-se apenas na sucessão de imposições de sofrimento [...]” (MELO, 2005, p. 59), isto é, o agente causa dor à vítima, o Estado causa dor ao agente, e dessa maneira, perpetua-se na sociedade um modelo de sofrimento sucessivo.

A realidade dos Juizados Especiais Criminais no tratamento das infrações de menor potencial ofensivo, proporcionam em muitos casos o distanciamento do modelo retributivo no sentido da pena privativa de liberdade. Mas não afastam a estigmatização do infrator.

Para Macedo e Almeida (2022, p. 100) “O paradigma punitivo tem como principais características a concepção do crime como uma ofensa ao Estado e a centralidade da pena como única resposta ao delito”, um paradigma que se já não se sustenta mais para os crimes em geral, sustenta-se menos ainda para as contravenções penais e crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Dessa forma, é preciso pensar alternativas de resposta à violação de certos bens jurídicos que são tratados pelo Direito Penal como menos importantes para ele.

De acordo com Melo (2005, p. 60)

> [...] a justiça restaurativa nos abre de modos vários a um contraste radical com este modelo. Primeiro, ela expressa uma outra percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acertamento horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva. Segundo, ela foca nas singularidades daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito. [...] Terceiro, e principalmente, se o foco volta-se mais à relação do que à resposta estatal, a uma regra abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganha um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, com contornos destrutivos. Quarto, contra um modelo centrado no acertamento de contas meramente com o passado, a justiça restaurativa permite uma outra relação com o tempo, atentado também aos termos em que hão de se acertar os envolvidos no presente à vista do porvir. Quinto, ao trazer à tona estas singularidades e suas condições de existência subjacentes à norma, este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas.

Considerando as infrações de menor potencial ofensivo, sobretudo quando há uma vítima particular, isto é, determinada ou determinável, não se vislumbra óbice à aplicabilidade da teoria restaurativa. Só que para além dela, é preciso avançar para uma construção de

viabilidade de resolução de conflitos entre particulares fora da esfera penal, sem margem para a penalização ou estigmatização a esta inerentes.

A plausibilidade de tratamento como ilicitude civil das infrações de menor potencial ofensivo se torna mais evidente a partir dessa perspectiva de justiça restaurativa, pois

> a Justiça Restaurativa atribui grande importância à vítima durante todo o procedimento, preocupando-se em oferecer apoio e assistência ao que sofre diretamente as consequências da infração, da irresponsabilidade ou da violência. O paradigma restaurativo demonstra a importância da vítima no processo de responsabilização do infrator, não tratando qualquer das partes como mera parte processual, mas como alguém que precisa de atenção e apoio.
> O foco não é voltado para uma resposta punitiva, mas para a relação afetada com o evento danoso, afastando a ideia de que o conflito deve ser apagado, rechaçado, estabelecendo o que deve ser trabalhado e que pode ser positivo (SOUZA NETTO, MONTESCHIO e IOCOHAMA, 2019).

No lugar da decisão exógena e estranha às partes, da intervenção do Ministério Público, das sentenças, propõe-se a autonomia da vontade dos litigantes para a solução dos conflitos. Ainda que haja a figura do conciliador ou mediador, alguém que ajude o autor do fato e a vítima a compreenderem seus papéis na discussão, mas que se evite a desnecessária estigmatização e punitivismo penal.

Trata-se, portanto, de uma simples ideia: quem melhor para decidir a forma de responsabilização do agressor que a própria vítima? Numa perspectiva de infrações cujas consequências não ultrapassam a esfera de privacidade das partes envolvidas, não ofendem ninguém ou nada além da própria vítima e do bem jurídico a ela inerente. É certo que nesse contexto as intenções da vítima para o que deseja como indenização precisam ser comedidas, limitadas por uma ponderação de razoabilidade e proporcionalidade com o dano sofrido.

Isto não exclui, por fim, a criação de, conforme salienta Melo (2005, p. 68) “espaços outros de acolhimento e de promoção de direitos, atentos à necessidade de fala, de escuta, de diálogo e de canais de expressão”, isto é maneiras de formar e educar todos os envolvidos numa situação de afetação injusta de um bem jurídico menos relevante, para que encontrem soluções próprias, pacíficas e restaurativas da condição anterior e da sociabilidade.

No que diz respeito à possibilidade de aplicabilidade da justiça restaurativa no Brasil, Macedo e Almeida (2022, p. 109) salientam que

> Foi apontado como principal obstáculo à implementação da Justiça Restaurativa no Brasil a indisponibilidade da Ação Penal Pública, de modo que as possibilidades de implementação dos processos restaurativos no âmbito do Poder Judiciário ficam restritas aos Juizados Especiais Criminais, à Justiça Infracional e Juizados da Violência ou Paz Doméstica.

