

REPARAÇÃO DO DANO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

REPARATION OF THE CRIMINAL DAMAGE IN BRAZILIAN LAW

Wallton Pereira de Souza Paiva¹

RESUMO:

O presente trabalho se inicia com um breve histórico sobre o instituto da reparação do dano até o nascimento da Vitimologia, momento em que a vítima passou a ocupar o centro da atenção científica. Em decorrência da evolução das concepções vitimológicas, a reparação do dano exerceu forte influência em diversos aspectos da análise do fato delitivo. Assim, o estudo examinará a reparação em um panorama de justiça restaurativa, com especial atenção para os modelos de mediação e conciliação com o intuito de reparação do dano. Em seguida, será observado o modelo reparatório com base em fundos estatais de reparação do dano, momento em que será dada especial atenção ao Projeto de Lei do Senado N° 269 de 2003, que visa instituir o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV). Após essa análise geral, examina-se o modelo de reparação do dano adotado no Brasil, com especial destaque para a ação civil *ex delicto*, nos moldes do Código de Processo Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Reparação do dano; Concepções vitimológicas; Direito penal material; Justiça Restaurativa

ABSTRACT

The present work begins with a brief history of the institute compensation for damage until the birth of Victimology, moment when the victim came to occupy the center of scientific attention. Due to the evolving conceptions vitimological, compensation for the damage exerted a strong influence on many aspects of the analysis the delitive fact. Thus, the study will examine in an overview of restorative justice, with special attention to the models of mediation and conciliation in order to repair the damage. Then the reparative model will be seen from State funds to repair the harmat which time special attention will be given to Bill of Law of the Senate No. 269 of 2003 which aims to introduce the National Fund for Assistance to Victims of Violent Crimes (FUNAV). After this general analysis, it examines the model of repair of damage adopted in Brazil, with particular emphasis on the civil action *ex delicto*, in the mold of the Criminal Procedure Code.

KEYWORDS: Repair the damage; vitimological Conceptions; Substantive criminal law; Restorative Justice

¹ Advogado, Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, professor de Direito Penal da Universidade Federal Rural do Semiárido.

1 INTRODUÇÃO

A proteção da vítima e o seu posicionamento no sistema penal tem sido um tema de política criminal bastante discutido em todo o mundo. A Vitimologia trouxe consigo influências para os ordenamentos jurídicos como um todo, uma vez que põe a vítima como centro de atenção científica, principalmente na solução do dano social ocasionado pelo fato crime. A reparação do dano é um tema antigo, vislumbrado desde o Código de Hamurabi (século XII a.C.), das leis judaicas e da Lei das XII tábuas, de modo que antecedeu às penas aflictivas, bem como à pena privativa de liberdade. Como lecionam Antonio Scarance Fernandes e Oswaldo Henrique Duek Marques (1994), a reparação chegou a substituir a vingança privada, e posteriormente evoluiu para a chamada *Vehrgeld*, que consistia no pagamento à vítima ou seus parentes pelo culpado de um delito. Esta começou a decair com o advento da Igreja Católica e a aproximação do crime com o pecado, de forma que a pena passaria a satisfazer a divindade e não mais a vítima.

Nos últimos anos, há uma tendência para que o Direito penal volte sua atenção para os interesses das vítimas, no sentido de oferecer ao delinquente a possibilidade de evitar uma pena privativa de liberdade. O chamado redescobrimento da vítima acarretou um novo tema, que nos dizeres de Hans Joachim Hirsch (2008, in Eser... [et al] 2008), se converteu no tema da moda dos estudos de política criminal, outrora voltada à ressocialização do autor, agora convergia para a necessidade de melhorias dos interesses de proteção à vítima de delito: a reparação do dano ocasionado à vítima.

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

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

Daí surge um questionamento, feito por Roxin (2009) o qual será investigado ao longo desse estudo. É compatível com as funções do Direito penal que um procedimento estatal renuncie total ou parcialmente a pena merecida quando o autor repara os danos causados e procura conseguir uma reconciliação com a vítima?

Esse questionamento feito anteriormente é apenas um dos que se deve tentar responder ao longo deste trabalho, pois a reparação do dano como pena será estudada junto com a terceira via exposta por Roxin (2008), ou seja, a reparação como pena independente tal qual a pena privativa de liberdade e as medidas de segurança. Não obstante, será observada a reparação do dano dentro de um panorama conciliatório, e a mediação como forma de obtenção da reparação pelo dano causado pelo fato típico penal, e finalmente, será observada a criação de fundos públicos com esse intuito.

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

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS MODELOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO PARA REPARAR O DANO

Um dos pontos centrais das novas correntes jurídico-penais consiste em encontrar soluções alternativas ao conflito originário da ocorrência de um fato típico

delitivo. A análise dos dois primeiros modelos – reparação do dano como pena e reparação do dano como terceira via – tendem a aliar a reparação do dano à dogmática penal material. No entanto, neste tópico, o estudo voltar-se-á para um panorama de justiça restaurativa, em que atuam os modelos de reparação do dano mediante a mediação ou mediante a conciliação, o que permite a inclusão de ambos em uma sistemática alternativa de solução de conflitos.

Para que se possa enxergar de maneira mais límpida a importância e a amplitude do tema, achou-se por bem subdividi-lo em três subtópicos. O primeiro argumenta sobre a Justiça Restaurativa de uma maneira geral, como um sistema que se fundamenta em valores e propositos de uma nova forma de agir ante o fato crime; o segundo subtópico fala na mediação como primeira experiência alternativa em que se tenta chegar a um acordo satisfatório entre o ofensor e a vítima; o terceiro e último trata da conciliação como uma satisfação moral da vítima. De pronto, é possível afirmar, como leciona Barros (2008), que a distinção entre o modelo da mediação e o modelo da conciliação não se encontra nos fins alcançados por ambos, mas sim no papel do mediador e no do conciliador ao longo da atuação de ambos no diálogo entre as partes.

