



TESIS DOCTORAL

2015

***DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO DELITO NO
DIREITO BRASILEIRO COM REFERÊNCIAS AU DIREITO
ESPANHOL E SUAS REFORMAS RECENTES.***

*LA REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR EL DELITO EN LA LEY
BRASILEÑA con referencias a la ley española y recientes reformas.*

SILMA MARLICE (SORUB DE SOUZA) MADLENER

Licenciada en Derecho

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.

FACULTAD DE DERECHO. UNED

Director: Jordi Nieva Fenoll

Tutora: M^a Dolores Serrano Tárrega



DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA.

FACULTAD DE DERECHO. UNED

***DA REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO DELITO NO
DIREITO BRASILEIRO COM REFERÊNCIAS AU DIREITO
ESPANHOL E SUAS REFORMAS RECENTES.***

*LA REPARACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS POR EL DELITO EN LA LEY
BRASILEÑA con referencias a la ley española y recientes reformas.*

SILMA MARLICE (SORUB DE SOUZA) MADLENER

Licenciada en Derecho

Director: Jordi Nieva Fenoll

Tutora: M^a Dolores Serrano Tárrega

"Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro com referências ao Direito espanhol e suas reformas recentes"

Silma Marlice (Zorub de Souza) Madlener

Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito

Bacharel em Direito

Advogada

Director: Profesor Jordi Nieva Fenoll

Catedrático de la Universidad Central de Barcelona

Tutora: Profesora Maria Dolores Serrano Tárraga

Agradecimientos

En la elaboración de esta Tesis se encuentran los esfuerzos de muchos profesores, colegas y amigos que me animaron, me estimularon, y me orientaron en mis estudios. El primer paso para elaborar este trabajo fue el apoyo del Profesor Alfonso Serrano Gómez, el cual por sus profundos conocimientos de Derecho penal e Criminología me encaminó en la búsqueda de profundizar los estudios con la finalidad de encontrar caminos para la reparación del daño causado por el delito en dos grandes ordenamientos jurídicos: Brasil y España. El apoyo incondicional del Profesor Klaus Tiedemann que me concedió la oportunidad de hacer las investigaciones en el Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht de la Universidad de Friburgo, Alemania, y posteriormente su sucesor Profesor Roland Hefendehl que me concedió la oportunidad para continuar la investigación en ese Instituto y en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, y también a la Maestra Rosa María Grethler de ese Instituto por su ayuda y apoyo. Al Profesor Hans-Jörg Albrecht, Director del Departamento de Criminología del Institut Max-Planck für ausländisches und internationales Strafrecht, a la dirección y al personal de la biblioteca que no medieron esfuerzos para ayudarme, mis más sinceros agradecimientos. No podría dejar de agradecer al Dr. Kurt Madlener por su ayuda en la revisión de este trabajo, que por sus conocimientos tanto del derecho penal español como del derecho brasileño, fueron de gran valor. Al ex-Ministro del Superior Tribunal de Justiça Profesor Ruy Rosado de Aguiar Jr. de Porto Alegre, Brasil, y al Profesor Roque de Brito Alves, Profesor de Derecho Penal en Recife, Brasil, por sus ejemplos de perseverancia, por su apoyo y amistad y por sus informaciones actualizadas con libros y

artículos. Al Profesor Juan Luis Gómez-Colómer por su importante ayuda. A todo eso se suman los excelentes cuidados médicos del Profesor Dr. med. Hubert Blum de la UNIKLINIK de la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, su constante apoyo y estímulo para que yo pudiera concluir este trabajo. Mis agradecimientos, también, al Profesor Vicente Gimeno Sendra y al Profesor Jordi Nieva Fenoll por su dedicación e orientación. Al muy distinguido Profesor Goffredo da Silva Telles Jr. a quien tuve el honor de tenerlo como mi orientador de Posgrado en la Universidade de São Paulo y por su profundo conocimiento de Filosofía del Derecho, jamás olvidaré. A mis amigas Conceição Aparecida Fernandes Pietsch y Dra. Maria Célia de Castro Sacramento por su amistad e apoyo sinceros. A la Profesora Thaís de Camargo Rodrigues y a la Dra. Antonia Klee por su amistad y muy importante ayuda para mantenerme al día con la literatura jurídica brasileña y a todos que de una manera o otra me ayudaron y me apoyaron, dejo aquí mis sinceras palabras de gratitud.

Ahora llego al final de este labor, y eso no sería posible sin la orientación recibida de mis padres y sina la fé que ellos me enseñaran a guardar.

ÍNDICE

PARTE PRIMEIRA

"Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro"

I. Introdução: princípios filosóficos sobre a reparação do dano

II. Do Direito brasileiro

A. Da reparação do dano: Do descobrimento a independência

1. O Direito Aborígene

2. O Direito português e o Direito espanhol que
vigoraram no Brasil: as Ordenações Afonsinas, as
Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas

B. Da Reparação do dano da Independência à República

1. A primeira Constituição brasileira (1824)

2. Reparação dos danos por Ministros e Secretários
de Estado

3. Juízes de Paz: conciliação de pequenas demandas

4. O famoso Projeto do Código Criminal do Império de
Bernardo Pereira de Vasconcellos

- a. Reparação dos danos através dos cofres públicos
- b. A pena de multa nos projetos do Código Criminal do Império

5. Pena de multa aos Juízes que não comparecessem perante o Júri

C. A reparação do dano no Brasil imperial

1. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830

- a. Da satisfação do dano no Código Criminal de 1830
- b. O dia multa, criação do Código Criminal do Império do Brasil

2. A reparação do dano no Direito Processual

- a. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 29.1.1832
- b. A jurisdição somente civil para todos os casos de indenização (1841)
- c. O Regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842

3. Teixeira de Freitas e a Consolidação das Leis Civis de 22.12.1858

D. A proclamação da República

1. A reparação do dano causado pelo delito no Direito Penal no Brasil republicano

- a. O Código Penal de 1890
- b. A Consolidação das Leis Penais de 1932
- c. Projetos para um novo Código Penal
 - c.1. O projeto de Virgílio de Sá Pereira
 - c.2. O projeto Alcântara Machado

2. A reparação do dano no Código Penal de 1940

- a. A Parte Geral
 - a.1. Da suspensão condicional da pena
 - a.2. A Lei n. 6.416 de 24 de maio de 1977
 - a.3. Da reabilitação
- b. A Parte Especial do Código Penal

3. Projetos para um Código de Processo Penal

- a. O Projeto Vicente Ráo
- b. O Anteprojeto Helio Tornaghi do Código de Processo Penal

4. A reparação do dano no Código de Processo Penal de 1941

a. Da Liberdade Provisória

b. Do Livramento Condicional

c. Medidas Assecuratórias no Código de Processo Penal

c.1. Do seqüestro de bens

c.1.1. Seqüestro dos bens do proveito do crime

c.2. Da Hipoteca Legal

c.3. Perdimento de bens na Lei nº 3.502 de 21.12.1958

c.4. Do Arresto de bens

c.5. Fiança

E. Reformas durante o último Governo Militar (1964-1985)

1. A reparação do dano causado pelo delito no Direito Penal

a. O chamado Código Penal de 1969

b. A Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977

c. O projeto do Código Penal de 1981

c.1. A multa penitenciária

c.2. A multa reparatória

2. A Nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº7.209 de 11.7.1984)

a. Eficácia da sentença estrangeira

b. A Reparação do dano como condição imposta ao condenado

b.1. Da Suspensão Condicional da pena

b.1.1. Sursis especial

b.1.2. Sursis simples

c. Da Liberdade Provisória

3. O Anteprojeto do Código Penitenciário de autoria de Roberto Lyra (1978)

4. Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210 de 11.7.1984

a. Livramento condicional

b. Reabilitação

5. A reparação do dano no Direito Processual Penal

a. O Anteprojeto do Código de Processo Penal de autoria do Prof. José Frederico Marques (1970)

b. Anteprojeto de lei do Código de Processo Penal de 1983

c. Reparação do dano como condição para a progressão do regime do cumprimento da pena

F. Evolução da reparação do dano após a volta a democracia (1985) e situação atual.

1. Da reparação do dano causado pelo delito no Direito penal

a. Das circunstâncias atenuantes no Código Penal brasileiro.

b. Das circunstâncias atenuantes no Anteprojeto da Parte Especial do Código penal (1987)

b.1. Furto

b.2. Da apropriação indébita

b.3. Do Estelionato

b.4. Casamento do agente com a vítima

b.5. Falso testemunho ou falsa perícia.

2. A Constituição Federal de 1988

- a. Assistência às vítimas de crimes dolosos
- b. Dano Moral

3. Aspectos atuais do Direito Processual Penal referentes à indenização

- a. Fixação de valor mínimo para a reparação do dano no processo penal
- b. Medidas Cautelares no Processo Penal - Lei n° 12.403 de 4 de maio de 2011
- c. Projeto de Lei do SENADO FEDERAL N°156, de 2009, a reforma do Código de Processo Penal
 - c.1. Da adesão da vítima no processo penal

G. A reparação do dano em leis especiais

- 1. Lei n° 7.913 de 7 de dezembro de 1989 dispõe sobre a ação civil pública
- 2. A Lei n° 8.078 de 11.9.1990 -Código de Defesa do Consumidor.
- 3. Penas restritivas de direitos - Lei n° 9.714 de 25 de novembro de 1998
- 4. A multa reparatoria no Código de Trânsito Brasileiro - Lei n° 9.503 de 23 de setembro de 1997
- 5. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei

nº8.069 de 13 de julho de 1990

6. Juizados Especiais Cíveis e Criminais

a. Juizados Especiais Cíveis - Lei nº 7.224 de 7 de novembro de 1984

b. Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Comum

c. Juizados Especiais Federais - Lei Nº 10.259 de 12 de julho de 2001

7. Crimes Ambientais- Lei nº 9.605 de fevereiro de 1998

8. Juizados de Violência doméstica e Familiar Contra a Mulher - Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha)

9. Extinção da punibilidade em legislação especial

a. Extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária

b. Extinção da punibilidade por débitos previdenciários

c. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no crime de contrabando ou descaminho

H. A reparação do dano no anteprojeto do Código Penal de 2011.

I. Alterações das disposições do Código de Processo Penal

1. A fiança
2. A hipoteca legal

J. O Estatuto da vítima (Projeto de Lei 2013)

K. A Lei de Mediação N° 13.140 de 26 de junho de 2015

1. Mediador Extrajudicial e Judicial
 - a. Procedimento de Mediação e a suspensão do processo
 - b. Organização de centros judiciais para a Mediação Judicial
2. Autocomposição de conflitos quando é parte pessoa jurídica de Direito público

L. Justiça Restaurativa

M. Observações sobre a reparação do dano causado pelo delito no direito brasileiro

N. Anotações sobre a a reparação do dano na legislação vigente

PARTE SEGUNDA

Aspectos da reparação do dano causado pelo delito no Direito Espanhol

I. Desenvolvimento histórico

1. O antigo regime

- a) As "Siete Partidas"
- b) A nova Recopilação e a Novíssima Recopilação

2. O tempo do Iluminismo

- a) Lardizábal, o primeiro penalista da América Espanhola

3. A era da codificação

- a) O Código Penal de 1822
- b) O Código Penal de 1848 e Joaquín Francisco Pacheco
- c) A influência do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 no Código Penal Espanhol de 1848

4. O correcionalismo espanhol, Krausismo e positivismo

- a) A influência filosófica de Giner de los Rios

- b) A correção ao entendimento de Concepción Arenal e Luis Silvela
- c) Correcionalismo, positivismo e a ideia abolicionista de Pedro Dorado Montero
- d) O Código Penal de 1870

5. A Origem do Desenvolvimento da Moderna ciência do Direito Penal Espanhol

- a) O Código Penal de 1928

6. A Situação atual após a volta à Democracia

II. Direito Vigente

A. A reparação do dano no direito penal material

1. Restituição, reparação e indenização de prejuízos materiais e morais
2. A suspensão da execução das penas privativas de liberdade e da liberdade condicional no Código Penal de 1995
3. A liberdade condicional na Lei Orgânica N° 1 de 30 de março de 2015, que modificou a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal
 - a) Da prisão permanente revisável como uma hipótese de liberdade condicional ou de suspensão da execução

da pena

b) Liberdade condicional nos delitos de corrupção

c) A reparação do dano como condição para a concessão da suspensão da execução das penas privativas de liberdade

d) Acordo alcançado através da Mediação

4. A Reparação do dano como circunstância atenuante

5. A isenção da responsabilidade penal em casos de fraude tributária

B. Efeitos da reparação do dano no processo penal

1. O papel da reparação no contexto de decisões gerais e especiais do processo

2. As Medidas cautelares

a) Das fianças

b) "Embargo de bienes"

3. O papel da reparação na imposição das decisões judiciais

4. A "conformidad" do acusado no processo penal

5. "Juicios rápidos"

6. A revogação da suspensão da execução da pena

C. Das ajudas públicas às vítimas carentes por parte do Estado

1. Fundos Públicos

- a) Subrogação do Estado nos direitos da vítima
- b) Fundos públicos para a ajuda às vítimas carentes

D. Responsáveis civis subsidiários

E. O Estatuto da Vítima do delito

1. Dos Direitos básicos da Vítima

2. Os serviços de Justiça Restaurativa

PARTE TERCEIRA: RESUMOS

I. Resumo da parte primeira em português:

Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro

A. A legislação vigente

1. Normas básicas constitucionais sobre a reparação do dano
2. Normas do Código Penal
3. Normas do Código de Processo Penal
4. Normas referentes a danos causados por Menores
5. A Justiça Restaurativa

B. Necessidade de reformas

1. O combate contra a morosidade da Justiça
2. A necessidade de um fundo de compensação

II. Resumo da Parte Segunda em português:

Aspectos da reparação do dano causado pelo delito no Direito espanhol

III. Resumen de la parte primera en español

La reparación del daño causado por el delito en el derecho brasileño

A. Legislación vigente

1. Normas básicas constitucionales sobre la reparación del daño en el derecho brasileño
2. Normas del Código Penal
3. Normas del Código de Proceso Penal
4. Normas referentes a daños causados por Menores
5. La Justicia Restaurativa

B. Necesidad de reformas

1. La lucha contra la morosidad de la Justicia
2. La necesidad de un fondo de compensación

IV. Resumen de la Parte Segunda en español: Aspectos de la reparación del daño causado pelo delito en el Derecho español

PARTE QUARTA:**Considerações e sugestões**

Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro

1. Considerações gerais
2. Sugestões

PARTE QUINTA: CONCLUSIONES

Finalização - Clausura

Bibliografia consultada para a elaboração da Parte Primeira - Do direito brasileiro

Bibliografia consultada para a elaboração da Parte Segunda - Do direito espanhol

Índice com numeração das páginas

PARTE PRIMEIRA

Da reparação do dano causado pelo delito no Direito Brasileiro

I. Introdução: princípios filosóficos sobre a reparação do dano

Na sua acepção científica o Direito nasce com os juristas romanos, quando descobrem a "vontade" no Direito.

O direito subjetivo foi uma descoberta dos romanos, que entenderam no mundo clássico estar à vida ligada à vontade e que da vontade provém.