A compatibilidade da justiça restaurativa com o Juizado Especial Criminal pode ser observada a partir da descrição do JECRIM apresentada por Souza (2009, p. 47), para quem

> [...] não se pode ignorar o caráter inovador da criação dos juizados especiais. O instituto modificou o *modus operandi* da justiça brasileira ao mudar a forma de atuação dos magistrados, funcionários, membros do Ministério Públicos e advogados. A nova concepção adotada pelas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 aproximou o Poder Judiciário da população com procedimentos próprios de oralidade, informalidade, simplicidade, economia processual e celeridade, sempre no intuito de reparar os danos sofridos pelas vítimas e aplicar penas alternativas, dissociadas do caráter maniatado das penas privativas de liberdade, numa situação em que autor e réu – intermediados por promotores e advogados – buscam a melhor solução para a dissolução do litígio, norteados por instrumentos reguladores que permitem a composição da tríade jurídica na busca da conciliação ou transação, a fim de sanar a mácula provocada pelo comportamento delituoso.

A essência do Juizado Especial Criminal é a de justiça restaurativa, a criação deste juizado e os institutos que lhe são próprios amoldam-se perfeitamente a essa teoria aqui discutida. Entretanto, a reflexão que se faz é que a essência do JECRIM indica e conduz para a desnecessidade da existência das infrações de menor potencial ofensivo. Se a ideia da Lei 9.099/95 é propiciar a composição entre autor e vítima, permitir a transação entre autor e Estado, e no fim, ultrapassadas essas alternativas sem acordo, não há aplicação da "punição tradicional" de pena privativa de liberdade, tem-se uma demonstração legal de desinteresse da esfera penal nas infrações de menor potencial ofensivo.

O art. 62 da Lei 9.099/1995 dispõe que o processo perante o Juizado Especial é orientado por alguns critérios "objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade" (BRASIL, 1995). Trata-se da materialização da justiça restaurativa, em que se oferece à vítima e ao agente um modelo alternativo de solução dos conflitos. O Estado que atribuiu a si o dever de solucionar o conflito das partes, em algumas situações devolve parcela desse poder a elas, como no casos em que cabível a composição dos danos civis perante o JECRIM.

Em resumo, a noção de justiça restaurativa aponta para a necessidade de que nas infrações de menor potencial ofensivo é possível e desejável que se retire o foco da infração e coloque-o no dano, retirando-se, em conjunto, o protagonismo do infrator, dado pelo Direito Penal, e concedendo-o à vítima, ou a ambos, permitindo-se a cooperação e a resolução da lide sem intervenção da *ultima ratio*.

4. A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO INFRATOR COMO ALTERNATIVA À PENA CRIMINAL

Conforme tudo o que foi discutido, passa-se a tratar da possibilidade de superação da punição penalmente imposta pelo Estado. A medida que surge como capaz de se equivaler, com melhor precisão, às penas ou aos substitutivos penais típicos do JECRIM, é a responsabilização civil do infrator, com ênfase na compensação da vítima e na obrigação de reparar os danos decorrentes da prática de atos ilícitos.

Essa proposta implica compreender melhor sobre o instituto da responsabilidade civil, discutindo-se que convolar a ilicitude penal em ilicitude civil tem capacidade de proporcionar uma resposta Estatal, ao infrator e à infração, que seja compatível com a qualidade do bem jurídico tutelado e a extensão da gravidade da violação desse bem, de forma a garantir uma solução harmônica e efetiva do conflito.

4.1. A ilicitude civil como forma de tratamento das infrações penais menos graves

A noção de ilícito é fundamental para se compreender sobre a ilicitude civil e as possibilidades jurídicas de responsabilização daquele que comete a ilicitude e de reparação do dano. Lira (1996, p. 84) aduz que "É ilícita toda conduta humana violadora de direito", ou seja, não muito diferente do que já foi discutido neste trabalho na seara penal, de que a violação de um bem jurídico penalmente tutelado constitui infração penal. O que não se pode deduzir que todo ilícito penal é um ilícito civil ou vice-versa, são ramos independentes, que embora possam existir situações que ensejam a incidência tanto do direito penal quanto do direito civil, isto não ocorre necessariamente para todas as condutas humanas violadoras de direito.

