

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO POR CRIME

Janaína Cristina Oliveira Lopes da Silva

Presidente Prudente/SP

2006

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO POR CRIME

Janaina Cristina Oliveira Lopes da Silva

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Antenor Ferreira Pavarina.

Presidente Prudente/SP

2006

REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO POR CRIME

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Antenor Ferreira Pavarina

Daniela Campos Sales

Juliana Brito Mendes de Barros

Presidente Prudente/SP, 27 de novembro de 2006.

*aos meus pais, Emília e Vanderlei,
a meu irmão, Júnior*

*“O que faz a justiça é o ser justo.
Tão simples e tão banal. Tão puro”.*

Rui Barbosa

AGRADECIMENTOS

Talvez esse seja o pior momento desse trabalho. Sem saber por onde começar, com tamanha gratidão, agradeço ao meu Deus maior, que me deu forças todos os dias que em pensamento me senti incapaz de finalizar essa pesquisa. Agradeço de coração ao meu Deus, por colocar as pessoas certas em meu caminho, assim como quando me direcionou a iniciar o curso de Direito e adquirir conhecimentos com os operadores dessa incrível Ciência, que me encantou, me fazendo escolhê-la para ser minha profissão.

Aos meus “gloriosos” mestres, dedico essa singela pesquisa, que apenas serviu para que eu aprendesse o que nesses cinco anos, “todos” eles, em coro único, sempre recomendavam, que foi pesquisar; agradeço em especial àquele que me fez ver com outros olhos a disciplina que sempre me fez sofrer nesse período de curso, que é o bendito “Direito Penal”.

A meu mestre e orientador, pessoa de grande sabedoria e entendimento jurídico, entre outras qualidades, a quem ponho como norte e um exemplo a ser seguido.

Sem mais, agradeço a toda minha família, minha “ursa”, meu irmão, meu padrasto e meu pai, que não sentiu de perto quão trabalhoso foi concluir essa pesquisa, no entanto, sei que lutou e luta com seu trabalho para que eu pudesse realizá-lo.

Aos meus amigos, em especial, “Marininha”, amiga e companheira, que me deu forças para iniciar a presente pesquisa, e para continuá-la, quando desanimava, além de todas as amigas de faculdade, Stella, Fernanda Marin, Camila Laine, Gabriela Morgado, Mariana Prado, Rafaela Mente, Kémella, Fernanda Galiane, Aline Escareli, Marcela Panorama, Camila Reverte, Renata Constantino, Giselle, Paulinha, Mayara, Carol Lima e aos meninos Marinho, Caio, Vandi e PT, o “quarteto fantástico”, únicos homens sobreviventes entre as mulheres dessa sala, que moram e continuarão a morar no meu coração e estarão presentes em minhas atitudes para sempre.

Enfim, agradeço ao meu namorado, Gustavo, meu cúmplice nesse trabalho, que me ajudou muito, me dando todo o apoio que precisei.

RESUMO

No presente trabalho, o autor destaca o instituto da reparação do dano causado por crime na Sistemática Jurídico-Penal Brasileira atual e pregressa. Traz a baila todo o procedimento utilizado em torno da reparação do dano advindo de conduta deletiva, desde antes de iniciada a *persecutio criminis* até a sentença final. Mediante coleta de dados em obras de vários doutrinadores de Direito Penal, Direito Processual Penal, dentre outras obras mais específicas ao tema proposto, tais como, livros, artigos, revistas, buscando delimitar o papel do instituto nas legislações vigentes, resultando em importantes conclusões, das quais enfatiza o superficial tratamento dispensado ao instituto da reparação do dano decorrente de conduta criminosa, que não é reconhecido como elemento constitutivo da Justiça. A sistemática que é utilizada pelo Código Penal em relação ao instituto é inexpressiva, deixa muito a desejar no que condiz aos preceitos vislumbrados pela criminologia atual. Contudo, as legislações mais recentes se mostram conscientes da importância da reparação do dano causado por crime e norteiam seus procedimentos por intermédio do instituto. O avanço deve ser considerado como uma vitória da vítima e da Criminologia, esta que prima pelo não esquecimento daquela. Dessa maneira, se conclui que a vítima é tratada com menosprezo pelo Estado, detentor do *Jus Puniend*, da mesma forma que, a reparação do dano efetivada pelo próprio causador, o delinqüente, é desvalida, o que desestimula àquele a praticá-la.

Palavras-chave: reparação do dano – delito. Delinqüente – vítima. Código Penal – Código Processual Penal – Legislações Especiais. Momento processual – reparação do dano.

ABSTRACT

In the present work, the author detaches the institute of the repairing of the actual damage for crime in current and former Brazilian Legal-Criminal Systematics. The procedure used around the repairing all brings to the damage happened of illegal behavior, since before initiate the *persecutio criminis* until the final judgement. By means of collection of data in workmanships of some authors of Criminal law, Criminal Procedural law, amongst other workmanships more you specify to the considered subject, such as, books articles, reviewed, searching to delimit the paper of the institute in the effective laws, resulting in important conclusions, of which it emphasizes the superficial treatment excused to the institute of the repairing of the decurrent damage of criminal behavior, that is not recognized as constituent element of Justice. The systematics that is used by the Criminal Code in relation to the institute is without expression, very leaves to desire in what doesn't agree to the rules glimpsed for the current criminology. However, the laws most recent if show conscientious of the importance of the repairing of the actual damage for crime and guide its procedures for intermediary of the institute. The advance must be considered as a victory of the victim and the Criminology, this that cousin for not the forgetting of that one. In this way, if it concludes that the victim is dealt with disdain for the State, detainer of the *Jus Puniend*, in the same way that, the repairing of the damage accomplished for the proper causer, the delinquent, is not values, what it discourages to that one to practise it.

Word-key: repairing of the damage - delict. Delinquent - victim. Criminal code - Criminal Procedural Code - Laws Special. Procedural moment - repairing of the damage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRECEDENTES HISTÓRICOS	9
2 INTERDEPENDÊNCIA DOS RAMOS DO DIREITO E O ILÍCITO PENAL	13
3 REPARAÇÃO DO DANO E RESPONSABILIDADE CIVIL “EX DELICTO”	16
4 JUSTIFICATIVAS PARA O ESTUDO DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO POR CRIME	21
5 A REPARAÇÃO DO DANO NO DECORRER DOS PROCEDIMENTOS	25
5.1 Do arrependimento posterior.....	25
5.2. Do arrependimento do agente.....	31
5.3 Dos efeitos da sentença – Artigo 91, I do Código Penal	35
5.4 Pena restritiva de direitos	40
5.4.1 Prestação Pecuniária – Artigo 45, §§ 1º e 2º do Código Penal	40
5.5 Do Sursis Especial – Artigo 78, § 2º do Código Penal	42
5.6 Do Livramento Condicional – Artigo 83, IV do Código Penal	45
5.7 Das Causas de Extinção da Punibilidade.....	48
5.8 Dos procedimentos especiais.....	50
5.8.1 Da lei 9099/95	50
5.8.2 Dos Crimes de Trânsito.....	54
5.8.3 Dos Crimes Ambientais	56
5.9 Da reabilitação – Artigo 94, III do Código Penal.....	57
6 TERCEIRA VIA PUNITIVA	61
7 CONCLUSÃO	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

A pesquisa tratou da reparação do dano causado por crime como instituto que o – é em relação ao Código Penal, Código de Processo Penal e Legislações esparsas que o trazem. Como primeiro passo, se buscou nos primórdios da Ciência Jurídica o nascedouro da reparação do dano advindo de conduta reprimida pelo Direito Penal, sua evolução até os dias atuais e a pretensão da Criminologia atual no que diz respeito ao tema proposto. O trabalho conta com a reparação do dano no caminhar do procedimento adotado pela parte geral do Código Penal e com algumas das hipóteses contidas na parte especial da referida instância normativa, bem como com alguns tipos penais contidos em leis especiais. A proposição do estudo se insere na atual crise existente no Direito Penal, na qual os meios (instrumentos) à disposição dos operadores do Direito já não atendem a necessidade existente. A criminalidade, por sua vez, encontra alicerce na caducidade do Sistema Jurídico-Penal, e a cada dia se faz mais forte e atuante. O estudo que aqui é realizado busca meios de frear esse crescimento descabido, sem se esquecer da vítima direta do crime, aquela que sofreu o dano e que merece sua reparação. Mediante pesquisa asseverada em torno da reparação do dano, constatou-se que são poucos os estudiosos do Direito que se propuseram a escrever sobre o instituto. Contudo, várias são as revistas que trazem artigos sobre o tema, que apesar de existir a tempos, as obras são recentes, demonstrando-se a atualidade do estudo. Na doutrina, poucos são os autores que trazem um estudo mais aprofundado sobre a reparação do dano causado por crime. Salutar se faz informar que a pesquisa se apresenta primeiramente com um breve esboço da reparação do dano; num segundo momento, por se tratar de instituto que se relaciona outros ramos do Direito, delimitou-se o ilícito penal e os vários ramos com que mantém ligação; após, apresentou-se um paralelo entre a reparação do dano e a responsabilidade civil *ex delicto*, em decorrência, fora demonstradas as justificativas para o estudo do tema e em seguida a reparação e seu papel no caminhar dos procedimentos, e, para finalizar, demonstrou-se uma teoria contemporânea intitulada como “Terceira Via Punitiva”, que propõe algumas soluções inovadoras para a crise que sofre o Direito Penal Brasileiro.

1 PRECEDENTES HISTÓRICOS

Pela dificuldade de precisar o termo inicial da reparação do dano causado por crime é que não encontramos um momento histórico exato que identifique as origens do instituto.

Dessa forma, a presente pesquisa nos leva a crer que a primeira evidência de Reparação do Dano foi no Direito Germânico, em que, buscava-se a reparação mediante a compensação do ofensor na entrega de seus bens, como gado, armas ou dinheiro, ficando assim terminada qualquer perspectiva de lide, uma vez que, a situação estaria resolvida. Observa-se, que a compensação com os bens do ofensor era tida como forma de reparação e não como pena.

Todavia, traços de tentativas de compensação à vítima de delitos são até mesmo encontrados nos antigos códigos modelos, como o de Hammurabi (séc. XXIII a. C), em que era dada a responsabilidade ao Estado de compensar o dano suportado pela vítima, e nos casos de morte, fixar o valor a ser requerido ao ofensor. Tais dispositivos estão consagrados nos artigos 22 a 24 do Código de Hamurabi, que merece destaque:

reads: If a man practice brigandage and be captured, that man shall be put to death, If a man brigand be not captured, the man who has been robbed, shall, in the presence of god, make an intenzed statemente of his loss, and the city and the governor, in whose province and jurisdiction the robbery was committed, shall compensate him or whatever was lost. If it be a life [that was lost], the city and the governor shall pay one mina of silver to his heirs.¹ (BRUNO, 1978, p.83-84)

Com a evolução sociológica, houve um aprimoramento das Leis Germânicas. Consoante pontua Anibal Bruno (1978), as leis germânicas estabeleceram taxas, determináveis de acordo com as características dos criminosos e suas vítimas, levando em consideração a gravidade do delito. Insta destacar sua lição com suas próprias palavras:

¹ “lê: Se um homem praticar um crime e for capturado, esse homem será levado à morte, se o homem não for capturado, os homens que foram roubados, devem, na presença do deus, para indenizar o Estado de sua perda, e a cidade e o governador, em cujo província e jurisdição o crime foi cometido, compensá-lo-á do que quer que tenha perdido. Se for uma vida [que foi perdida], a cidade e o governador pagarão um mina da prata a seus herdeiros”.

Por fim, veio a compreender o *Wehrgeld*, que, embora pudesse ter tido o caráter de uma indenização de dano, devido à vítima ou ao seu grupo familiar, constituía sobretudo, um ato de submissão do agressor ao grupo agredido; a *Busse* que era a verdadeira pena, equivalente ao preço pelo qual o agente se libertava da vingança, pago também ao ofendido, e finalmente o *frieldgeld* (*fredus*), devido à comunidade, em particular ao rei, pela violação da paz (*konigsfriede*). (BRUNO, 1978, p. 34)

O *Jus Puniendi* que é entendido como o direito de punir do Estado, ainda não era levado às máximas, de forma que, quando assim se consolidou, a parcela de reparação direcionada ao Estado transformou-se na pena de multa. Enquanto aquela parte que era da vítima, transformou-se na Ação Civil *ex delicto*.

A consolidação da separação entre Delito e a Reparação Civil do dano causado por crime, se deu no Código Francês do 3º brumário, ano IV, consagrando-se na França, o Código de Instrução Criminal (1808) e o Código de Processo Penal (1958).

Em contrapartida, no período republicano, em Roma, havia duas espécies de delito, os chamados *delicta*, quais sejam, os delitos privados e, os *crimina*, considerados públicos. Os primeiros eram delitos considerados mais graves e para tanto, ofendiam o Estado. Como exemplo temos aquele que resultava na morte do pai da família. Nota-se que já havia uma predominância dos crimes contra a vida em detrimento daqueles contra o patrimônio do particular, quais sejam, os *delicta*, tidos como os crimes de roubo, furto, dano, entre outros crimes contra o patrimônio.

De acordo com Fernandes (1995) a evolução do Direito Penal trouxe como consequência a intervenção do Estado nesses delitos chamados *delicta*, posto que, mesmo sem que o particular demandasse contra o ofensor de forma a pleitear a reparação do dano sofrido, o Estado exigia a reparação simplesmente pela ofensa à paz social.

Com o decorrer do tempo, novo entendimento foi firmado, o qual sustenta que tais delitos, os *delicta*, deveriam ficar vinculados à vontade do ofendido, de forma a aumentar cada vez mais os delitos sujeitos à ação do ofendido, no que tange a reparação do dano sofrido.

A justificativa para tal assertiva se encontra nas lições de Rogério Felipeto (2001, p. 21-22):

[...] evolui novamente o Direito Penal, desta feita para vincular cada vez mais tais espécies de delitos á iniciativa do ofendido. É o que se pode sentir a partir do desenvolvimento da teoria da insignificância, da crescente tendência de incluir os delitos patrimoniais entre aqueles considerados de menor potencial ofensivo (Lei 9099/95) ou, mesmo, da inclinação de exigir para esses a composição civil para a extinção da punibilidade. Pleitea-se, assim, um resgate da posição de vítima, ao mesmo tempo em que se privilegia um Direito Penal de mínima intervenção.

Foi então na época do Império Romano que surgiu a separação entre Direito Privado e Direito Público, da qual sobreveio a autonomia das instâncias normativas. Por conseguinte, o “delito” se tornou delito penal propriamente dito e por sua vez, o “*delicta*”, transformou-se nos ilícitos civis, passíveis de indenização tão somente como seus preceitos determinavam. Porém na esfera cível, tornou-se instituto daquele ramo do direito, o Privado, que por óbvio pertence ao particular.

Todavia, a reparação do dano *ex delicto*, ou seja, dos delitos penais propriamente ditos, ocorria no mesmo juízo, mesmo que os institutos pertencessem à esferas diferentes, pois, pairava a possibilidade de decisões contraditórias uma vez que o mesmo fato seria analisado por juízes distintos.

De acordo com Brega Filho (2003) a fundamentação do procedimento, de a Ação *ex delicto* ser processada na mesma esfera jurídica, era a de que o fato gerador do dano e do delito é único e, portanto, deveria ser submetido ao julgamento de um mesmo juiz para evitar divergência de decisões.

No Brasil, entre os anos de 1603 e 1830, as Ordenações Filipinas, legislação que vigorava nesse período, traziam a idéia de reparação e multa, mas as disposições não visavam a reparação do dano causado por crime, mesmo quando os bens do ofensor sofriam confisco da coroa.

Com a proclamação da Independência (1822) e a outorga da Constituição de 1824 que trouxe a responsabilidade pessoal, inserida no rol dos Princípios como Garantia Constitucional do *status libertatis*, é que surge primeira idéia de reparação do dano oriundo de uma conduta tipificada como delituosa pelo Direito Penal.

Na avaliação de Luiz Vicente Cernicchiaro (2003) o Princípio da Responsabilidade Pessoal é uma das conquistas do Direito Penal Liberal, por ter constado da Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, sendo mantido na

Declaração dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 e profanado seus preceitos em muitas dos Ordenamentos Jurídicos hoje existentes.