2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM SISTEMA FUNDAMENTADO NA ÉTICA DA ALTERIDADE

Com inspiração abolicionista e forte influência dos movimentos vitimológicos, o modelo de Justiça Restaurativa surgiu nos Estados Unidos em meados da década de 1990, e em pouco tempo se expandiu para a Europa. Como instrui Afonso Armando Konzen (2007), enquanto fenômeno social, a Justiça Restaurativa foi concebida como uma tentativa de olhar o fenômeno delitivo e produzir justiça através de outros meios que não a justiça retribucionista (justiça penal tradicional). E, aliás, é nesse ponto que se encontra a diferença fundamental entre Justiça Restaurativa e Justiça Retribucionista, pois o primeiro, como leciona Raffaella de Porciuncula Pallamolla (2008 in BITENCOURT, 2008):

pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, enquanto o segundo apenas busca decidir os conflitos, estendendo a margem de atos unilaterais de

poder, solucionando meros conflitos e deteriorando a coexistência social.
(PALLAMOLLA, 2008, in BITENCOURT, 2008, p. 641)

Dialogando sobre Justiça Restaurativa Sanz Hermida (2009) lembra que a natureza da reparação em seu sentido mais amplo não é pacífica, haja vista a influência de vários princípios, com o intuito de recuperar e reforçar o papel da vítima no processo penal, além de cumprir uma função pacificadora do Direito penal material e contribuir para a ressocialização do delinquente. Além disso, a utilização de mecanismos mais rápidos, eficazes e de pouco custo como a mediação, a reparação e a conciliação, conseguem fazer frente à problemática social da criminalidade. Em muitos casos, esses mecanismos substituem um trabalhoso processo, pois possuem características de uma espécie de justiça negociada, produzindo um dinamismo procedimental entre a vítima e o delinquente com o intuito de chegar a um consenso e solucionar o conflito, relegando ao Estado um papel subsidiário, em prol do protagonismo das partes. Isso demonstra que não foi aleatória a conclusão de Paul McCold e Ted Wachtel (2006) que estabeleceram uma noção para Justiça Restaurativa dizendo que ela: “É um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.” (McCold e Wachtel, 2006. Disponível em http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html. Acesso em 11 de fevereiro de 2012.)

A Justiça Restaurativa, como diz Sanz Hermida (2009), enfatiza a necessidade de que a vítima, o delinquente e a comunidade se observem como participantes da solução do conflito delitivo. Por isso, ganha relevo a ideia de McCold e Wachtel(2006), afirmando que a justiça restaurativa pode ser compreendida a partir de três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas: a janela da disciplina social; o papel das partes interessadas; e a tipologia das práticas restaurativas.

A primeira das estruturas conceituais da Justiça Restaurativa é a chamada janela da disciplina social. Nela, os autores explicam que todos os indivíduos que possuem um cargo de autoridade na sociedade tomam decisões no sentido de manter a disciplina social, sejam pais criando filhos, sejam professores orientando os alunos, ou ainda empregadores supervisionando seus funcionários. A Justiça Restaurativa, como bem lembra Konzen (2007), busca solucionar os problemas de forma colaborativa por meio da oportunidade ofertada aos prejudicados por uma infração de se reunirem e

descreverem como foram afetados pelo fato delitivo, de modo que desenvolvem um plano que visão não só à reparação dos danos, como também evitar que isso aconteça de novo. Encorajando o envolvimento ativo consciente e ativo do transgressor e a vítima a participarem diretamente do processo de reparação e prestação de contas, a Justiça Restaurativa cria o engajamento cooperativo que lhe é essencial.

A segunda estrutura conceitual consiste no papel das partes interessadas, relacionando o dano ocasionado pela transgressão às necessidades específicas de cada parte, de modo que as respostas restaurativas sejam essenciais ao atendimento dessas necessidades. Dessa forma, McCold e Wachtel (2006) diferenciam os interesses das partes interessadas principais – via de regra, constituída pelas vítimas e pelos transgressores, pois são os mais diretamente afetados – dos indivíduos atingidos indiretamente – caracterizada pelos vizinhos, pessoas pertencentes a organizações religiosas, à sociedade como um todo, ou seja, pessoas cujas necessidades são coletivas e não individuais. É importante frisar, que uma relação emocional significativa com a vítima ou com o transgressor, acarreta uma afetação direta, de modo que os esposos, os filhos, os pais também são considerados como partes interessadas principais que precisam da oportunidade de expressar seus sentimentos. Necessitam ter uma voz ativa no processo de reparação do dano, de modo que possam readquirir o sentimento de poder pessoal, fazendo-as superar o trauma. Já às partes interessadas secundárias cabe apoiar e facilitar os processos em que os interessados principais determinam o que deve ser feito.

A tipologia das práticas consiste no terceiro elemento conceitual estrutural da Justiça Restaurativa elencado por McCold e Wachtel (2006), no sentido de que esta teria características mais ou menos restaurativas na medida do grau de envolvimento de cada uma das três partes: a reparação da vítima; a responsabilidade do transgressor; e a reconciliação da comunidade de assistência. Dessa forma, como orienta Konzen (2007), somente seriam restaurativos os processo em que houvesse a participação dos três grupos. Nas palavras dos próprios autores de “Em Busca de um Paradigma: uma teoria de Justiça Restaurativa” (2006):

Quando as práticas da justiça penal envolvem apenas um dos grupos de partes interessadas principais, como no caso de compensação financeira do governo às vítimas, o processo só pode ser chamado de ‘parcialmente restaurativo’. Quando a vítima e o transgressor participam de um processo

de mediação sem a participação de suas comunidades, esse será ‘na maior parte restaurativo’. Apenas quando os três grupos participam ativamente, como em conferências ou círculos, pode ser tido que o processo é ‘totalmente restaurativo’. (McCold e Wachtel, 2006, p. 3)

Estabelecidos os elementos conceituais necessários para que se possa sustentar uma definição sobre Justiça Restaurativa, não pode ser esquecido que cabe a deliberação entre as partes interessadas determinar o que vem a ser restaurativo para o caso específico. Em termos práticos, observando a argumentação de Konzen (2007), não se pretende devolver aos interessados o *status quo ante* a ocorrência do fato delitivo, nem ao menos apagá-lo da memória como se não houvesse acontecido. A ideia consiste em questionar qual o dano, se há possibilidade e o que deve ser feito para repará-lo, bem como de quem é a responsabilidade pela reparação. Outro efeito que merece ser lembrado consiste no fato, lembrado por Elena Larrauri (2008, in Eser... [et al] 2008), de o diálogo restaurativo causar nas vítimas a sensação de que são tratadas de formas mais justa que no proceder acusatório de tradição retributiva, bem como para o ofensor que passa a ter consciência dos danos produzidos, além de perceber a justiça do tratamento.

No âmbito da União Européia, a Justiça Restaurativa mereceu destaque na Decisão marco do Conselho da União Européia de 2001 (2001/220/JAI), referente ao estatuto da vítima no processo penal, que no artigo 10, dispõe que os Estados membros procuraram impulsionar a mediação nas causas penais nas infrações que prestem a esse tipo de medida, de modo que indicam-na como um complemento do processo penal, e não como substituto dele. Entretanto, além da mediação, outras figuras representativas da Justiça Restaurativa vêm sendo reconhecidas nos distintos ordenamentos jurídicos².

2.2 MODELO DE MEDIAÇÃO DO CONFLITO PENAL

O modelo da reparação por meio de um processo de mediação tem origem em algumas experiências alternativas que, segundo Larrauri (2008, in Eser... [et al] 2008), vêm sendo desenvolvidas nos Estados Unidos (*Institute for Mediation and Conflict Resolution*, 1970), Canadá, Austrália, Inglaterra (*Forum dor Iniatives of Reparation and*

² Entretanto, a pesquisa focará seus esforços apenas nos modelos de mediação e de conciliação, em virtude destes serem mais objetivos quando o assunto é a reparação do dano ocasionado pelo fato delitivo.