De acordo com Lira (1996, p. 85) “Em toda relação jurídica se identificam necessariamente dois elementos: DIREITO e DEVER”. Trata-se de um axioma simples, direitos e deveres são elementos inerentes às relações jurídicas e que precisam ser respeitados. Contudo, nem todos os direitos formalmente garantidos se materializam, o que implica acionar mecanismos jurisdicionais capazes de impor a concretização desses direitos. De outro lado, os deveres. Se os cidadãos, detentores de direitos e deveres, podem não gozar de todos os direitos, é mais certo ainda que podem descumprir um dever, embora juridicamente não devam, de modo que é evidente que “Todo dever é suscetível de descumprimento” (LIRA, 1996, p. 85).

Para Lira (1996, p. 85) “O ILÍCITO CIVIL É A TRANSGRESSÃO DO DEVER JURÍDICO” e “O **dever jurídico** pode surgir de lei ou da vontade dos indivíduos” (LIRA, 1996, p. 85, grifos do autor). Sendo assim, segundo Lira (1996) o dever jurídico advindo da vontade dos indivíduos é aquele que surge da contração de obrigações em negócios jurídicos, isto é, surge da manifestação de vontade das partes e se materializa em um contrato. Sucede desta explanação que faz mais sentido para este trabalho discutir o ato ilícito decorrente da transgressão de um dever jurídico proveniente da lei.

Lira sustenta que “Se a transgressão pertine a um dever jurídico imposto pela lei, o ilícito é extracontratual” (LIRA, p. 85, 1996), neste tipo de ilícito “o comportamento do transgressor viola **diretamente** o ordenamento jurídico” (LIRA, p. 86, 1996, grifos do autor), sendo, conforme explana este autor, o ilícito extracontratual “fonte de dever jurídico patrimonial, fonte de obrigação” (LIRA, p. 86, 1996).

Nessa esteira, a violação do ordenamento jurídico por ato ilícito é a violação de um dever jurídico geral, de “interesse de todos, e cujo conteúdo consiste, geralmente, em não causar prejuízo a outrem” (LIRA, p. 86, 1996), portanto, pode-se definir o conceito de ato ilícito como sendo aquele “comportamento humano transgressor de um dever jurídico imposto pela lei. Em outras palavras, transgressor de um dever jurídico genérico” (LIRA, p. 86, 1996).

No art. 186, do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/02), está expresso que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002), logo

> Considera-se ato ilícito a conduta culposa ou dolosa contrária ao direito que gera dano a outrem e deflagra o dever de indenizar (CC, art. 186). O pressuposto da responsabilidade civil subjetiva é a prática do ato ilícito. Nela, valora-se a conduta do causador do dano, de maneira a aferir se obrou com culpa ou dolo, indispensáveis à noção de ilícito e, conseguintemente, ao dever de reparar com fundamento na responsabilidade civil subjetiva. Não releva distinguir se o autor do ilícito agiu dolosa ou culposamente, pois, em qualquer caso, a consequência é a mesma: reparação dos danos causados (TEPEDINO, 2021, p. 361).

Há, assim, em todo ato ilícito um Elemento Formal, consistente na violação de um dever jurídico legalmente previsto, e um Elemento Material, fundado no fato de que daquela violação haja um dano para alguém, isto é, que sobrevenha um prejuízo de ordem moral ou material à outra pessoa decorrente da violação (LIRA, 1996, p. 88). Assim, se houve uma violação de um dever jurídico e se esta violação resultou em dano a alguém, surge uma necessidade de reparar esse dano causado.

Portanto, "O ato ilícito é um dos fatos geradores de obrigação. É fonte da obrigação de o agente causador do dano reparar o ofendido" (LIRA, 1996, p. 88), isto é, da violação de um dever pode surgir um novo dever, que é o de reparar o ofendido, podendo ser "uma prestação, avaliada em dinheiro, segundo o prejuízo causado" (LIRA, 1996, p. 88), mas também não se pode excluir "a possibilidade de o ofendido exigir do ofensor a reposição das coisas no seu estado anterior à ofensa" (LIRA, 1996, p. 88).

Neste ponto, tal como discutido em relação a infração penal, tanto o desvalor da ação quanto o desvalor do resultado tem relevância para a compreensão do fato gerador da obrigação de reparar quando houver dano decorrente de ato ilícito, nesse aspecto, revela Bosco (2019, p. 138) que

> se de um lado não existe um resultado que por si só seja capaz de garantir a antijuridicidade da conduta, em outro aspecto não é qualquer infração que pode estimular a pretensão ressarcitória, mas, sim, aquela que invada a esfera jurídica de outrem causando o dano. Essencial então se faz atestar que, se é verdadeiro que o resultado - qualquer que seja a ilicitude delitual concretamente em causa - deva ser alvo de destaque, não se coloca em dúvida que o desvalor de conduta também possui sua relevância [...].