Foi então, que o legislador infraconstitucional suscitou a necessidade de um Código Criminal do Império. Em 1830, foi editado o Código Criminal do Império, a partir de um projeto de Bernardino Gonzaga. Este já previu a Ação Civil no processo criminal. O ofendido poderia excepcionalmente, usar da via civil contra o delinqüente desde o momento do crime, apesar da obrigatoriedade da cumulação das ações. O Código autorizava a hipoteca dos bens do ofensor desde o momento do crime. O interesse do ofendido se sobrepunha até mesmo ao do Estado, pois a reparação do dano prevalecia em detrimento das multas devidas ao Estado. A proteção era exacerbada a ponto de autorizar a prisão do ofensor e seu trabalho na própria unidade prisional a fim de arrecadar a quantia devida à vítima.

Em 1890, com a edição do Código Penal, a matéria veio a ser novamente tratada. Foi então que se firmou a independência das Ações Civil e Penal. Todavia, na esfera civil não mais se poderia discutir a decisão que julgou a existência do fato delituoso e sua autoria. Esse sistema fora mantido desde os primórdios da legislação penal, hoje, a sentença penal forma título judicial exeqüível na esfera cível, consoante o artigo 91, I do Código Penal.

Outros dispositivos que demonstram a preocupação do legislador com a vítima foram tratados no Código Penal de 1940. Contudo, em sua análise é facilmente perceptível que a preocupação central é com a pena que será atribuída à conduta ilícita praticada pelo ofensor e não aos danos suportados pela vítima.

Em síntese, podemos afirmar que o Direito Penal é variável, uma vez que ao mesmo tempo que evolui, retorna aos primórdios, ao passo que, a evolução da sociedade e do Direito afastou a pena pecuniária dos delitos, todavia, a legislação contemporânea cada vez mais retoma as técnicas antes aplicadas. Exemplos claros desse fato são os dispositivos contidos nas leis contemporâneas, como a Legislação Ambiental, com seus dispositivos de reparação do dano como verdadeira pena.

2 INTERDEPENDÊNCIA DOS RAMOS DO DIREITO E O ILÍCITO PENAL

Segundo Demo (2005) a interdependência dos ramos do direito é uma questão doutrinária de grande polêmica, uma vez que o direito é uno, sua divisão em ramos não estanques ou sectários, tem finalidade didática; por fins práticos, sua codificação é separada por disciplinas.

Dessa forma, cada ramo do Direito será diferente do outro por apresentar peculiaridades, contudo, um ramo se relaciona com o outro. É a chamada interdependência das instâncias normativas. O Direito Penal por sua vez passeia entre os diversos ramos do Direito, tomando para si aquelas condutas merecedoras da tutela penal.

Para tanto, é necessário traçar parâmetros diferenciais entre os ilícitos praticados nos vários ramos do direito, face o ilícito penal.

Como é cediço, onde há sociedade, se faz necessária a presença do Direito. A sobrevivência do ser humano na sociedade necessita de regulamentação. Cabe ao Estado, considerando o momento histórico e social, determinar os bens jurídicos a serem tutelados e, por meio de normas objetivas traçar as condutas geradoras de ilícitos em quaisquer esferas normativas.

Ainda, segundo Demo (2005), os ilícitos geram sanções. Sopese ressaltar que um ilícito pode ser tutelado por mais de uma esfera normativa, de forma a ser ilícito administrativo, civil e penal simultaneamente, gerando conseqüências (sanções) nas três instâncias normativas, sem qualquer implicação em múltiplas sanções pelo mesmo fato, ou seja, *bis in idem*, uma vez que há autonomia das instâncias e suas naturezas jurídicas são diversas e por isso, não se compensam.

Insta, sobretudo delimitar a diferença entre os diversos tipos de ilícitos em comento, quais sejam, ilícito administrativo, civil e penal.

Não há diferença substancial ou ontológica entre o ilícito penal e o civil. Em sua essência, não há diferença entre eles. A diferença é de natureza legal e extrínseca: o ilícito penal é um injusto sancionado com a pena; o civil é o injusto que produz sanções civis. Somente atendendo à natureza da sanção é que podemos determinar se nos encontramos em face de um ou de outro. Cabe ao

legislador, tendo em vista a valoração jurídica dos interesses da comunidade, estabelecer se a sanção civil se apresenta eficaz para a proteção da ordem legal, ou se não, aparece a necessidade de determinação da penal.

A adoção de tal critério não significa que a distinção depende exclusivamente do alvedrio do legislador. A sanção penal não pode ser criada por mero capricho. O legislador considerando as circunstâncias no momento, analisando o dano objetivo, o alarma social, a forma de lesão, a reiteração, a reparabilidade ou irreparabilidade da lesão, a insuficiência da sanção civil, deve estabelecer se um fato determinado precisa ou não ser erigido à categoria de crime e de fato receber a tutela penal.

Em suma, seguindo a lição de Hungria (1955-1967), podemos dizer que o ilícito penal é a violação do ordenamento jurídico, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam sanções atenuadas da indenização, da execução forçada, da restituição *in specie*, da breve prisão coercitiva, ou anulação do ato.

O que dissemos em relação ao ilícito civil deve ser repetido quanto ao ilícito administrativo. Como fora dito, não existe diferença ontológica entre eles. A diferença é a de grau de quantidade. Reside na gravidade da violação ao ordenamento jurídico.

Aqui também é a espécie de sanção que nos permite estabelecer se cuida de um crime ou um ilícito administrativo. Assim, se o legislador fixou uma sanção administrativa, significa que a considerou suficiente, e entendeu desnecessário recorrer à pena. Por exemplo, se, pela desobediência de uma ordem oficial, a lei impõe penalidade administrativa, não se deve considerar o crime do artigo 330 do CP, salvo se, expressamente, referida lei ressaltar aplicação cumulativa da norma incriminadora.

Conforme a lição de Demo (2005, p. 72-73):

O ato ilícito é uma conduta contrária ao Direito, que traz para o seu agente uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Especifica-se o ilícito conforme a natureza do interesse lesado, que, por sua vez, é determinada pela natureza da respectiva sanção abstratamente prevista no ordenamento jurídico. O ilícito civil viola interesses de particulares ou do Estado, que estão legitimados a agir para que a sanção civil seja realizada, amigável ou

litigiosamente (hipótese que não prescinde da atuação do Poder Judiciário). O ilícito Administrativo legitima o Estado a impor sanções administrativas pelo poder de polícia (ao extraneus) ou pelo poder disciplinar (ao servidor público), independe de atuação do Poder Judiciário (auto-executoriedade). O ilícito político viola o dever de realizar o bem comum. O ilícito penal é o mais grave, por que viola regras de comportamento de transcendência social e até política, sendo a *ultima ratio*, por que exemplificadamente, o crime de desobediência não configura quando a lei cominar penalidade civil ou administrativa, sem ressaltar expressamente a aplicação da pena prevista no artigo 330 do CP.

Dessa forma, via de regra há independência entre as esferas penal, cível e administrativa. Suas finalidades são distintas, os âmbitos de atuação de cada esfera e suas legislações são particulares. Todavia, essa independência não é absoluta, uma vez que, como exposto alhures, o direito é uno, é um sistema normativo com disposições interligadas e harmônicas entre si, e seria um contra-senso que na prática o demonstrado fosse o contrário, negando a interdependência das instâncias.

Em tese, sanções administrativa e penal não podem coincidir sobre um mesmo fato, vez que a sua finalidade é a mesma, qual seja, a retributiva e na verdade o que se quer é retribuir ao ofendido aquilo que lhe é devido por conta da prática de um ilícito.

Todavia, existem constantes equívocos legislativos que permitem que ocorra o *bis in idem* disfarçado pela independência das instâncias.

3 REPARAÇÃO DO DANO E RESPONSABILIDADE CIVIL *EX DELICTO*

Trata-se de institutos da Ciência do Direito que cuidam de devolver valores perdidos àquele que sofre interferência na normal utilização de seu direito. Em síntese, ambos se preocupam em dar aquilo que é de direito àquele que suporta dada ofensa. Sobremaneira, fica evidenciado que existem diferenças entre os institutos na medida que assumem seu conteúdo, seus efeitos, em consonância com as esferas do direito a que pertencem.

Cabe ressaltar alguns dos sistemas que regem a responsabilidade da reparação do dano causado por crime num contexto global, quais sejam: sistema da solidariedade, no qual, existem duas ações diferentes – a civil e a penal -, mas num mesmo processo e perante o mesmo juízo, o criminal; sistema da livre escolha em que cabe ao interessado cumular duas ou mais ações no processo penal ou fazê-las em juízos distintos, respectivamente; o sistema da confusão que impõe a pena e o ressarcimento civil no mesmo processo, ou seja, há apenas uma sentença e, será no juízo criminal; e por fim, o sistema da separação ou independência, em que haverá duas ações diferentes, uma cível e outra penal, em processos distintos e juízos diferentes. Este é o sistema adotado pela legislação brasileira.

A reparação do dano causado por crime é decorrente da responsabilidade penal, ao passo que a Ação Civil *ex delicto* pressupõe responsabilidade civil daquele que ocasionou dano na esfera penal. Nesse patamar, é veemente a ligação existente entre os institutos, mas, na medida em que é dado seguimento aos procedimentos eles se afastam, se diferenciam. Ambos têm como fonte a realização de um ato ilícito, sendo que para a esfera penal, o ato ilícito é aquele que lesa ou causa perigo de lesão àqueles bens da vida pertencentes à sociedade, de forma a merecerem a tutela jurídica do Estado, face sua importância para a convivência humana. Já para a esfera cível, o ato ilícito é aquele que provoca dano a outrem, ligado ao patrimônio do indivíduo, causando o dever de indenizar.

De acordo com Prado (2002) as peculiaridades de cada ilícito se tornam cristalinas, quando o legislador infraconstitucional reconhece os atos ilícitos que

atingem os bens da vida juridicamente como relevantes para o organismo social, por serem indispensáveis para sua conservação e progresso, são altamente danosos e reprováveis. Portanto, lhes dá a tutela do Direito Penal, que opera no contexto mais amplo do ordenamento jurídico, por se tratar de ramo de Direito Público, passeando por todos os demais ramos do Direito avocando as condutas merecedoras de sua tutela, dada a importância para o sadio convívio social, sempre em consonância com os Princípios Constitucionais e os Princípios Penais de Garantia.

Nesse prisma, todo ato ilícito que for reprovado pelo Direito Penal, será tido como típico, portanto, quem nele incorrer estará sujeito às suas disposições. Enquanto que, ato ilícito perseguido pelo Direito Civil, que é ramo do Direito Privado, será toda e qualquer conduta causadora de um dano patrimonial ou moral, que de outra forma não será solucionado, senão, com o pagamento do prejuízo suportado pelo lesionado em forma de pecúnia.

Concluindo assim que o ato ilícito em sentido amplo pode ser reprovado por uma esfera do Direito, enquanto para outra pode passar despercebido, dada a valoração que o Direito atribui àquele bem que sofreu a lesão ou que está na iminência de sofrê-la. Assim, o dano advindo daquele ato pode ser solucionado apenas com a proposição de uma demanda no Juízo Cível, sem ter relevância para as demais esferas do Direito. Também pode ser efeito decorrente de uma sanção aplicada no Juízo Penal, ao passo que o legislador infraconstitucional atribuiu à sentença penal, caráter de título exeqüível no Juízo Cível para fins de reparação dos danos advindos da conduta delitiva, sem que houvesse a mínima discussão em torno da responsabilidade civil, ou seja, se há ou não o dever de indenizar, por que se pressupõe que a matéria já foi debatida em sede de processo-crime e a condenação definitiva dá a reparação por certa, basta atingir o quanto é devido. Essa tarefa o legislador transfere ao Juízo Cível.

Fica evidenciado o sistema adotado pela legislação pátria, o da separação, da independência das responsabilidades penal e cível, dada a ambigüidade dos institutos em análise.

Os artigos 63 e 64 do Código de Processo Penal Brasileiro dispõem sobre a responsabilidade decorrente da prática deletiva:

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

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

Os responsáveis civis aos quais se refere o artigo 64 do Código de Processo Penal Brasileiro estão enumerados no rol do artigo 932 do Código Civil. Dessa forma, conforme o dispositivo legal, os pais são responsáveis pelos filhos menores; o tutor pelo tutelado, o curador pelo curatelado; o empregador pelo empregado, quando em prestação de serviço; os donos de hotéis por seus hóspedes, moradores, etc., e, por fim, aqueles que de forma gratuita participaram no produto do crime, até o respectivo valor.

Insta fixar que, como preceitua o artigo 91, I do Código Penal, a reparação do dano decorrente de um delito nada mais é que efeito extrapenal genérico da condenação. Portanto, com a condenação advém o dever de reparar. Esse entendimento é confirmado pelo disposto no Código de Processo Penal nos artigos supra ressaltados, ficando evidenciado que em sede de reparação do dano advindo pelo cometimento de um injusto penal, não se discutirá a conduta geradora do dano, tão somente o valor devido à vítima.

Como é cediço, o crime representa ofensa à bem juridicamente relevante, protegido, cuja lesão real ou potencial enseja a obrigação de reparar o dano, indenizar, assim como preceitua os artigos do Código de Processo Penal supra destacados. Independente da natureza desse dano, a certeza é que deve ser reparado.

Assim sendo, a sentença penal condenatória ao estabelecer um fato punível e a responsabilidade penal do autor imprime ao condenado a pena àquele atribuída, acrescida de outros efeitos. Um deles como dito alhures é tornar certa a reparação do dano, que figura como nascedouro da responsabilidade *ex delicto*.

A sentença penal condenatória perante o Direito Penal Brasileiro é meramente declaratória no que concerne à indenização civil, ao passo que nela não há expressado disposição reveladora do dever de indenizar o dano ocasionado pelo delito. No entanto, a lei processual penal confere a essa sentença natureza de título executivo judicial, tão somente exeqüível no juízo

cível. Nessa execução a matéria em debate é limitada, uma vez que a sentença condenatória irrecorrível, faz coisa julgada no Juízo Cível no que tange a reparação do dano, discutindo-se exclusivamente o *quantum debeatur*, assim como dito anteriormente.

Portanto, via de regra, caso haja o cometimento de um crime de homicídio, ao autor resta arcar com as despesas do funeral da vítima, com o luto da família, além da prestação de alimentos àqueles que do defunto dependiam,² bem como de outros tipos de danos decorrentes do delito, vislumbrando-se a responsabilidade civil decorrente do delito.

Todavia, a reparação do dano somente será certificada quando no processo sobrevir sentença condenatória irrecorrível, pois, agora haverá um título, devendo ser executado no juízo cível como determina a sistemática adotada pelo legislador, pouco importando se o fato delituoso decorra de dolo, de culpa, *preterdolo* ou de conduta comissiva ou omissiva.

Neste diapasão, a conduta reparadora pode se subsumir em reparação, que é uma compensação em dinheiro, do dano não ressarcível, aquele que não apresenta caráter patrimonial. Exemplo típico é a reparação no caso de crime contra a honra, chamado pela doutrina de crime de dano moral puro, por calúnia ou injúria. O ressarcimento é o pagamento do dano patrimonial e compreende o prejuízo emergente, o lucro cessante, o principal e frutos da coisa, outro exemplo senão o homicídio não explicaria com tamanha inteireza o instituto.

Dado o contexto, se faz pertinente traçar um paralelo entre as diferentes concepções de culpa de cada esfera, que é completamente distinta uma da outra. A culpabilidade para o Direito Penal diz respeito ao indivíduo que pratica a conduta típica, sujeito ativo do delito. Assim, caso o sujeito ativo não detenha a culpabilidade, elemento constitutivo do delito para aqueles que sustentam a teoria finalista do delito, não haverá crime.

Em contraposição, a culpa para o Direito Civil será irrelevante, uma vez que a própria lei civil determina a responsabilidade daquele que causa dano, independente de sua vontade. Assim como preceitua o disposto no artigo 186 do Código Civil, que dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária,

² Artigo 948 do Código Civil

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Portanto, o dano efetivo só terá relevância no âmbito civil, vez que há a exigência do dano concreto ao patrimônio do particular, este sempre será indenizável. Já o dano decorrente do ato ilícito penal, não há exigência da sua concretude material, ao passo que o Direito Penal acolhe condutas perigosas e efetivas, o dano real e o dano potencial, basta que, o “bem da vida” seja ameaçado, a atuação do Direito Penal se fará presente.