Nas origens do Direito Penal, voltando às suas raízes, encontramos a vítima e a sua família numa posição central as quais tinham o direito de requerer a vingança e a penitência.

No direito germânico e nos primeiros séculos depois de Cristo a vingança da vítima ou de sua família vigorava no direito penal. Ao lado da vingança já se estabeleceu o sistema de compensações (Kompositionssystem). Este sistema substituiu a vingança por uma prestação em dinheiro ou em bens que se negocia entre o ofendido e o delinquente ou entre as famílias respectivas. Nesta época como disse Kurt Madlener, a figura central era a vítima: a

vingança e a prestação negociada deveriam compensar o que ela sofreu individualmente e como parte da família a que pertencia. No início do desenvolvimento do direito penal e dos procedimentos penais a vítima era o centro de interesse.¹

Com a evolução do Estado e a conseqüente organização da persecução penal por ele, a vítima e a sua família foram deslocadas à uma posição marginalizada. Com o fortalecimento dos princípios que resguardam os direitos humanos aumentou a tendência de se prestar mais atenção ao delinquente do que à vítima para proteger os direitos humanos do réu no direito processual penal.

O Professor Madlener em 1989 já dizia que, „assistimos a um redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales.“ Há menos de meio século é que vemos um verdadeiro movimento à favor da vítima.

Porém, a história nos tem demonstrado que à sombra das Declarações do Direito do Homem, com todas as garantias individuais declaradas e proclamadas, a vítima muitas vezes é pouco considerada, não crê, ou não faz uso da faculdade protegida pela norma para a concretização do seu direito.

¹ Madlener, Kurt, *El redescubrimiento de la víctima por las ciencias penales* em: Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Ano IV, Número 10, Universidade Nacional Autónoma de México, Janeiro-Abril de 1989.

Há Estados em que os Governos mesmo tendo aderido às "Declarações" se recusam a promover os ideais de Direito a Direitos Subjetivos autênticos.²

Pois o Direito Subjetivo não é um poder ou faculdade qualquer protegida pela norma, mas aquele que é reconhecido à pessoa pela norma, mas unicamente aquele que é reconhecido à pessoa pelo ordenamento jurídico com um poder unitário e independente.³

E o direito de exigir a reparação do dano causado por outrem, não são permissões simples. São permissões jurídicas e constituem, portanto, verdadeiros Direitos Subjetivos.⁴ E as "permissões para o uso de faculdades humanas, quando conhecidas por meio de normas jurídicas, constituem, precisamente, os Direitos Subjetivos.⁵ E ainda explica o Prof. Goffredo Telles Jr. que o Direito Subjetivo compreende:

1. a autorização de fazer ou de ter, o que o Direito objetivo não proíbe:

2. a autorização, dada a quem for lesado pela violação da norma jurídica, por meios de órgãos

² Telles Jr., Goffredo, *O Direito Quântico*, São Paulo 1980, pág.413.

³ Castán Tobenas, José, *Situaciones Jurídicas Subjetivas*, Instituto Editorial Reus: Madrid 1963, pág. 33.

⁴Telles Jr., Goffredo, *O Direito Quântico*, S.P.1980, pág.391.

⁵ Telles Jr., Goffredo, op.s.c., pág.395.

competentes do poder Público, o cumprimento da norma infringida ou a reparação do mal sofrido.

Jean Dabin afirma que se o homem é um ser social, nem por isso deixa de ser um ente individual, e como tal titular de direito subjetivo; se o direito subjetivo supõe a existência de outro, não supõe necessariamente ser a sociedade nem por conseguinte uma regra social. Qualquer que seja o gênero das relações sociais consideradas em sentido amplo e no sentido estrito, sempre são seres individuais os que se encontram no princípio formando a base, o suporte, o substrato dessas relações.

E continua: O Direito Subjetivo implica relação entre o sujeito titular e as outras pessoas. Tanto que o ser humano se impõe aos outros como sujeito de direito respeitável e inviolável. Se há direitos subjetivos que se impõe o respeito alheio é porque há uma regra subjetiva que declara dignos de respeito esses valores e os erige em direitos.⁶

Como aduz Karl Larenz *a indenização não cumpre a mesma função da pena*. Na pena o que se situa em primeiro plano é a conduta do agente contrária ao ordenamento jurídico e a sua culpa individual. E na indenização o que está em primeiro

⁶ Dabin, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, págs. 69-96.

plano é o dano que alguém sofreu em seus bens jurídicos. E para poder reclamar a outra pessoa a indenização pelo dano sofrido se necessita uma causa. E com essa causa é que se pode fazer-se responsável pelo dano.

Como diz Jossierand: "Seulement, il faut observer que la rupture de l'équilibre instable des droits peut s'effectuer de façons très diverses; elle n'éclate pas toujours avec la même évidence ni avec la même intensité. Lorsque le titulaire d'un droit l'a détourné de sa destination, le déséquilibre des intérêts en présence n'est point contestable, le préjudice a été causé injustement et doit donc être réparé; la victime obtiendra, soit une satisfaction en nature, soit au moins une indemnité qui rétablira l'équilibre un instant rompu, Mais si l'agent a exercé son droit conformément à l'esprit même de l'institution, le même raisonnement ne peut plus être reproduit, et l'appréciation de l'injustice nécessitera un examen particulièrement attentif."⁷

A infração antijurídica e culposa diz Larenz é só uma entre as possíveis razões de imputação do dano. O que deve haver em todos os princípios de responsabilidades por danos é a idéia de uma justa compensação do dano ou de uma justa repartição de

⁷ Jossierand, Louis, *De l'esprit des droits e leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2^a ed. 1939, reeditada em 2006, Paris, pág. 342.

determinados riscos de danos. Nessa medida diz Larenz todos eles são princípios de Direito Justo.⁸

A esse propósito Kaufman diz, que muitas vezes depende do próprio indivíduo que o mesmo obtenha ou não o gozo das vantagens que lhe são destinadas pelas regras de distribuição. Isso, também, se aplica às regras que Armin Kaufman chama de regras de distribuição (estas segundo ele são regras de direito que regulam a distribuição dos bens da vida) expressas na lei, das quais derivam deveres a favor de certos indivíduos "que o lesado exija ou não a reparação do dano". É nisso que reside o seu Direito Subjetivo". E tem razão Kaufmann, pois que na prática os efeitos do mesmo consistem no ônus de instaurar o procedimento judicial por conta do titular, esclarece ele.⁹

Já von Liszt ao tratar dos Lineamentos de Política Criminal alude que: "Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito, a idéia finalística a força que o produz". E continua ele, o Direito não é somente uma ordem de paz, senão, também, e segundo a

⁸ Larenz, Karl, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, (tradução de Luis Díez-Picazo), Editorial Civitas: Madrid 1985, págs.114, 115, e 125.

⁹ Kaufmann, Armin, *Teoria da Norma Jurídica*, Editôra Rio, Traduzido da edição de Verlag Otto Schwartz e Co.: Göttingen 1954, págs. 334 e 339.

sua mais íntima natureza, uma ordem de combate. Por traz da ordem pacífica das relações da vida está o poder público, que dispõe da força necessária, e portanto da coação. Esta por sua vez se manifesta¹⁰:

1.- como preenchimento obrigado do dever jurídico (execução forçada);

2.- como restabelecimento da ordem perturbada (indenização);

3.- como punição do desobediente.

As noções de reparação e de repressão foram tratadas como equivalentes durante muito tempo e até hoje em dia em certas sociedades são confundidas, mas, no processo penal em sentido estrito geralmente é considerado como o resultado da distinção das duas noções. Quanto ao interesse protegido pela norma jurídica se tem formulado diversas questões, por exemplo se o interesse à repressão é, também, um interesse privado, se é um interesse individual, se é um interesse coletivo, e sobretudo se o interesse à reparação é igualmente um interesse público.¹¹

O fato de ter prevalecido a noção de direito público do crime e da punição, algumas vezes nos

¹⁰ Liszt, Franz von, *Tratado de Direito Penal Alemão* (Tradução de José Hygino Duarte Pereira) (única tradução autorizada pelo Autor), Tomo I, Rio de Janeiro: 1899, págs. 92 e 97.

¹¹ Kerchove, Michel van de, *Droit et intérêt*, Bruxelles 1990, págs. 83 a 109.

esquecemos de que no Direito Penal durante muitos séculos o princípio da restituição e da retribuição co-existiam.¹²

Montesquieu ao tratar das penas pecuniárias demonstrou ser contrário a sua aplicação pela injustiça que possam conter:

"Mais les gens riches ne craignent-ils pas de perdre leurs biens? Les peines pécuniaires ne peuvent-elles pas se proportionner aux fortunes? Et, enfin, ne peut-on pas joindre l'infamie à ces peines?"

"Un bon législateur prend un juste milieu; il n'ordonne pas toujours des peines pécuniaires; il n'inflige pas toujours des peines corporelles.¹³"

Muito se tem falado sobre um adequado tratamento do delinqüente e da correta aplicação da norma penal, de um tratamento racional do delinqüente, de sua reeducação, de ressocialização e de defesa social, e de prevenção geral. Mas qual seria o tratamento adequado da reparação do dano à vítima do delito?

Procuraremos discorrer sobre o tratamento havido no Direito brasileiro com referências ao

¹² Madlener, Kurt, op.s.c., pág. 279, nota 1.

¹³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Editions Garnier Frères: Paris 1973, pág. 103.

Direito espanhol no decurso de suas histórias e as possibilidades de efetivação da reparação do dano que a vítima sofre nos seus bens jurídicos, e as suas conseqüências sobre o Réu.

O trabalho que nos propusemos a fazer tem como objetivo principal e precípua alcançar o cerne dos motivos que impulsionaram a elaboração das normas, a construção da doutrina e da jurisprudência, e a verificar o resultado prático de uma grande parte da construção jurídica em que se apoiou o tema "vítima" na reparação do dano causado pelo delito.

A menção legislativa que fazemos não é apenas no sentido informativo do que houve ou do que há na legislação brasileira e na legislação espanhola, mas para um conhecimento da aplicação dogmática e teleológica, notando as diferenças que pouco a pouco foram se transformando num maior cuidado à vítima, e porque também, não ao Réu.

Mas o que será que mais tem preocupado os estudiosos do tema? Será que foram os benefícios concedidos ao Réu ou será que a aplicação do requisito da reparação do dano é ainda resquício da vingança privada? Ou ainda será que se pretende com isso reeducar o delinqüente, com o peso financeiro que disso possa decorrer? Ou ainda se pensará na

ressocialização do delinqüente considerando-se a reparação como pena, ou será ainda que a reparação material do dano, feita por um terceiro não pode beneficiar o Réu?

Havia no Código penal brasileiro de 1940 em seu artigo 107 em seu Inciso VIII disposição, que previa como causa que isentava o réu de pena, quando a vítima contraía matrimônio com terceiro nos crimes contra os costumes, se cometidos sem violência real ou grave ameaça. Se a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração do casamento, extinguiu-se a punibilidade.

Quem reparou o dano nesse caso não foi o Réu mas, era ele que se beneficiava indiretamente do casamento da ofendida com terceiro. Esse dispositivo foi revogado pela Lei n. 11.106 de 28 de março de 2005. Creio que o intuito do legislador em 1940 foi ter levado em conta a tradição da família brasileira à época, e que casamento da ofendida com terceiro limparia a mácula deixada na família.

Quanto a reparação do dano, a transformação dos costumes pelas quais passa a sociedade hodierna, se verifica, também, que no projeto do Código penal brasileiro de 1981 se dizia do "desejo sincero de

reparar o dano", e hoje em dia já não se fala mais disso.

Passando por Bentham, Vasconcellos, Mittermayer, Garofalo, Ferri, Sá Pereira, Alcântara Machado, Vicente Ráo, Frederico Marques, Helio Tornaghi e tantos outros chegamos a ver o aproveitamento das idéias num circuito de mais de duzentos anos e a sua aplicabilidade, embora, de maneira diversificada e modificada de discussões dogmáticas, teleológicas, e axiológicas em torno desse tema.

E ainda passando pelas Teorias do Direito Subjetivo ficamos pensando de quem será o interesse protegido ao se reparar o dano. Quem é que está preocupado realmente em satisfazer a vítima do delito? Pois, na prática quase nada se faz ainda nos diversos ordenamentos jurídicos e em muitos países a favor da vítima, para a sua efetiva e real satisfação.

E há um fator muito importante, que é a cifra negra da criminalidade. Quantas vítimas nem sequer tem coragem de denunciar o delito, ou por que não crêem na Justiça, nem na Polícia, ou porque não querem perder tempo, dispor de dinheiro, ou porque muitas vezes de vítimas passam a ser Réus.

A permissão que lhes é dada pela norma

jurídica de fazer valer os seus direitos, no entanto, não anima a todas as vítimas de movimentarem o aparelho judiciário para que o dano a si causado, lhes seja reparado. Ou o direito subjetivo representado pela vontade do titular do direito, cabe também ao réu num desejo consciente de reparar o dano que causou, ou apenas esta vontade pode ser manifestada pelo ofendido quando exige o pagamento da reparação? Ou será a vontade inerente à vítima, uma vingança que deseja que o Réu seja punido por uma pena privativa de liberdade sem que se repare o dano?

As indicações que fazemos no decorrer do trabalho da evolução legislativa e jurisprudencial tem por fim demonstrar uma preocupação política ou melhor de política criminal, no decorrer dos anos.

Ainda muito fica a desejar, pois, há casos de lacuna da lei, que a vítima não consegue sequer registrar a sua queixa na polícia por falta de tipificação, muito embora, se pudesse recorrer em alguns casos à analogia, à doutrina aos princípios gerais do direito ou à interpretação teleológica da lei.

É como diz Engisch podemos reunir "lacunas" e "incorrecções" sob o conceito comum de "deficiências". A deficiência que se dá pela lacuna,

é preenchida pelo Juiz quando atua "praeter legem", "supplendi causa". Quando a deficiência é feita através da correção da lei, o juiz atua contra legem, "corrigendi causa".¹⁴ Mas seria exigir demais do aparelhamento policial que penetrasse no âmago dessas questões.

Muitas vezes o legislador não previu certas hipóteses por que as olvidou, ou porque não teve pessoalmente interesse na sua normatização, ou porque deixou para a decisão pela Justiça.

Nesses casos, o que muitas vezes ocorre, é que a vítima encontra-se desamparada e à mercê de entendimentos diversos da jurisprudência quando ainda não unificada.

Assim, ainda ensina Engisch que faltando expressamente um estatuto legal de uma obrigação de indenizar certas espécies de prejuízos, ter-se-ia de concluir sem mais, pela rejeição da pretensão do lesado à uma indenização.¹⁵

Ainda há os que defendem o instituto da reparação do dano como de caráter de prevenção geral e ainda, "especial positivo". Mas não deixa de ser uma ameaça para que se tenha um bom comportamento,

¹⁴ Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, (Tradução de J. Baptista Machado), *Fundação Calouste Gulbenkian*: Lisboa, pág. 221.