Para que se possa falar em dever de reparar decorrente da responsabilidade civil por fatos ilícitos, é preciso verificar a presença de alguns pressupostos, os quais Bosco conclui que são

> a) o fato (controlável pela vontade de homem - podendo, desta forma, também se caracterizar pela omissão); b) a ilicitude (como pressuposto do incumprimento da ordem jurídica); c) a incriminação do fato ao lesante; d) a constatação do dano, e e) um nexo de causalidade apto a unir o fato ao resultado danoso (BOSCO, 2019, p. 128).

Em sentido semelhante, sustenta Tepedino (2021, p. 362) que

> Para a caracterização do ato ilícito, exigem-se quatro requisitos: (i) o comportamento contrário ao direito (por violar norma contratual ou legal); (ii) a imputabilidade subjetiva da conduta (por culpa ou dolo do agente, decorrente de ato comissivo ou omissivo (iii); o dano de qualquer natureza (moral ou material); e (iv) o nexo causal (entre a conduta e o dano).

Ou seja, é necessário que haja um fato e que este seja contrário à lei (ao dever jurídico genérico), além de que gere um prejuízo a outrem, ao mesmo tempo em que seja possível demonstrar que o fato só foi possível pela atuação, comissiva ou omissiva, do agente, sendo o dano resultado desse fato. Destes requisitos apontados por Gustavo Tepedino, destaca-se aqui o primeiro, consistente na

> atuação contrária ao direito, isto é, violadora de norma legal ou contratual. Por ser fonte de responsabilidade subjetiva, a reprovação social da conduta do agente, que a torna antijurídica, revela-se indispensável para que o dano produzido seja indenizável e para que se reconheça a imputabilidade do ressarcimento ao agente causador. Fosse o comportamento conforme ao direito positivo ou ao contrato, não haveria falar de responsabilidade subjetiva, ainda que danoso fosse o resultado. Imagine-se, a título de exemplo, o devedor que, demandado legitimamente pelo credor, após o vencimento da dívida, viesse a sofrer mal súbito no momento da cobrança. Não houve aqui antijuridicidade por parte do credor, afigurando-se o lamentável episódio, posto que evidentemente danoso, insuscetível de ressarcimento. A antijuridicidade apresenta-se, assim, indispensável, embora não suficiente, para o surgimento do ilícito (TEPEDINO, 2021, p. 362).

Considerando a hipótese de evento danoso resultado da ação de um indivíduo, é indispensável que tenha sido essa conduta contrária à lei para que reste configurado dever de reparação, de tal modo como existem as excludentes de ilicitude no Direito Penal, impedindo a incidência da norma penal. Da mesma forma que não há que se falar em delito sem antijuridicidade da conduta, também não há que se falar em ilícito civil.

Feitas essas considerações, é possível colocar em paralelo a ilicitude civil e a ilicitude penal para fins de distinção de demonstração de até que ponto a relação entre estas ilicitudes podem possibilitar a convolação de determinadas ilicitudes penais em civis.

De início é preciso abordar sobre os efeitos de cada uma dessas ilicitudes. O ilícito civil tem como efeito a "composição do prejuízo sofrido por alguém como resultado da ilicitude. Essa composição se traduz em um proveito ao prejudicado" (LIRA, 1996, p. 84), por outro lado, "Se o ilícito é penal, não se exige do agente nada em favor do prejudicado, mas algo que represente um sacrifício para o autor da ilicitude. Se alguém tiver de tirar proveito, não será a vítima, mas o Estado em favor da comunidade" (LIRA, 1996, p. 84).

Sob uma perspectiva de que seria justo, no casos das infrações penais de menor potencial ofensivo, não se vislumbra que a imposição de pena ao autor e o proveito do Estado sejam mais justos que a recomposição dos prejuízos suportados pela vítima.

Pode-se creditar algum senso de responsabilidade ao legislador brasileiro que ao instituir a Lei dos Juizados Especiais Criminais considerou a possibilidade de reparação do prejuízo como alternativa às penas, embora não afaste a aplicação de outras sanções penais distintas da pena privativa de liberdade.