Mediation, 1984), e que se estenderam a outros países Europeus. Aliás, no que tange à expansão da mediação para a União Europeia, há dois documentos que tratam do assunto. O primeiro é a Recomendação nºR(99)19 do Conselho da Europa (do ano de 1999) que versa sobre a mediação em matéria penal e estabelece recomendações para o seu desenvolvimento pelos estados-membros. Dentre elas, Pallamolla (2008 in, BITENCOURT, 2008) destaca a exigência de ser a mediação livremente consentida por ambas as partes, a confidencialidade dos encontros e a possibilidade de fazer uso da mediação em qualquer estágio do Processo Penal. Já o segundo documento é a já falada Decisão Marco do Conselho da União Europeia de 2001 sobre o estatuto da vítima no processo penal, em que a mediação atua como um complemento do processo penal.

A mediação entre a vítima e o delincente, na lição de Pallamolla (2008 in, BITENCOURT, 2008), consiste basicamente em um encontro entre a vítima e o ofensor, orientado por um mediador, cujo objetivo é chegar a um acordo reparador. A base desses programas de mediação de conflitos consiste, como salienta Barros (2008), em questionar sobre a expropriação do conflito penal, algo também abordado por abolicionistas, que despersonaliza o conflito e impede sua solução por parte dos protagonistas do fato. Inclusive, o trabalho dos centros de Reparação e Mediação, acima mencionados, consiste em mediar um acordo satisfatório para o autor e para a vítima. E para alcançar seus objetivos adotam uma série de premissas próprias de um modelo de cunho restaurativo.

A primeira premissa consiste, de acordo com a lição de Larrauri (2008, in Eser... [et al] 2008), em afirmar a ineficácia e a ilegitimidade do castigo. É ineficaz, pois não consegue alcançar seu objetivo que é a redução dos delitos, em outros termos, a pena não consegue exercer eficazmente a prevenção geral de delitos. De acordo com o desenvolvimento dessa premissa o delito é um produto de várias causas – que variam desde as condições sociais do autor, até a autocolocação da vítima em risco quando esta excede seu limite de liberdade – de forma que a pena não pode ser o remédio único para solucionar toda a problemática existente no nascimento do fato criminoso. Daí se torna um remédio ineficaz. Já a ilegitimidade do castigo fica demonstrada pela necessidade de se infligir um mal como meio para solucionar os problemas sociais, sendo que o delito já é um problema social por si.

A segunda premissa consiste na ênfase dada ao processo de resolução de todo conflito. Há um interesse na confrontação entre o infrator e a sua vítima para que se possam desfazer os estereótipos mútuos. Como argumenta Pallamolla (2008 in, BITENCOURT, 2008), desse confronto objetiva-se o restabelecimento do diálogo entre as partes e a dissuasão. Dessa forma, a mediação atua de uma maneira diferente do procedimento penal tradicional, pois seu enfoque encontra-se nas informações que possam gerar uma aproximação entre as partes em conflito, para que possam chegar a um acordo. Dialogando sobre o assunto Larrauri (2008, in Eser... [et al] 2008) explica: “[...] existe interés en recrear un sentimiento de vecindad, para que la gente se involucre en la resolución de los conflictos que la afectan, en lugar de dejarlos en manos de profesionales que se ‘apropian’ del conflicto.”³ (LARRAURI, 2008, in Eser... [et al] 2008, p. 305)

A mediação, como explana Barros (2008), tem sido aceita tanto em crimes menos graves como em delitos mais violentos. Entretanto a consequência de ambas são bastante distintas, pois nos crimes de menor gravidade, a efetivação de um acordo entre as partes possibilita a solução definitiva do conflito, inibindo, via de consequência, a instauração do processo criminal. Enquanto que nos delitos mais violentos a mediação não tem a finalidade de evitar o processo, mas auxilia na recuperação da vítima e na do acusado, exercendo uma atividade preventiva especial sobre este último.

2.3 MODELO DA CONCILIAÇÃO PENAL

O que irá distinguir o modelo da conciliação penal do modelo da mediação vai ser, como já fora mencionado, a distinção entre os papéis do mediador e do conciliador. A conciliação, segundo Sanz Hermida (2009), pode ser entendida como um instrumento que serve para evitar ou por fim a um processo penal, e assim é reconhecido em diversos ordenamentos jurídicos. Dentre os diversos aspectos da conciliação no âmbito do Direito penal, Barros (2008) enumera dentre os mais importantes: a função pacificadora; decorrente do fato de ser uma possível solução alternativa de conflitos; a concessão de um papel participativo da vítima na solução da controvérsia penal; a busca

³ Há interesse em recriar um sentimento de vizinhança, de modo que as pessoas envolvidas na resolução dos conflitos que a afetam, ao invés de entregá-los a profissionais que se ‘apropriam’ do conflito. (Tradução do autor)

pela reparação do dano decorrente; a colocação do autor e da vítima frente a frente para que dialoguem e encontrem uma solução para o problema; o fato de possuir um forte caráter educativo-preventivo; a conciliação impede o início do processo, bem como a imposição de pena privativa de liberdade; e, é uma forma de participação popular na administração da justiça.

A composição do conflito por via da autonomia privada é, até certo ponto, possível e também desejável desde uma ótica político-social. Como via de regra, ocorre com delitos processáveis mediante queixa da parte ofendida. O procedimento conciliatório busca não só a conciliação entre as partes, como também a reparação do dano eventualmente provocado. Entretanto, Sanz Hermida (2009) lembra que dentre as críticas recebidas pelo modelo em análise, estão os casos cuja viabilidade fica ao arbítrio dos desejos conciliatórios da vítima. Para enfrentar essa problemática, a autora ressalta:

Como solución a los supuestos marginales en los cuales la víctima podría impedir injustificadamente su desarrollo se viene proponiendo la introducción de alguna previsión en la normativa que no haga depender en exclusiva de la voluntad de la víctima los efectos que derivarían de la conciliación, tomando en consideración el reconocimiento de hechos por parte del delincuente junto con la voluntad acreditada de proceder a la reparación del daño.⁴ (SANZ HERMIDA, 2009, p. 138)

Ou seja, a conciliação tornar-se-ia uma via obrigatória para as partes, de modo a retirar dos tribunais um grande volume de processos que poderiam ser resolvidos por via alternativa, cuja solução se mostra mais eficaz que a pena prevista pelo delito cometido. Nesta linha, caberá ao conciliador, seguindo a argumentação de Barros (2008), intervir no diálogo das partes auxiliando a formação do acordo, e, por meio de uma atuação ativa, irá convencer as partes da vantagem de uma solução consensual. Tendo, em linhas gerais essa missão, o indivíduo conciliador foi introduzido em diversas legislações, como a legislação portuguesa, a italiana, a alemã e a brasileira. Esses ordenamentos passaram a enfrentar a necessidade de solucionar os problemas do processo penal, principalmente no que tange a sua celeridade e efetividade, fora os

⁴ Como solução para os casos marginais, nos quais a vítima poderia injustificadamente impedir o desenvolvimento, está sendo proposta a introdução de alguma previsão na normativa que não dependa apenas da vontade da vítima os efeitos que resultam da conciliação, levando em consideração o reconhecimento de feitos pelo infractor, juntamente com a disposição comprovada para prosseguir com a reparação de danos. (Tradução do autor)

questionamentos sobre o princípio da indisponibilidade. No entanto, a adesão do modelo ao panorama da oportunidade, juntamente com sua capacidade de suspender ou encerrar antecipadamente o processo penal, fez com que superasse essas barreiras.