¹⁵ Engisch, Karl, *op.s.c.*, pág. 229.

que esteja dentro das normas jurídicas estabelecidas. É certo que grande parte das normas punitivas tem um caráter de prevenção geral, mas não representam uma ameaça a todo o cidadão que só age corretamente por temor, ou no caso para evitar uma reparação ao dano. Além desse fator o que deve estar intrínseco na norma é que, uma vez devida a reparação deve ser efetivada para recompor mais ou menos as coisas no estado em que se encontravam.

II. DO DIREITO BRASILEIRO

A. Da reparação do dano: Do descobrimento à independência¹⁶

1. O Direito Aborígene

Quando da chegada do português Pedro Álvares Cabral no Brasil em 22 de abril de 1500, havia inúmeras tribos indígenas. Entre os indígenas havia um Direito Criminal costumeiro, com as suas tradições religiosas, onde vigorava, também, a lei de Talião.

A responsabilidade era mais coletiva do que individual.¹⁷ O direito aborígene em virtude da sua primariedade "em nenhum momento" influiu na legislação brasileira.¹⁸

Como disse o grande jurista Clóvis Beviláqua: "o direito português varreu as instituições dos aborígenes acossados pelo ciclone de uma civilização intolerante, sanguinária e devastadora, segundo lhe devia parecer pelo que viam e sofriam...".¹⁹

¹⁶ Descobrimento (1500); Independência (1822).

¹⁷ Lyra, Roberto, *Introdução ao Direito Criminal*, Rio: 1946, pág.84, citando Clóvis Beviláqua em *Criminologia e Direito*, Baía 1896.

¹⁸ Pierangelli, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*, Bauru: 1980, 1ª ed., pág. 6.

¹⁹ Citado por Roberto Lyra, op.s.c., pág. 84.

Entre os índios brasileiros, em caso de furto, o delito era comunicado imediatamente ao cacique (quem governava a tribo em tempo de paz, e, em tempo de guerra ia à frente da luta), que tratava de descobrir quem era o autor e aplicava imediatamente a pena: devolução da coisa, castigos corporais, e até mesmo ferimentos.²⁰

2. O Direito português e o Direito espanhol que vigoraram no Brasil: as Ordenações Afonsinas, as Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas

À época do descobrimento do Brasil em 22 de abril de 1500, estavam em vigor em Portugal as Ordenações Afonsinas, que vigoraram no Brasil somente até o ano até 1521.²¹ Isto porque D. Manuel "o Venturoso" que era Rei de Portugal naquela ocasião havia determinado que se elaborasse uma legislação mais perfeita, cujo trabalho fora publicado em 1521 e que se denominaram de Ordenações Manuelinas.

Quando Portugal foi submetido ao domínio espanhol (1580-1640), Felipe II da Espanha, que reinava em Portugal com o nome de Felipe I, ordenou uma reestruturação dos velhos códigos. Assim, é que as Ordenações Filipinas foram o resultado, da

²⁰ Segurado, Milton Duarte, *O Direito no Brasil*, São Paulo 1973, págs. 20 e 24.

²¹ Pierangelli, op.s.c., pág.6.

reestruturação das Ordenações anteriores, feitas sob as ordens de Felipe II da Espanha. Essas Ordenações foram publicadas em 1603 no governo de Felipe III da Espanha e sob o reinado de Felipe II de Portugal e do Brasil.²²

Em 1643, vez que a monarquia portuguesa se havia restaurado, D. João IV revalidou-as.

Assim, o Livro Quinto das Ordenações Filipinas já continha disposições sobre a reparação do dano por exemplo, no título LXXXVI em caso de incendiários.

Previa-se para esse delito no item nº 1, parágrafo 1º, do título LXXXVI um procedimento que poderíamos chamar de Sumaríssimo, onde os Juízes iam logo com algumas pessoas ajuramentadas que nisso fossem bem entendidas, a fim de que estimassem o dano que o fogo causou.

Deveria estar presente a parte a que o dano tocasse, ou partes se fôsse o caso. Da avaliação seria dada uma certidão por Tabelião Público, assinada pelos avaliadores a fim de que o(s) danificados(s), pudessem requerer e arrecadar o valor do seu dano pelos bens do danificador.²³ Os Juízes tinham que começar e acabar a inquirição até

²² Pierangelli, op.s.c., págs. 6 e 7.

²³ Pierangelli, op.s.c., pág. 74.

os quinze dias primeiros seguintes, sob pena de pagarem dois mil Réis, sendo a metade para os cativos, e a outra metade para quem os acusasse.²⁴

Previa-se, também a reparação do dano no Título CXVIII em caso de querelas oferecidas maliciosamente, e no título CXX no caso de alguém que houvesse sido absolvido por sentença de algum crime, ou que tenha havido perdão.²⁵

B. A Reparação do dano da Independência à República

Com a proclamação da Independência do Brasil em 7 de setembro de 1822 por D. Pedro I o Brasil tornou-se um Império, uma monarquia constitucional que durou até 1889 com a proclamação da República.

Com a lei de 20 de outubro de 1823 foi determinado que vigorassem no Império do Brasil as Ordenações Filipinas, as leis e os Direitos promulgados pelos Reis de Portugal, enquanto não fôsem especialmente alterados.²⁶

Rápidamente começaram, também, trabalhos de reforma para substituir as "Ordenações Filipinas" por uma legislação mais moderna.

²⁴ Pierangelli, op.s.c., pág. 74.

²⁵ Pierangelli, op.s.c., pág. 6.

²⁶ Pontes de Miranda, *A influência portuguesa no Direito Brasileiro*, pág. 14, Jurídica: Rio 1972.

Porém, em 1823 foi publicado em Portugal um "*Ensaio do Código Criminal* a que mandou proceder a Rainha Fidelíssima D. Maria I, composto por Pascoal José de Mello Freire que a sua Magestade Fidelíssima O Senhor D. João VI Rei do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves oferece e dedica Miguel Setaro".²⁷

No entanto, a independência do Brasil já havia sido proclamada em 7 de setembro de 1822 quando esse projeto foi publicado em Lisboa mas, o Brasil não fazia mais parte do Reino Unido (1815-1822). No título IV desse Ensaio, às páginas 26, que na realidade é um projeto, quando trata "Das Penas" determina: "O castigo necessário, que a lei faz soffrer ao criminoso, tem por fim não só a reparação do damno já feito; mas obstar, e impedir que ele continue a fazer mal, e que outros o façam com o exemplo da sua impunidade."

1. A primeira Constituição brasileira (1824)

A Carta constitucional de 1824 foi a primeira Constituição do país, cujas leis vigoraram durante todo o Brasil Império e já continha vários artigos referentes tanto de Direito Penal como, também, de procedimentos. Já se previa que nas ações cíveis e

²⁷ Setaro, Miguel, *Ensaio do Código Criminal*, Tipografia Maigrense: Lisboa 1823.

nas penais²⁸ civilmente intentadas, as partes poderiam nomear juizes ou árbitros. Se as partes assim convencionassem as sentenças seriam executadas sem que houvessem recursos.

2. Reparação dos danos por Ministros e Secretários de Estado

Através da Lei de 15 de outubro de 1827 art. 3. § 1º dispunha que se os Ministros e Secretários de Estado abusassem de poder usando mal da sua autoridade, seriam responsabilizados se houvessem produzido prejuízo e dano provado ao Estado, ou à qualquer particular, e tinham que reparar o dano à parte, ou à Fazenda Pública.²⁹

3. Juizes de Paz: conciliação de pequenas demandas

Em seu artigo 5º dessa lei com a instituição de Juizes de Paz, a intenção era obter a conciliação, e solução rápida de pequenas causas. Assim é que, nessa época já havia na lei essa ideia de julgamento de pequenas demandas, que voltaria em 1984 com a introdução dos Juizados de Pequenas Causas através da Lei Federal nº 7.244 de 7 de novembro de 1984.

²⁸ Constituição de 1824, art. 160.

²⁹ Pierangelli, José Henrique, *Processo Penal, Evolução Histórica e Fontes legislativas*, Legislação Suplementar 1983, pág. 350.

4. O famoso Projeto do Código Criminal do Império de Bernardo Pereira de Vasconcellos

a. Reparação dos danos através dos cofres públicos

No primeiro projeto do Código Criminal do Império se previa a reparação dos danos pelos cofres públicos quando os delinquentes não tivessem meios para o seu pagamento.³⁰

Mittermaier com muito interesse acompanhou a tramitação desse Projeto de Vasconcellos que fora traduzido ao alemão em 1827 por um Senador de Hamburgo, Dr. Hudtwalker, tal o interesse despertado por Mittermaier.³¹

Porém, a tradução do projeto em alemão não continha a parte relativa "Da satisfação", Capítulo 4º, "Vom Schadensersatz", Artigos 30-54, e não fora publicada por Mittermaier com a observação de não

³⁰ *Projeto do Código Criminal* apresentado em sessão de 4 de maio de 1827 pelo Deputado Bernardo Pereira de Vasconcellos. Encontra-se em: Centro de Documentação e informação (Cedi), Arquivo da Câmara dos Deputados, Brasília, D.F. Há uma observação às fls.109 que: "Este projeto nao se encontra na integra, nem nos Diarios da Camara, nem nas atas impressas, nem nas atas manucriptas, e nem nos jornaes do tempo." Avulso impresso do Sr. Conselheiro Tristao de Alencar Araripe.

³¹ Mittermaier und Zachariä, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Kaiserthum Brasilien, mitgeteilt von Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands. Erster Band, Heidelberg 1829, Akademische Buchhandlung von J.C.B. Mohr, págs.168 a 184 e 325 a 342.

pertencer essa matéria ao Código Penal.³²

Para maior segurança do cofre, o projeto previa que, o cofre deveria ter três chaves, das quais uma ficaria com o juiz de paz, outra com o pároco, e a terceira com o depositário."³³

b. A pena de multa nos projetos do Código Criminal do Império

Os projetos que serviram de base ao Código Criminal do Império ao proporem sobre as multas o fizeram de maneira distinta.

Assim no primeiro projeto, no projeto de Vasconcellos elas tinham por fim concorrer para a satisfação do dano causado, e no segundo, no de Clemente Pereira faziam parte das rendas do Estado. O Código não adotou a primeira idéia e não seguiu a segunda pois que, era colorário daquela.³⁴

No primeiro projeto no art. 92 a proteção, que se pretendia à reparação do dano à vítima, era bastante rígida: "Para pagamento da satisfação serão consignadas ao réo vinte e quatro horas, e não o fazendo dentro desse prazo, será recolhido à prisão donde não sahirá sem que o faça". O artigo 93

³² Mittermaier e Zachariä, op.s.c., pág. 173.

³³ Alves Jr., Thomaz, *Anotações ao Código Criminal*, Rio de Janeiro, TOMO I, 1864, pág. 464 e 465.

³⁴ Alves Jr., Thomaz, op.s.c., pág. 605.

dispunha: "Não tendo o réo meios para pagar a multa será condenado em tanto tempo de prisão quanto for necessário para a ganhar.

5. Pena de multa aos Juizes que não comparecessem perante o Júri

O Decreto de 12.9.1828 que regulava as sessões dos Juizes de fato para as causas da liberdade de imprensa, previa que os juizes que deixassem de comparecer, sem causa legalmente justificadada, perante o Jury, este Jury no mesmo ato, imporia uma pena de multa (art. 4º) as quais se destinavam para as despesas das Câmaras, e a sua cobrança estava a cargo dos Procuradores das Câmaras, cujo requerimento deveriam apresentar à autoridade ordinária.³⁵

C. A reparação do dano no Brasil imperial

1. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830

O Código Criminal do Brasil fora promulgado seis anos após a promulgação da primeira Constituição brasileira, ou seja em 1830, o qual revogou o Livro V das Ordenações Filipinas que tratava de matéria penal. Quanto às leis Civis estas continuaram a vigorar já sob a República que havia sido proclamada em 15.11.1889. A conseqüente

³⁵ Pierangelli, op.s.c., *Processo penal...*, pág. 368.

revogação do Livro IV das Ordenações Filipinas com as normas de direito civil foram definitivamente revogadas com o advento do Código Civil de 1916.³⁶

a. Da satisfação do dano no Código Criminal de 1830

O Código Criminal do Império do Brasil,³⁷ continha dentre de suas originalidades, a indenização do dano *ex-delicto*, como instituto de Direito Público, também, ante-visão positivista, como se verifica em seus artigos n°s 21 a 32.³⁸

O capítulo IV era dedicado a "Da satisfação" determinando no artigo 21:

"O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto."

E dispunha o artigo 22 que:

"A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de dúvida á favor do offendido."

Posteriormente, a Lei n° 261 de 31 de Dezembro de 1841 em seu artigo 36 determinava que, a

³⁶ Segurado, Milton Duarte, op.s.c., págs. 35 e 69.

³⁷ O Código Criminal do Império do Brasil foi traduzido ao francês quatro anos depois de sua promulgação: *Code Criminel de l'Empire du Brésil*, traduit par M. Vitor Foucher et précédé d'observations comparatives avec le Code Pénal Français, Paris 1834, Duarte Segurado, op.s.c., pág. 358.

³⁸ Lyra, Roberto, *Introdução ao Direito Criminal*, Editora Nacional de Direito 1946, pág. 89, n° 6.

obrigação de indenizar só prescreve passados 30 anos. Esclarece Vicente Alves de Paula Pessoa, que a prescrição se conta a partir do dia em que o delito for cometido.³⁹ O Aviso de 15 de fevereiro de 1837 e a doutrina declararam que a morte do réu pronunciado extingue o processo criminal; mas que para a satisfação do dano causado pelo delito o ofendido ou os seus herdeiros tem a ação civil contra os herdeiros do réu.⁴⁰

Esta preocupação com o ressarcimento do dano à vítima é no sentido, de satisfazer-lhe de maneira a mais completa possível (art. 22), preferindo o ofendido sempre ao pagamento das multas (art. 30).⁴¹ Em 1885 comentava Francisco Luiz Ferreira, que "por mais leve que seja o damno, mandando-o avaliar em todas as suas partes e conseqüências, pode dar lugar a uma verdadeira expoliação".⁴²

Esse Código como observa Roberto Lyra embora, não tenha adotado qualquer sistema filosófico, procede em sua visão utilitária da influência de

³⁹ Paula Pessoa, Vicente Alves de, *Código Criminal do Imperio do Brazil comentado e anotado*, Livraria Popular de A.A. da Cruz Coutinho: Rio de Janeiro 1885, 2ª ed., pág. 11.

⁴⁰ Ferreira, Francisco Luiz, *Código Criminal do Imperio do Brazil theorica e praticamente anotado*, Typ. de T. de Menezes: Maceió 1885, pág.85.

⁴¹ Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil*, op.s.c., págs. 171 e 172.

⁴² Ferreira, Francisco Luiz, op.s.c., pág.79.