A responsabilidade civil *ex delicto* trará àquele que sofre o ilícito penal tão somente a restituição daquilo que lhe fora subtraído do seu patrimônio em decorrência da prática de uma conduta delituosa ou a indenização de um dano no qual não há como restabelecer o *status quo ante*. Já a Ação Penal que comina em sanções de conteúdo preventivo e repressivo aplicando pena (restritiva de liberdade e privativa de direitos), multa ou medida de segurança, pautando-se na culpabilidade do agente, se mostra de conteúdo diverso da Ação Civil *ex delicto* possui o objetivo direto de reparar o dano patrimonial ou moral sofrido pela vítima, sem levar em conta a culpabilidade do sujeito ativo do delito, bastando que haja um resultado danoso suportado pela vítima.

Visto isso, fica demonstrada a abrangência de cada instituto, fixando-se suas diferenças relevantes. Em tese, a reparação do dano causado pelo delito nada mais é que uma consequência justa, na exata concepção do termo, a prática de um delito e a Ação Civil “*ex delicto*”, a forma de perseguição daquele, na qual, somente então, a vítima será considerada parte integrante do processo.

4 JUSTIFICATIVAS PARA O ESTUDO DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO POR CRIME

As justificativas para o estudo do tema proposto se pautam na atual crise do Direito Penal, que encontra como fatores determinantes desde a aplicação da pena até a práxis do sistema penitenciário. De forma que, a pena privativa de liberdade não atinge o seu verdadeiro fim, aquele definido pelo Estado Democrático de Direito, qual seja, a humanização da pena com a conseqüente ressocialização do indivíduo, acabando por ser um desacato institucional.

Os órgãos persecutores penais, não tutelam os anseios da sociedade como um todo, tão-somente legitimam interesses de uns poucos, estes que, recebem adjetivo de jurídicos, atendendo cada vez mais alguns grupos em detrimento de outros.

A análise que se faz é num contexto amplo, no sentido de que os interesses comuns tendem a crescer consoante o aumento da criminalidade, que encontra respaldo no desmerecimento dado aos aspectos sociais e políticos da sociedade (educação, saúde, trabalho, salário, etc).

Assim, como afronta e combate esse aumento desacertado da criminalidade, os órgãos persecutores penais deveriam atender, de maneira proporcional, à necessidade da tutela jurídica, dando acolhimento a esses interesses, que são comuns e não individuais. Desse modo o Direito Penal teria como atender aos preceitos da sociedade em âmbito geral e até mesmo daquele que se encontra em uma unidade prisional, pois, nem mesmo ali, deixa de influenciar a sociedade, o que o demonstram os ataques violentos e as constantes rebeliões comandadas por poderes paralelos ao Poder do Estado, que se tornaram freqüentes em nosso cotidiano.

Essas são apenas algumas das justificativas plausíveis para determinar a crise existente no Direito Penal. O aumento da criminalidade dá margem a constantes discussões em torno da problemática, a fim de buscar a solução tão almejada ou tão-somente, o ponto de partida inicial para a mudança e conseqüente melhora no Direito Penal, Processual Penal e nas Execuções Penais, atendendo aos interesses de toda sociedade.

Daí entra no contexto a reparação do dano experimentado pela vítima, vez que a pena privativa de liberdade já fora dada pelos estudiosos do Direito como verdadeira ruína da sociedade.

O Estado tomou para si a responsabilidade de criar uma política que punisse aqueles que infringissem a lei de forma a ressocializá-los, dando-lhes uma nova oportunidade. No entanto, tirou a vítima desse contexto, não lhe dando importância alguma, preocupando-se apenas com o autor do delito.

A confirmação desse entendimento se dá quando a Escola Positivista explica o crime a partir do estudo sistemático e científico do delinqüente, quando deveria ter explicado etiologicamente.

De fato, a cultura existente nos primórdios do Direito Penal e Processual Penal, aquela que primava pela vingança de sangue e pela vingança privada ambas difundidas em Roma (Lex Valeria – 509 a.C.) e na Grã-Bretanha, nas quais havia verdadeira disparidade entre vítima e autor do delito, não podem, nem devem ser retomadas. A evolução dos tempos se encarregou de gradativamente substituir as mencionadas penas pela composição dos danos.

O monopólio do *ius puniendi* pelo Estado, dá-se exatamente pelo temor do particular retomar tais práticas, fazendo justiça com as próprias mãos. No entanto, o Estado se esqueceu da vítima. Todavia, o desenvolvimento da criminologia encontra parâmetros para a eficácia das penas aplicadas ao delinqüente levando-se em consideração a vítima.

Assim, olhar única e exclusivamente para o delinqüente e aplicar-lhe reprimenda privando-o de sua liberdade não é o bastante. Essa visão restrita atinge indiretamente toda a sociedade, abarcando a vítima de forma direta, uma vez que suportou o dano decorrente do delito.

O aumento da criminalidade está ligado diretamente a um fenômeno estrutural: vítima, delinqüente, sociedade e Estado. É o entendimento da criminologia moderna, que abarca a questão social como um todo. Por isso, a importância da vítima no estudo para a solução da crise atual no Direito Penal.

Contudo, deve-se sempre considerar aquela relação triangular existente no Direito Civil. Pautados na razoabilidade, não há como considerar apenas o Estado como representante da sociedade e o delinqüente, tão-pouco aquele e a vítima. A busca para a solução da crise no Direito Penal, que resulta do aumento

da criminalidade, deve abranger delinqüente, Estado e vítima, a fim de atender todos os anseios sociais e políticos existentes.

A ineficácia da pena privativa de liberdade fora considerada por questões que se evidenciam que o Estado ao aplicá-la, não cumpre com sua “tarefa de ordem pública”, ou seja, ressocializar o indivíduo sem se esquecer de dar tratamento adequado àquele que suportou o dano causado pelo criminoso.

A vítima é esquecida, o que lhe causa um mal maior, posto que o criminoso é inserido numa unidade prisional com a finalidade de reeducar-se, o que quase nunca ocorre; e ele acaba retornando ao convívio social sem a menor condição, continua delinqüindo e de forma mais evasiva e abusiva do que daquela que o fez ingressar no cárcere.

É exatamente o retorno desse indivíduo mais perigoso ao meio social, que é considerado o mal maior suportado pela vítima, que acaba sendo lesionada reiteradamente. Seu prejuízo não foi indenizado, tão pouco ressarcido, e, o delinqüente que seria punido de maneira a ser reeducado, acaba se tornando um profissional do crime, mais qualificado.

Os transtornos existentes dentro das unidades prisionais e suportados por esses indivíduos, resultam numa visão distorcida dos preceitos sociais, ensejando certa revolta contra o Estado, o que alicerça e dá força aos poderes paralelos existentes, afirmando o crescimento da criminalidade.

Visto que o aumento da permanência em cárcere nada tem a acrescentar ao combate à violência contra a sociedade, outros meios devem ser colocados à disposição daqueles que aplicam as leis, quais sejam, os órgãos persecutores penais.

Aparece então, a reparação do dano causado por crime, como uma alternativa para os operadores do Direito, mais especificamente o juiz, na aplicação das penas, ao lado das penas privativa de liberdade, restritiva de direitos, das medidas de segurança e da multa.

Dada a importância de uma alternativa punitiva que atenda a sociedade num contexto global, partindo da vítima até o delinqüente; há crescente tendência em se valorizar o papel da vítima em face da teoria do crime, o que enseja o estudo da eficácia da reparação do dano decorrente da prática deletiva como alternativa punitiva.

Nesse contexto, a reparação do dano figura como alternativa de pena que mais se adequar aos interesses da sociedade, em sua total extensão. Não se fala na reparação do dano que já existe em nosso ordenamento jurídico-penal, mas a reparação do dano como pena pecuniária que exclua qualquer modalidade de sanção.

5 A REPARAÇÃO DO DANO NO DECORRER DOS PROCEDIMENTOS

5.1 Do arrependimento posterior

O legislador de 1984 pretendeu com a reforma da parte geral do Código Penal trazer com maior propriedade o instituto da reparação do dano. Despreendeu-se do instituto antes mesmo do início da Ação Penal, durante e depois, inserindo na lei hipóteses distintas de reparar o dano ocasionado por conduta criminosa.

A pretensão da reparação do dano suportado pela vítima, já não era tão explícita como um dia fora, porém, esse foi o ponto de partida para a criação de leis especiais, que ao tratarem de seus assuntos peculiares sempre dispõem algo sobre a reparação do dano acarretado pelo ofensor.

O texto do artigo 16 do Código Penal Brasileiro dispõe que:

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

Em análise ao dispositivo acreditamos que a expressão (“posterior”) é redundante, pois todo arrependimento é posterior.

A natureza jurídica do instituto é de causa obrigatória de redução de pena. Trata-se, pois, de uma causa de redução genérica, que está inserida na parte geral do Código Penal.

A exigência necessária para a incidência desse instituto, é que o arrependimento posterior anteceda o momento processual do recebimento da denúncia ou da queixa, o que acarretará uma redução da pena acometida ao delito praticado pelo agente, desde que, não haja na prática deletiva, violência ou grave ameaça à pessoa.

A violência pode ser física, quando há emprego de força bruta, ou moral, quando há o emprego de grave ameaça. No entanto, a violência contra a coisa não exclui o privilégio.

A violência física às vezes se encontra expressa na incriminação, como no constrangimento ilegal, no roubo, no estupro, etc.. Outras vezes está implícita, como no homicídio ou na lesão corporal, de forma que, a norma não comporta a atenuante em face de mencionados tipos.

Na jurisprudência prevalece o entendimento de que a lei só se refere à violência dolosa, não podendo a diminuição da pena ser aplicada aos crimes culposos em que haja violência, como o homicídio culposo, vez que a violência é implícita, como dito no parágrafo anterior.

Outro requisito é que o sujeito tenha reparado o dano físico ou moral emergente do crime ou restituído o objeto material. A reparação deve ser integral, assim como também a restituição. Se o dano monta em determinada importância, só a reparação integral desse valor perfaz a exigência legal. Da mesma forma, se diversos são os objetos materiais, a restituição de um deles é insuficiente. Nada impede, entretanto, que se admita o benefício quando a vítima ou seus herdeiros, embora não totalmente reparado o dano, dêem-se por satisfeitos, renunciando ao restante.

Trata-se de restituição por parte do sujeito ativo do delito. De modo, que a simples apreensão do bem pela autoridade policial não satisfaz a condição legal.

É preciso ainda que, a reparação do dano ou a restituição do bem constituam atos voluntários do agente. O que não significa espontaneidade. A reparação ou restituição por conselho ou sugestão de terceiro não impede a diminuição. Assim, se não se exige a espontaneidade, o arrependimento posterior pode ocorrer em face da sugestão ou conselho de terceiro. Mesmo assim, consistindo em ato de vontade do sujeito, aproveita. De forma que, exclui-se a reparação ou restituição por parte de terceiro.

Contrariando esse entendimento no que tange a reparação realizada por terceiro, Capez (2003, p 35) em sua obra Direito Penal, Parte Geral, leciona “[...] é admissível o benefício no caso de ressarcimento feito por parente ante a exigência legal de ‘voluntariedade’, e não de ‘espontaneidade’, por se tratar de causa objetiva de redução obrigatória da pena”.³

Tratando-se de causa objetiva de diminuição de pena, o arrependimento posterior não se restringe à esfera pessoal de quem realiza a reparação do dano,

³No mesmo sentido STJ, 6 T., Resp n. 61.098-2/SP, rel Min. Adhemar Maciel.v.u., DJU de 30.10.1995.

tanto que extingue a obrigação *erga omnes*. Assim, é comunicável no caso de concurso de agentes, co-autores, partícipes condenados pelo mesmo fato.

Por fim, reafirmando, a reparação ou a restituição deve ocorrer até a data do recebimento da denúncia ou queixa, caso contrário, iniciada a persecução penal, não haverá a incidência da causa de diminuição.

A aplicação do instituto é imediata, desde que atendidos os pressupostos do artigo 16 do CP; a causa de redução da pena é aplicável aos crimes: a) dolosos e culposos (desde que não sejam titulados como violentos implicitamente); b) tentados e consumados; e c) simples, privilegiados e qualificados.

Conforme predisposto acima, trata-se de causa obrigatória de diminuição da pena e, portanto, tem natureza jurídica de atenuante genérica. Observa-se que enquanto em outras disposições o Código Penal emprega-se “pode” (exs. arts. 26, parágrafo único, 28, § 2º), no artigo 16 o termo é imperativo: “pena será reduzida”. A redução se faz em termos de um a dois terços.

O *quantum* da diminuição deve ser investigado na própria conduta posterior do sujeito, como a pronta reparação ou restituição, demonstração de sinceridade, etc. O juiz deve analisar a espontaneidade do ato, como critério dosador. Quanto maior a espontaneidade maior a redução, não se esquecendo da presteza e da celeridade da restituição ou da reparação do dano, uma vez que garantem a efetividade da medida.

A postura que adotou o legislador da reforma 1984 foi voltada para preocupações com a política criminal, que naquele contexto histórico já olhava para as mazelas do nosso sistema prisional e principalmente para a vítima, que fora retirada da esfera de preocupação do Estado, que naquela época (da edição do Código Penal), se importava com a sociedade num aspecto mais amplo, enquanto aquele que sofria o dano direto, era esquecido.

Na exposição dos motivos do Código Penal consta que a inovação predisposta na parte geral do código, objetiva um estímulo à reparação do dano, desde que obedecidos os requisitos exigidos pelo dispositivo. O que se quer é dar margem à não-reincidência, causando no indivíduo uma conduta mais cuidadosa, menos propensa ao crime, em substituição à pena privativa de liberdade.

Pois bem, ante a exposição feita alhures da disposição contida no Código Penal Pátrio em sua parte geral, insta relacionar com o tema proposto no presente trabalho. Dessa forma, o arrependimento posterior à prática deletiva e a conseqüente reparação do dano deste sem que já se tenha iniciado a persecução penal é a manifestação mais efetiva que se pode alcançar em consonância com o que propõe a reparação do dano oriundo do delito. Sobremaneira, a voluntariedade do delinqüente em reparar o mal que praticou é o fim que se pretende alcançar com a aplicação do instituto, o que corresponde à vontade do delinqüente em retomar o estado anterior ao delito, evidenciando o arrependimento do agente e seu conteúdo ressocializador.

Para demonstrar a importância do instituto se faz necessário uma breve recapitulação de qual seria a missão do Direito Penal.

Segundo os ensinamentos de Prado (2002) o Direito Penal tutela bens de relevante interesse social, que pertencem a toda uma coletividade e a cada cidadão individualmente. Nesse contexto, as normas criadas pelo legislador penal devem atender às necessidades sociais de dada sociedade, não se esquecendo do cidadão particularmente. Dessa forma, o legislador coleta da sociedade seus preceitos axiológicos, para criar normas condizentes com esses valores e lhes dá a tutela penal. Então, vem à baila a missão do Direito Penal, que é cuidar desses bens, de forma a restabelecê-los caso sofram alguma conduta ofensiva e ao mesmo tempo evitar que sofram as referidas condutas. Ou seja, cabe ao Direito Penal reprimir e prevenir para evitar que esses valores de relevante interesse social sofram ofensa ou perigo potencial, pois, dada à sua importância, despendem tutela jurídico penal.

Assim, não basta que o legislador colha da sociedade seus preceitos mais valiosos e crie normas de conduta e para a ofensa a estas, uma reprimenda.

É necessário que na norma estejam inseridos meios que promulguem a paz social, de modo a evitar que aquele que delinqüiu não venha a reincidir e o potencial delinqüente seja desestimulado e não se incline à criminalidade, atendendo portanto, um fim social, a resposta dada à prática deletiva.

Nesse palmilhar, o que se quer destacar é que as penas aplicadas aos delitos devem conter dois aspectos, dos quais um diz respeito à reprimenda resultante da prática de uma conduta contrária aos preceitos normativos penais e outro, que insere conteúdo educativo no delinqüente, de modo que, o sujeito

ativo do delito não venha novamente incorrer em determinada conduta e em contrapartida restabelece a paz social, pois dá aos demais cidadãos a segurança no sistema jurídico, o que só reafirma a eficiência da norma penal.