Pela Lei 9.099/95 é possível compor civilmente os danos, evitando que além do processo criminal exista um processo civil apenas para reparar o prejuízo decorrente da infração penal, entretanto, a composição com fito reparatório entre autor e vítima consiste numa faculdade do autor da ilicitude, não um efeito lógico e necessário do ilícito penal. Enquanto que o ilícito civil causador de prejuízo a bem jurídico alheio gera a obrigação de reparar. De acordo com Carlos Alberto Bosco

> a ideia de reparação patrimonial de um dano privado é dominante, porque o dever jurídico infringido foi estabelecido diretamente no interesse da pessoa prejudicada. Então, no âmbito das sanções civis, o que realmente importa é a restituição dos interesses lesados, daí que deve prevalecer o entendimento no sentido da configuração da ilicitude de acordo com o resultado (MONTEIRO, 1989, p. 305 *apud* BOSCO, 2019, p. 126).

Se, como visto, o dano resultante do ato transgressor do ordenamento jurídico é ensejador de obrigação reparatória, isto é, se a ilicitude é pressuposto da responsabilidade civil, logo, impende abordar mais detalhadamente sobre a Responsabilidade Civil, esta que "tem nascedouro quando uma pessoa fica obrigada a reparar um dano sofrido por outra" (BOSCO, 2019, p. 126).

4.2. A Responsabilidade Civil como alternativa à punição

Se os elementos do fato típico (componentes do conceito de crime juntamente com a ilicitude e a culpabilidade), ensejadores da responsabilização penal são conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. Os elementos da responsabilidade civil são "ato culposo ou atividade objetivamente considerada, dano e nexo de causalidade" (TEPEDINO, 2022, p. 9).

O ato culposo deve ser compreendido através da concepção de culpa, esta "se revela na ideia de desvio de conduta, vale dizer, de inadequação da conduta do agente ao padrão de comportamento esperado em concreto" (TEPEDINO, 2022, p. 8). Quanto a noção de atividade objetivamente considerada, esquece-se a culpa, pois nesse caso

> tratando-se de atividade de risco, nos termos do parágrafo único do art. 927 do CC, ou de hipótese específica em que o legislador imputa ao agente responsabilidade objetiva pelos danos causados, não se perquirir de sua culpa, bastando verificar se o sujeito praticou, de fato, a atividade legalmente vinculada ao dever de indenizar (TEPEDINO, 2022, p. 8).

O dano por sua vez deve ser entendido "como a lesão a qualquer interesse de bem jurídico merecedor de tutela" (TEPEDINO, 2022, p. 8), já o nexo de causalidade é o elemento de ligação entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada e o dano, "determinando a quem se deve atribuir o resultado danoso" (TEPEDINO, 2022, p. 8).

Portanto, para que haja um fato típico para o Direito Penal são necessários quatro elementos, um a mais que a responsabilidade civil, que é a tipicidade, vez que na responsabilidade civil não há princípio da tipicidade, isto é, não há a exigência constitucional e legal de que só haverá pena se houver correspondência entre determinada conduta humana e a descrição de um crime legalmente previsto.

Assim, a responsabilidade civil é um instituto mais protetivo à vítima do que as sanções penais, pois parte de um pressuposto de que a conduta desviante que transgride um dever jurídico genérico e causa dano a outrem é passível de responsabilização, sem a necessidade de que haja lei prévia, como ocorre no Direito Penal. Mas mais do que isso, a lei penal tem historicamente função sancionatória, enquanto a responsabilidade civil há tempos desempenha uma função reparatória. A partir da implementação dos Juizados Especiais

Criminais, o Direito Penal tem alterado essa perspectiva sancionatória, criando mecanismos reparatórios, como aponta Souza:

> Sobre essa questão, é cônscio esboçar o pensamento de Mirabete sobre o objetivo da lei dos juizados especiais criminais ao aduzir que sem *abandonar a finalidade do processo (...) deve buscar, sempre que possível, a conciliação ou a transação.* Argumenta que o objetivo primordial da lei *é com um mínimo de formalidades, buscar a paz social, relativamente à prática das infrações de menor gravidade. Para isso se procura compor o dano social resultante do fato, prevendo-se a reparação imediata do dano, ao menos em parte, com a composição, ou transação, na lei tida como a aceitação pelo autor do fato de penas não privativas de liberdade, como aliás, preconizado na doutrina moderna, que as tem como suficientes para a responsabilidade penal do autor dessas infrações menores quando não indiquem estas periculosidade do agente, tais medidas, antes vedadas na área criminal quanto às ações penais públicas, passaram a ser admitidas pela Constituição Federal nas causas de competência dos Juizados Especiais (art. 98,I)* (MIRABETE, 2002, p. 39 *apud* SOUZA, 2009, p. 44, grifos do autor).