Bentham.⁴³

Ribeiro de Araújo em sua interessante obra "Sciencia Penitenciaria Positiva" já comentara que Bentham por sua vez havia feito a "distinção de diversas maneiras de reparação para as diversa espécies de delitos: pecuniária, restituição material, atestatória, honorífica, vindicativa e substitutiva.⁴⁴

A teoria do Código acompanhou as regras estabelecidas por Bentham quando determina que, a satisfação deve ser a mais completa possível ou seja:

1. acompanhar o mal do delito em todas as suas partes, em todas as suas consequências, para proporcioná-lo à satisfação;

2. na dúvida, fazer inclinar a balança, antes a favor de quem sofreu a injúria do que de quem a fêz.⁴⁵

Já o art. 26 do Código Criminal do Império determinava: "Na satisfação se comprehenderão não só os juro ordinarios, os quaes se contarão na proporção do damno causado, e desde o momento do

⁴³ Lyra, Roberto, op.s.c., pág. 88, nº 86.

⁴⁴ Ribeiro de Araújo, Américo, *Sciência Penitenciária Positiva, De accordo com a Escola Positiva Criminal*, Editora Livraria leite Ribeiro: Rio de Janeiro 1923, 2ª ed., pág. 71.

⁴⁵ Alves Jr., Thomaz, TOMO I, pág. 423.

crime, mas também os juroz compostos."

O dano no sentido do Código Criminal do Império era assim entendido: "o prejuízo causado ao indivíduo, quer por uma lesão feita à sua pessoa, quer em seus bens, quer em seus direitos; comprehende tanto a lesão physica, como a moral."⁴⁶

O artigo 27 determinava que no caso do crime ser cometido por mais de um delinqüente, a satisfação será á custa de todos, ficando cada um solidariamente obrigado, e que os bens dos delinqüentes seriam hipotecados desde o momento do crime.

A finalidade desse dispositivo é tornar certa a obrigação, estabelecendo o concurso de três garantias: universalidade de satisfação em relação aos delinqüentes; solidariedade entre os mesmos; a hypotheca tácita dos bens do delinqüente desde o momento do crime".⁴⁷

Vicente Alves de Paula Pessoa ⁴⁸ cita um acórdão, no qual se atribui ao Juiz a

⁴⁶ Ferreira, Francisco Luiz, *Código Criminal do Imperio do Brazil theorica e praticamente annotado*, Typ. de T. de Menezes: Maceió 1885, pág.78.

⁴⁷ Hypotheca tácita é a hypotheca legal de que trata a Lei de 24 de setembro de 1864, art. 3º § 7º, 110 § 1º e 136 § 8º do respectivo Regulamento de 26 de abril de 1865. Ferreira, Francisco Luiz, op.s.c., pág.82.

⁴⁸ *Código Criminal do Imperio do Brazil*, 2ª ed., Rio de Janeiro 1885, pág. 93, nota 147.

responsabilidade de restituir:

"dinheiro recebido do cofre dos órfãos, por um inventário, quando extraviado, deve ser restituído pelo Juíz, sendo a indemnização verificada segundo o art. 68 citado (Lei 3.12.1841). Spencer por sua vez era da opinião que se fôsem ofendidas as condições vitais da sociedade, a primeira coisa a ser exigida seria repor as coisas tanto quanto possível, no estado precedente, ou seja "reparar o dano produzido pelo delito".

O Art. 66 do Código Criminal do Império já determinava a obrigação de satisfazer o mal causado em toda a sua plenitude, mesmo em caso de "perdão ou minoração das penas impostas aos réus com que os agraciar o poder moderador".⁴⁹

O Código Criminal do Império adiantado no tempo conforme nos alerta Vicente de Azevedo, no que concerne à reparação do dano causado pelo crime, trazia uma inovação, "cujo apanágio Garofalo pretendeu, meio século após, atribuir à Escola Positiva".⁵⁰

Depois de Bentham e Spencer é que surgiu Garofalo. A questão da reparação foi tratada

⁴⁹ Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil*, op.s.c., pág. 174.

⁵⁰ Azevedo, Vicente de Paulo, *Crime - Dano - Reparação*, S.P. RT 1934, citado por Ruy Sérgio Rebello Pinho, Ed. Atlas, SP. 1987.

simultaneamente por Garofalo, Gioia e Fioretti.⁵¹

E continua Ribeiro de Araújo expondo o pensamento de Garofalo, para o qual a reparação devia ser pecuniária e compreender duas partes: a multa para o Estado e a reparação ou indenização ao ofendido.⁵²

Quando o ofendido desistisse da parte que lhe coubesse, o Estado ao invés de entregá-lo ao Autor, deveria destiná-lo à Caixa de Multas.⁵³

A "Caixa de Multas" existia no Código Leopoldino, também, chamado "O Código Penal de Toscana" - "Codice Leopoldino" de 1786. Um fundo similar é encontrado no artigo 35 do Código "per lo Regno delle Due Sicilie" de 1819⁵⁴ que fora recomendado por Bonneville de Marsangy.⁵⁵

Mittermaier publica em 1829 um artigo de autoria de J. Carmignani, professor de Pisa, comentando o Código de Processo de Pedro Leopoldo II, Grão-Duque de Toscana. Comenta às págs. 367 em uma nota ao art. 112 sobre a reparação do dano a

⁵¹ Ribeiro de Araújo, op.s.c., pág. 71.

⁵² Ribeiro de Araújo, op.s.c., pág. 71.

⁵³ Ribeiro de Araújo, op.s.c., pág. 72.

⁵⁴ Bonneville de Marsangy, *De l'améliorationn de la Loi criminelle*, Paris 1864, vol II, pág. 310 e seguintes.

⁵⁵ O Texto do Código de Toscana está reproduzido em Carlo Paterniti, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Padua 1985 (Madlener, Kurt, em *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht Freiburg*, pág. 1190).

saber: "Der Art. 112 will, dass das Urtheil zum Schadenersatz zu Gunsten des Verletzten stets von Amts wegen ausgesprochen werde, wenn zu einer Strafe verurtheilt wird. Die liquidirung des Interesse gehört vor das Civilgericht, wohin sich im Fall der Lossprechung von der Instanz der Verletzte, wenn er will, wenden kann, um daselbst über sein Recht auf Entschädigung entscheiden zu lassen."⁵⁶

A idéia de um fundo público para o ressarcimento de danos foi seguida, também, por outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo no Código Penal paraguaio de 1910 que instituiu a „Caja de Socorros“ destinada às vítimas do delito.

Em vários países tais instituições foram criadas relativamente há pouco tempo e somente para casos especiais.

Encontramos a Caja de Resarcimientos no art. 71 do Código penal cubano de 1987. Uma disposição semelhante encontrava-se no art. 73 do Código penal Cubano de 1978 e nos artigos 121 a 126 do Código de Defesa Social de Cuba de 1936. O essencial desta Caixa é que a vítima não tem que defrontar-se com o delinqüente a fim de obter a reparação do dano

⁵⁶ Carmignani, J., *Historisch juristische Darstellung der Criminalprocessgesetzgebung Peter Leopolds II., Grossherzogs von Toscana*, em Mittermaier und Zachariä, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, Erster Band, Akademische Buchhandlung von J.C.B. Mohr: Heidelberg 1829, págs. 345-384.

sofrido. A vítima dirige-se diretamente à Caixa de Ressarcimentos que paga a importância fixada pelo Tribunal a título de reparação. Por sua vez a Caixa se dirige ao delinquente a fim de receber por via reversiva a restituição do valor pago à vítima.⁵⁷

Isso, é muito importante, porque na grande maioria das vezes a vítima não quer ver mais o delinquente, e este por sua vez não está em condições de indenizar o dano causado.

b. O dia multa, criação do Código Criminal do Império do Brasil

O Código Criminal do Império teve muita repercussão na Europa. Foi traduzido ao francês quatro anos após a sua promulgação, por M. Vitor Foucher acompanhado de observações comparativas com o Código Penal Francês.

Observa o tradutor: „Le code brésilien les enregistre, et par son article 30 il veut que la satisfaction complète de l'offensé soit toujours préféré au payment des amendes." E diz ele que o

⁵⁷ Vide: Madlener, Kurt, em: *Compensation, Restitution, Sanción Pecuniaria and Other Ways and Means of Awarding Damages to the Victims of Crime Through the Courts*, em: G. Kaiser / H. Kury / H.-J. Albrecht (co-organizadores), *Victims and Criminal Justice: Legal Protection, Restitution and Support*, Freiburg i. Br.: Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, tomo 51), págs. 269-303.

código francês no seu artigo 54 continha uma disposição semelhante "mais le fisc a su échapper à l'application de cet article, en forçant les parties civiles à avancer les sommes nécessaires aux frais du procès et en les faisant condamner toujours, qu'elles succombent ou non, au payment de tous le frais, sauf le recours contre le condamné le plus souvent insolvable."⁵⁸

O Código Criminal do Império do Brasil teve, influência nos projetos de reforma da Espanha, pois ele serviu de modelo ao Código Penal espanhol de 1848. Pacheco ao mencionar as fontes que inspiraram o Código de 1848, indica entre outras que, o método do Código brasileiro de 1830 serviu de norma para o Código penal espanhol de 1848.⁵⁹

Mittermaier faz comentário em sua *Kritische Zeitschrift* sobre a originalidade do Código Criminal do Império, divulgando as inovações e o caráter mais suave das penas do que as previstas no então Código Francês. Comenta Mittermaier, também, como sendo algo interessante, sobre o dia multa, instituição criada pelo nosso Código do Império.⁶⁰

⁵⁸ *Code Criminel de l'Empire du Brésil*, traduit par M. Vitor Foucher et précédé d'observation comparatives avec le Code Pénal Français, L'Imprimerie Royale: Paris 1834, Observations págs. XXXVII e XXXVIII.

⁵⁹ Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Tomo I, Madrid 1856, fls. LXII.

⁶⁰ Mittermaier und Zachariä, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, Akademische

Com efeito o artigo 55 do Código Criminal previa uma pena de multa relativa a uma quantia pecuniária a qual era regulada, salvo se a lei regulasse por outro modo, cujo valor seria calculado pelo que os condenados auferissem por dia de trabalho, quer fôsse pelos seus bens, empregos ou indústria.⁶¹

Tais multas seriam recolhidas aos cofres municipais mas, se o condenado não pudesse pagá-las dentro de oito dias, seria recolhido a prisão até que as pagasse. Seria determinado um tempo de trabalho na prisão que seria o suficiente pra que o condenado pudesse ganhar o valor das multas, conforme vinha determinado nos artigos 56 e 57 do Código Criminal.⁶²

Em alguns ordenamentos jurídicos adotando o sistema brasileiro, previam que um percentual do dia

Buchhandlung von J.C.B. Mohr: Heidelberg 1835, Siebenter Band, pág. 301.

⁶¹ Código Criminal do Império sobre o dia multa: "Art. 55 A pena de multa obrigará os réos ao pagamento de uma quantia pecuniária, que será sempre regulada pelo que os condenados puderam haver em cada dia, pelos seu bens, empregos, ou indústrias, quando a lei especificadamente o não designava de outro modo."

⁶² "Art. 56: As multas serão recolhidas aos cofres das Câmaras Municipais, e os condemnados que, podendo, as não pagarem dentro de oito dias, serão recolhidos a prisão, de que não sahirão sem que paguem."

"Art. 57: Não tendo os condemnados meios para pagar as multas serão condemnados em tanto tempo de prisão com trabalho, quanto for necessário para ganharem a importância dellas. Terá lugar neste caso a disposição do art. 32."

multa seria destinado a reparação do dano.

Já comentava Thomaz Alves Jr.:⁶³

"na verdade a grande dificuldade da pena de multa está na sua proporcionalidade, de maneira que não seja illusoria para o rico nem impossível para o pobre".

Francisco Luiz Ferreira esclarece que, somente as multas administrativas e regulamentares podem ser impostas sem processo, as demais que o Código trata como penas só podem ser impostas através de um processo do qual resultou uma condenação; todas elas não devem passar da pessoa, e depois de impostas, dos bens dos delinquentes.⁶⁴

O regulamento N° 595 de 18 de março de 1849 regulamenta a imposição, liquidação e commutação da pena de multa.

O dia multa, é portanto, de criação brasileira, porém ficou sendo conhecido na Europa como sistema escandinavo, por terem primeiro os finlandeses e depois os suecos o introduzido em sua legislação penal, tendo tirado a idéia do Código português de 1886, que manteve o estatuído no artigo 65 do Código penal de 1852.

⁶³ Alves Jr. Thomaz, op.s.c., págs. 574, Rio, 1864.

⁶⁴ Ferreira, Francisco Luiz. É o que esse autor repete *ipsis litteris* às págs 114 op.s.c.

A primeira Lei escandinava que introduziu o dia multa foi a finlandesa de 1921.⁶⁵

J. Thyrén, da Suécia, em sua "Principerna för en strafflagsreform", I. 1910, propôs o sistema de dia multa. Porém, esse sistema do dia multa foi introduzido na Suécia somente em 1931 através de uma lei de 24 de setembro de 1931.⁶⁶

O próprio Prof. Thyrén menciona o dia multa dos Códigos Portugueses de 1856 (art. 41) e o de 1886 (art. 67). Nada fala sobre o Código Criminal do Império, porque com certeza não o tinha ao seu alcance.⁶⁷

O sistema escandinavo não era como o de Portugal, calculado entre o mínimo em valores, no caso, mínimo de 100 Réis e o máximo de 2000 Réis, mas, era calculado como uma média dos ingressos do condenado, ou seja, se referiam ao que o condenado ganhasse por dia. Ora, o que constou no Código Criminal do Império do Brasil o dia multa se referiam ao que o condenado ganhava por dia.

⁶⁵ Mittermaier, Wolfgang, Das Tagesbußensystem in Skandinavien, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Volume 55, Berlin e Leipzig 1936, pág. 646.

⁶⁶ Mittermaier, Wolfgang Das Tagesbußensystem in Skandinavien, op.s.c., pág. 647.

⁶⁷ Thyrén, Johan C. W., *Prinzipien einer Strafgesetzreform, I Die soziale Aufgabe der Strafe, das Strafsystem*, Berlin e Lund-Suécia 1910, pág. 75.

O Professor Thyrén da Suécia mencionara que uma lei penal mexicana (Art.123) estabelecia que um terço das multas seriam destinadas à uma caixa para a reparação do dano causado pelo delito.⁶⁸

Verificamos, porém, que o artigo 123 encontra-se no Código Penal Mexicano da Baja Califórnia de 1885, e determinava que: uma terça parte iria a um fundo destinado ao pagamento das indenizações que o erário público deve por responsabilidade civil: outra terça parte à melhora material das prisões da municipalidade em que se cometeu o delito..., e a terça parte restante ao estabelecimento de beneficência designado com anterioridade pelo Governo e que esteja dentro de tal município.

Uma idéia similar encontrava-se, também, no artigo 108 do Código penal da República do Paraguay de 1910, elaborado por Teodósio González, que com o produto das vendas dos instrumentos com que se executou o delito e de todas as multas impostas por aquele código, se formaria uma „Caja de Socorro“, destinada a aliviar „la suerte de los menesteros que hubiesen quedado desamparados o desvalidos a cosecuencia de un hecho punible.