No entanto, da forma que nos ensina Figueiredo (1999), a atual crise que o Direito Penal atravessa, demonstra que essa teoria da pena está superada. A criminalidade que sempre foi dita como disciplina autônoma do Direito, se mostra diretamente ligada ao Direito Penal, e não parece plausível continuar afirmando a independência dos ramos.

Os estudos em torno da criminalidade deixam evidente que as medidas punitivas aplicadas como resposta à prática delitiva não atende à teoria dos fins da pena, vez que não causam os temores que justificaram a sua criação. As unidades carcerárias ilustram com clareza a inexistência da eficácia da pena restritiva de liberdade, de modo que o indivíduo não cria repulsa em ingressar no cárcere.

Nas lições de Amaral (2005), ilustre magistrado do Estado de São Paulo e mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, o que se busca mediante a sanção cominada ao delito é uma finalidade.

No entanto, nos primórdios do Direito Penal, seus estudiosos buscaram nas teorias absolutas a implantação da pena restritiva de liberdade ou privativa de direitos - resposta direta ao cometimento de delitos – é troca do mal pelo mal causado à um indivíduo ou a toda uma sociedade. A pena não teria nenhum fim. Com ela, não se vislumbra uma finalidade social e política, tão somente a punição.

Contrapondo-se a esse entendimento, de acordo com as teorias relativas adotadas pelo doutrinador citado no parágrafo anterior, a finalidade da pena seria a proteção da sociedade, de maneira a agir como um instrumento político-criminal, que imprime uma sanção ao delinqüente, ao mesmo tempo em que protege a sociedade de uma nova conduta ofensiva ou perigosa. Sobretudo, não aceita o indivíduo como um ser irracional, incapaz de agir per si e por isso, a dita teoria é dada como relativa, ao passo que vislumbra que o ser humano não responde apenas a estímulos negativos, exatamente por ser racional.

Em conclusão, seria a prevenção a finalidade da pena, a profilaxia do crime, zelando pela sociedade.

Diante do entendimento proposto, a prevenção se apresenta em dois aspectos: um geral e outro especial. A prevenção geral pode ser positiva ou negativa.

A prevenção geral positiva é vista como forma de manter e reforçar a confiança da sociedade no ordenamento jurídico-penal através da pena. Nos dizeres de Cláudio do Prado Amaral:

[...] com a pena se conseguiria um fim de integração do delinqüente e da comunidade com a norma, restabelecendo-se esta. Daí a denominação 'prevenção de integração' para a prevenção geral positiva. (AMARAL, 2005, p.186)

Essa prevenção traz vários frutos positivos; a sociedade acaba por acreditar no ordenamento, em sua eficiência e eficácia e, em decorrência disso, o respeita, o que cada vez mais lhe confere solidez. Justificada fica a expressão adotada pelo autor, "prevenção de integração", porque atende à sociedade num contexto geral, englobando delinqüente, sociedade e a Lei Penal.

Em contraposição, a prevenção geral negativa, baseia-se na teoria da coação psicológica ou da intimidação, que parte da cominação de pena em abstrato ao delito. Segundo Hassemer (1984), o mal a que o delinqüente potencial estaria sujeito o desestimularia à conduta ofensiva aos bens jurídicos, de modo que quanto maior a reprimenda (quantidade de pena) maior a eficácia do preceito normativo.

A segunda teoria relativa dos fins da pena, a da prevenção especial, tem como objetivo o fim de evitar delitos futuros por aquele dado infrator, de forma a não permitir que este se torne reincidente. Assim, essa modalidade de prevenção, se preocupa com o delinqüente individualmente e não com a sociedade, contrariando as demais; ao considerar o delinqüente conforme uma classificação do criminoso, lhe aplicará a pena que mais se adequar à sua classe, de forma, que, o delinqüente na medida de sua culpabilidade sofrerá uma reprimenda condizente com a conduta deletiva por ele cometida, e, em decorrência disso, não tornará a delinqüir.

Isto posto, se faz plausível a afirmação de que o arrependimento posterior do agente inserido como causa obrigatória de diminuição da pena no Código Penal pelo legislador da Reforma de 1984 é pretense adotante das teorias

relativas da pena, vez que aponta a reparação do dano como motivo justo para diminuir a pena expiada pelo delinqüente, desde que atenda os requisitos ali previstos. Coloca-se, portanto, em contraposição às teorias absolutórias, que determinam que a pena tem um fim em si mesma existindo meramente como retribuição da ocorrência de um injusto. Evidenciado fica, o fiel atendimento ao Princípio da Culpabilidade.

Para Amaral (2005), no entanto, o legislador o fizera de modo tímido, vez que apenas dá o parâmetro de causa genérica de diminuição ao instituto da reparação do dano ali presente, quando poderia extinguir a punibilidade do agente, em face da falta de interesse de agir por parte a vítima que fora ressarcida de forma voluntária e eficaz pelo delinqüente o que denota o caráter ressocializador da reparação, atingindo assim um fim social e político, mais relacionado com a criminalidade atual.

O instituto comportaria a extinção da punibilidade, pelos motivos acima defendidos, que demonstram a eficácia da reparação do dano resultante de crime, que atende a um fim social e à política criminal exigida do Direito Penal pela Sociedade Moderna, se não fosse a titularidade da Ação Penal. Pois atender a uma realidade social é evitar que delinqüentes de classificação menos gravosa venham a ingressar no sistema carcerário e em decorrência das lacunas encontradas em nossa Lei de Execuções Penais, sejam postos em liberdade, após um estágio na escola que mais faz “marginais” no país. Aí então, de fato, não há de se falar em fim ressocializador da pena.

5.2 Do arrependimento do agente

Conforme nos ensina Jesus (2003) a reparação do dano pode ainda ser circunstância atenuante, quando o agente, por sua livre vontade e de modo eficaz, repara o dano antes do julgamento. Ou seja, em desfavor do acusado já fora efetuada denúncia ou queixa, recebida e devidamente processada; tendo por início a Ação Penal, o acusado reparado o dano imprimido a vítima de forma eficaz antes que tenha sobrevivido sentença condenatória. Nos moldes do artigo 65, inciso III, letra “b” do Código Penal, a reparação é circunstância atenuante do delito. Dessa forma, o juiz ao fixar a sentença levará em consideração a

reparação do dano e a maneira que esta foi realizada e aplicará a pena de forma mais branda.

Instituto atenuante da pena cominada ao delito, no entanto, o momento processual é posterior ao recebimento da denúncia ou da queixa e antecedente da sentença de julgamento do processo. Assim como mencionado acima, encontramos o instituto no artigo 65, III, “b”, do Código Penal.

De acordo com Capez (2003) trata-se do arrependimento do sujeito. Não é arrependimento eficaz, que exclui a adequação típica, instituto previsto no artigo 15 do Código Penal, no qual, o agente antes mesmo de cometer o delito não o faz por ter mudado de desígnio.

Assim, no arrependimento ativo, o sujeito impede que o resultado seja produzido, não respondendo nem por tentativa (salvo os atos anteriores). Na atenuante, a disposição fala que a conduta do arrependimento deve ser realizada “logo após o crime”, pressupondo a existência do delito (tentado ou consumado). Só é possível nos crimes materiais, nos quais há resultado naturalístico. Exemplo típico é o crime de furto.

Inclina-se Capez (2003) pelo posicionamento de que são espécies de tentativa abandonada ou qualificada, nas quais, o resultado não se produz por força da vontade do agente, ao contrário da tentativa em que atuam circunstâncias alheias ao elemento volitivo do sujeito ativo do delito.

O comportamento atenuador do agente deve ser espontâneo. Deve ser eficiente (eficaz). Se o agente, por exemplo, logo após a prática do crime, procura diminuir as suas conseqüências, mas não consegue, não incide a atenuação da pena. Além disso, precisa ser realizado “logo após o crime”, em seguida, sem demora.

A reparação do dano deve ser realizada antes do julgamento de primeira instância (antes de o juiz proferir a sentença) e depois do recebimento da denúncia ou queixa, caso contrário ocasionaria o instituto que fora demonstrado anteriormente, contido no artigo 143 do Código Penal, no qual o querelado se retrata cabalmente da calúnia ou da difamação, ficando isento de pena, não se exigindo que a decisão tenha transitado em julgado.

Para o presente instituto haverá diminuição da pena, levando em consideração o momento processual, qual seja, depois do recebimento da

denúncia ou da queixa e antes do pronunciamento final do juiz, a sentença condenatória.

Essas circunstâncias são aplicáveis aos delitos dolosos e culposos. Para Capez (2003) o instituto não se aplica aos crimes culposos por incompatibilidade, uma vez que se trata de uma tentativa que foi abandonada.

Como fora devidamente esposado no capítulo anterior, o delinqüente que se encontra em uma unidade prisional esta pré-disposto a delinqüir, vez que o sistema carcerário interno da unidade prisional exige que o individuo assim se comporte para manter sua integridade física e moral. Todavia, o Código Penal tratou do arrependimento do agente, de forma a garantir que a reparação do dano dada após o início da persecução penal seja considerada na fixação do *quantum* da pena *in concreto*.

Pois bem, mesmo após haver a efetivação da denúncia ou da queixa, foi dado ao delinqüente um benefício por seu arrependimento, desde que tenha reparado o dano por ele realizado de modo eficaz e ainda não tenha sobrevivido sentença condenatória.

Esse dispositivo também fora introduzido com a Reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal, sendo resquício de uma postura mais liberal, ou seja, das teorias relativas da pena. Para tanto, a atenuante é considerada como circunstância condizente com a realidade atual do Direito Penal junto a Criminalidade.

A reparação do dano mesmo após iniciada a persecução penal, atende às exigências da criminologia atual, que sustenta que o delinqüente deve adquirir um prêmio pela sua conduta, que se mostra evidentemente resultante de um processo de ressocialização.

É sinônimo de arrependimento e de eficácia da norma e, portanto, a reparação deve ser vislumbrada para que até mesmo o delinqüente comece a acreditar ou reafirme sua crença no sistema jurídico-penal, vez que será beneficiado por ele, fazendo eficaz e concreta a norma em abstrato. Sem mencionar a vítima que vê seus danos reparados e assim passa a crer de forma ímpeta no Sistema Jurídico-Penal.

Justo é que o delinqüente se beneficie de sua conduta reparadora, pois isso servirá como estímulo para a reparação da vítima e esta não mais restará

esquecida no processo criminal, atingindo positivamente mais um personagem inserto no nosso contexto atual de crescimento da criminalidade.

Assim, a reparação do dano como atenuante genérica, será considerada em face da culpabilidade do agente, de forma que o injusto praticado não seja desconsiderado em face da persecução criminal ter sido iniciada, mas, o juiz ao aplicar a pena em concreto deverá avocar dada atenuante, de modo que a pena diminuirá, pois o delinqüente abranda sua conduta ofensiva ao reparar o dano.

Como nos ensina Amaral (2005) em relação ao dispositivo em comento o legislador da Reforma de 1984 toma o melhor caminho. Dá ao delinqüente um prêmio por sua conduta que é a atenuação de sua pretensa pena e, no entanto, não há que se falar em extinção da punibilidade, pois ao delinqüente é dada a oportunidade de reparar o dano antes mesmo do início da Ação Penal, assim como visto alhures, por isso a Ação Penal deve perpetrar até seu trâmite final.

Os benefícios são muitos, vez que o condenado poderá obter a progressão do regime prisional com maior antecedência, em decorrência da pena ter sido fixada em menor tempo, por conta de ter reparado o infortúnio causado à vítima.

Salutar se faz relembrar que as atenuantes em questão influem na medida da culpabilidade do agente, determinando a redução da pena em que incorreu. Essa determinação trazida pelo Estatuto Penal baseia-se em considerações de política criminal, exigências de prevenção especial (não - reincidência do delinqüente e reparação da vítima), favorecimento da administração da Justiça e proteção à vítima do delito.

Nesse palmilhar, primeiramente, em conformidade com as circunstâncias judiciais, consideradas como fatores de medição de pena, o magistrado, quando da fixação da pena *in concreto*, deverá analisar a culpabilidade do agente, seus antecedentes criminais, sua conduta social, sua personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime e ainda a conduta da vítima, em conformidade com o artigo 59 do Código Penal, para somente então, individualizar a pena necessária para suficientemente reprová-lo e prevenir o crime, e, fixar a pena base.

Como uma segunda fase para o alcance da pena *in concreto*, o magistrado analisará as circunstâncias legais, agravantes ou atenuantes, contidas na Parte Geral ou Especial do Estatuto Penal; o *quantum* de redução

fica a critério da discricionariedade judicial. A questão que se instaura é se o juiz poderá reduzir a pena “aquém” do mínimo legal. Contudo, doutrina e jurisprudência caminham no mesmo sentido, entendendo que quando se tratar de circunstância atenuante obrigatória, poderá haver a redução abaixo do mínimo, por razões de prevenção especial, pela retribuição justa da culpabilidade do agente, evitando-se o efeito dessocializador que a pena privativa de liberdade possa exercer, substituindo-a por medidas alternativas.

Dando seguimento à fixação da reprimenda, numa terceira etapa, o magistrado atenderá as causas de diminuição ou aumento, circunstâncias legais genérica ou específicas, em conformidade com sua localização no *Codex Penal*. Estas estão assim localizadas tanto na parte geral como na especial, e também permitem como regra a diminuição ou aumento da pena, aquém ou além do mínimo e do máximo legal, previsto em abstrato.

Sendo assim, a pena *in concreto* poderá ficar aquém do mínimo legal por questões que transcendem o cunho repressivo da pena, que deve cumprir com a finalidade preventiva concomitantemente. Calha lembrar que a pena de um lado deverá desencorajar ou intimidar aqueles que pretendem iniciar-se na prática delituosa, e de outro lado ressocializar o delinqüente. Ora, porque então não atender a sua culpabilidade, mesmo que para isso o mínimo legal seja desconsiderado?

Cabe ressaltar trecho do artigo 1º da Lei de Execuções Penais, que reforma a função pedagógica da execução penal “[...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”.

5.3 Dos efeitos da sentença – Artigo 91, I do Código Penal

O fato forçoso de estar o réu compelido a dar efetividade ao ato decisório do magistrado, não o exime de outras responsabilidades, aquelas que decorrem de maneira reflexa, acessória à sentença final em âmbito penal. Partindo desse aspecto, a sentença penal produz efeitos, uns denominados primários que são automáticos, outros secundários que decorrem daqueles, exigindo expressa disposição no ato decisório, também chamados de penais e extra-penais, estes, por atingirem outras esferas do Direito.

O Código Penal de 1940 tratava dos efeitos da condenação em seu artigo 74, que se referia à reparação do dano suportado pela vítima do delito e a perda em favor da União dos instrumentos do crime, além do seu produto e ainda dos valores integrantes do patrimônio do delinqüente, desde que provenientes de conduta ilícita, ou seja, aquela decorrente da prática criminosa.

Atualmente, a legislação penal acima referida, continua a considerar alguns desses efeitos conseqüentes da sentença condenatória nos dispositivos legais 91 e 92. Cabe informar que, alguns desses efeitos são considerados específicos e encontram consonância com o delito praticado, não mais havidos como passíveis de penas acessórias, assim considerados pela sistemática adotada antes da reforma da parte geral do Código Penal.

Em que pese os efeitos da condenação serem muito importantes e merecerem o dispêndio de grande atenção, aqui, se fará o estudo de apenas um daqueles, como já sabido, que é o da reparação do dano amargado pela vítima.

Entretanto, o referido efeito decorrente da sentença é considerado pela doutrina como efeito secundário extrapenal. Recebe essa classificação, exatamente por alcançar outros ramos da ciência do Direito, como o Direito Civil, o Administrativo, o Trabalhista, dentre outros.

A reparação do dano ocorrido em face da prática de uma conduta deletiva está inserta como matéria de Direito Civil, de forma que, deverá ser intentada no juízo cível mediante Ação Civil *ex delicto*, assim como suscitado no capítulo que cuida desse instituto.