Retoma-se aqui também a noção de Justiça Restaurativa, na qual

> A busca pela verdadeira justiça não significa, exclusivamente, a punição do culpado pelo ato considerado crime, e isso tem uma razão objetiva muito simples: se o indivíduo que cometeu o ato hostil simplesmente for encarcerado, jogado em alguma masmorra que vise à expiação de sua culpa, dificilmente teremos alguma recuperação efetiva daquele ser humano, que carregará ainda mais ódio e revolta contra um mundo que jamais o acolheu (SOUZA NETTO, MONTESCHIO e IOCOHAMA, 2019).

A problemática que se apresenta é que, embora se afaste as sanções com penas privativas de liberdade, evitando os efeitos deletérios do cárcere, não é possível evitar os danos decorrentes da aplicação de outras medidas diversas da prisão. Daí podendo se falar em efeitos deletérios da persecução penal como um todo, gerando estigmatização, isolamento, desconfiança do apenado perante a sociedade. As medidas como monitorização eletrônica, prisão domiciliar, dentre outras, mantêm alguns efeitos negativos que fogem até mesmo do que a teoria da Justiça Restaurativa prega e

> Por isso, há real necessidade de a sociedade pensar novas formas de enfrentamento do crime. A proteção das vítimas não deve resumir-se à penalização do indivíduo que seja considerado culpado, até porque, em algum momento, o agressor pode ter sido vítima e as suas escolhas violentas podem não ter sido tão livres quanto parecem (SOUZA NETTO, MONTESCHIO e IOCOHAMA, 2019).

Toda essa finalidade é perfeitamente alcançável com a responsabilização civil do infrator, evitando todas as consequências negativas que são inerentes ao processo penal. Sobre isso, Tepedino aponta que

> Na atualidade, o afastamento da função sancionatória da responsabilidade civil se torna ainda mais contundente à luz da Constituição da República de 1988 que, além de ratificar sua função reparatória, consolida o papel central da reparação civil na proteção à vítima ao prever, em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, e consagrar, no art. 3º, I, o princípio da solidariedade social. Desloca-se, em definitivo, o foco da responsabilidade civil do agente causador do dano para a vítima, revelando que seu escopo fundamental não é a repressão de condutas negligentes, mas a reparação de danos (TEPEDINO, 2022, p. 2).

É preciso destacar aqui que a criminalização de delitos menos significantes manifesta uma tendência de busca pela moralização de comportamentos por parte do legislador, distanciando-se da proteção da vítima. Essa ânsia por moralizar comportamentos revela-se utópica, a medida que a pena não alcança nenhuma de suas funções largamente pensadas e planejadas.

Por isso que uma solução via composição pacífica entre as partes, pautada na autonomia da vontade, parece ter maior capacidade de recompor o tecido social rasgado pela transgressão, ou, ao menos, garantir a concretização de um papel do Direito de dar resposta efetiva ao resultado da conduta desviante, senão ao infrator, à vítima, papel esse que pode ser desempenhado pelo Direito Civil, através da Responsabilidade Civil, pois este "instituto se volta, como já destacado, para a proteção da vítima, razão pela qual nenhuma relevância assume a conduta do ofensor [...]" (TEPEDINO, 2022, p. 3). Em suma, enquanto o Direito Penal se dirige à punição do mal com o mal, o instituto da responsabilidade civil "se dirige a reparar integralmente o dano sofrido pela vítima" (TEPEDINO, 2022, p. 3).

Essa função reparatória da responsabilidade civil nem sempre foi a regra, havia um forte grau de interseção entre este instituto e o direito penal, algo que foi sendo modificado ao longo do tempo, de forma que

> Pouco a pouco, separa-se a responsabilidade civil da criminal. A ideia de responsabilidade deixa, gradativamente, de se vincular à punição do agente ofensor, e passa a se relacionar com o princípio elementar de que o dano injusto, assim entendida a lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, deve ser reparado, consagrando a função precípua que se passou a atribuir ao instituto: a reparação patrimonial do dano sofrido (TEPEDINO, 2022, p. 2).