O professor português F.A.F. da Silva Ferrão ao tratar do dia multa já dizia em seu livro *Theoria*

⁶⁸ Thyrén, Dr. Johan C. W., op.s.c., pág. 86.

do *Direito Penal*: "Parece, pois, que o nosso Cod. Tomou este Art. Do Cod. Do Braz. Por modelo, e procurou precisa-lo mais; mas infelizmente, em lugar de o melhorar, piorou-o".⁶⁹

Assim determinava o art. 41 do Código português: "O condenado em multa é obrigado a pagar para o Estado uma quantia proporcional ao seu rendimento, até tres anos, arbitrada na sentença, de modo que por dia, não seja menor que cem réis, salvo nos casos em que a lei taxar quantias determinadas."⁷⁰

Esse mesmo Prof. Silva Ferrão comentando o Código Leopoldino de 1786, também, chamado O Código Penal de Toscana, informa que no seu art. 46: "se havia determinado, que a importância das multas pecuniárias *revertesse a um cofre especial* donde sahissem, *tanto as reparações* de damno causado por crime, quando se não podesse, haver dos offensores ou pela sua fuga ou pela sua falta de bens, como a indemnisação de réos perseguidos e innocentes." Assim é que a "Caixa de Multas" já existia no Código Leopoldino.⁷¹

⁶⁹ Ferrão, F.A.F. da Silva, *Theoria do Direito penal applicado ao Codigo penal portuguez comparado com o Codigo do Brazil, Leis Pátrias, Codigos e leis Criminaes dos Povos Antigos e Modernos*, Volume I, Lisboa 1856, pág. 174.

⁷⁰ Ferrão, F.A.F. da Silva, *Theoria do Direito penal applicado ao Codigo penal portuguez*, op.s.c., pág.173.

⁷¹ Ferrão, F.A.F. da Silva, op.s.c., págs. 173 e 174.

É interessante que, também, esse eminente Professor Silva Ferrão já em 1856, comentara: "Não podemos considerar decoroso, nem constitucional, que as multas, não só as judiciais, mas ainda as penas e correccionaes, figurem, de ora, em diante, no orçamento, como uma das fontes da *receita geral do Estado*."⁷²

O Código Criminal do Império do Brasil poderia ter destinado as multas "qualquer, aos asylos de mendicidade, estabelecimentos, pios etc. mas preferiu dar às Câmaras Municipais."⁷³

E continua Thomas Alves Jr. às fls. 585: "Temos o art. 57 com suas applicações: ou quando a multa é relativa a um tempo de prisão, ou a um damno causado, ou em dinheiro com um máximo e com um mínimo."

Portanto, como esclarece esse autos uma parte da multa era relativa ao dano causado.

A lei de 22.9.1829 estabelecia no art. 2º que, no caso de processos dos réus pronunciados que se escondessem ou se ausentassem, não se lhes processasse, nem sentenciasse, mas que poderia ter lugar a ação civil proveniente do crime, procedendo-

⁷² Ferrão, F.A.F. da Silva, op.s.c., pág.174.

⁷³ Alves Jr., Thomaz, op.s.c., pág. 579.

se nesta ação como nas outras cíveis.⁷⁴

O Aviso de 18 de setembro de 1854 determinava que a jurisdição civil era a competente para a execução da sentença relativa a indenização, se os réus tivessem bens a serem executados. No caso de não haver bens ou de serem insuficientes a competência era a do juízo das execuções criminais para reduzir a satisfação do dano à prisão, devendo o juiz do cível remeter-lhe o processo para esses fins.⁷⁵

É interessante que mais tarde, a Lei nº2.556 de 26 de setembro de 1874, diz no art. 6º, § 2º, última parte que as multas são convertidas em prisão que não exceda a 60 dias, pelo juiz da execução, quando os condenados não tiverem meios de pagá-las.⁷⁶

2. A reparação do dano no Direito Processual

a. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 29.1.1832

O Código de Processo Criminal de Primeira

⁷⁴ Pierangelli, op.s.c., pág. 360. Vide, também, *Collecao das Leis do Imperio do Brazil de 1829, Parte Primeira*, Typographia Nacional: Rio de Janeiro 1877.

⁷⁵ Ferreira, Francisco Luiz, *Código Criminal do Imperio do Brazil theorica e praticamente anotado*, op.s.c., pág. 78.

⁷⁶ Paula Pessoa, Vicente Alves de, *Codigo Criminal do Imperio do Brazil comentado e anotado*, Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho: Rio de Janeiro 1885, 2ª ed., pág. 95.

Instância de 29.1.1832, já determinava : "que a queixa ou a denúncia contivessem o valor provável do damno sofrido" (art. 79 §2).⁷⁷

Nos casos afiançáveis que não tivessem pena maior do que a de seis meses de prisão ou destêrro para fora da Comarca, poderia o réu liberar-se sôlto (art. 100). Lei supra.

O arbitramento da quantia da fiança seria calculada por dois peritos nomeados pelo Juíz, levando-se em conta o valor do dano causado, as custas do processo e a tudo isso se acrescentaria uma quantia proporcional à pena (art. 109).⁷⁸

O Presidente dos Juízes de paz, propunha por escrito nos autos entre outras questões:⁷⁹Se o réu:
Art 225

...

§ 4. deve indenização?

§ 5. Em quanto monta ella?

Em nenhum caso tem lugar o procedimento de seqüestro contra os delinqüentes qualquer que seja o delicto commettido, porque as disposições do art. 179 §° 20 da Constituição, dos arts. 21 e seguintes do

⁷⁷ Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág. 222.

⁷⁸ Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág. 225.

⁷⁹ Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág. 235.

Código Criminal, arts. 100 e seguintes, arts. 233, 234, 291 e 338, deste Código, tornarão invigoradas e sem efeito as da Ord. Livr. 5º, Tit. 127 . Av. de 15 de janeiro de 1839.⁸⁰

Também, essa mesma Lei de 1832 no Capítulo referente ao processo ordinário no Título IV, determinava que:

"Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, deveria propor por escrito ao Concelho entre outras questões: Se há lugar a indemnização (art. 269 § 5º).⁸¹

O Cód. de Processo Criminal de Primeira Instância de 29.11.1832 no art. 312 dizia que, o impressor ficava responsável à satisfação quando nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos, o autor ou o editor não tivessem meios para satisfazer a multa.

b. A jurisdição somente civil para todos os casos de indenização (1841)

A lei n° 261 de 3 dezembro de 1841, determinou expressamente em seu art. 68: "A indenização em todos os casos será pedida por ação

⁸⁰ Araújo Filgueiras Jr., *Código de Processo do Império do Brasil de 29.11.1832*, Rio 1874, Tomo I, pág. 235.

⁸¹ Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág.239.

cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal e o 3 do art. 269 do Código de Processo".⁸²

Essa lei já dispunha que não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acham decididas no crime. Portanto, essa lei não excluiu a necessidade da propositura da ação civil, caso o ofendido pretendesse ressarcir-se.⁸³

c. O Regulamento N° 120 de 31 de janeiro de 1842

Por sua vez, o Regulamento n° 120 de 31 de janeiro de 1842 em seu art. 316 determinava que, no caso de quebramento das fianças o produto dela proveniente, pertenceria às Câmaras Municipais, que promoveriam sua cobrança pelos meios competentes.

Observe-se, no entanto, que assim se procederia depois de ter sido deduzida a indenização da parte ofendida e das custas respectivas.

A preocupação do legislador com a reparação do dano á vítima era tal, como se vê do art. 317 do Regulamento supra, que se estendia à pessoa do fiador, quando o afiançado que pudesse sofrer a pena, não tivesse meios para a indenização da parte e custas. É interessante notar que, o fiador perderia a parte do valor da fiança destinada à esse

⁸² Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág. 256.

⁸³ Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág. 132, item 8.

fim, mas não o que corresponderia à multa substitutiva da pena. Isso já vinha determinado no art. 45 da Lei de 3.12.1841.⁸⁴

3. Teixeira de Freitas e a Consolidação das Leis Civis de 22.12.1858

O grande jurisconsulto Teixeira de Freitas foi o responsável pela extraordinária *Consolidação das Leis Civis* brasileiras, de 22.12.1858.

Nessa consolidação se determinava que "todo o delinqüente está obrigado à satisfazer o damno que causar ao delito" (art. 798), e que "a indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil" não se poderá questionar sobre a existência do fato, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se achem decididas no crime (art. 799).

Essa Consolidação das Leis Civis determinava que a indemnisação será sempre a mais completa que for possível, em caso de dúvida será a favor do offendido" (art. 800). Essa disposição seguia a mesma orientação do art. 22 supra mencionado do Código Criminal do Império de 1830.

Assim é que, o mal que resultasse aos bens ou à pessoa do ofendido, seria avaliado por árbitros, em todas as suas partes e conseqüências (art. 801).

⁸⁴ Pierangelli, *Processo Penal*, op.s.c., pág. 301.

Só que usualmente as prestações de perdas e danos, perdas e interesses, lucros cessantes e danos emergentes, aplicavam-se unicamente às faltas dos devedores por obrigações que não derivassem de delitos que fossem punidos por leis criminais.⁸⁵

Esse princípio veio a ser consagrado pelo Código Civil Brasileiro de 1916, que no seu art. 1.059, quando determinava:

"Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

"Todavia, ocorrendo dano, a indenização será a mais completa possível e deve incluir tudo o que o credor efetivamente perdeu, bem como o que razoavelmente deixou de ganhar."⁸⁶

Esta idéia, ou seja de indenizar a vítima, se confunde como, diz Silvio Rodrigues "com o anseio de devolvê-la ao estado em que se encontrava antes do ato ilícito. Nem sempre isto é possível em virtude da gravidade do fato, e como continua Silvio Rodrigues. " Nesta hipótese há que se recorrer a uma situação postíça, representada pelo pagamento de uma

⁸⁵ Consolidação das leis Civis de 22.11.1858, Rio 1876, 3ª ed., pág. 485 e 486.

⁸⁶ Rodrigues, Silvio, *Direito Civil 2, Parte Geral das Obrigações*, S.P. 1989, 19ª ed., pág. 314.

indenização em dinheiro.⁸⁷

D. A proclamação da República

1. A reparação do dano causado pelo delito no Direito Penal no Brasil republicano

a. O Código Penal de 1890

O lema inscrito na Bandeira da República é „Ordem e Progresso“. "Se a bandeira da República ostenta a palavra Ordem não é apenas porque 'Ordem e Progresso' é um lema positivista. Isso só não bastaria se o sentido da ordem jurídica não repousasse nos próprios alicerces do Brasil.⁸⁸ A Proclamação da República no Brasil se deu a 15 de novembro de 1889 e nessa ocasião o Código Criminal do Império havia sofrido várias emendas e com a abolição da escravatura em 1888, certos dispositivos se modificaram. Assim o Governo Provisório encarregou Campos Sales, então Ministro da Justiça de preparar o Novo Código Penal. E a 11 de outubro de 1890 o Código foi transformado no Código Penal Brasileiro".^{89 90}

⁸⁷ Rodrigues, Silvio, *Direito Civil*, Vol. 4º, *Responsabilidade Civil*, 12ª ed., São Paulo 1989, pág. 202.

⁸⁸ Leonardo, Thomas, *D. Pedro I e a Ordem Jurídica Brasileira*", *Jurídica*: Rio 1972, nº 116, págs. 260 e 261.

⁸⁹ Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil*, op.s. c., pág. 10.

⁹⁰ Duarte Segurado, Milton, *O Direito no Brasil*, op.s.c., pág. 473.

Entre as inovações contidas nesse Código estão inseridas disposições referentes à reparação do dano. Assim o art. 31 determinava que: "A isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil.

Assim, quanto aos efeitos da condenação previstos no Primeiro Código Penal Brasileiro - o de 1890, previa-se: na alínea a "a perda em favor da Nação ou dos Estados dos instrumentos e resultados do crime, nos casos em que o ofendido não tiver direito à restituição": (art. 69).

É interessante observar, que este preceito consta em nossa legislação penal atual como um dos efeitos da condenação (art.91 II) b. E em base ao Código penal em vigor, foi objeto de discussão, em ação criminal e decidido que: Restituição direta de coisas apreendidas - Aquisição através do produto do crime - Impossibilidade.

"As coisas adquiridas com o proveito do crime poderão ser apreendidas ou seqüestradas, mas não restituídas porque, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, deverão ser avaliadas e leiloadas, recolhendo-se ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé."⁹¹

⁹¹ Julgados do Tribunal de Alçada Criminal (RJDTACRIM), SP 1991, pág. 145, Acórdão de 29 de março de 1990, Haroldo Luz, Relator.

No acórdão supra mencionado no qual por sua vez é citado Helio Tornaghi⁹², conclui-se que as coisas adquiridas com os proventos da infração não são restituídas, mas depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, avaliadas e levadas a leilão público, recolhendo-se ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesão ao a terceiro de boa-fé.

Assim, explicando o Código Penal de 1890 esclarece o jurista Bento de Faria, que tanto os objetos como os resultados provenientes do delito são as coisas que o delinqüente obteve por meio de fraude ou violência, e devem ser restituídas ao respectivo dono, o qual por isso não perde sobre elas o domínio.⁹³

E continua Bento de Faria ao comentar o inciso b do art. 69, como efeito, também, da condenação:

- a obrigação de indenizar o damno.

"No delito encontra-se sempre um dolo e um damno; o primeiro como fundamento da imputabilidade penal, o segundo de responsabilidade civil."⁹⁴ E, continua Bento de Faria explicando que, para ter

⁹² Tornaghi, Helio *Comentários ao Código de Processo Penal*, Rio, Revista Forense 1956, Vol. I, Tomo 2.

⁹³ Bento de Faria, Antonio, *Código Penal I*, Livraria Francisco Alves, 3^a ed., 1919, pág. 196.

⁹⁴ Bento de Faria, op.s.c., pág. 196.

lugar a indenização o fato deve ser: "a) contra direito; b) imputável e c) doloso., variando a estimação dos prejuízos dependendo da natureza do direito violado - propriedade, segurança, liberdade, reputação".⁹⁵

"A reparação do damno" esclarece ele, faz-se repondo as cousas no mesmo estado em que estavam antes, e, não sendo isso possível, pagam-se os prejuízos.⁹⁶

Pelo Código do Império a obrigação de satisfazer o damno estendia-se aos herdeiros, e, embora não prevista expressamente no CP Brasileiro de 1890, a mesma estava implícita em virtude de disposições do Código Civil.⁹⁷

Pois, o artigo 70 do Código Penal de 1890 determinava que : "A obrigação de indenizar o damno será regulada segundo o direito civil".

Porém, mesmo assim, havia o entendimento de que a satisfação tinha por fim o complemento acessório da pena.⁹⁸

Por outro lado, já se posicionavam outros

⁹⁵ Bento de Faria, op.s.c., pág. 197.

⁹⁶ Bento de Faria, op.s.c., pág. 197.

⁹⁷ Código Civil Brasileiro art. 1.526, Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil*, pág. 170, Bento de Faria, op.s.c., pág. 197.