Dessa forma, a conciliação passou a ser tida como condição para aplicação de medidas alternativas a prisão. Na Espanha, por exemplo, o artigo 88.1 do Código Penal afirma que a conciliação pode suspender a pena privativa de liberdade, bem como a execução da pena em determinados casos. No Brasil, o modelo conciliatório passou a ser adotado com o advento da já falada Lei 9099/1995, que pôs o autor e a vítima como protagonistas na composição civil do dano, ou quando o autor transaciona com o Ministério Público, momento em que se contempla um modelo de justiça consensual. De modo que, seja pela conciliação ou pela transação, evita-se o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, além de satisfazer a vítima pela busca da reparação do dano.

Ao arguir sobre o assunto, Roxin (2008 in Eser... [et al] 2008) demonstra preocupação, pois todas as soluções em um panorama de justiça restaurativa – com destaque para os modelos de mediação e de conciliação – evitam o Direito penal, de modo que têm por finalidade a despenalização parcial de certas condutas – o que já era de se esperar, haja vistas as raízes de fundo abolicionista – com a qual a reparação não se integra ao Direito penal. Nesta senda, relega-se o poder estatal a um segundo plano, o que faz desse panorama algo muito perigoso. Se o Estado retira-se do âmbito das lesões mais importantes aos bens jurídicos, não será mais o Direito quem operará à proteção deles, se não a parte mais poderosa o que é um retrocesso.

Outra preocupação é a trazida por Pallamolla (2008 in, BITENCOURT, 2008), no sentido da Justiça Restaurativa exercer um controle social formal, de modo que ela seria uma forma do Estado expandir a sua tutela sobre a sociedade civil, penalizando novas condutas, embora a tendência seja substituir o controle das delegacias de polícia pela atividade dos juízes atuando como mediadores do sistema penal.

Seja como for, a lei 9099/1995 introduziu no Brasil o sistema de justiça restaurativa. Embora tenha um campo de atuação limitado – os delitos de menor potencial ofensivo – a lei buscou uma solução que melhor satisfizesse os interesses das partes envolvidas na ocorrência do delito, e, ainda, satisfaz a comunidade tanto por

inibir a aplicação de uma pena privativa de liberdade, quanto por retirar dos tribunais processos que se acumulariam nas varas e muito provavelmente acabariam prescritos.

3 REPARAÇÃO POR MEIO DE FUNDOS ESTATAIS

Nos últimos anos, vários países têm estabelecido fundos de compensação estatal com o intuito de aliviar as necessidades econômicas das vítimas de delitos violentos. Ao discorrerem sobre o assunto, Fernandes e Marques (1994) explicam que as ideias desenvolvidas por Margery Fry sobre uma compensação do Estado dos danos resultantes do crime. Apresentam-se em seus diversos escritos, tais como: “Arms of the Law” (1951), “Justice for Victims” (1957) e “Compensations for Victims of Criminal Violence” (1959), defendem que a previsão em sistemas legais de mecanismos que assegurassem a efetiva reparação à vítima da infração penal, seja através da indenização estatal, seja através de fundos.

Em decorrência disso, vários debates a respeito do tema foram sendo realizados, cujos posicionamentos foram essenciais para o delineamento do tema, demonstrando, como explica Larrauri (2008 in Eser... [et al] 2008), de onde surge o direito do cidadão requerer a participação do Estado na reparação do dano ocasionado pelo crime. Em uma primeira análise é simples dizer que desde o momento em que o Estado assume o monopólio da defesa do cidadão, torna-se o responsável para cobrir os gastos que a sua falta de defesa tenha ocasionado. Ao discorrerem sobre a fundamentação desse pensamento Fernandes e Marques (1994) esclarecem que a compensação por parte do Estado deriva da centralização de funções do Estado moderno.

Com isso, proibiu-se a vingança privada e, o Estado passou a ter, dentre suas principais funções, a defesa e a segurança dos cidadãos. Dessa forma seria, dever do Estado compensar e indenizar aqueles que sofreram em decorrência da falha na prestação desse serviço, enquanto seria um direito do cidadão a preservação dos bens jurídicos que é portador. Fala-se ainda, na existência de um interesse público na reparação integral da vítima de delitos, uma vez que ela representa força útil de trabalho e de produção. Une-se a isso, a ineficácia de uma previsão de reparação proveniente unicamente do autor, uma vez que este, muitas vezes, é desconhecido, ou não é acusado, ou insolvente, de modo que a vítima fica abandonada à própria sorte.

Uma segunda reflexão um tanto quanto paradoxal sobre o tema é trazida por Larrauri (2008, in Eser... [et al] 2008), que observou nos movimentos das vítimas uma defesa da ideia de que o conflito penal pertence à vítima, de modo que os cidadãos recuperem a iniciativa penal em definitivo, privatizando os conflitos e afastando a administração insatisfatória do Estado. Entretanto, esses movimentos se unem com uma maior exigência ao Estado, de que ele responda frente aos problemas da vítima.

Críticas à parte, os sistemas estatais de proteção às vítimas e os fundos públicos de reparação do dano são uma realidade em diversos países. O primeiro surgiu na Nova Zelândia em 1963, posteriormente países como Itália, França, Estados Unidos, Irlanda do Norte, Canadá, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda, Cuba, entre outros. Isso sob a justificativa de que os referidos fundos complementam, ou até mesmo suplementam, os valores recebidos pelas vítimas a título de reparação do dano, haja vista a insolvência dos agentes do crime.

Algumas ações afirmativas desse modelo podem ser destacadas em nível mundial, por exemplo: o Conselho de Europa aprovou a Convenção Europeia relativa à Indenização de Vítimas de Crimes Violentos em 1983, entrando em vigor no ano de 1988. Dentre o disposto sobre indenização, o tratado restringe-se às vítimas de crimes violentos que sofreram lesões ao seu corpo ou saúde, bem como aos sucessores da mesma. Já o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, que fora promulgado pelo Brasil pelo decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002, prevê em seu artigo 79, a instituição de um fundo em favor das vítimas de crimes cuja competência é do referido tribunal, englobando, inclusive, as famílias das vítimas.