Enquanto que a aplicação de sanção meramente penal não importará em nenhum proveito para a vítima, na responsabilidade civil isto já não acontece, pois que "Na ocorrência

de dano injusto, material ou moral, a ordem jurídica procura imputar a alguém a obrigação de reparar" (TEPEDINO, 2022, p. 4). Essa mudança de viés, deixando de lado o papel sancionador e assumindo o papel reparador é o que tem se apontado ao longo deste trabalho como: focar mais na vítima e no dano do que no infrator e na conduta, é o que aduz Tepedino (2022, p.8)

> A rigor, a revolução por que passa, ainda hoje, a responsabilidade civil decorre, em grande medida, da alteração da própria função dos instituto, que deixa de ser, definitivamente, a moralização ou a punição de condutas, e passa a ser a proteção da vítima, de acordo com a máxima segundo a qual, verifica-se o dano injusto, a vítima não deve ficar ressarcida. Volta-se a responsabilidade civil para as consequências do dano, não já para suas causas.

Não restam dúvidas de que o instituto da Responsabilidade Civil é voltado para garantir a restauração daquilo que foi danificado, bem como garantir ressarcimento à vítima pelo transtorno causado, o que importa saber sobre os tipos de danos

> No ordenamento jurídico brasileiro, duas são as categorias de dano: o dano patrimonial e o moral. O primeiro distingue-se em danos emergentes, assim entendido o que efetivamente se perdeu - seja em razão da diminuição do ativo ou do aumento do passivo -, e lucros cessantes, definido como aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar. O dano moral, por sua vez, é a lesão a qualquer aspecto da dignidade da pessoa humana (TEPEDINO, 2022, p. 9).

Nessa perspectiva, várias são as infrações penais de menor potencial ofensivo que geram danos de cunho moral ou patrimonial às vítimas e, portanto, pode a reparação do dano e ou a indenização pelo dano substituírem com maior eficiência a aplicação tanto das penas privativas de liberdade quanto das penas alternativas. Evitando assim que se produza danos à personalidade do agente infrator, dificultando ainda mais a realização de qualquer meta de reintegração social, e garantindo o ressarcimento da vítima.

CONCLUSÃO

Por tudo o que foi apresentado e discutido, vê-se que o conceito de infração de menor potencial ofensivo e o objetivo do JECRIM convergem para a conclusão de que o direito penal quer evitar punir alguém por essa modalidade de infração. Em muitos casos a persecução penal sequer irá acontecer se a vítima assim não desejar, isto é, se não oferecer queixa ou representação. Há também a possibilidade de composição civil dos danos e de transação penal, que pode ser oferecida pelo Ministério Público, além da existência de audiência de conciliação que busca fulminar o processo, bem como as possibilidade de acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo, e, por fim, caso haja condenação, tem-se a aplicação de penas distintas da prisão, que não possuem força de coerção, nem de prevenção e nem de retribuição, ou seja, a tipificação penal dessas condutas não se sustenta pelos próprios objetivos do Direito Penal.

Encarar as infrações de menor potencial ofensivo como ilicitudes civis possibilita findar a estigmatização do infrator, pois todo o dano causado pode ser resolvido diretamente com a vítima sem intervenção da *ultima ratio*. Trata-se de impedir os efeitos nocivos ao infrator decorrentes da persecução penal, considerando que esta é desarrazoada, em função da baixa gravidade dos delitos que busca reprimir.

Considerando que o processo criminal e pena por si sós impedem a ressocialização, em que pese a sociedade possa crer que a punição seja capaz de reabilitar o infrator para o convívio social, mas a "mancha" que fica na vida do infrator, sejam as folhas de antecedentes criminais ou as notícias do crime nas mídias, não permite ou dificulta a reintegração social do autor do fato, seja para conseguir um emprego ou simplesmente andar pela rua sem ser importunado e lembrado de que algum dia transgrediu a legislação penal.

Como visto, a seleção das matérias tuteláveis a título de infração penal de menor potencial ofensivo parecem ferir os princípios da fragmentariedade, da insignificância, da proporcionalidade, da lesividade, bem como não parecem as penas, nestes casos, necessárias e úteis, se o Direito Penal prevê uma série de institutos capazes de barrar a punição, e, por fim, se a substituição das penas pela responsabilidade civil é medida viável e eficaz, logo é possível que nos casos em que o sujeito passivo seja uma pessoa física ou jurídica, a restauração do dano causado e a indenização da vítima sejam suficientes como resposta do Estado à violação dos bens jurídicos menos relevantes ou a afetação de baixa gravidade de bens jurídicos.

Assim, adotado o ponto de vista de que o delito é um evento causador de prejuízos e consequências negativas de cunho moral e material, afastando o protagonismo quase que exclusivo do Estado e da transgressão de uma norma, o legislador brasileiro já recorreu à Justiça Restaurativa e a outros mecanismos de despenalização quando da criação dos Juizados Especiais Criminais, o que demonstra já haver entendimento jurídico e político a respeito da inadequação do Direito Penal para proteção de bens jurídicos na forma como abordada nesta pesquisa.