⁹⁸ Silva Costa, citado por Bento de Faria, op.s.c., pág. 200.

juristas no sentido de que: "A responsabilidade civil não é consequência necessária da responsabilidade criminal". Pois os bens daqueles não considerados criminosos, serviam à satisfação do mal causado, subsistindo a responsabilidade civil, já naquele Código, em caso de anistia e de indulto.⁹⁹

A Constituição Federal de então, previa que os Estados pudessem legislar sobre matéria processual e, assim, o Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul, modificou o art. 70 do Código Penal da República acima enunciado, dispondo: "a obrigação de indenizar o dano será regulada por direito civil - para estatuir essa indemnização pela ação penal ou pela ação civil."¹⁰⁰

O artigo 71 desse diploma legal entre outras causas determinava que a ação penal extingue-se pela morte do criminoso. Porém, já se esclarecia na época, não extingue a ação civil, "porisso que d'ahi resultou a obrigação de satisfazer o dano causado à pessoa offendida pelo crime", passando aos herdeiros os ônus disso decorrentes.¹⁰¹

⁹⁹ Bento de Faria, Antonio, *Código Penal I*, Livraria Francisco Alves, 3ª ed., 1919, pág. 201 (cita Neves e Castro, *Tratado das provas*, nº 297; Dias da Silva, *A responsabilidade civil*, vol 2, pág.107).

¹⁰⁰ Acórdão do Sup. Trib. de Justiça do R.G. do Sul, em 11 de outubro de 1901, Decisões de 1901, pág. 45, citado por Bento de Faria, op.s.c., pág. 199.

¹⁰¹ Bento de Faria, Antonio, *Código Penal I*, Livraria

Já nos meados da chamada Primeira República os adeptos da Escola Positiva enalteciam a vantagem da multa a favor das vítimas. Afirma Américo Ribeiro de Araújo, que "A multa é uma pena de óptimos resultados para todos os criminosos que não são temíveis, porque será sentida por eles, devido à dificuldade dos meios atuais de subsistência...".¹⁰²

E, em 1981 no projeto do Código Penal se propôs a chamada multa reparatória.

Galdino Siqueira¹⁰³ comentava que as disposições legislativas que Bernardo de Vasconcellos fizera com base nas generalizações das doutrinas de Bentham, estavam ainda nessa época (1932), sendo renovadas por criminalistas para fazer parte das codificações penais. E, afirmava Siqueira: „Em uma palavra, ou a indenização do dano será como regra função do juiz criminal, provocado pelo Ministério Público ou de ofício, ou será uma illusão, como tem sido até aqui, mesmo para os offendidos não desprovidos de recursos pecuniários".

Tal assertiva ao nosso ver ao menos é válida hoje em dia, no sentido que o juiz criminal ou o

Francisco Alves, 3ª ed., 1919, pág. 202.

¹⁰² Araújo, Américo Ribeiro de, *Sciencia Penitenciaria Positiva*, 2ª ed., Editora Livraria Leite Ribeiro: Rio de Janeiro 1923, pág.66.

¹⁰³ Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Rio 1932, 2ª ed., págs. 717 e segs.

Ministério Público deveriam sempre alertar às vítimas, providas ou não de recursos pecuniários, de seus direitos, decorrentes da lei à indenização ou seja da reparação do dano sofrido pelo ato delituoso.

O Código Criminal de 1890, ainda no § único do art. 69, estabelecia a responsabilidade solidária, havendo mais de um condenado pelo mesmo crime. Como esclarece Galdino Siqueira, esta solidariedade, é estabelecida no art. 151 do Código Civil, § único. Essa solidariedade passiva é regulada pelos arts. 904 a 915 do Código Civil, que determina que o credor pode exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, quer total, quer parcialmente, a dívida em comum. No caso de ser cobrada parcialmente, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo restante da dívida.¹⁰⁴

b. A Consolidação das Leis Penais de 1932

Em 17 de novembro de 1932 a 2ª sub-comissão legislativa do Código Penal, formada por Virgílio de Sá Pereira, Evaristo de Moraes e Mário de Bulhões Pedreira, ao darem parecer sobre a consolidação das Leis Penais, feitas pelo Desembargador Vicente Piragibe, afirmaram, que naquela ocasião havia mais

¹⁰⁴ Galdino Siqueira, Direito Penal Brasileiro, Rio, 1932, 2ª ed., pág. 718.

de 90 leis, decretos e regulamentos em matéria penal, tendo em vista a evolução das condições sociais brasileiras e o progresso da ciência criminal, após a promulgação do Código Penal de 1890, que como consolidação tinha grande mérito, mas, que para haver uma unidade orgânica só se alcançaria com a promulgação do Código Penal.

Essa consolidação, determinava que as multas seriam estimadas em percentual calculado sobre o dano causado.¹⁰⁵

Ao tratar dos Crimes contra a tranqüilidade pública, no capítulo referente a incêndio e outros crimes de perigo comum (art. 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148), bem como no capítulo referente aos crimes contra a segurança dos meios de transporte ou comunicação (arts. 149, 153), e, também, ao tratar dos crimes contra o livre gozo dos direitos individuais, no capítulo referente aos crimes contra o livre exercício dos direitos políticos (art.165 § 8), bem como ao tratar dos crimes contra a propriedade pública e particular no capítulo referente ao dano(arts. 326, 327, 328, 329), e no capítulo referente ao furto, (art. 330 § 1º), e no capítulo referente ao estelionato, (art.338).

¹⁰⁵ Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932.

c. Projetos para um novo Código Penal

c.1. O projeto de Virgílio de Sá Pereira

Sentindo-se a necessidade de um novo Código Penal, o Governo incumbiu a Virgílio de Sá Pereira, juiz de renome, que preparasse um projeto que foi publicado no Diário Oficial em 1928.¹⁰⁶

Somente no ano de 1935 é que foi submetido à Câmara dos Deputados, que o aprovou.

Dependia porém, da aprovação do Senado Federal quando se deu o golpe de Getúlio Vargas em 1937. Assim é que, o trabalho de Sá Pereira ficou somente em projeto. Embora não tenha sido transformado em lei, encontram-se interessantes soluções nele contidas para a reparação do dano.

O Art. 32 do projeto dispunha que o dano material ou moral causado pelo crime devia ser reparado.

Previa, também, esse projeto, que para a fixação da pena o juiz deveria atender ao dano causado, material ou moral (art. 100 V). E no art. 101 n°. XIII, como atenuante se incluía a circunstância de ter o criminoso reparado o dano material ou moral causado pelo crime, ou se

¹⁰⁶ Sá Pereira, Virgílio, Moraes, Evaristo de, e Pedreira, Mario Bulhões, Comissão legislativa, *Projeto do Código Criminal*, Imprensa Nacional: Rio de Janeiro 1933.

esforçado por fazê-lo na medida de suas posses. E era motivo de agravação da pena se o criminoso não tivesse reparado o dano, podendo fazê-lo (art. 104 V).

O Livramento condicional, também, somente poderia ser concedido se o réu tivesse reparado o dano ou pelo menos que tivesse se esforçado em fazê-lo na medida de suas posses (artigos 126 - 135). Isso não era novidade. Sá Pereira havia repetido mais ou menos o que já havia sido determinado por lei em 1924. No caso de reabilitação, (artigos 145 a 149) Sá Pereira previa que o condenado à interdição de certos direitos de cívicos, poderia reabilitar-se, decorrido tempo igual ao da pena cumprida e nunca inferior a três anos, provando entre outras coisas ter reparado o dano causado.

É interessante notar que, o projeto do Código Penal, organizado por Sá Pereira, e submetido à uma comissão, que além do Autor se compunha de Evaristo de Moraes e Bulhões Pedreira, e apresentado em 1935 à consideração da Câmara dos Deputados, foi submetida à crítica e exame pela Conferência de Criminologia, reunida no Rio de Janeiro em 1936, a qual apontou deficiências e lacunas.

Marcada tem sido a influência de estudiosos não só de Direito Penal, mas, também, da

Criminologia em estudo minucioso de Projetos de Códigos penais Brasileiros, como em 1936 a Conferência de Criminologia que se reuniu no Rio de Janeiro dedicou os seus estudos e trabalhos e exame a às críticas do "Projeto Sá Pereira", tendo apontado falhas e lacunas. Do mesmo modo ocorreu com o anteprojeto "Hungria em 1963.

c.2. O projeto Alcântara Machado

Depois do Putsch de 1937 e da criação do chamado "Estado Novo", Alcântara Machado¹⁰⁷ fora convidado pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos a formular novo projeto, e fôra constituída uma comissão revisora formada por Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiróz e Roberto Lira, os quais acharam por bem excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei à parte.

As páginas XXII na Exposição de Motivos do Ante-Projeto do Código Criminal Brasileiro de 1938 - afirma Alcântara Machado que figura entre os efeitos necessários da condenação, quaisquer que sejam o crime a pena, a obrigação de reparar o dano, e que os pormenores referentes as penas privativas de liberdade e seus atributos, com a decorrência da obrigação de trabalho, seriam matérias do Código

¹⁰⁷ Machado, Alcântara, *Ante-projeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro*, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais: São Paulo 1938.

penitenciário. E continua às páginas XXIII que opina pela independência da ação criminal e civil, como também, fizera Sá Pereira acompanhando a reforma do processo Criminal procedida em 1841 confirmada pela Consolidação Civil de 1858.

A pretensão seria constranger o criminoso ao pagamento da obrigação decorrente do dano causado pelo delito. Assim, se previa que uma parte do salário do sentenciado se destinaria à indenização do dano, não podendo gozar de certos benefícios, tais como a liberdade condicional, suspensão da execução da pena, reabilitação, sem antes haver efetuado a reparação devida ou demonstrar a impossibilidade de efetuá-la.

E afirma Alcântara Machado que uma medida que se impõe e que iria constar das disposições finais do ante-projeto é a instituição de uma Caixa de Reparações. Alcântara Machado relembrando a comissão italiana presidida por Enrico Ferri refere-se que esta deu vida nova à uma idéia esboçada na reforma penal Toscana (1756) e na legislação das Duas Cecílias (1819).

O Estado inclusive cuidou da reparação que a vítima tivesse que receber. Como o Réu freqüentemente é incapaz ou sem vontade de reparar, o Estado organiza um fundo público o qual é

sustentado pelas multas e através do qual a vítima pode ser compensada. O Código Penal de Toscana, o Codice Leopoldino de 1786, assim intitulado depois de Leopoldo "o Sábio", instituiu tal fundo. O texto desse código está reproduzido em Carlo Paterniti, Note al Codice Criminale Toscano del 1786, Padua 1985. Este fundo e um outro similar são encontrados no Art. 35 do Código "per lo Regno delle Due Sicilie" de 1819 que foram recomendados por Bonneville de Marsangy.^{108 109}

A idéia de Alcântara Machado era a de organizar uma Caixa nos moldes da Peruana.

No entanto, ao tratar do Livramento Condicional previa-se no ante-projeto, que tal benefício seria concedido ao condenado à pena de reclusão por tempo não menor de quatro anos ou detenção por tempo não menor de dois anos, desde que entre outros fatores, tivesse satisfeito as obrigações civis resultantes do crime e impostas na sentença, ou se houvesse provado a impossibilidade, em que se encontrasse, de fazê-las (art. 41, inciso III). No caso de não cumprimento dessa hipótese, o juiz poderia revogá-lo, ou advertir o liberado, marcando-lhe prazo, se cabível, para cumprir a

¹⁰⁸ *De l'amélioration de la loi criminelle*, Paris 1864, Vol. II, pág 310 e segs.

¹⁰⁹ Madlener, Kurt, op.s.c. (nota 1), pág. 280. A legislação italiana do século XVIII deu considerável atenção à vítima.

obrigação.

É interessante essa possibilidade de concessão de prazo, que deveria ser prevista, também, quando da concessão, do livramento condicional, pois muitas vezes, mesmo em sendo o réu solvável, mas dependendo das condições econômicas do momento, não é possível vender um bem ou apurar naquele momento quantia necessária à satisfação do dano.

No Art.50 V como uma das circunstâncias atenuantes estava o fato de ter o agente procurado de "motu próprio", logo após o crime, evitar ou mitigar-lhe as consequências, ou haver reparado o dano, espontânea e integralmente, até antes do julgamento.

Alcântara Machado, também, era a favor da instituição de um fundo especial destinado a reparação do dano causado pelo delito. Ele se referiu á Comissão da Reforma Italiana de 1920, dirigida por Enrico Ferri, que havia levantado um idéia que já se encontrava no Código Penal de Toscana (Código Leopoldino de 1786: "...che venga formata una Cassa a parte sotto la direzione del Presidente del Buon Governo nel Dominio Fiorentino, e nel Senese dell'Auditor Fiscale di Siena, nella quale debbano colare tutte le Multe, e Pene

pecuniarie di tutti i rispettivi Tribunali dello Stato, e dalla quale ne renderanno conto a Noi di anno in anno. Da questa Cassa per quanto si estenderanno i suoi assegnamenti, dovranno indennizzarsi tutti quelli, che danneggiati per Delitti altrui, dal Delinquente da cui il danno è loro derivato non possono ottenere il risarcimento per mancanza di patrimonio..."¹¹⁰) e no Código Penal das Duas Sicílias (1819). Alcântara Machado tinha a idéia de criar um fundo nos moldes da Caixa peruana.¹¹¹

2. A reparação do dano no Código Penal de 1940

Uma comissão da qual foram membros Nelson Hungria e Roberto Lyra, revisou o projeto de Alcântara Machado que serviu de base ao Código Penal de 1940.¹¹²

Em primeiro de janeiro de 1942 entrou em vigor o novo Código Penal de 1940, que não foi promulgado na forma como estatuiu o parlamento, mas decretado pelo Presidente Getúlio Vargas que na época governava o Brasil como ditador.

¹¹⁰ Paterniti Carlo, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, CEDAM, Padua 1985, pág. 20.

¹¹¹ Alcântara Machado, *Ante-projeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro*, Empresa Gráfica da "Revista dos Tribunais", São Paulo 1938, pág. XXIII.

¹¹² Veja Lopo Alegria (assim foi Roberto Lyra), Rio de Janeiro 1984, págs. 131 e 133. Lyra era o único da comissão com tendências positivistas.

a. A Parte Geral

A Parte Geral fora alterada em 1984 através da Lei, porém, a Parte Especial embora, com muitas modificações continua em vigor.

Na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 no tocante aos efeitos da condenação se esclarece que foi incluído o confisco dos instrumentos *et prodata sceleris* (instrumentos e proveitos do crime) tendo sido feita a ressalva quanto ao direito do lesado ou de terceiros de boa fé.¹¹³

É interessante notar que o capítulo IV do Código Penal de 1940, ao tratar "Dos Efeitos da condenação, dispunha como sub-título: "Reparação do dano. Perda dos instrumentos, produto, e proveito do crime. E assim estabelecia no Art. 74:

São efeitos da condenação:I- tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime;

II- a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé;

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou

¹¹³ Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil*, op.s.c., pág. 428.

valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

Fora incluído neste Código figurando o confisco entre as medidas de segurança, determinando que "O juiz, embora não apurada a autoria, deve ordenar o confisco, dos instrumentos e produto do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso porte ou detenção que constitui fato ilícito (art. 100 C.P.).¹¹⁴

Também, estabelece o Código Penal de 1940 que uma das causas de extinção da punibilidade seria pelo ressarcimento do dano no peculato culposo.

a.1. Da suspensão condicional da pena

O Código Penal de 1940, com a redação dada pelo Decreto Lei N°2848 de 7.12.1940 dispunha no art. 57 que a execução da pena de detenção não superior à dois anos, ou de reclusão, esta só no caso do condenado ser menor de 21 anos ou maior de 70 anos (art. 30 §3) e a condenação não ser superior à dois anos, poderia ser suspensa por dois a seis anos, se observados determinados requisitos. No entanto, a suspensão poderia ser revogada, entre outros fatos se frustrasse, embora solvente, o pagamento da multa ou da reparação do dano (art. 59 n. II).