O efeito extrapenal da sentença, em comento, é genérico, para tanto, é considerado automático; ao juiz não cabe dispor expressamente no ato decisório a obrigatoriedade da reparação do dano à vítima. Insta destacar trecho da doutrina que explica os motivos justificadores da Ação Civil “*ex delicto*”:

[...] significa que o sujeito ativo do crime que ocasionou dano **eventualmente** deverá indenizar ao sujeito passivo, **mas não perante o juízo criminal**, que julgou sua condenação ou absolvição, mas sim diante do **juízo cível**. [...] **o sistema da separação confere independência e autonomia ao processo penal, afastando possíveis atrasos motivados por questões extra-penais.**
(FRAGOSO,1988, p.380) <grifo nosso>

Imprescindível observar que o sistema da separação das esferas normativas acima citado no trecho doutrinário dispõe à vítima de dano advindo

de conduta ilícita tipificada pelo Direito Penal, a possibilidade de, antes mesmo do fim da persecução criminal, pleitear uma Ação de Reparação de danos em âmbito civil. Isto, antes mesmo da solidez do desfecho da Ação Penal. Contudo, o legislador penal possibilitou ao magistrado da esfera cível o escopo de evitar decisões contraditórias, segundo o parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal, que se destaca: “[...] Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela”.

Foi verdadeiro disparate do legislador possibilitar a possibilidade de pleito da reparação de um dano sem que o autor do delito tenha sido condenado na esfera penal, uma vez que abre espaço para que um inocente venha a ser compelido a reparar um dano que não deu causa, pois certa é a existência de um dano patrimonial a ser reparado.

O parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal soluciona esse equívoco legislativo. Contrapondo esse entendimento leciona Nogueira (2000, p. 120) “[...] trata-se de um sistema ideal, onde a vítima não precisa aguardar o resultado do processo-crime, podendo propor imediatamente a ação civil”. Pertinente é destacar um trecho da doutrina que faz referência ao assunto:

[...] a responsabilidade penal é sempre pessoal, já a responsabilidade civil, embora seja – em regra – de quem praticou o ato lesivo, por vezes pode ser atribuída ao representante legal do autor do fato e a ação civil poderá ser proposta contra os herdeiros do responsável. (AMARAL, 2005, p.121)

O efeito extrapenal supra citado, contudo, somente será exigível quando a sentença penal for irrecorrível. Dessa forma, não poderá haver pendência de recurso em dada relação processual. Ocorrido o trânsito em julgado da sentença *in albis*⁴ ou esgotada as vias recursais, esta será dada como um título exequível a qualquer tempo no juízo cível.⁵

A irrecorribilidade da sentença penal também fará coisa julgada na esfera cível, de maneira que não será objeto de litígio novamente a conduta criminosa, pois certa é a responsabilidade daquele que fora condenado penalmente. Não poderá haver nova discussão em torno de quem seria o autor do dano ou do

⁴ Expressão em latim que quer dizer: em branco.

⁵ Cf. redação do artigo 935 do Código Civil.

crime. Assim, será objeto do litígio, tão somente o *quantum* devido à vítima. No mesmo sentido leciona a doutrina:

Portanto, uma vez tenha o agente sido condenado penal e definitivamente pela prática de um delito, a sentença respectiva poderá ser executada na esfera cível, ainda que não tenha sido determinado na sentença penal condenatória o *quantum debeatur*. Basta a certeza do fato ilícito culpável e de quem o praticou, consubstanciadas na sentença penal condenatória que é título executivo no processo civil. (AMARAL, 2005, p. 314)

Conforme Prado (2002) não ficam eximidos de reparar o dano aqueles, que, foram absolvidos em âmbito penal, salvo se o fundamento da absolvição estiver pautado categoricamente na inexistência material do fato que deu causa ao dano. Acrescente-se o que nos ensina Amaral (2005): se a sentença absolutória fundar-se em causa de exclusão da antijuridicidade ou da culpabilidade, conforme o caso haverá ou não a possibilidade de discussão no juízo cível.

Essa ambivalência se dá em decorrência das disposições contidas nos Códigos Civil, Processual Penal e Civil, que tratam da existência da possibilidade da indenização na esfera civil.

O Artigo 188 incisos I, II e parágrafo único do Código Civil preceituam a licitude civil dos atos praticados em legítima defesa, estado de necessidade e no exercício regular de direito, compreendendo o estrito cumprimento do dever legal, contudo, estabelece algumas exceções nos artigos 929 e 930, em que o autor do fato atípico poderá ser demandado na esfera cível. Esses dispositivos contrariam os preceitos contidos no artigo 65 do Código de Processo Penal, que diz fazer coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer qualquer das excludentes e ou dirimentes acima mencionadas.

É salutar lembrar que cada caso deve ser analisado individualmente e é por isso que há a impressão de um aparente conflito entre os dispositivos legais, o que na realidade não ocorre. Dessa forma, haverá a absolvição daquele que foi processado por legítima defesa putativa e o conseqüente trânsito em julgado dessa decisão na esfera cível e penal. Todavia, haverá a possibilidade do lesado pleitear indenização em decorrência do erro em que incorreu o autor da falsa legítima defesa, simplesmente por não ter ele dado causa ao dano que suportou.

A coisa julgada se fará em relação à existência da legítima defesa, que uma vez confirmada em juízo criminal, não será rediscutida no juízo cível.

Segundo Mirabete (1996) não impedem a Ação Civil *ex delicto* o despacho de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, a decisão que julgou extinta a punibilidade do agente, a sentença que reconhecer que o fato imputado não encontra tipificação legal, conforme o artigo 67 do Código Penal, e ainda, a decisão que absolver o réu no Tribunal do Júri, ante a fragilidade das provas e dos indícios de autoria.

Assim, fica veemente que a sentença penal, com exceção daquela situação peculiar de absolvição mencionada alhures, torna certa a reparação do dano advindo de conduta criminosa, vez que a demanda sendo proposta, somente terá como objeto a discussão pura dos valores devidos à vítima.

Acerca da possibilidade de recurso de revisão criminal, a discussão que se instaura é se haverá ou não a possibilidade da constrição patrimonial com fins reparatórios.

O recurso não impedirá a Ação Civil *ex delicto* em razão de se sobreporem dois direitos de cunho fundamental. Há quem divirja do entendimento, ante os efeitos do recurso. No entanto, a doutrina encontra caminhos para a perseguição da reparação do dano na esfera civil. Destaca-se trecho da doutrina a respeito:

[...] a sentença penal, importada para o Direito Processual Civil para constituir título executivo, é provida de um *plus*, consistente na possibilidade de transformar-se em coisa soberanamente julgada, no ponto em que diz respeito ao efeito civil da sentença. (MACEDO, 1989, p. 69)

De acordo com Guimarães (1969), o caminho adotado pela doutrina foi reconhecer o efeito panprocessual da sentença penal. Esse efeito é o resultado da exportação do efeito preclusivo peculiar da sentença, efeito esse endoprocessual, para fora da sentença da qual emana, se tornando imune à rescisões, considerando-se coisa soberanamente julgada a partir do trânsito em julgado, antecipando-se para imediata aplicação o lapso de dois anos exigido para as sentenças civis.

Sopese salientar que é incomum a referida demanda ante a morosidade do judiciário e até pela falta de interesse da parte em decorrência dos

transtornos sofridos durante o trâmite da Ação Penal, que implicam em medo do criminoso, incredulidade no Sistema jurídico-penal, entre outros motivos.

5.4 Pena restritiva de direitos

5.4.1 Prestação Pecuniária – Artigo 45, §§ 1º e 2º do Código Penal

Reconhecida como marco na evolução das penas, a Lei 9714/98 que trata da proteção da vítima estabelecendo novas regras de substituição de penas, alterou dispositivos de Código Penal e trouxe novas modalidades de reprimendas restritivas de Direitos. Dentre alguma das imperfeições por ela inseridas, a prestação pecuniária, foi tratada como uma “multa com fim reparatório”, (BITENCOURT (1999, p. 116), assim como já ocorria com os delitos de trânsito.

O alcance da nova medida foi estendido a todos os delitos que admitem a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

De tal sorte, cabe rememorar que a prestação pecuniária é decorrente da sentença condenatória, portanto, possui natureza jurídica de pena substitutiva, e, no entanto, é pena autônoma, reconhecida como restritiva de direitos. Para tanto, sua aplicação exige uma etapa preliminar, justamente por causa de seu caráter substitutivo, necessita da fixação pelo juiz da pena *in concreto* correspondente à privação da liberdade, para somente após haver a sua conversão, sendo que as duas modalidades de pena não poderão ser cumuladas, dada a sua autonomia, proibição contida no artigo 44 do Código Penal.

De conseguinte, os requisitos acima descritos são reconhecidos como de natureza objetiva, todavia, para que a substituição ocorra, devem coexistir com aqueles requisitos de ordem subjetiva, estes encontrados nos incisos II e III do artigo acima descrito, quais sejam:

[...] que o réu não seja reincidente em crime doloso, e que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que a substituição seja suficiente.(PRADO, 2002, p. 494)

Sobretudo é necessário que o réu detenha condições pessoais condizentes com um criminoso ocasional, que seus antecedentes sejam abonadores, que demonstre compatibilidade com o convívio em sociedade, que tenha emprego fixo e residência certa, dentre outras condições.

Dessa forma, para que haja a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, o juiz deve fixar pena privativa de liberdade em até 4 anos, a prática delitiva deve ter sido sem o uso da violência ou grave ameaça à pessoa. Poderá essa conversão ocorrer ainda, nas hipóteses de crime culposo independente da pena.

De acordo com Prado (2002) a doutrina versa no sentido de que a prestação pecuniária, a rigor, deve ser denominada pena patrimonial, assim como estabelecem os parágrafos 1º e 2º, do artigo 45 do Código Penal, e não como penas restritivas de direitos, que abarcam outros tipos de sanções.

Assim, a pena de prestação pecuniária consiste em pagamento de dada quantia em dinheiro, fixada a critério do juiz, que levará em consideração o tipo penal em que incorreu o réu, que não poderá ser inferior a um salário mínimo, nem ultrapassar 360 salários mínimos.

Conforme preceitua Prado (2002, p. 484):

[...] a prestação pecuniária, a bem da verdade não passa de uma forma de reparação civil travestida de sanção criminal, a fim de facilitar seu cumprimento, já que o próprio legislador acrescenta que 'o valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários'.

Em contraposição, representados por Sessar (2005) existem entendimentos garantidores de que a aplicação da reparação do dano como verdadeira pena seria uma louvável evolução para o Direito Penal Brasileiro. Vejamos:

[...] a reparação do dano tem um efeito reabilitador maior que as penas clássicas de privação de liberdade. [...] Haverá sempre a possibilidade de reversão da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária em pena privativa de liberdade, situação que força ao pagamento da pena e ao conseqüente enfrentamento do autor com o fato. Enquanto pena, é ainda capaz de reafirmar o ordenamento jurídico.(AMARAL, 2005, p. 389-390)

A prestação pecuniária também poderá ser substituída por outra medida, normalmente a entrega de cestas básica a uma entidade social ou prestação de qualquer natureza, desde que haja a concordância do beneficiário. Assim reza o artigo 45 Código Penal em seu parágrafo segundo.

A pena ainda poderá ser novamente convertida em privativa de liberdade, caso o réu não cumpra com os comandos contidos no decisório injustificadamente. É o que entende Felipeto (2001, p. 135)

[...] sob a modalidade de prestação pecuniária existe um *facere*, que não tem correspondente identificação temporal. Assim, havendo descumprimento da pena substituída, não há dúvida, converte-se pela pena corporal total imposta.

Em consonância com a exposição dos Motivos da Parte Geral do Código Penal⁶ a respeito das penas restritivas de direitos, a pena de prestação pecuniária cumpre com o caráter dúplice que ali é proposto, qual seja, “aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária e de substituí-la quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo”. A despeito, colhe-se o trecho da doutrina:

[...] quanto ao prejudicado, a prática revela que desde o instante em que a sociedade moderna passou a atribuir crescente valor ao tempo dispendido no dia-a-dia, as vítimas de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa (cujo melhor exemplo são os delitos patrimoniais dessa natureza), fincam suas expectativas na reparação do dano, sendo-lhes de pouca importância a resposta penal clássica e retributivo-punitiva”. (AMARAL, 2005, p. 384)

Faz-se salutar destacar importante abordagem da doutrina, para finalizar a seção “[...] ao mesmo tempo, evita conseqüências dessocializadoras sobre o delinqüente no cárcere. Também, assegura o confronto do delinqüente com os resultados danosos de seu ato”. (AMARAL, 2005, p. 390)

5.5 Do Sursis Especial – Artigo 78, § 2º do Código Penal

⁶ Item 29.

Após reiteradas tentativas de implantação do instituto da suspensão condicional da pena em nosso ordenamento jurídico- penal, somente no ano de 1924, com a apresentação do Projeto de João Luiz Alves, que se converteu no Decreto nº 16.588 de 06 de setembro do mesmo ano, é que se estabeleceu e foi regulamentado o instituto no Brasil, que foi mantido pela Consolidação das Leis Penais (artigos 51 e 52 do Dec. nº 22.213/32).

Nos dias atuais, a tão mencionada reforma da Parte Geral do Estatuto Penal regulamentou o *sursis* nos dispositivos 77 ao 82, que trazem as hipóteses de cabimento, os requisitos autorizadores, as condições a que estão sujeitos os beneficiados, bem como as espécies do instituto.

Trata-se o instituto de um direito subjetivo do sentenciado, no qual, a pena privativa de liberdade de curta duração que lhe fora determinada será suspensa por certo lapso temporal, desde que sejam atendidos os requisitos contidos na lei, mais especificamente no artigo 77 do Estatuto Penal, e, tendo o condenado cumprido determinadas condições. Cabe ao juiz suspender de pronto, a execução de dada pena privativa de liberdade; a concessão do benefício não fica ao alvedrio do magistrado.

A natureza jurídica da suspensão condicional da pena inflama a doutrina que diverge em seus posicionamentos. O entendimento que predomina é que constitui direito subjetivo do réu, para tanto, o instituto apresenta caráter sancionatório, posição defendida pelo legislador da Reforma Penal de 1984, dentre outros.

O fundamento encontrado pelos estudiosos do Direito para a concessão do benefício se pauta em razões de política criminal. Em face dos inconvenientes advindos da pena privativa de liberdade particularmente naquelas de curta duração, que submetem o indivíduo ao cárcere por um período incapaz de garantir a reeducação do indivíduo.

Dessa maneira, partindo da idéia de que:

[...] o mais importante ao Estado não é punir, mas reeducar o delinqüente e conduzi-lo à sociedade como parte integrante daquele que respeitam o direito de liberdade alheia, em seu mais amplo entendimento, que é o limite do outro direito. Toda vez que essa recuperação pode ser obtida, mesmo fora da grades de um cárcere, recomendam a lógica e a melhor política criminal a liberdade

condicional do punido, obrigando-o, porém, ao cumprimento de determinadas exigências". (RT,457: 390)

Em consonância com o entendimento preponderante na doutrina, destaca-se trecho que convalida o posicionamento:

O *sursis* é um crédito de confiança ao criminoso primário, estimulando que não volte a delinquir. Além disso, é medida profilática de saneamento, evitando que o indivíduo que resvalou para o crime fique no convívio de criminosos irrecuperáveis. (RT 427:471)

Nesse palmilhar, em análise ao dispositivo legal do Estatuto Penal que apresenta os requisitos objetivos e subjetivos ao qual está submetido o condenado; havendo a interpretação literal da letra da lei, erroneamente conclui-se que depende do arbítrio do julgador a concessão ou não do benefício. Todavia, não se trata de uma faculdade judicial. Uma vez satisfeitos os requisitos legais necessários, não se pode negar ao réu a mercê do *sursis*, que constitui direito seu.

O Código Penal estabelece algumas espécies de suspensão condicional da pena, contudo, apenas uma delas encontra identidade com o estudo proposto, qual seja, o "*sursis* especial", de modo que, o seu cabimento determina algumas peculiaridades.

Logo, faz-se necessário, em cumprimento com o disposto no artigo 78 *caput* e seus respectivos parágrafos do Estatuto Penal, a verificação da imposição de pena privativa de liberdade não superior a dois anos, ressalvada a hipótese do condenado detentor de 70 anos de idade que poderá ser beneficiado, desde que a reprimenda fixada seja superior a 2 anos e não ultrapasse 4 anos, que não seja cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que prefere-se a aplicação desta à concessão do benefício, pois é mais benéfico ao condenado.