Desse modo, a partir da possibilidade de reclassificação de certas ilicitudes penais em ilicitudes civis é viável encarar a Responsabilidade Civil como uma forma de resposta estatal que valoriza a reparação em detrimento da punição, reputando-se pertinente a mudança de paradigma no tratamento de infrações de menor potencial ofensivo, promovendo uma abordagem reparatória e indenizatória em vez da punitiva, isto é, com ênfase na vítima e na reparação do dano, em vez do infrator e da punição da conduta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **INFRAÇÃO DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO: quando a ingenuidade dá lugar à desconfiança**. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 54, p. 33-41, jul./set. 2011. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/44462/infracao_menor_potencial_azevedo_CJF.pdf. Acesso em: 15/05/2024

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º a 120) / Cezar Roberto Bitencourt**. 29. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. 1.096 p.

BOSCO, Carlos Alberto. A ilicitude como pressuposto da responsabilidade civil: suas modalidades e causas de exclusão: especial diferencial entre a autocolocação em risco e o consentimento do lesado. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 55, p. 123-160, jul./dez. 2019. Disponível em: https://trt15.jus.br/institucional/biblioteca/colecoesdotribunal-revistaeletronica. Acesso em: 05/10/2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 16/05/2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em: 06/08/2024.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. **Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm. Acesso em: 25/05/2023

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 20/05/2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 23/09/2024.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1° ao 120) / Rogério Sanches Cunha**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. 720 p.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha**. 14. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2021. 1184 p.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal / Rogério Greco**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. 920 p.

JOFFILY, Tiago. **O resultado como fundamento do injusto penal / Tiago Joffily**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 340 p.

LIRA, Ricardo Pereira. Ato Ilícito. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 49, p. 84-93, 1996. Disponível em: https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTk4MA%2C%2C. Acesso em: 05/10/2024.

MACEDO, Frederico Alberto Barbosa, ALMEIDA, Bruno Rotta. **JUSTIÇA RESTAURATIVA: PERSPECTIVAS CRÍTICAS E POTENCIALIDADES NO CONTEXTO BRASILEIRO**. Revista Humanidades e Inovação, Palmas, TO, v. 9, n. 17, p. 96-120, Ago. 2022. Disponível em: https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/8007. Acesso em: 27/09/2024.

MELO, Eduardo Rezende. **Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva**. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs). Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 53-72. Disponível em: https://www5.pucsp.br/ecopolitica/downloads/biblioteca_direito/JustCA_restaurativa_PNUD

_2005.pdf. Acesso em: 20/05/2024.

NETTO, José Laurindo de Souza. Sistema de Aplicação de Medidas Socialmente Úteis como Substitutivo Penal para as Infrações de Menor Potencial Ofensivo. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 2, n. 3, p. 2445-2462, 2013. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/documents/14797/35266760/Artigo+Sistema+de+Aplica%C3%A7%C3%A3o+de+Medidas.pdf/3d6faadb-cd12-1cb0-8e4b-ba159b2c8f19. Acesso em: 14/09/2024.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. Tradução Paula Vaz de Almeida; revisão técnica Alysson Leandro Mascaro, Pedro Davoglio. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017. 222 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral / Juarez Cirino dos Santos**. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. 736 p.

SOUZA, Robério Celestino. Discussão a respeito do termo *menor potencial ofensivo* nos delitos inerentes aos Juizados Especiais Criminais. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Rio de Janeiro v. 21, n. 10, p. 41-48, out. 2009. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/26500/discussao_respeito_termo_menor.pdf. Acesso em 12/07/2024.

SOUZA NETTO, José Laurindo; MONTESCHIO, Horácio; IOCOHAMA, Celso Hiroshi. Central de Medidas Socialmente Úteis: Alternativas Penais com enfoque restaurativo conforme a agenda 2030. **Administração de Empresas em Revista**, v.3, n.17, 2019. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/view/4037/371372353.28mar.2020. Acesso em: 17/09/2024.

TEPEDINO, Gustavo. **Teoria Geral do Direito Civil / Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 434 p.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. 388 p.

VIEIRA, Fernanda Maria da Costa. Seduzidos pela Dama de Copas: aos inimigos. prisão? Afinal, poderá o direito penal ser emancipatório? **Revista Direito E Práxis**, Rio de Janeiro, vol. 06, n. 10, 2015. p. 455-507. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/15413/11718. Acesso em: 22/09/2024.