¹¹⁴ Pierangelli, José Henrique op.s.c., pág. 467.

a.2. A Lei N° 6.416 de 24 de maio de 1977

A Lei n° 6.416 de 24 de maio de 1977 alterou dispositivos do Código Penal (Decreto 2.848 de 7 de dezembro de 1940) e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3689 de 3 de outubro de 1941).

Essa lei alterou ligeiramente a situação, determinando que a liberdade condicional poderia ser revogada se frustra, embora solvente o pagamento da multa (acrescenta a Lei) ou não efetua, sem motivo justificado a reparação do dano (art. 59 II).

Assim o § 1° do artigo 59 inciso II determina ainda, que a suspensão pode ser revogada se o sentenciado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença.

Ficou, determinado no artigo 108 inciso IX alterando singularmente a disposição do Código de 1940, que seria extinta a punibilidade "pelo casamento da ofendida com terceiro", nos crimes referidos no inciso anterior, salvo se cometidos com violência ou grave ameaça, e se a vítima não requerer o prosseguimento da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da data da sua celebração.

a.3. Da reabilitação

O Código Penal de 1940, na sua parte geral a previa como causa das penas acessórias aplicadas,

como se verifica nos arts. 108 VI, 119 e 120¹¹⁵

b. A Parte Especial do Código Penal

Na parte Especial ainda em vigor com alterações, também, existe a possibilidade de extinção da punibilidade do réu quando este se retrata cabalmente da calúnia ou difamação.

É como observa Kurt Madlener: "não se trata de uma reparação material",¹¹⁶ porém o réu beneficia-se da retratação e a vítima satisfaz-se dessa maneira isentando assim o réu de pena.

O Código Penal também, prevê a extinção da punibilidade quando o funcionário que haja culposamente facilitado a prática do peculato, tenha reparado o dano antes de que tenha recaído sentença irrecorrível. Se o réu reparar o dano posteriormente à sentença irrecorrível, a pena imposta se reduz de metade (artigo 312 parágrafo 3º do Código Penal).

3. Projetos para um Código de Processo Penal

Através da Constituição Federal de 1934, o direito processual fora unificado para todo o país em virtude do art. 5º nº 19 letra b.

a. O Projeto Vicente Ráo

¹¹⁵ Costa Jr, Paulo José da, *Comentários ao C.P. 1984* Vol. 1 3 ed. SP 1989, pág. 449 e 450).

¹¹⁶ Madlener, Kurt, op.s.c., pág 390.

Em face da competência para legislar em matéria processual, ter passado à União, o então Ministro da Justiça Vicente Ráo, em 1935 apresentou um projeto elaborado por uma comissão composta por Antonio Bento de Faria, Plinio Casado e Luis Barbosa da Gama Cerqueira.

Esse projeto que fora feito sob a influência francesa, dispunha que:

"a) a sentença condenatória irrecorrível, proferida no criminal, tem força de coisa julgada quanto à existência do fato e sua autoria, mas,

b) a isenção criminal não importa a da responsabilidade civil."¹¹⁷

A Constituição de 1937 manteve como competência privativa da União o poder de legislar sobre o direito processual no seu art. 16 n° XVI.

b. O Anteprojeto Helio Tornaghi do Código de Processo Penal¹¹⁸

O Anteprojeto Tornaghi fazia a distinção entre reparação e indenização, sendo ambas consideradas como ressarcimento ou seja o pagamento dos danos patrimoniais resultantes do crime.

¹¹⁷ Rebello Pinho, Ruy Sérgio, *A reparação do dano causado pelo Crime e o Processo Penal*, Atlas, SP.: 1987, pág. 85.

¹¹⁸ Tornaghi, Helio, *Anteprojeto do Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro -1963.

Assim é que a reparação seria a compensação em dinheiro de dano moral decorrente de crime, e a indenização por sua vez, seria a compensação em dinheiro de dano decorrente de ato ilícito (art. 365 do Anteprojeto).

Helio Tornaghi acentua a diferença entre ressarcimento, reparação e indenização, à qual dedicou o art. 365 de seu anteprojeto de Código de Processo Penal, isto arrimado na doutrina alemã que expõe em suas obras ¹¹⁹, são coisas distintas o *Schadenersatz*, a *Busse* e o *Schmerzugeld*, aquele com satisfação do dano patrimonial direto, essa como satisfação do dano patrimonial indireto, e esse como reparação do dano moral.

O art. 367 desse anteprojeto repete o art. 66 do CPP de 1941 ao dispor que, mesmo havendo a sentença absolutória no juízo criminal poderá ser proposta ação civil, desde que não tenha sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato.

Ao tratar da sentença absolutória, esse anteprojeto propõe que o juiz absolverá o acusado entre outras causas, se extiver extinta a

¹¹⁹ Tornaghi, Hélio *Comentários ao Código de Processo Penal*, Ed. da Revista Forense: Rio de Janeiro 1956, Vol. I Tomo 2 págs, 127 e segs. Vide, também: *Instituições de Processo Penal* Rio de Janeiro 1959, III, 428, citado em Arquivos do Ministério da Justiça n° 116 1970.

punibilidade, (art. 357) e dispõe no § 3º do inciso VII entre outras condições o ressarcimento do dano no peculato culposo.

4. A reparação do dano no Código de Processo Penal de 1941

O legislador processual penal cuidou da "actio civilis ex-delicto" no processo penal por entender que o "Estado que devia dar um substrato de direito público à pretensão do ressarcimento, zelar pela vítima do crime, e ao mesmo tempo, fazer com que aquele que violasse a norma penal satisfizesse integralmente os prejuízos ocasionados à ordem jurídica". A reparação da ofensa causada pelo delito só será completa se à pena se somar a reparação do dano. Na verdade, os efeitos do crime, de certo modo, desaparecem com o castigo decorrente da pena e a satisfação do dano.¹²⁰

A sentença penal que é condenatória com relação ao crime, é declaratória no tocante a indenização civil, pois nela não há mandamento expresso de o réu reparar o dano resultante do crime.¹²¹

¹²⁰ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 2º vol., 5ª ed., SP. 1979, pág. 23.

¹²¹ Mirabete, Julio Fabbrini, *Processo Penal*, 2ª ed., Editora Atlas, S.P., 1993, pág.151, citando Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, Saraiva 1983, Vol. 1, pág. 485.

O atual Código de Processo Penal Brasileiro é de 1941 porém, com inúmeras modificações.

A exposição de Motivos que integra e esclarece as razões do projeto, que: "ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre a ação Penal e a ação civil ex-delicto, rejeitando o instituto ambíguo de "parte civil" no processo penal."

E adverte que, embora, se torne certa em havendo sentença condenatória no juízo criminal, a obrigação de reparar o dano resultante do crime, esta não é uma consequência de caráter penal.

O projeto limita-se à outorgar ao juiz da *actio civilis ex-delicto* a faculdade de sobrestar o curso desta até o pronunciamento do juízo penal.

O projeto quis evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano. Instituiu e regulou de maneira eficiente as medidas assecuratórias tais como, o seqüestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil.

Tais medidas podem ser requeridas, antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo.

Determina, outrossim, a intervenção do Ministério Público, quando se tratar de vítima pobre. E consta ainda dessa exposição de motivos:

"Ficará assim sem fundamento a crítica segundo a qual pelo sistema pátrio, a reparação do dano *ex-delicto* não passa de um promessa vã ou platônica da lei."¹²²

a. Da Liberdade Provisória

A liberdade provisória é sucedâneo ou substitutivo da prisão provisória.

A liberdade provisória vinculada, abrange aquela concedida mediante prestação de fiança, bem como aquela que é determinada sem essa garantia (artigos 310 e § único, e 350 do CPP). A não vinculada está prevista nos artigos 321 e 408 § 2º do CPP.¹²³

O Código de Processo Penal no Capítulo VI ao tratar da Liberdade Provisória determinava no art. 322 que a autoridade policial poderá conceder fiança se a infração fôr punida com pena de detenção ou prisão simples. Atualmente, determina o mesmo artigo 322 modificado pela lei N°12.403 de 2011, que a autoridade policial poderá conceder fiança se a infração penal privativa de liberdade não for superior a quatro anos.

¹²² Pierangelli, José Henrique, *Processo Penal, Evolução Histórica e Fontes legislativas*, 1ª ed., Bauru 1983, págs. 536 e 537.

¹²³ Tucci, Rogério Lauria, *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, Editora Saraiva, S.P. 1993, pág. 347.

O dinheiro, ou objetos dados como fiança, estão sujeitos ao pagamento das custas, bem como do valor da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado. Isso ocorrerá, também, mesmo no caso de prescrição após a condenação (art. 336 e §único).

Os valores correspondentes à fiança serão recolhidos à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou ao depositário público (art. 331).

b. Do Livramento Condicional

No Direito brasileiro o Dec. Lei nº 3931 de 10.12.1941 CPP no art. 710 determinava que o livramento condicional poderá ser concedido ao condenado à pena de reclusão ou de detenção superior à tres anos, desde que se verifiquem entre outra condições a seguinte:

"V. satisfação das obrigações civis resultantes do crime, salvo quando provada a insolvência."

Através da lei 6.416 de 24.5.1977 esse inciso foi alterado para incluir de maneira clara que o livramento condicional estaria condicionado a reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Assim, a fim de serem resguardados os direitos da vítima quanto aos danos por ela

sofridos, a Lei nº 6.416 de 24.5.1977, modificando entre outras coisas as condições para a concessão do livramento condicional assim dispôs (art. 60 inciso III CP):

"O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior à dois anos, desde que se verifiquem entre outras condições seguintes a de reparar o dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo."

É interessante observar a jurisprudência da época relativa a concessão do livramento condicional:

O STF em acórdão datado de 17.3.1978¹²⁴ (Inteligência dos arts. 80 a 60 do CP e 715 do CPP), em relatório do Eminentíssimo Ministro Moreira Alves, em pedido de Livramento Condicional, adotando parecer do Ministério Público, opinou pela sua concessão em caso de imposição de medida de segurança uma vez verificada a cessação de periculosidade.

Deveria se comprovar a satisfação dos requisitos objetivos para a obtenção do benefício (pena superior à dois anos, cumprimento de mais da metade para o réu primário, satisfação das obrigações civis ou prova de insolvência) e de alguns

¹²⁴ Revista dos Tribunais, RT 519 de Janeiro de 1979, fls. 454 e 455.

requisitos subjetivos.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina em Acórdão datado de 14.9.1978, decidiu de forma diversa concedendo o Livramento Condicional, embora o réu não tenha reparado o dano resultante do delito, (é que a Lei 6.416 de 1977, alterou a redação dos arts. 60 III, e 710 V), que autoriza a concessão não só naquele caso mas, também, quando embora solvente, o sentenciado à data da apreciação do pedido se encontre impossibilitado de reparar o dano causado pelo delito.

"No caso em que o "Quantum da indenização depende, para a apuração, de liquidar-se em execução de sentença, tal circunstância impede a satisfação de imediato, e não pode constituir causa de indeferimento do benefício."¹²⁵

Parece-nos razoável este entendimento, pois seria incompreensível que o réu perdesse a oportunidade de exercer o direito à concessão do livramento condicional, em virtude de no momento de fazer o pedido estar impossibilitado de fazê-lo.

Verifica-se que no direito alemão pode ser concedido o livramento condicional se o condenado cumpriu metade da pena privativa de liberdade e pode

¹²⁵ Revista dos Tribunais, RT n° 522 de Abril 1979, pág. 412, Editora Revista dos Tribunais, S.P., Recurso Criminal n° 6.950, Acórdão de 14 de setembro de 1978, Florianópolis.

lhe ser imposto que repare o dano.¹²⁶

c. Medidas Assecuratórias no Código de Processo Penal¹²⁷

c.1. Do seqüestro de bens

"Em sentido amplo seqüestro é a apreensão de coisas determinadas para assegurar o julgamento sobre o domínio ou a posse dessas coisas, colocando-as em depósito para que possam ser entregues ao vencedor da demanda, em bom estado de conservação".¹²⁸

Para que haja a decretação de seqüestro dos bens imóveis que foram adquiridos pelo indiciado com os proveitos da infração, mesmo que tenham sido transferidos à terceiros, há a necessidade de indícios veementes de que o bens são de proveniência ilícita art.125 e 126 do CPP.

Isto, porque sendo que os bens adquiridos pelo indiciado com meios de origem ilícita, poderão ser desviados, o que tornaria difícil ou impossível a reparação dos danos causados pelo delito.

¹²⁶ No Direito alemão pode-se aplicar o art. 56 B 32 n° 1 STGB quando se concede o livramento condicional à um condenado que haja cumprido pelo menos a metade de sua pena privativa de liberdade (art. 57 StGB), e impor-lhe que repare o dano, uma vez que lhe seja concedido o livramento condicional.

¹²⁷ Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

¹²⁸ Campos Barros, Romeu Pires de, *Processo Penal Cautelar* Editora Forense, Rio de Janeiro 1982, pág. 414.

O Juíz, seja de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, ou do ofendido poderá ordenar o seqüestro, mesmo antes de ser oferecida a denúncia ou a queixa, ou em qualquer fase do processo (art. 127 do CPP).¹²⁹

Feito o seqüestro o juíz determinará a sua inscrição no Registro de Imóveis (art. 128 do CPP). São previstos embargos quer pelo acusado, que pode fundamentá-los que os bens adquiridos não foram adquiridos com os proventos da infração, ou pelo terceiro, que baseie o seu fundamento em tê-los adquirido de boa-fé.

Não poderá ser pronunciada decisão nesses embargos antes de passar em julgado a sentença condenatória é o que acrescenta o § único do art. 130. E, assim, esclarece Romeu Pires de Campos Barros:¹³⁰ Nesse caso (art. 130 § único do CPP) se remete a discussão dos embargos ao juízo cível onde será processada ação para a liquidação e a execução dos danos causados pelo delito.

Os embargos como meio defesa do acusado (art.130 do CPP) diferem do previsto no art. 129 do mesmo código, pois se referem aí à embargos de terceiros de modo que serão processados e julgados

¹²⁹ Jesus, Damásio Evangelista de, *Código Penal Anotado*, SP., pág. 115, RT. 610/340.

¹³⁰ Campos Barros, Romeu Pires de, *Processo Penal Cautelar*, op.s.c., pág. 422, Editora Forense: Rio de Janeiro 1982.

em conformidade com o CPC (art. 1.046 / 1.054).

No entanto, o art. 131 do CPP no seu inciso III, permite o levantamento do seqüestro, se for extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença irrecorrível transitada em julgado.

c.1.1. Seqüestro dos bens do proveito do crime

"Os bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração podem ser sequestrados, ainda que já tenham sido transferidos à terceiros" (art. 125 do CPP).