Em nível de Brasil, é importante destacar a necessidade de uma lei que regulamente a reparação dos danos às vítimas de delitos, permitindo a obtenção da reparação por meios mais eficazes que os existentes. Com o intuito de modificar essa situação, está tramitando no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado Nº 269 de 2003 de autoria do Senador José Sarney, cujo intuito é o de definir os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamentar o artigo 245 da Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV), com especial destaque para os artigos 4º e 5º do referido projeto, que determinam:

Art. 4º A União dará assistência financeira às vítimas ou herdeiros e dependentes carentes quando verificada a prática, no território nacional, dos crimes dolosos:

I – de homicídio (art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal);

II – de lesão corporal de natureza grave de que resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade in curável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função (art. 129, § 1º, III e § 2º, I, II e III, do Código Penal);

III – contra a liberdade sexual cometido mediante violência ou grave ameaça (arts. 213 e 214 do Código Penal);

IV – de homicídio ou lesão corporal de natureza grave provocados por projétil de arma de fogo, quando ignorado o autor e as circunstâncias do disparo, ainda que inexista dolo.

Parágrafo único. A assistência de que trata o caput consistirá no pagamento de quantia única à vítima ou a seus herdeiros e dependentes carentes, dispensando-se, para esse fim, a com provação da autoria do crime ou o pronunciamento final das instâncias de persecução criminal.

Art. 5º A quantia repassada a título de assistência às vítimas de crimes violentos é impenhorável e destinar-se-á ao custeio dos gastos funerários, tratamento e de pesas médicas, alimentação ou outras despesas essenciais à manutenção da saúde e do bem-estar.

Enquanto esse Projeto de Lei não for aprovado, é importante frisar o alerta feito por Fernandes e Marques (1994), no sentido de inexistir no Brasil condições de se exigir do Estado que se responsabilize pela integral indenização de todas as vítimas de crimes. E como salienta Barros (2008), essa sistemática não cria uma responsabilização estatal decorrente de um ato omissivo do Estado, pois se funda em um conceito de solidariedade social, o que faz com que os fundos estatais possam se aliar a outros fundos indenizatórios baseados na co-responsabilização da comunidade.

4 MODELO DE REPARAÇÃO DO DANO ADOTADO NO BRASIL

Observou-se na análise da reparação do dano como pena e na reparação como terceira via de punibilidade que existe uma tendência em incluir o instituto em exame como parte do Direito penal material, muito embora este ainda detenha fortes raízes de natureza civil.

Ao se analisar as formas alternativas de solucionar o conflito (os modelos da mediação e da conciliação), viu-se que, graças a suas raízes abolicionistas, o Estado é relegado a um segundo plano, criando-se um panorama favorável para a descriminalização de algumas condutas – o que é positivo – mas a custo de um sacrifício protetivo de vários bens jurídicos, e, ainda, alguns os riscos expostos anteriormente como o de um controle social travestido de consenso. Não se pode olvidar do modelo da reparação por meio de fundos estatais, que se fundamenta na solidariedade social, que entende ser direito estabelecido no âmbito civil solucionado pelo processo penal.

Como já fora falado em linhas anteriores, não há a necessidade de que nenhum ordenamento adote um modelo de reparação com exclusividade. Por isso pode-se notar na legislação brasileira, a título exemplificativo, a presença do modelo conciliatório (Lei 9099/1995), com a ação civil *ex delicto*, e o Projeto de Lei do Senado Nº 269 de 2003 que pretende regulamentar o FUNAV, previsto no artigo 245 da Constituição Federal, embora se trate de uma norma de eficácia limitada⁵. Nesta senda, é imperioso concluir que cada ordenamento jurídico possui um modelo distinto dotado de especificidade, e no Brasil, não poderia ser diferente. O que dá relevo à explanação de Barros (2008), a qual aduz:

As críticas ao modelo de reparação do dano adotado no Brasil somente poder ser percebidas a partir da análise de outros modelos, sejam eles compreendidos como a combinação do processo penal como processo civil, o que soluciona no processo penal tanto a questão penal quanto a civil, os quais já vêm sendo aplicados em diversos ordenamentos há longo período, sejam modelos novos, de aplicação esparsa e pontual, como aqueles de mediação, de conciliação e o denominado ‘terceira via’, ou, ainda, como aqueles que instituem fundos estatais. (BARROS, 2008, p. 121)

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 garante ao ofendido a participação no processo penal como querelante ou assistente não prevendo uma atuação como parte civil. Dessa forma, nos moldes da própria codificação, para que a vítima possa requerer a reparação do dano, é necessário que esta promova a execução civil da sentença penal condenatória, nos moldes do artigo 63. No entanto, a separação

⁵ Normas de eficácia limitada são, segundo a lição de José Afonso da Silva (2005), aquelas dependentes de outras normas para que possam surtir efeitos.

entre ação civil e ação penal com o objetivo de pleitear a reparação do dano, hoje tão facilmente compreendida no ideário dos operadores do Direito, veio em nível de Brasil, como lecionam Fernandes e Marques (1994), com a Lei 261 de 3 de dezembro de 1841. Essa Lei revogou o artigo 31 do Código Criminal e o § 5º do artigo 269 do Código de Processo, estabelecendo a independência das ações civis e criminais, além da influência da coisa julgada no processo criminal sobre a ação cível. No entanto, o artigo que mereca relevância especial da supracitada Lei seja o artigo 68 que claramente determinava: “[...] que a indenização somente poderá ser pleiteada por meio de ação civil e não se podendo, porém, questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões já se achassem decididas no crime.” (FERNANDES e MARQUES, 1994, p. 27)

Os sistemas de reparação do dano podem ser organizados, segundo Távora e Alencar (2010), em quatro grupos: O primeiro é o sistema da confusão, dessa forma as pretensões civis e penais são desenvolvidas em uma única ação no juízo criminal, de modo que o pedido engloba a condenação e a reparação do dano; o segundo sistema é o da solidariedade, também chamado de união, nele as duas ações, civil e penal, desenvolvem-se em um único processo, dessa forma há duas pretensões e dois pedidos transitando no mesmo feito; o terceiro sistema é o da livre escolha, segundo a qual a parte opta entre a esfera cível ou penal para desenvolver o pleito reparatório; e o quarto sistema é o da separação ou independência, que determina que cada ação deve tramitar na competente justiça com o devido procedimento.

As legislações posteriores à Lei 261 de 3 de dezembro de 1841 mantiveram a independência entre as ações civis e penais, haja vista serem processos de natureza diversa. Entretanto, como bem observa Oliveira (2011), a sistemática brasileira é de uma independência relativa, haja vista a existência de uma subordinação temática de uma instância a outra. Muito embora a reparação seja de natureza civil, a organização processual brasileira, com o intuito de dar uma unicidade ao ordenamento jurídico, vincula parte da decisão do processo civil à do processo penal. Aliás, toda sistemática relativa à reparação do dano se encontra esparsa em disposições do Código Civil, do Código Penal, do Código de Processo Civil e de Processo Penal, o que torna possível afirmar que mesmo sendo de natureza civil, a reparação possui aspectos penais.