Superados os requisitos objetivos expressos acima, restam os requisitos subjetivos, isto é, o condenado deve não ser reincidente em crime doloso, assim, como determina o inciso I do 77 do Código Penal, e ainda, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais autorizem a concessão do benefício,

conforme estabelece o inciso II do dispositivo supra citado e o artigo 59 do Código Penal.

Contudo, o “*sursis* especial” por permitir condições menos rigorosas ao condenado, prevê mais um requisito, ou seja, que tenha o condenado reparado o dano resultante do delito, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo.

Assim sendo, atendidos os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 77 do Estatuto Penal, e sendo ainda reparado o dano causado pelo crime, o benefício será concedido e ao condenado restarão condições menos rigorosas: aquelas elencadas no § 2º do artigo 78 do Código Penal, cumulativamente.

A partir da concessão do benefício, transitado em julgado a sentença que a defere, inicia-se o período de prova, lapso temporal em que o condenado deve respeitar as condições que lhe foram impostas. Transcorrido esse período sem que o indivíduo tenha dado causa a uma revogação, a sentença condenatória será extinta de pleno direito, em atendimento ao que dispõe o artigo 82 do Código Penal.

Cabe ressaltar que constitui causa obrigatória de revogação do *sursis*, a frustração pelo beneficiário, embora solvente, da execução da pena de multa ou a não reparação do dano, sem motivo justo; de maneira que em relação à não-reparação do dano, o condenado retornará ao cárcere para cumprimento da reprimenda privativa de liberdade que lhe fora aplicada e posteriormente suspensa. No entanto, em relação à multa, após a edição da Lei nº 9.268/96, que conferiu nova redação ao artigo 51 do Código Penal, “multa não mais se converte em pena privativa de liberdade [...] inadmissível a conversão, não há como subsistir a frustração da execução da pena de multa como causa obrigatória de revogação da suspensão condicional da pena”. (PRADO, 2002, p.561)

5.6 Do livramento condicional

De acordo com o que nos ensina Prado (2002), ante o benefício concedido ao condenado que se encontrava em cumprimento da pena em concreto que lhe fora aplicada, a reparação do dano figura como obrigatória.

O instituto em comento trata da reparação do dano como um dos requisitos para a concessão do benefício. Assim, não basta que o condenado cumpra com alguns dos requisitos, é necessário que todos estejam presentes, do contrário, não há a concessão. Na legislação encontramos certa flexibilidade em relação ao condenado que não possui condições de reparar o infortúnio imprimido à vítima, desde que, comprove sua incapacidade de forma plausível.

Insta destacar o entendimento da jurisprudência:

(STJ – HC 5.804-RJ) “Livramento condicional – Requisitos objetivos e subjetivos – Verificação simultânea – ‘A concessão do livramento condicional pressupõe a observância pelo sentenciado de requisitos objetivos – natureza e quantidade da pena privativa de liberdade imposta, igual ou superior a dois anos, cumprimento de parte da pena e **reparação do dano**, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo – e subjetivos – bons antecedentes, comportamento satisfatório durante o cumprimento da pena e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Não basta, em consequência, a satisfação apenas do primeiro requisito objetivo, impondo-se a apuração simultânea dos demais, através de análise de provas nos autos da execução, com manifestação do Conselho Penitenciário e audiência do Ministério Público’.

Os requisitos necessários são objetivos, subjetivos e cumulativos. Os primeiros encontrados no ordenamento jurídico penal e os segundos, nos aspectos internos do condenado, numa análise que recai sobre sua vida pretérita, antes da ocorrência de dada condenação.

Nesse contexto, consoante determina o *caput* do artigo 83 do Código Penal, é necessário que ao delito seja cominado pena privativa de liberdade que corresponda a dois anos ou mais e que tenha sido cumprida mais de 1/3 da pena fixada em concreto. O condenado deve contar ainda com a negativa de reincidência em crime doloso e gozar de bons antecedentes. No entanto, se o condenado for reincidente em crime doloso, deverá ter cumprido mais da metade da condenação.

Em decorrência desse benefício concedido aos condenados reincidentes em crime doloso, é que se aplica *in bonam partem* interpretação extensiva àqueles condenados não reincidentes, mas, detentores de maus antecedentes.

Num segundo momento, vejamos os requisitos subjetivos do réu, contidos no inciso III do artigo 83 do Código Penal, dos quais o primeiro é que o

condenado comprove comportamento carcerário satisfatório, ou seja, que no lapso de tempo que permaneceu no cárcere não haja sofrido qualquer tipo de falta disciplinar, conforme rebate o artigo 50 da Lei de Execuções Penais.

Em seguimento a análise dos requisitos subjetivos, o bom comportamento do condenado no trabalho que lhe fora atribuído e a aptidão para prover a própria subsistência mediante um trabalho idôneo, também serão averiguados.

Conforme nos ensina Prado (2002), como requisito destinado peculiarmente ao condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, é necessário que seja realizado uma perícia no próprio condenado e desta deverá resultar parecer favorável no sentido de que, solto, o condenado não retorne a delinquir. As informações contidas nos autos e ainda o entendimento do Conselho Penitenciário são considerados suficientes para a convicção do magistrado na concessão ou não do livramento.

No entanto, há entendimentos no sentido de que o exame pericial é desnecessário, implicando em constrangimento para o condenado. Todavia, a jurisprudência confirma o entendimento de que não há o referido constrangimento, reafirmando que a perícia constitui meio hábil para convencer o juiz de sua decisão. Senão vejamos:

STF – HC – “Livramento Condicional – Requisitos – ‘O parágrafo único do artigo 83 do CP, que fixa seus novos requisitos (Lei 7.209/84), embora não exija, também não impede exame psiquiátrico para constatação de condições pessoais que façam presumir não volte o sentenciado a delinquir. Trata-se de meio de prova legítima para formação do convencimento do juiz, que não pode ser obstado, se não se mostra desarrazoado nem configura constrangimento ilegal’”.⁷

Contudo, ao magistrado restará emitir mero juízo hipotético, desprovido de certeza. Enquanto a obrigatoriedade da perícia fora abolida com a Reforma de 1984; naquela, o magistrado contava com a perícia, que recaía sobre o delinqüente, para averiguar se cessaram os motivos que o levaram a delinquir. A Reforma de 1984 da Parte Geral do Código Penal deixou a critério do magistrado a realização da perícia para fundamentar seu decisório, acolhendo ou não a possibilidade de reincidência do infrator. De sorte que, o magistrado, ao apreciar o pedido de concessão do benefício ao delinqüente inserto nas condições do

⁷ (Rel. Sydney Sanches – DJU 06.12.1985. p. 22.583).

parágrafo único do artigo em comento, deverá observar se o delinqüente conta com o cumprimento de um terço da pena em concreto, e não com metade daquela já cumprida, conforme dispõe a norma, em decorrência da Lei de Execuções Penais, que dessa forma estabelece.

Ainda ante a análise do pedido, compete ao douto magistrado, observar as condições pessoais do infrator, assim como determina o parágrafo único do artigo 83 do Código Penal; aquelas devem demonstrar a capacidade de não reincidência do delinqüente, conforme o disposto no artigo 131 da Lei de Execuções Penais, que determina a aplicação do artigo 83, mesmo que menos benéfica ao condenado, conquanto a pena ser considerada retributiva e ressocializadora e nesse sentido há de orientar-se a execução da pena.

A nova lei busca em inúmeros institutos a gradual liberação do condenado e sua reeducação. Assim, em relação ao benefício em comento, por ser a infração de maior gravidade, praticada com violência ou grave ameaça contra a pessoa, exige-se a constatação de condições pessoais que afastem, presumidamente, a reincidência.

É medida de evidente segurança social, que busca equiparar a proteção do direito do delinqüente à liberdade, com o máximo possível de segurança social. Não há como desarmar a sociedade aplicando-se as normas que apenas beneficiem o delinqüente, principalmente, quando esta dispensa as exigências que dão garantia social.

Citando novamente Amaral (2005): posto isto, a reparação do dano causado por delito em referência ao instituto analisado, é reconhecida como uma condição para a concessão do benefício. A concessão do douto Magistrado está diretamente atrelada à reparação do dano suportado pela vítima, não sendo considerada uma inovação pela doutrina, senão uma medida salutar.

5.7 Reparação do dano como causa de extinção da punibilidade

Com a realização de um ilícito penal, o direito de punir do Estado, que antes era abstrato, se efetiva, consubstanciando-se de concretude. Neste contexto, surge a punibilidade.

Conseqüentemente, nasce para o Estado a possibilidade jurídica de impor uma sanção mediante a *persecutio criminis*. Trata-se de mera condicionante da conseqüência jurídica do delito, isto é, a aplicabilidade de pena pelo Estado.

Em que pese a punibilidade decorrer da prática de uma conduta típica, existem situações extrínsecas ao delito que impedem a pretensão punitiva do Estado ou cancelam a condenação aplicada. Deve dizer-se, portanto, que a cessação da punibilidade do fato se dá por razões de certas contingências ou por motivos de conveniência ou oportunidade política.

As causas de extinção da punibilidade implicam em renúncia do Estado do seu direito de punir, logo, do *Jus Puniendi*, quer pela não imposição de uma pena, atingindo a pretensão punitiva, quer pela não execução ou interrupção do cumprimento daquela já fixada, alcançando a pretensão executória.

Por conseguinte, após a realização da conduta típica, isto é, do delito, podem sobrevir determinadas causas que impeçam as pretensões do Estado de exercer o *Jus Puniendi*. Dessa forma, essas causas são denominadas causas extintivas de punibilidade, pois, retira do Estado um direito subjetivo, capacidade de reagir ante uma conduta criminosa.

O artigo 107 do Código Penal apresenta um rol exemplificativo das causas de extinção da punibilidade, contudo, de maneira esparsa, nas legislações especiais e na Parte Especial do Código Penal, encontram-se alguns desses expedientes. Em conformidade com a reparação do dano causado por crime, encontramos tipos penais que utilizam o instituto, como causa de extinção da punibilidade.

De sorte que, no caso do crime de peculato culposo, disposto no artigo 312, § 3º da Parte Especial do Código Penal, ressarcido o dano daquele advindo, haverá a extinção da punibilidade. Da mesma forma, nos crimes de natureza tributária, em que quitado o crédito tributário e a multa pecuniária desta originada, haverá a extinção da punibilidade. Assim também o é nos crimes ambientais, no qual, o laudo de constatação da reparação do dano ambiental resulta na extinção da punibilidade do agente.

Neste contexto, a doutrina diverge em torno do delito trazido pelo artigo 171 do Código Penal, quando o agente emite um cheque pós-datado e quando do seu depósito, não há provisão de fundos. Alguns doutrinadores entendem que reparado o dano haverá extinção da punibilidade. Outros porém, defendem que a

conduta é atípica ao Direito Penal, uma vez que não há a prática dos elementos constitutivos daquele ilícito penal, é prática irrelevante à atuação do Estado como detentor do direito de punir. Contudo, há quem utilize uma terceira explicação, na qual, a conduta reparadora não exclui os elementos constitutivos do delito, de modo que, a “vantagem” é mero exaurimento do delito, pois, no momento da execução do tipo já se consumaram todos os seus elementos constitutivos, de tal forma que, a reparação do dano, não extinguirá a punibilidade, tão somente servirá como atenuante genérica, causa de diminuição, condição para suspensão condicional do processo, assim sucessivamente, dependendo do momento processual em que se encontra a Ação Penal.⁸

5.8 Dos procedimentos especiais

5.8.1 Da Lei 9.099/95

O objetivo maior contido nos preceitos da Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais é a reparação dos danos sofridos pelo ofendido e a aplicação de pena que não seja privativa de liberdade. As justificativas se pautam nos princípios a que se filia a lei, quais sejam, os Princípios da Oralidade, da Informalidade, da Economia Processual e da Celeridade.

Salienta-se a plausível incorporação ao nosso sistema jurídico-penal em decorrência da referida lei de algumas medidas despenalizadoras, entre as quais estão a extinção de punibilidade pela composição civil dos danos; a aplicação imediata de pena alternativa, antes mesmo do recebimento da denúncia, desde que haja o consenso do delinqüente, em sede de audiência preliminar – a transação penal; a exigência de representação da vítima nos crimes de lesão corporal culposa ou leve e na suspensão condicional do processo, com a reparação do dano como condicionante.

A Lei 9.099/95 e seus conceitos despenalizadores vieram para efetivar um dispositivo contido em nossa Lei Maior do Estado. No artigo 98, inciso I da Constituição Federal, há a prévia autorização e o mandamento para que se criassem juizados especiais que se dirigissem especialmente às causas de

⁸ hoje, aplica-se de pronto a Súmula 246, DO STF: “Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos”

menor complexidade, aplicando os Princípios que alhures foram colocados, possibilitando assim, a conciliação, a transação e o julgamento dessas causas pelos magistrados competentes, primando pela efetividade e celeridade do acesso à Justiça.

A autorização contida na Carta Magna do Estado determina ao juiz a possibilidade de convencionar com o réu, de forma a evitar o cárcere, dando a este se não o caráter de *ultima ratio*.

É a mais evidente manifestação do Princípio da Discricionariedade Regrada, que se contrapõe aos Princípios da Obrigatoriedade e da Indisponibilidade da Ação Penal, dirigidos ao Ministério Público.

Desta feita, “constitui resposta ao legislador (e, em nosso sistema, do constituinte) à idéia de que o Estado Moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de toda atenção”. (GRINOVER, 1997, p 86.)

Trata-se de inovação que condiz com os preceitos sociais, políticos e criminais que neste trabalho fora posto. Nos dizeres de Grinover (1997) o Estado deve seguir as evoluções sociais; dar movimento ao Direito equivalente ao caminhar da sociedade, já não basta trabalhar com novos procedimentos utilizando-se dos mesmos instrumentos, é preciso inovar, deixar a mentalidade repressiva para aqueles que precisam.

No mesmo sentido a doutrina inflama:

O novo modelo – com tal objetivo reparatório em favor da vítima – já não tem mais exclusiva preocupação de atender à pretensão punitiva do Estado (castigar e punir). Antes, irá buscar a satisfação dos danos sofridos pela vítima ‘sempre que possível’. Com isso, está decretado o fim da concepção ‘*paleorre presiva*’ ao menos no que concerne às infrações de menor e médio potencial ofensivo”. (GOMES, p.?)

Grosso modo, em audiência preliminar, comparecem o representante do Ministério Público, o autor do fato, a vítima e seus respectivos advogados, sob a presidência do magistrado, que esclarecerá a possibilidade da composição civil dos danos, assim como as conseqüências da aceitação pelo réu da proposta feita pelo membro do Ministério Público em sede de transação penal, além da

aplicação de pena diversa da privativa de liberdade, de acordo com a orientação do artigo 72 da lei.

Dessa forma, é na Conciliação realizada por um terceiro, que não seja parte da Justiça Penal, orientado pelo juiz, que haverá a tentativa de composição civil dos danos. Em havendo esta, será reduzida à termo e homologada pelo juiz, sendo esta considerada como título executivo judicial, que gozará de liquidez, contrariando o que ocorre no Juízo Comum.

Em decorrência da Conciliação entre as partes, em sendo delito de Ação Penal Privada, haverá renúncia ao direito de queixa; caso seja Ação Penal Pública Condicionada, a vítima também renuncia à representação automaticamente. É a renúncia presumida, conforme estabelece o artigo 75 da instância normativa em comenta.

Vencida essa etapa, pressupõe-se que a tentativa de conciliação não obteve sucesso, contudo, resta nova oportunidade, a transação penal, que deve ser proposta pelo membro do Ministério Público se o crime for de Ação Penal Pública Incondicionada ou Ação Penal Pública Condicionada à representação da vítima.

Nesse palmilhar, em concordância com o artigo 76 da lei 9.099/95, haverá proposta de pena restritiva de direitos, dentre as quais se insere a prestação pecuniária à vítima ou prestação de outra natureza, desde que a vítima consinta.

Dando prosseguimento ao procedimento, superada essa fase sem alcançar êxito, o juiz marca nova data de audiência para instrução e julgamento, na qual, às partes será dada nova oportunidade de composição civil dos danos ou ainda a aplicação de pena restritiva de direitos.