Dentre os aspectos penais da reparação do dano, pode-se observar a frustração da reparação do dano sem motivo justificado como causa obrigatória da revogação do *sursis* (artigo 81, inciso II, do Código Penal), ou ainda, como impeditiva da concessão

do livramento condicional (artigo 83, inciso IV, do Código Penal), bem como o do requerimento de reabilitação (artigo 94, inciso III, do Código Penal). Entretanto não se o assunto não se esgota nesses pontos, pois, como lecionam Fernandes e Marques (1994), a reparação pode funcionar como causa de extinção da punibilidade, seja anterior à sentença, seja afastando a propositura da ação penal.

A reparação como causa extintiva da punibilidade é tratada no artigo 107, inciso VI, do Código Penal, além do artigo 312, § 3º, do mesmo diploma legal. O inciso VI do artigo 107 trabalha com a retratação quando esta é admitida, ou seja, nos crimes de calúnia (artigo 138 do Código Penal) e difamação (artigo 139 do Código Penal), conforme o proclamado pelo artigo 143 do Código Penal, bem como os delitos de falso testemunho ou falsa perícia (artigo 342 do Código Penal). Já no artigo 312, § 3º, do diploma supramencionado, ocorre no delito de peculato culposo, quando a reparação do dano for posterior a sentença irrecorrível tem-se a redução da pena imposta pela metade. Também é importante frisar que nos termos do artigo 65, inciso III, alínea “b” do Código Penal, a reparação do dano, quando realizada voluntariamente pelo agente, antes do julgamento, atua como uma atenuante genérica da pena.

Aliás, a reparação voluntária também é citada no artigo 16 do mesmo diploma legal, pois quando o autor do fato delitivo, cometido sem violência ou grave ameaça, a realiza antes do recebimento da denúncia ou queixa, ele tem sua pena reduzida de um a dois terços. Não se pode olvidar que o artigo 91, inciso I, do referido diploma legal, torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, como um dos efeitos da condenação. Bem como o artigo 186 do Código Civil, assegurando que aquele que comete um dano está praticando um ato ilícito, e o artigo 927 do mesmo diploma prescreve a obrigação de reparação dos danos por parte do autor.

4.1 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

a) Aspectos Gerais

O Código de Processo Penal fornece os mecanismos em prol da reparação do dano em favor das vítimas de delitos, principalmente após a reforma que a Lei 11.719/2008 imprimiu no sentido de aflorar as pretensões indenizatórias das vítimas de delitos. Ora, muitas vezes a conduta criminosa pode repercutir no patrimônio da vítima, atingindo o campo da responsabilidade civil. Ciente disso, o ordenamento processual

penal brasileiro cria a chamada ação civil *ex delicto*, que consiste basicamente em um procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime.

Como a sentença penal condenatória, por força do artigo 91, inciso I, do Código Penal, torna certa a obrigação de reparar o dano, e o artigo 475-N, inciso II, do Código de Processo Civil, reconhecendo-a como título executivo judicial, podendo ser executada carecendo de prévia liquidação. Caso a vítima não deseje aguardar o término do processo penal, ela pode ingressar com uma ação civil de conhecimento para pleitear a reparação dos danos que lhe foram causados.

A Lei 11.719/2008 alterou o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal no sentido de que o juiz deve, com base nos prejuízos sofridos pelo ofendido, fixar um valor mínimo a título de reparação pelos danos causados. Esse valor, como determina o artigo 63, parágrafo único do Código de Processo Penal, pode ser executado desde logo no Juízo Cível, como parcela mínima reparatória, sem prejuízo de prosseguir a apuração do montante efetivamente devido. Como observa Oliveira (2011), a via judicial escolhida pela vítima para obter a reparação pelos danos sofridos pode ser a executória, ou a do processo de conhecimento, devendo ser encaminhado ambos os pedidos para o Juízo Cível, como prevê o artigo 63 do CPP.

Essas duas opções caracterizam uma ação civil fundada no delito (*ex delicto*) submetida a regras de subordinação temática, ou seja, a decisão tomada na justiça criminal surtirá efeitos na cível, sendo regulamentada pelos artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal. Dialogando sobre o assunto, Távora e Alencar (2010) reconhecem, nessa temática legislativa, uma tentativa de adoção do sistema da confusão, em seus termos: “O que se percebe, neste mister, é uma tentativa de adoção do sistema da confusão, onde a prestação condenatória e indenizatória estariam veiculadas na mesma demanda”. (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 209)

Um ponto que vem sendo bastante discutido sobre a inserção da imposição de um valor mínimo na condenação consiste em, segundo a lição de Oliveira (2011), saber se há necessidade ou não de um pedido expresso na denúncia ou queixa para a obtenção do título quanto à parcela mínima. Discorrendo sobre o assunto Távora e Alencar (2010) acreditam que o magistrado não pode reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento nesse sentido, pois não poderia julgar extra *petita*, de sorte que só poderia estabelecer o valor da indenização se este requerimento lhe for apresentado. Ainda sobre o tema, Oliveira (2011) ressalta que antes da alteração trazida pela Lei 11.719/2008 já existia a obrigação de indenizar pela prolação da sentença penal

condenatória, mas caberia ao juízo cível liquidá-la, argumenta que a nova legislação deve ser compreendida em termos estritos, pois trata-se apenas de uma especificação de um valor mínimo, devidamente demonstrado no desenvolvimento da ação penal.

A demonstração probatória do valor da indenização no desenvolvimento de uma ação penal é um assunto que gera um pouco de dificuldades, não só para o magistrado, como também para as partes. Como argumentam Távora e Alencar (2010), não se sabe se há necessidade de colheita de provas com o intuito de vincular a pretensão indenizatória, ou ainda, se a instrução deve abarcar a pretensão cível. Embora os autores defendam uma interpretação voltada a celeridade, haja vista a Constituição Federal assegure a razoável duração do processo (Artigo 5º, inciso LXXVIII). No entendimento dos autores:

Se a questão civil for tão ou mais complexa que a criminal, de sorte a tumultuar a evolução do procedimento, deve o magistrado criminal remeter as partes à esfera cível, para que lá, em condições propícias, possam debater de forma exauriente a questão indenizatória. Nada impede que o ofendido aguarde a eventual sentença condenatória, e posteriormente promova a competente liquidação, e posterior execução. Caso contrário, haverá verdadeira anarquia processual, atravancando todo o procedimento. (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 209)

Nessa linha, ganha relevo o entendimento de Oliveira (2011), o qual é partilhado por esta pesquisa, no sentido de que o valor a ser fixado na sentença penal condenatória deveria ser discutido ao longo do processo, bem como a quantia relativa aos prejuízos materiais efetivamente comprovados, de modo que haja liquidez quanto a sua natureza. Outra característica da ação civil *ex delicto* digno de comentário é a sua possibilidade de suspensão em virtude da prejudicialidade.

Como o ordenamento jurídico procura dar uniformidade nas decisões judiciais para casos idênticos, ou quando o mesmo caso é submetido a competências distintas – no caso um juízo criminal e um cível – prevê o artigo 64 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, que o juiz poderá suspender o curso da ação civil até o julgamento em definitivo da ação penal. Mesmo que a ação penal ainda não tenha se iniciado, a ação civil poderá ser suspensa, estabelecendo-se um prazo de trinta dias, contados da intimação do sobrestamento, para que a ação penal seja deflagrada, caso contrário, o feito prossegue nos termos do artigo 110, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Discorrendo sobre a suspensão do curso da ação civil, Oliveira (2011) explica que:

A *ratio essendi* do apontado dispositivo legal pode ser facilmente identificada. Tratando-se de julgamento de um mesmo fato e da mesma causa de pedir, a busca de uma única solução para ambas as instâncias deve passar necessariamente pelo modelo processual para o qual sejam previstas as menores restrições à prova e em que o grau de certeza a ser obtido na reconstrução dos fatos seja elaborado a partir de provas materialmente comprovadas. Por isso, o caminho a ser escolhido deve ser o do processo penal.

A suspensão da demanda cível é uma faculdade da autoridade judicial, que emitirá um juízo discricionário sobre a conveniência da suspensão naquela instância. É possível que a instrução do feito civil permita ao magistrado avaliar as repercussões da conduta, sem a necessidade de aguardar o deslinde do processo penal. Se no transcorrer da ação civil reparatoria sobrevier uma sentença penal, nada obsta que ela seja avaliada, como permite o artigo 462 do Código de Processo Civil. Cabe observar que, uma vez suspensa, essa não poderá exceder ao prazo de máximo de um ano, em virtude da aplicação do artigo 265, §5º, do Código de Processo Civil.

Uma das formas da ação civil *ex delicto* consiste na execução civil da sentença penal condenatória que, como já fora mencionado, consiste em um título executivo judicial, que pode ou não definir o quanto é devido. Caso o magistrado tenha estabelecido o valor indenizatório mínimo, a quantia líquida já pode ser executada, mas se há o entendimento que esse montante é insuficiente, pode a vítima liquidar a sentença penal condenatória e, em seguida, executá-la buscando o ressarcimento integral. Um ponto de vista interessante sobre o assunto é o de Távora e Alencar (2010), em especial quando se encontra diante de um caso em que o réu tenha prestado fiança, pois defendem que, nesse caso, o juiz fixando a quantia da indenização, tem-se a possibilidade de a execução ser realizada na própria esfera penal, desde que o ofendido requeira ao juízo criminal o levantamento do valor da fiança para a satisfação do seu direito.

Se a sentença for concessiva do perdão judicial, ela é considerada meramente declaratória, de sorte que, conforme a súmula 18 do STJ, ela não pode ser executada. Entretanto, o entendimento de Júlio Fabbrini Mirabete (2003) mostra-se atraente, pois o perdão judicial só é concedido nos casos em que não há necessidade de aplicação de pena, mas o dano subsiste e, ainda, é reconhecido judicialmente, o que permitirá a execução também da sentença declaratória do perdão judicial. No entanto, se a sentença declarar a extinção da pretensão punitiva, não há o que se falar sobre título executivo,

mas se for declaratória da extinção da pretensão executória, permanecem os efeitos secundários de cunho indenizatório.

A subordinação temática fica bastante evidenciada quando se trata de uma sentença absolutória, que, muitas vezes, inviabiliza a ação civil reparatória – nos casos do artigo 386, incisos I, IV e VI, do CPP – ou permite o manejo da ação rescisória para anular o procedimento reparatório. Na hipótese de revisão criminal julgada procedente, o título judicial da sentença penal condenatória transitada em julgado desaparece, impedindo a execução no âmbito civil, e abrindo a possibilidade para ação de regresso caso a indenização já tenha sido paga. Um último ponto sobre essa breve análise dos aspectos gerais da ação civil *ex delicto* que merece destaque é o do prazo prescricional. De acordo com o artigo 200 do Código Civil, não haverá prescrição antes da sentença definitiva, quando a ação civil se originar de fato que deva ser apurado pelo juízo criminal. Com o advento da sentença penal condenatória, o artigo 206, §3º, inciso V, do Código Civil, determina que prescreve em três anos o prazo para a ação civil começar a correr.

b) Objeto da Ação Civil *Ex Delicto*

Após esse breve comentário sobre os aspectos gerais da ação civil *ex delicto*, busca-se o entendimento sobre qual seria o objeto dessa ação em análise, uma vez que a doutrina procura estabelecer uma distinção entre a restituição, o ressarcimento, a indenização e a reparação como diferentes modalidades de recomposição civil do dano causado pela infração penal. Como leciona Barros (2008), a lei faz uso da expressão reparação do dano em um sentido amplo, designando dessa forma qualquer tipo prestação devida à pessoa a quem o fato delitivo tenha ocasionado dano.

A mais simples dessas espécies de composição é a restituição, essa modalidade é prevista no próprio Código de Processo Penal (artigo 118 e seguintes), compreendida como a hipótese em que se repara o status anterior à realização do delito, geralmente utilizado quando se trata de um bem subtraído ou apropriado indevidamente. É uma hipótese de composição econômica, que embora seja cabível no juízo cível, pode ser proposto na justiça criminal, por meio do incidente de restituição de coisas apreendidas, na hipótese do bem já ter sido apreendido e for indubitável a quem pertence a sua propriedade. A segunda modalidade digna de análise é o ressarcimento que, segundo Oliveira (2011), possui o intuito de satisfazer aquilo que o ofendido deixou de receber com a fruição do bem, além do dano ocasionado pelo delito.

Quando o dano ocasionado pelo fato típico delitivo atingir a moral da pessoa ofendida, ou seja, valores inerentes à dignidade, personalidade, individualidade do indivíduo, a modalidade compositiva do dano utilizada é a reparação. É o que ocorre nas chamadas ações por danos morais, que pode (e deve) ser protegido pelo próprio indivíduo, ou, em caso de morte dele, por seus herdeiros. Se o dano a ser compensado relaciona-se ao patrimônio, e decorre da responsabilidade por ato ilícito cometido pelo Estado, Barros (2008) instrui que o instrumento utilizado é a indenização.