Dada as hipóteses de Composição Civil dos Danos, não logrando êxito em nenhuma daquelas, o Ministério Público poderá propor a suspensão condicional do processo, desde que haja a presença dos requisitos a que se faz referência o artigo 89 da lei 9.099/95. Contudo, a reparação do dano se instaura como condição para a concessão do benefício em comenta, salvo comprovada impossibilidade de fazê-lo.

Haja vista, deve a pena cominada ao delito ser igual ou inferior a um ano, e no momento do oferecimento da denúncia poderá haver a propositura da suspensão do processo por período de dois a quatro anos.

O montante entregue à vítima a título de reparação civil como condicionante para a suspensão processual deverá ser considerado em hipotética Ação Civil *ex delicto*. Transcorrido o prazo fixado como período probatório sem que o benefício tenha sido revogado, deverá a extinção da punibilidade ser declarada pelo magistrado.

Há quem diga que a suspensão condicional do processo pode ser concedida antes mesmo de haver a reparação do dano pelo ofensor à vítima. Dessa forma, o réu poderá ser premiado com a suspensão do curso processual da Ação Penal e somente após sobrevir a obrigatoriedade da reparação do dano. Vejamos:

[...] o processo fica suspenso pelo prazo de 02 a 04 anos e o autor do crime tem que cumprir algumas condições, entre as quais está a reparação do dano, conforme predispõe o artigo 89, § 1º da lei 9.099/95". (GRINOVER, 1999, p. 237)

Em oposição, parte da doutrina que defende consistir a reparação em condicionante para a concessão do benefício, salvo impossibilidade de fazê-lo, adverte ainda que se o seu valor não for devidamente apurado a extinção da punibilidade não poderá ser declarada, uma vez que consiste em "condição para o período de prova". (AMARAL, 2005, p.330)

Nesse contexto, a reparação do dano é uma das condições para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo. Reparado o dano, o agente será beneficiado pela suspensão, e ainda estará obrigado a outras condições impostas pelo juiz. Como consequência o processo fica suspenso pelo prazo de 02 a 04 anos, assim como preceitua o artigo 89 em seu parágrafo 1º, inciso I da lei 9099/95.

Decorrido o período de prova sem que a suspensão seja revogada, estará extinta a punibilidade do ofensor.

Assim sendo, a Lei 9.099/95 dispõe de recursos que possibilitam que aqueles delitos menos graves sejam apenados de forma mais branda, sem se esquecer dos interesses da vítima, evitando-se que acusados sejam jogados ao cárcere meramente porque praticaram conduta atípica, contudo, que não merece a tão dolorosa reprimenda, que é a prisão.

5. 8. 2 Dos crimes de trânsito

A Lei 9.503 de 23 de setembro de 1997 que institui o novo Código de Trânsito Brasileiro, introduziu no Ordenamento Jurídico Nacional um novo contexto ao tratamento antes dispensado à vítima, um modelo mais condizente com a política criminal, que propriamente a punição pura e simples do infrator.

A primeira dentre tantas outras discussões existentes no que diz respeito a esse Estatuto é a questão da competência. O artigo 291 do Estatuto Viário reiterou a possibilidade de aplicação subsidiária das normas gerais do Código Penal, Código de Processo Penal, bem como a Lei 9.099/95, assim como preceitua um dos Princípios do Direito, o Princípio da Equidade.⁹

A doutrina e a jurisprudência assentaram posicionamentos coniventes. Adotaram o posicionamento de que alguns dos delitos de trânsito são de competência do Juízo Comum, partindo da premissa de que os crimes de menor potencial ofensivo são determinados em decorrência da pena a que lhe é atribuída, ou seja, delitos a que a pena mínima atribuída é de 1 ano ou menos, assim sendo, em consonância com a reprimenda estaria definida a competência do Juízo.

Outrossim, cumpre salientar que a aplicação da Lei dos Juizados Especiais Criminais, aqui é mais ampla, atingindo até mesmo os delitos cujas penas mínimas são superiores a um ano; assim, o fez o legislador com o acréscimo de um parágrafo único no artigo 291 do Estatuto em análise, permitindo que sejam aplicados os institutos da composição civil dos danos, a transação penal e a representação da vítima, aos delitos de lesão corporal culposa, embriaguez ao volante e de participação em competição não-autorizada, crimes que via de regra, não comportariam esses institutos.

Dessa maneira há expressa autorização para a aplicação desses institutos despenalizadores aos delitos viários, contudo, nem sempre haverá a possibilidade de aplicação. É o que ocorre com a infração de embriaguez ao volante, em que a vítima é determinada como a coletividade. Ora, não haverá

⁹ A equidade como recurso hermenêutico de aplicação do Direito é um procedimento que adapta a generalidade da norma às peculiaridades dos casos concretos. [...] A equidade desempenha assim importantes funções relacionadas à superação dessas incorreções, dentre as quais se destacam: [...] suprimento de erros, lacunas ou omissões da lei.

possibilidade da tentativa de composição civil dos danos, tampouco a condição de procedibilidade consistente na representação da vítima.

Contudo, no caso da lesão corporal culposa no trânsito, mesmo se a pena máxima extrapolar um ano, haverá a possibilidade de transação penal. No entanto, deverá haver tentativa de composição civil dos danos, bem como se esta não restar frutífera, proceder à representação da vítima. Assim, não atingindo as medidas despenalizadoras, nenhum fim, poderá o juiz receber a denúncia e interrogar o acusado de prima, fazendo efetivos os Princípios que informam os Juizados Especiais Criminais.

Sob esta ótica, o que se verifica é a perseguição pelo Estatuto Viário de meios que resguardem a vítima e o delinqüente; aquele de suportar os danos decorrentes da infração e este de sofrer pena privativa de liberdade.

No encalço da reparação à vítima, o legislador instituiu ainda, o artigo 297 e seus parágrafos na Legislação de Trânsito. O referido dispositivo trata da multa reparatória, que nada mais é que o pagamento de quantia em dinheiro, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, calculada em conformidade com o dia-multa, atendendo ao disposto no § 1º do artigo 45 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante de delito com pessoa (vítima) determinada. Ainda em consonância com os parágrafos do artigo em comento, o valor da multa seguirá o procedimento dos artigos 50 a 52 do Código Penal, e para finalizar o valor pago a título de multa deverá ser considerado em face de uma eventual Ação de Indenização, Ação Civil *ex delicto*.

As críticas em relação à multa reparatória são inúmeras. O posicionamento do legislador mais contemporâneo é estranho à maioria dos doutrinadores do Direito, no entanto, sua postura condiz com as tendências atuais do Direito, que se inclinam à preservação da vítima.

De sorte que, não há como negar que ao Direito cabe adequar-se às vicissitudes sociais, evoluindo como ciência humana que o é.

A multa reparatória atende aos anseios do Direito Penal mundial, do qual, o Direito Brasileiro está bem distante. Contudo, as legislações aqui referidas são avanços no sentido da modernização e atendimento da súplica maior pelo resgate da vítima.

Não há de se falar pela inconstitucionalidade¹⁰ do preceito, mesmo que seja a reparação efeito extrapenal de natureza civil. Contudo não se trata de convenção entre as partes, mas de sanção penal, coerção, expiação por parte do ofensor. Nesse contexto, o instituto possui natureza penal decorrente de sentença penal condenatória, no entanto, não se fala na inconstitucionalidade, uma vez que a multa foi aplicada ao ofensor. Caso sobrevenha evento que o impeça de reparar o dano a que deu causa, o mais justo seria que seu espólio respondesse pelos valores, antes mesmo da partilha dos bens.

A multa reparatória poderá ser cobrada perante o juízo criminal, assim como ocorrem com as medidas assecuratórias existentes no Processo Penal. Os demais juízos terão competência subsidiária para perseguir a reparação.

Como conseqüência lógica, quitada a multa reparatória haverá a extinção da punibilidade do agente, ressaltando-se a possibilidade de Ação Civil *ex delicto*; garante-se, da mesma forma, o desconto daquilo que fora dado a título de reparação dos danos materiais nos autos demonstrados.

5. 8. 3 Dos Crimes Ambientais

A Lei nº 9.605/98 que trata dos Crimes Ambientais, trouxe em um dos seus dispositivos que os preceitos contidos no artigo 89 da Lei 9.099/95 seriam aplicados aos crimes de menor potencial ofensivo ali previstos.

Dessa maneira é permitida a aplicação da suspensão condicional do processo em face dos crimes de menor potencial ofensivo existentes na Legislação Ambiental. Assim, é necessário que ao delito seja cominado pena mínima igual a um ano ou inferior, e que o infrator atenda aos requisitos objetivos e subjetivos contidos no artigo 77 do Código Penal.

De tal modo que o infrator não deve ser reincidente em crime doloso, caso em que não há hipótese de aplicação de substituição de pena, assim como prevê o artigo 44 do Código Penal. Deve ainda o mesmo ainda gozar de mínima culpabilidade, ter bons antecedentes criminais, boa conduta social, personalidade do agente deve ser socialmente aceitável, bem como os motivos e as circunstâncias judiciais permitirem a concessão do benefício ao infrator.

¹⁰ artigo 5º XLV da CF

Não obstante, deverá haver a reparação do dano ambiental, salvo plausível impossibilidade de fazê-lo. A Legislação Ambiental valoriza os esforços do infrator que demonstra a intenção de restituir o *status quo ante*, possibilitando a extinção da punibilidade mesmo que não tenha havido a reparação integral do dano.

Nesse contexto, decorrido o período de prova, deverá haver laudo pericial que constate a extensão da reparação do dano. Caso, não tenha sido integralmente reparado, haverá a possibilidade de prorrogação do período de prova por até cinco anos, que poderão ser prorrogados pelo mesmo lapso temporal.

Transcorridos os referidos períodos, caso haja laudo pericial que demonstre a tentativa de reparação integral do dano, haverá a extinção da punibilidade do infrator, caso contrário, a infração continuará a perpetrar seus efeitos.

Em relação aos delitos de competência do Juízo Comum, havendo a reparação do dano ambiental, esta será considerada arrependimento do agente, incidindo como circunstância atenuante (artigo 14, II do Código Penal), contudo, é exigida a espontaneidade do infrator, ao contrário do que ocorre com os demais delitos estranhos à legislação em comenta.

5.9 Da reabilitação – Artigo 94, III do Código Penal

De prima, faz-se necessário precisar o instituto da reabilitação, para após proceder a análise de seu papel ante o sistema jurídico-penal, qual seja, reabilitar significa recuperar o crédito, a boa fama que sempre havia gozado. Sob outro ângulo, a reabilitação também pode ser a restituição de um estado anterior; aos direitos e prerrogativas, restituir à estima pública ou particular.

Contudo, para melhor precisar o instituto, o conceito jurídico produzido por Perez (1991, p. 95) atende as maiores expectativas; assim:

A reabilitação não só é um retorno à situação anterior, coisa – por outro lado – que nunca consegue e que nunca se propõe em realidade, senão que além disto, tal como hoje está considerada, constitui uma

espécie de reafirmação de que a pena cumpriu seus desejados efeitos, e não só a pena principal, mas também todas as acessórias que, na maioria dos casos, constituem uma carga para o delinqüente superior ainda à principal.

Assim, em síntese é um instituto mediante o qual, o delinqüente, por decisão judicial, atendidos alguns requisitos, tem abolidas determinadas restrições da capacidade jurídica da pessoa, provenientes de uma sentença penal condenatória. Detém, portanto, natureza jurídica de direito subjetivo público do interessado. Atendidos aos requisitos contidos na lei, ao juiz cabe deferir o pedido fatalmente. Não é, contudo, ato discricionário do magistrado; demonstradas as condicionantes do dispositivo legal (art.94, III do CP), cabe ao juiz conceder a reabilitação.

A tão mencionada Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984 deu capítulo próprio ao instituto. Este não mais seria uma causa extintiva da punibilidade, tão somente uma causa suspensiva da punibilidade, que pode sobreviver, a qualquer tempo, caso o reabilitado incida em pena privativa de liberdade, segundo o nosso Direito.

Nesse contexto, suspensa a punibilidade em decorrência da reabilitação, caso, sobrevenha alguma conduta que, de *per si*, demonstre o desmerecimento do condenado à reabilitação, esta será revogada, estabelecendo-se o *status quo ante*. Ao contrário se estabelece em relação à extinção da punibilidade que opera de modo irrevogável, fazendo cessar *in concreto* a pretensão punitiva ou executória, o *Jus Puniendi* do Estado.

A pretexto, a doutrina considera a ótica sob a qual analisou-se a reabilitação uma postura contemporânea, condizente com os preceitos mais modernos da política penal. Convém destacar trecho doutrinário que preconiza esse entendimento:

A consagração de Capítulo próprio ao instituto da reabilitação, bem como a forma com que foi estruturada, estão rigorosamente de acordo com os mais recentes estudos da política criminal. Tais estudos foram reiterados no Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento do delinqüente, celebrado em Milão [...]. (PEREZ, 1991, p. 102)

No que diz respeito ao tema que nesse trabalho é estudado, cabe transcrever os dispositivos legais que se referem a reparação do dano como condição para a reabilitação:

Artigo 94 do Código Penal – A reabilitação poderá ser requerida, decorridos dois anos do dia em que for extinta de qualquer modo, a pena ou terminar a sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

I – tenha tido domicílio no País no prazo acima referido;

II – tenha dado, durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado

III – tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.
<grifo nosso>

O dispositivo acima estabelece o alcance da reabilitação a determinadas condições, propõe requisitos autorizadores obrigatórios, o procedimento e as hipóteses de revogação da reabilitação. Dessa maneira, deve haver naquele processo aplicação de sentença definitiva que fixe pena, sua extinção ou o término da execução, ou ainda que tenha decorrido o período de prova da suspensão ou do livramento condicional sem que haja revogação. Exige o artigo 94 do Código Penal que haja decorrido dois anos daqueles, ou seja, que da sentença definitiva do livramento ou da suspensão condicional do processo tenha transcorrido dois anos em que o condenado esteja morando no país, além de apresentar comportamento que transcenda condições para a volta desse indivíduo ao convívio social sem máculas que o prejudiquem.

Sobretudo, o artigo 94 e seus incisos estabelece dentre essas condições necessárias ao requerimento do instituto a reparação do dano causado pelo delito. Para tanto, faz-se necessário que o indivíduo após o decurso de dois anos da sentença definitiva, bem como da suspensão ou do livramento condicional, sem que, tenha sobrevivido revogação, tenha reparado o dano por ele ocasionado à vítima ou que tenha demonstrado a impossibilidade absoluta de fazê-lo, ante ser reconhecidamente um efeito secundário extrapenal da condenação, conforme determina o artigo 91, I do Código Penal, ou ainda que exiba documento que comprove desinteresse da vítima ou acordo entre as partes.

Assim, não basta que o indivíduo demonstre a presença de alguns desses requisitos. Devem coabitar comprovadamente no mesmo requerimento, caso contrário o pedido não será deferido, o que não impede que este venha a pleitear o instituto em outro momento. Contudo, deverá demonstrar os requisitos positivos e até mesmo a impossibilidade de reparar o dano, sendo este requisito negativo.

Assim, em concordância com o dispositivo 186 do Código Civil e 91, I do Código Penal, o artigo 94, II, também do Código Penal, imprime àquele que deu causa a um dano advindo de conduta ilícita, tipificada pelo Direito Penal, a condicionante de retomar o *status quo ante* à vítima, para que possa de novo gozar de bons antecedentes criminais, assim como o réu intitulado como primário.

Neste contexto, a reabilitação atinge o passado do indivíduo de forma a deixar sob sigilo da Justiça as informações sobre a vida criminosa daquele sujeito. De sorte que, em sua “ficha” criminal, se consultada, não haverá nenhum registro em âmbito criminal, devido à reabilitação, salvo naquelas hipóteses em que o juiz requer os antecedentes criminais do indivíduo.

Ante a propriedade ao falar do assunto, calha citar Dotti: (2005, p.101)

A obrigação imposta ao réu de pagar o dano resultante do crime perante o próprio juiz da condenação se constitui em providência de grande alcance para eliminar as injustiças e os insuportáveis obstáculos criados pela divisão de responsabilidade e pelo fetichismo de regras formais.

Como preleciona Prado (2002, p. 476):

[...] trata-se a reabilitação de medida político-criminal, cujo escopo primordial reside na reinserção social do condenado, garantindo o sigilo de seus antecedentes e suspendendo condicionalmente certos efeitos específicos da condenação.