Como Oliveira (2011) argumenta, esse rigor conceitual é importante para a elaboração científica, mas a legislação pátria não obedece a essas distinções tratando por indenização qualquer pedido de natureza reparatória. O próprio Código Civil no primeiro capítulo do Título IX, sobre responsabilidade civil, escreve “da obrigação de indenizar”, referindo-se a qualquer de suas modalidades, fato que demonstra uma não apreciação prática da distinção acima falada.

c) Legitimidade Para a Ação Civil *Ex Delicto*

A legitimidade para a propositura tanto da execução da sentença penal condenatória transitada em julgado, quanto o ajuizamento da ação de conhecimento no juízo civil, é regulamentada pelo artigo 63 do Código de Processo Penal. Segundo o versado no referido dispositivo, a titularidade é da vítima, e, se esta for incapaz, passa para o seu representante legal, e na hipótese de ausência ou morte, passa-se para os herdeiros da vítima. Como ressaltam Távora e Alencar (2010), o rol é mais extenso no caso de sucessão, pois não se limita ao cônjuge, ascendente, descendente e irmãos, haja vista a contemplação legal de todos os herdeiros, não se limitando ao rol do artigo 31 do CPP.

Um dos pontos que mais tem gerado discussão, no que diz respeito à legitimidade ativa para a propositura da ação civil *ex delicto*, consiste na disposição do artigo 68 do Código de Processo Penal. Segundo a norma processual em questão, quando o titular do direito à reparação do dano for pouco favorecido financeiramente, a execução da sentença penal condenatória, ou a promoção da ação civil será realizada, a requerimento da vítima, pelo Ministério Público. A Constituição Federal de 1988, instituiu em seu artigo 134, as Defensorias Públicas como órgãos essenciais a administração da justiça, incumbidos da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus dos necessitados. Como a disposição do texto constitucional entre em aparente choque com a norma processual, acredita-se que a disposição do artigo 68 do CPP não

foi recepcionada, uma vez que o principal motivador para a atuação do Ministério Público deixara de existir.

Não fosse suficiente a argumentação acima trazida, o artigo 127 da Carta Magna encarrega ao Ministério Público a missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis. O que limitou o âmbito de atuação do *parquet*. Nas palavras de Oliveira (2011):

Embora não se possa deixar de incluir a pobreza entre os interesses sociais, sobretudo diante da sua gigantesca abrangência no país, o fato é que a intervenção do Ministério Público, sobretudo no campo da iniciativa processual – mas também como *custos legis* –, somente se legitima a partir de uma contextualização coletiva ou difusa dos interesses individuais, não sendo permitida no âmbito da tutela exclusivamente particular, como ocorre na hipótese do art. 68 do CPP. (OLIVEIRA, 2011, p. 201)

Na medida em que as Defensorias Públicas vão se estruturando nos estados da federação, a tese de revogação do referido artigo 68 do CPP ganha força. Mas não impediu que deixasse de enfrentar críticas como a de Fernandes e Marques (1994), cujo entendimento ratifica uma propositura de interpretação extensiva nas normas que visem à proteção da parcela carente da população. Seguindo essa argumentação, o disposto do artigo 68 do CPP deveria ser mantido, de modo que o Ministério Público trabalharia em conjunto com a Defensoria Pública, patrocinando os interesses das vítimas de crimes destituídas de condições financeiras.

No entanto, o movimento favorável à revogação do mencionado dispositivo ganhou força, culminando na solução do Supremo Tribunal Federal, em especial do Ministro Sepúlveda Pertence, que sustentou a tese de uma inconstitucionalidade progressiva do dispositivo. Em outros termos, o disposto no referido artigo torna-se inconstitucional com a positivação normativa do artigo 134 da Constituição Federal de 1988. Entretanto, sob um ponto de vista jurídico há, em termos práticos, uma revogação progressiva e não uma inconstitucionalidade. Dizer que uma norma se adapta ou não ao texto constitucional consiste em uma análise sistêmica do ordenamento jurídico, e não em uma avaliação de natureza política.

Quanto à legitimidade passiva, fica ela a cargo do autor do fato delitivo, sem prejuízo do processamento do responsável civil. Entretanto, como este último não participou da persecução penal, ele só poderá ser atingido por meio de um processo de conhecimento com o intuito de obter a reparação do dano. Nesse processo, lhe será assegurada a ampla defesa, invocando toda argumentação que lhe é conveniente, pois

não poderia se prejudicar por uma decisão emanada pelo juízo penal, do qual não fora parte. Importa frisar que no âmbito do Juizado Especial Criminal, o responsável civil é notificado a comparecer à audiência preliminar, momento em que pode realizar acordo, cuja sentença homologatória constituirá um título executivo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que o Brasil não adota um modelo único de reparação do dano. Uma breve leitura sobre a Lei 9099/1995 permite a observância do modelo conciliatório de reparação do dano, bem como uma vista sobre o Código de Processo Penal em que se afirma a ação civil *ex delicto* e futuramente, com a regulamentação do FUNAV, o Estado atuará diretamente na reparação, por meio desse fundo público.

Independentemente do posicionamento da ação civil *ex delicto* no ordenamento jurídico, nota-se na prática penal brasileira uma tendência a estender a reparação do dano o efeito de causa extintiva da punibilidade, ocasionando um afastamento da pena privativa de liberdade, principalmente nos delitos que perdem substância com a reparação espontânea do agente.

Outrossim, a composição entre os particulares vem sendo adotada com o intuito de solucionar a maioria dos conflitos em que predomina o interesse privado, que não chegam a conhecimento do âmbito judiciário, priorizando-se, portanto, a reparação do dano social ocasionado pelo fato típico delitivo.

O mais importante é a diversidade na busca de satisfazer os interesses reparatórios da vítima, reafirmando a eficácia do ordenamento jurídico pátrio, e restaurando, na medida do possível, o dano que o fato crime ocasionara à sociedade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

_____. **Direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ESER, Albin...[et al.]. **Dos delitos y de las víctimas**. 1ª Ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito penal**: teoria do injusto penal e culpabilidade. Coor. Luiz Moreira. Trad. Gercélia Batista de Oliveira e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça restaurativa e ato infracional**: desvelando sentidos no itinerário da alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Tomo I. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell editores, 2003.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek ; FERNANDES, Antonio Scarance . **O Estado na Reparação do Dano à Vítima de Crime**. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 678, p. 01, 1994.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A perspectiva da vitimologia**. In Diniz. Maria Helena. **Atualidade Jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Fundamentos da pena**, 2ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

McCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma**: uma teoria da justiça restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, em agosto de 2003, no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html. Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco e GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal – Parte General**. 7ª Ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. **Introdução à criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 14ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. **Sentido e Limites da Pena Estatal**, tradução Ana Paula Natscheradetz, **in problemas fundamentais de Direito Penal**, 3ª Ed. Lisboa: Veiga, 1988.

_____. **Derecho Penal – parte general**. Tomo I. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2006.

_____. **Estudos de Direito Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal**. 1ª. Ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

SANZ HERMIDA, Ágata Maria. **La situación jurídica de la víctima en el proceso penal**, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

_____ . **Víctimas de delitos:** derechos, protección e asistencia, 1ª Ed. Madrid: Iustel, 2009.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**, 4ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.