Sob esse prisma, conclui-se que o instituto é medida que beneficia as duas partes, se não ao Estado, pois se repara o dano suportado pela vítima, que fica satisfeita com o sistema jurídico-penal, o que beneficia àquele, e ainda, retira dos ombros do indivíduo as evidências de um passado obscuro, tornando as barreiras para a ressocialização quase que imperceptíveis.

6 TERCEIRA VIA PUNITIVA

Claus Roxin (2003), professor alemão, leciona no sentido de que há uma possibilidade de introduzir uma “terceira via” punitiva, que junto com as penas e as medidas de segurança, sirvam ao juiz como nova alternativa ao sentenciar.

Nas lições de Palermo (2005, p. 165) leciona ele que outras formas de penalizar o acusado seriam eficazes, desde que se analisando caso a caso. Em suas palavras:

[...] Pero también la “pena” podría consistir en una amonestación con reserva de pena. Lo que realmente importa es que la pena cumpla con su función de solucionar de la forma menos costosa, un grave e intolerable problema social [...] Sin embargo, muchos de los delitos que llegan a los tribunales, son sanciones alternativas a la pena de privación de libertad, o incluso de multa.¹¹

Palermo (2005) comenta ainda, com fundamento nesse posicionamento, a relação que necessariamente deve existir entre a reparação penal e a finalidade da pena, tanto dentro do Código Alemão, quanto em sua proposta de reforma em 1992. Conclui tentando encontrar uma resolução para essa problemática, bem como demonstrando a importância de um direito penal de alternativas.

A Terceira Via Punitiva é uma proposta dogmática inovadora, que é estabelecida dentro da teoria da pena. Estaria referida basicamente na reparação voluntária do dano causado por parte do delinqüente. Surge em face do fato que as formas de reprimenda das condutas deletivas existentes não mais desestimulam o delinqüente de cometer os atos intitulados como delitos e tão pouco a pena privativa de liberdade não alcança seu fim, qual seja, a ressocialização.

Ao Direito cabe a missão de proteger bens jurídicos, motivar condutas, prevenir de forma geral e reafirmar a norma jurídica. Como forma de tentativa para alcançar êxito nessa missão é que se propõe uma nova perspectiva ao juiz na emissão da sentença, que nada mais é a reparação do dano causado por crime.

¹¹ (...) mas também a pena poderia consistir em uma admoestação com reserva de pena. O que realmente importa é que a pena cumpra com sua função de solucionar de forma menos custosa, um grave e intolerante problema social (...) Não obstante, muitos dos delitos que chegam aos tribunais, são sanções alternativas da pena privativa de liberdade ou caso de multa.

A partir da premissa de que ao acusado não cabe apenas a pena privativa de liberdade ou qualquer outra forma de reprimenda e ali estaria esgotada sua responsabilidade, por conta de não atingir a finalidade para a qual a pena é imposta, - a tão almejada ressocialização -, é que se propõe a alternativa aqui defendida.

Para tanto, a reparação do dano entraria como figura ressocializadora do réu, pois, a prática da conduta deletiva não implicaria apenas em pena de prisão na pior das hipóteses, como também em reparação dos danos suportados pela vítima concomitantemente, além de atingir um fim dessocializador, pois evitaria que delinqüentes ocasionais ingressassem no ambiente carcerário atual.

O Sistema Penal é que faz da vítima sua própria vítima propriamente dita, sopesse ser solidário com o delinqüente, uma vez que condenado, é beneficiado pelo “aconchego” das unidades prisionais, recebendo abrigo, alimento, assistência psicológica, tratamento dentário, entre outras regalias, e, a própria vítima é quem suporta os danos por ele realizados e, em contrapartida as possibilidades de sua ressocialização estão completamente defasadas por se tratar à penitenciária de uma escola de criminalidade.

Aqui, o senso da Justiça se encontra descrente, inatingível, de fato, pela sua inexistência ou existência equivocada.

A função retributiva da pena, que nada mais é que a ressocialização do indivíduo, é inexistente e, portanto, faz da sociedade e do próprio detento e sua maior vítima, ao passo que esse sujeito jamais poderá retornar a sociedade sem que represente perigo potencial dando margem a outro problema social, o do aumento das unidades prisionais em decorrência da superlotação.

Nesse sentido, a Terceira Via Punitiva propõe que o réu deve reparar o dano, antes mesmo da persecução criminal e como prêmio por sua boa ação ter sua pena atenuada ou substituída. Ademais de nada justificaria seu recolhimento ou a continuidade de sua prisão ou até mesmo a continuidade do processo, uma vez que houve a reparação do dano.

Todavia, essa possibilidade seria dada aos delitos menos gravosos, ou seja, os crimes punidos com detenção e outros de conteúdo executório semelhante, excluídos por conseqüência os crimes mais graves punidos com reclusão, uma tendência contida nos Códigos Penais Latinos Americanos.

Conseqüentemente, acabariam as penas alternativas, como o trabalho comunitário, pois, os delitos assim apenados se resolveriam em reparação.

A possibilidade de reparação mesmo nos crimes mais graves não estaria excluída, da mesma forma os crimes tentados, dos quais a reparação serviria como fundo de reserva para apoio das vítimas desses delitos.

Nesse diapasão convém concluir que, segundo Palermo (2005, p.187), a Terceira Via Punitiva se consubstancia em:

La introducción reciente que ha hecho el legislador alemán de la relación autor-víctima – reparación en el sistema de sanciones penales, sea a través Del esfurezo sino Del autor em la reparación (Wiedergutmachung) o pó lograr una conciliación con la víctima (Täter-Opfer-Ausgleich), ha llevado a parte de la doctrina a sostener que nos enfrentamos a um sistema de tres vías em el que la reparación cumple una tercera función de la pena, conjuntame com la retribución y la prevención.¹²

A medida encontra parâmetros no Principio da Subsidiariedade, ou seja, virá ao Sistema Penal como forma de reforço, acessório que ajudaria no alcance às funções da pena.

De acordo com Prado (2002), a reparação não é uma pena, tão pouco, medida de segurança, senão uma medida independente que contém elementos do Direito Civil e cumpre com as idealizadas funções da pena.

Declina o professor alemão Roxin (1998) que a reparação deveria ser integrada ao catálogo punitivo, como assim o foi no projeto Alternativo do Código Alemão de 1992, ao passo que a reparação tem efeitos ressocializadores, que vão desde o direito civil e atendem à teoria da pena, devendo cair por terra a concepção de que a reparação não chegaria a ser um fim da pena, já que em um Direito Moderno o único fim possível da punição é evitar (preventivamente) o delito. Finalidade que engloba a prevenção em todas as suas formas. Portanto, não se necessita um novo fim da pena, sempre que a reparação conforme o Principio da Subsidiariedade cumpra com os fins preventivos especiais e gerais.

¹²“ na introdução recente entre o legislador alemão e a relação autor-vítima – reparação é um sistema de sanções penais, seja através do esforço do autor do próprio dano, que pode lograr uma conciliação com a vítima, o que leva uma parte da doutrina a sustentar que nós enfrentamos um sistema de tres vias, em que a reparação cumpre com a terceira função da pena, conjuntamente com a repressão e a prevenção.

A consequência prática da adoção dessa medida se aproveita não só ao criminoso e à vítima, como também à sociedade e à própria Administração da Justiça.

7 CONCLUSÃO

A perseguição da solução para a crise do Direito Penal Brasileiro aludida nesse trabalho buscou adequar um instituto já existente em nosso ordenamento jurídico, que é a reparação do dano causado por crime aos desafios propostos pela Criminologia atual.

A conclusão que se faz é que o instituto aparece de forma tímida, pouco correspondente com as necessidades do Direito Penal e dos sujeitos que com este mantém relação, quais sejam, a vítima, o delinqüente e a sociedade.

No desenvolvimento da pesquisa chegou-se à conclusão de que, nos dias atuais, a reparação do dano advindo de conduta criminosa é colocada como primeiro passo para reafirmação do Ordenamento Jurídico-Penal. Essa reafirmação é em amplo contexto, atingindo Estado como representante dos interesses da sociedade, delinqüente e vítima, que tornariam a acreditar nas medidas punitivas e repressivas inseridas pelo Poder Estatal, como forma de combater a criminalidade e seu respectivo crescimento.

De tal sorte que, a reparação do dano causado pelo delito atende todos os sujeitos envolvidos na prática criminosa, delinqüente, vítima, Estado e sociedade, assim como ressaltado alhures, uma vez que a vítima vê seu prejuízo reparado, o delinqüente recebe um prêmio condizente com sua conduta ressocializadora e a Sociedade acolhe um indivíduo mais cuidadoso com suas condutas, por conta da efetividade das Leis Penais.

Sem maiores pretensões, em consonância com o estudo apresentado no presente trabalho, a tendência é que num futuro próximo, a reparação do dano causado por crime seja o meio mais eficaz para o alcance da Justiça naqueles crimes de pequeno e médio potencial ofensivo, sopesa o instituto ser inserido nos fins da pena, não meramente como um efeito secundário extrapenal da sentença final, mas sim como meio eficaz de alcance a uma Justiça íntegra, cominado com os outros meios de perseguição da Justiça, a prevenção e a repressão do delito, ao passo que os atuais meios são ultrapassados e demonstram total disparidade com as necessidades do Direito Penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, C. do P. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via.** Leme: J. H. Mizuno, 2005. 427 p.
- ANIBAL, B. **Direito Penal: parte geral.** 3. ed. [Rio de Janeiro]: Forense, 1978, t.1, p. 83-84.
- ASSIS, A. de. **Eficácia civil da sentença penal.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. .
- BITENCOURT, C. R. **Novas penas alternativas.** São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. Código civil.. Código Civil (2002). Código civil. **Código civil.** 56. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1747 p. (Legislação brasileira) ISBN 85-02-05021-4
- BRASIL. Código de processo civil.. Código de processo civil (1973). Código de processo civil. **Código de processo civil.** 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1122 p. (Legislação brasileira) ISBN 85-02-05024-9
- BRASIL. Código de processo penal.. Código de processo penal (1941). Código de processo penal. **Código de processo penal.** 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 991 p. (Legislação brasileira) ISBN 85-02-05025-7
- BRASIL. Código penal (1940). **Código penal.** 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 913 p. (Legislação brasileira) ISBN 85-02-05023-0
- BRASIL. LEIS, etc. **Códigos penal, processo penal e Constituição Federal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 951 p. (3 em 1 Saraiva ISBN 8502055445
- BREGA FILHO, V. A reparação do dano no direito penal brasileiro: perspectivas. **Argumenta: revista do curso de mestrado em ciência jurídica da Fundinopi,** Jacarezinho: n.3, p.93-106, 2003.
- CAPEZ, F. **Curso de processo penal.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Direito penal : parte geral.** 10. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2003.
- CARVALHO, R. S. P. A vítima e o dano decorrente de delito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca,** Franca, v.7, n.12, p.190-194, jan./jun. 2004,
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria geral do processo.** 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DEMO, R. L.L. Direito Penal e outros ramos do Direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visita holística aos diversos planos

do direito a partir do Direito Penal. **Consulex: revista jurídica**, São Paulo, v.9, n.193, p. 57- 63, jan.2005.

_____. Direito Penal e outros ramos do Direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visita holística aos diversos planos do direito a partir do Direito Penal. **Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência**, Porto Alegre, v.32, n.99, p. 209 - 234, set. , 2005.

_____. Direito Penal e outros ramos do Direito: interdependência, comunicação, encontros e desencontros: uma visita holística aos diversos planos do direito a partir do Direito Penal. **Revista Jurídica (Sapucaia do Sul)**. Sapucaia do Sul, v. 52, n. 324, p. 89 -113, out.2004.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESPÍNOLA FILHO, E.; SILVA, J. G. da; LAVORENTI, W. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Campinas: Bookseller, 2000. 9 v.

FELIPETO, R. **Reparação do dano causado por crime**. Belo Horizonte: Del Rei, 2001.

FERNANDES, A. S. **O papel da vítima no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, J. D. **Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de direito penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MOLINA, G. A.; GOMES, L. F. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 - Lei dos juizados especiais criminais**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002.

GOMES, L. F. O prévio exaurimento da via administrativa (ou civil) e a penal (status quaestionae) **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 92, n. 812, jun.2003

_____. **Direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal**. 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, N. C. **Reparação civil do dano ambiental**. 2002. 65 f. Monografia (Graduação do Curso de Direito - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2002

GUIMARÃES, L. M. **Estudos de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HASSEMER, W. **Fundamentos del Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

HUNGRIA, Nélon; CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao código penal: decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955-1967.

JANCZESKI, C. A. A extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista de Estudos Tributários**. Porto Alegre, v.4, n.23, p. 11-17, jan./fev. 2002.

JESUS, D. E. **Direito Penal – Parte Geral**, ed. 25, São Paulo: Saraiva, 2002

_____. **A eficácia do direito penal no mundo contemporâneo**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004.

_____. **Código de processo penal anotado**. 21. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito penal**. 26. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1

JUIZADOS especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26-09-1995. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 475 p. ISBN 85-203-2703-6

JUIZADOS especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26-09-1995. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

KERN, B.-R. A função da satisfação do dano pessoal um elemento penal na satisfação do dano?. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n.33, p. 9-32, jan./mar. 2000.

LARRAURI, E. Tendências actuales de la justicia restauradora. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.12, n. 51, p.067-104, nov./dez. 2004

LIMA MACHADO, E. M. O principio da responsabilidade pessoal. **Revista do Curso de Direito**. Brasília, v. 2, n. 2, p. 87-99, jul./dez. 2001.

MACEDO, A. S. **Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1989

MAGALHÃES, D. **Aspectos da ordem da lei e do exercício de direito penal : causas de exclusão de crime**. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora, 1959.

MANUAL de padronização de textos: normas básicas de editoração para elaboração de originais, composição e revisão. Brasília: Senado Federal, 2005.

MARQUESAN, A. M. M. Alguns aspectos sobre a lei dos crimes ambientais. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, v.5, n.19, p. 67-81, 2000.

MARQUES, L. A. M. A responsabilidade penal da pessoa jurídica e a lei de crimes ambientais, em uma análise com o direito comparado. **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 1, n.3, p. 125-145, jul./dez. 2004.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1996, p. 160.

MOREIRA, R. A. Composição Civil dos danos e ação pública incondicionada. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, v. 1, n. 5, p. 19-23, ago./set. 2000.

MOSSIN, H. A. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MÜLLER, M. S.; CORNELSEN, J. M. **Normas e padrões para teses, dissertações e monografias**. 2. ed. rev. e ampl. Londrina: UEL, 1999..

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Curso completo de processo penal**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

PALERMO, P. G. La reparacion del daño como “tercera via punitiva”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 13, n. 55, p. 162-229, jul/ago. 2005

CARVALHO, R. S. P de. A vítima e o dano decorrente de delito. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**. Franca, v. 7, n. 12, p. 190-194, jan./jun. 2004

PEREZ, A. M. **Reabilitação penal no direito brasileiro**. São Paulo: APMP, 1991.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 1

ROCHA, J. C. de S. da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho** : dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

ROSA, A. J. M. F. Das responsabilidades. **Consulex : Revista Jurídica**. Brasília, v.7 n. 157, p. 34-35, jul. 2003

ROXIN, C. **Derecho penal** : parte general. 1. ed. Madrid: Civitas, 1999-2003. ISBN 84-470-0960-2

_____. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

_____. **Politica criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. (Coleção Vega Universidade)

SANTOS, B. P. dos. O livramento condicional e o Conselho Penitenciário . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 301, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5161>>. Acesso em: 29 ago. 2006.

SILVA, M. A. da. **Vítimas e criminosos.**, 2005. 39 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Presidente Prudente, 2005

SZNICK, V. **Novo código de trânsito:** homicídio, lesões, embriaguez, interdição, velocidade, "racha", fuga e omissão. São Paulo: Ícone, 1998. .

TAHIM JÚNIOR, A. N. Ação Civil Pública *ex delicto*. **Revista de Processo**. São Paulo, v.29, n. 115, p. 28-54, maio/jun. 2004

VEIGA, M. G. Lei de Crimes Hediondos: uma abordagem crítica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3637>>. Acesso em: 29 ago. 2006.