Para que haja a decretação de seqüestro dos bens imóveis que foram adquiridos pelo indiciado com os proveitos da infração, mesmo que tenham sido transferidos à terceiros, há a necessidade de indícios veementes de que o bens são de proveniência ilícita (arts.125 e 126 do CPP).

Como observa Sérgio M. de Moraes Pitombo:¹³¹ "Há que separar, pois os bens (arts. 125 e 132 do CPP) que constituem produto direto, dos que surgem como produto indireto da infração penal".

Ao produto direto refere-se Pitombo, ao que por causa do delito chegou à mão do delinqüente, como o veículo furtado e o dinheiro roubado. O produto

¹³¹ Moraes Pitombo, Sérgio M. de, *Do seqüestro no Processo Penal Brasileiro*, SP. 1973, pág. 9.

indireto diz ele, ou seja o provento da infração ou proveito do crime corresponderia ao resultado útil mediato da ação delitativa. E dá como exemplo ganho, o lucro, o benefício auferido pelo delinqüente com a utilização econômica do produto direto do crime.¹³²

E, ainda enfatiza Pitombo¹³³ que, não há um enfraquecimento do direito da vítima à uma justa reparação do dano com a "perda de bens móveis ou imóveis adquiridos pelo indiciado", pois só o remanescente cabe à União (art. 91 II do C.P., art. 63 do CPP art. 159, arts. 1525 e 1542 do C.Civil Bras.).

Há jurisprudência no sentido de que os bens adquiridos pelo Réu com o produto do crime não admitem avaliação das coisas seqüestradas depois do trânsito em julgado da sentença, (no processo pPenal), pois há a necessidade de que se aguarde o julgamento da ação civil, pois, a execução da sentença condenatória é procedida no juízo cível competente para conhecer a ação própria para fixar o valor do dano. "O seqüestro , como medida meramente cautelar determinada no juízo criminal, limita-se a resguardar o interesse do ofendido, sem permirtir a execução da sentença condenatória " ex tunc", por depender o dano a ser apurado em ação própria, no

¹³² Pitombo, op.s.c., pág. 9.

¹³³ Pitombo, op.s.c., pág. 12.

juízo civil, de iniciativa do interessado.¹³⁴

Não há porém, entendimento unânime sobre a efetiva competência da jurisdição penal ou civil para a avaliação dos bens seqüestrados, pois o Juiz pode ordenar a avaliação e a venda dos bens seqüestrados na forma do art. 133 do CPP. A autoridade pode restituir à vítima do crime o produto deste, quando apreendido em espécie (art. 120 do CPP), mas, pode também entregar-lhe o produto resultante da aquisição do ato criminoso.

c.2. Da Hipoteca Legal

Por força do disposto no art 134 do CPP a garantia dada pela hipoteca é aqui conferida ao ofendido ou aos seus herdeiros, sobre os bens imóveis do delinqüente, a fim de que se satisfaçam os danos causados pelo delito e pagamento das custas. Tal garantia pode ser requerida em qualquer fase do processo. Também, a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, pode usar dessa medida cautelar para que se cubram as despesas pecuniárias e o pagamento das custas.

A hipoteca pode ser requerida mediante requerimento pelo ofendido, em havendo certeza da infração e indícios veementes de sua autoria. A

¹³⁴ Apelação nº 365/73, Acórdão de 24 de janeiro de 1974 de Curitiba, RT, junho de 1974, págs. 408, 409.

parte indicará o valor estimado da responsabilidade civil, designando os imóveis que deverão ficar hipotecados. O juiz, determinará que se proceda ao arbitramento do valor do dano e a respectiva avaliação do bem ou bens imóveis.¹³⁵

O valor do dano será liquidado definitivamente após a condenação, e poderá ser feito novo arbitramento se as partes não concordarem com o arbitramento anterior.¹³⁶

O seqüestro será levantado ou a hipoteca será cancelada, se por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou se for julgada extinta a punibilidade (art. 141 do CPP).

Porém, se houver condenação do réu, os autos referentes à tais procedimentos incidentais que correram na Justiça Criminal, serão encaminhados a Justiça Civil a fim de que se promova a competente execução para fins de se obter a reparação do dano (art. 63 CPP).¹³⁷

O art. 140 do CPP ao falar sobre as garantias do ressarcimento do dano determina que alcançarão, também, as despesas processuais e as penas pecuniárias, tendo preferência sobre estas a

¹³⁵ Art. 134, 135 CPP.

¹³⁶ Art. 135 § 5º.

¹³⁷ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal 2*, 5ª ed., SP. 1979, pág. 29.

reparação do dano ao ofendido.

No que se refere ao seqüestro de bens móveis (art. 132 do CPP), há a necessidade de que existam também, indícios veementes da proveniência ilícita de tais bens.

E com exceção da averbação no Registro de imóveis o procedimento é o mesmo do que se refere ao seqüestro dos bens imóveis, e não deve tratar-se de caso relativo à busca e apreensão.

c.3. Perdimento de bens na Lei nº 3.502 de 21.12.1958

A Lei nº 3.502 de 21.12.1958 regula o seqüestro e o perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito por parte do servidor público, ou o dirigente, ou o empregado de autarquia, o dirigente ou empregado de sociedade de economia mista, de fundação instituída por poder público, de empresa incorporada ao patrimônio público, ou de entidade que receba e aplique contribuição parafiscais, por influência ou abuso de cargo ou função. Na ação principal poderá ser pedido, cumulativamente, o ressarcimento integral de perdas e danos sofridos pela pessoa jurídica autora ou litisconsorte.

E, ainda o art. 7º especifica que a fórmula

"vantagem econômica" abrange genericamente todas as modalidades de prestações positivas ou negativas, de que se beneficie quem aufera de enriquecimento ilícito.

c.4. Do Arresto de bens

No entanto, a Lei N° 11.435, de 28 de dezembro de 2006 conforme dispõe em seu artigo 1°, alterou os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, para substituir a expressão "seqüestro" por "arresto", com os devidos ajustes redacionais.¹³⁸

O Arresto será levantado ou a hipoteca será cancelada se o réu for absolvido ou se for extinta a punibilidade, se a sentença for irrecorrível.

Caberá o arresto de bens de coisas móveis quando não for possível a busca e apreensão prevista no Título VII Capítulo XI, sendo necessário do mesmo modo que no seqüestro de bens, que haja a existência de indícios veementes da proveniência ilícita de bens. Ou melhor diz a letra da lei: "basta" a existência de indícios veementes. Para nós a expressão "basta" é inadequada, pois não bastam qualquer indícios, mas sim que sejam veementes (art. 132 do CPP).

¹³⁸ Diário Oficial da União de 29.12.2006.

Somente nos casos de que o responsável não possua bens imóveis ou se forem insuficientes, poderão ser arrestados (seqüestrados) os bens móveis, nos termos em que é facultada a hipoteca legal dos móveis, é o que determina o artigo 137 do CPP.

Nesse caso como, também, no caso do art. 134 do CPP (hipoteca legal), se houver interesse da Fazenda Pública, ou se o ofendido for pobre e o requerer o Ministério Público deverá promover tais medidas, é o que dispõe o artigo 142 do CPP.

c.5. Fiança

O Código de Processo Penal, no Capítulo VI, ao tratar da Liberdade Provisória determina no art. 322 que a autoridade policial poderá conceder fiança se a infração fôr punida com pena de detenção ou prisão simples.

Se o réu for condenado, o dinheiro ou objetos dados como fiança, ficarão disponíveis para o pagamento de custas, da indenização do dano e da multa. Isso ocorrerá, também, mesmo se houver prescrição após a condenação (art. 336 e § único).

Os valores correspondentes à fiança serão recolhidos à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou ao depositário público (art. 331). No

caso de perda da fiança caberá recurso em sentido estrito e terá efeito suspensivo como determina o artigo 584 do CPP.

A fiança se dará como quebrada se o indiciado não comparecer sem provar motivo justificado, ou se na vigência da fiança praticar outra infração penal, que importará na perda da metade do seu valor, devendo o réu ser recolhido á prisão.

A avaliação quer dos imóveis quer de pedras, objetos ou metais preciosos será feita imediatamente por perito nomeado pela autoridade, (art. 330 § 1º CPP), e a venda será feita por leiloeiro ou corretor (art.349 do CPP).

Se a fiança fôr prestada por meio de hipoteca a execução será promovida no Juízo Cível e será promovida pelo Ministério Público (art. 348 do CPP).

E. Reformas durante o último Governo Militar (1964-1985)

1. A reparação do dano causado pelo delito no Direito Penal

a. O chamado Código Penal de 1969¹³⁹

O Anteprojeto HUNGRIA apresentado em 1963 do qual foi amplamente divulgado pelas Faculdades de

¹³⁹ Decreto-Lei nº 1004 de 21.10.1969, alterado pela Lei 6.016/73 e revogado pela Lei nº 6.578 de 11.10.1978.

Direito e pelos Conselhos da Ordem dos Advogados. Realizou-se também, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo um ciclo de conferência que durou quase seis meses (de 3 de setembro de 1963 a 26 de fevereiro de 1964), sobre diversos temas do Ante-projeto "Hungria" sob os auspícios da ONU e do Instituto Latino Americano de Criminologia. Foi então designada uma comissão revisora, que com a colaboração que chegou de diversos pontos do país, foi elaborado um projeto que deu origem ao chamado Código Penal de 1969.

Tal Código Penal de 1969, que deveria entrar em vigor em agosto de 1970 sofreu diversas críticas e foi alterado passando a ter nova redação, mas, nunca entrou em vigor, o qual finalmente foi revogado em 1978.

Este código mostra no entanto, o esforço de inúmeros juristas cujos estudos foram de valia e numa tentativa de com instrumentos diversos, abrir novos caminhos, para e nas palavras de Pietro Nuvolone "este Código apresenta-se no momento histórico atual, como uma tentativa de aplainar conceitualmente antíteses substanciais de indicar aos esquemas tradicionais, com instrumentos diversos, novos caminhos para resolver o problema da luta contra a criminalidade."¹⁴⁰

¹⁴⁰ Pierangelli, *Códigos Penais do Brasil*, op.s.c., pág. 14,

Em sua Exposição de Motivos se esclarece que, o projeto atribuiu grande importância ao ressarcimento do dano, visto que constitui um instrumento eficaz na luta contra o crime. O ressarcimento do dano só pode se cogitar naqueles crimes em que haja dano reintegrável. Foi dada uma ênfase maior ao ressarcimento como pressuposto do livramento condicional e da suspensão condicional da pena.¹⁴¹

O Código Penal de 1969, como já dissemos, que nunca entrou em vigor, seguiu a orientação do Anteprojeto HUNGRIA no capítulo referente à suspensão condicional da pena, esta era prevista quando o réu era ao tempo do crime menor de 21 anos ou maior de setenta anos, e a pena de detenção não fôsse superior à dois anos, ou no caso de reclusão por igual parazo. A suspensão da pena poderia ser suspensa por dois a seis anos. Devia-se levar em consideração, entre outros pressupostos, a conduta posterior ao crime, que indicasse que o réu estivesse arrependido ou tivesse o desejo sincero de reparar o dano.¹⁴²

Também, é interessante a inclusão da pena de

citando a conferência de P. Nuvolone, no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

¹⁴¹ Código Penal, Decreto-Lei nº 1.004 de 21 de outubro de 1969.

¹⁴² *Código Penal de 1969*, organizado por Emeric Levai, Editora Saraiva: São Paulo 1971, art. 71, inciso II, pág.90.

multa substitutiva em caso de detenção não superior à seis meses e, em sendo o réu primário desde que tenha realizado o ressarcimento do dano antes da sentença condenatória. E, continua art. 46: "se é de esperar que a multa baste para servir de advertência ao condenado"¹⁴³.

O art. 52 estabelecia como medida da pena quer a culpabilidade, quer a periculosidade do réu, levando-se em conta, "a justa retribuição".

A fim de determinar o grau de gravidade do crime, o juiz deveria, também, levar em conta a intensidade do dolo ou o grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, o modo de sua execução, os motivos determinantes, as circunstâncias quer de lugar, quer de tempo, os antecedentes do réu e a sua atitude de insensibilidade, indiferença, ou arrependimento do crime.¹⁴⁴

No Capítulo correspondente aos efeitos da condenação no Código penal de 1969 (art.90 inciso I, com as alterações introduzidas pela Lei nº 6.016 de 31.12.1973) encontrava-se de destacada maneira entre os efeitos da condenação como sub-título:

¹⁴³ *Código Penal de 1969*, organizado por Emeric Levai, Editora Saraiva: São Paulo 1971, art. 46, págs. 80 e 81.

¹⁴⁴ Jesus, Damásio E. de, *O novo Sistema Penal, Interpretação e aplicação da Lei nº 6.416 de 24.5.1977*, São Paulo 1978.

"Obrigação de reparar o dano" resultante do crime, bem como está ressaltado como sub-título do inciso II letras a) e b) desse mesmo artigo "Perda em favor da União dos instrumentos e proveito do crime" ressalvado, está no corpo do artigo, entretanto, o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé. Para que haja a perda dos instrumentos, há a necessidade de se configurar a ilicitude do fabrico, alienação, uso, porte ou detenção.

E, incluiu-se, também, como efeito da condenação, a perda do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo réu com a sua prática delituosa.

Em seu contexto esse artigo e seus incisos repetem o determinado no art. 74 e seus incisos do Código Penal de 1940 dando-lhes, porém, mais ênfase.

Esse capítulo, fora incluído na Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1984, também, no referente aos Efeitos da Condenação no art. 91, incisos I, II, letras a) e b).

b. A Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977

Essa lei alterou dispositivos do Código Penal (Decreto nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940) e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941).

A Lei nº 6.416 de 1977 (art. 30 § 3. Letra a), instituiu a regra de que uma parte do que o réu auferisse por seus trabalhos como recluso seria aplicado para a indenização dos danos causados pelo delito, desde que tenham sido objeto de determinação judicial, e não reparados por outros meios.

Não entraremos em detalhes agora nessa lei, pois, no decorrer deste trabalho será mencionada em diversos pontos, por ter alterado de modo substancial diversos institutos jurídicos.

c. O projeto do Código Penal de 1981

Realizou-se em Brasília de 27 a 30 de setembro de 1981 o 1º Congresso Brasileiro de Política Criminal e Penitenciária patrocinado pelo Ministério da Justiça, pela Universidade de Brasília e pelo Governo Federal. Nesse Congresso foram estudados e debatidos temas do Código Penal, de Processo Penal e da Lei de Execuções Penais.

Ressaltamos esse fato, para outra vez mostrar a importância que tiveram criminólogos, e não só penalistas, nas sugestões dos textos definitivos.

Depois disso é que, as comissões revisoras em 1982 encaminharam à Presidência da República os textos definitivos., sendo que a Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execuções Penais, Leis nºs

7.209 e 7.210 ambas promulgadas em 11 de julho de 1984.¹⁴⁵

O projeto do Código Penal de 1981 prevê entre as penas patrimoniais:

c.1. A multa penitenciária

Esta multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença calculada em dias multa e será no mínimo de dez e no máximo de trezentos e sessenta dias multa (art. 49). E pode ser cominada cumulativamente com a pena privativa de liberdade.

c.2. A multa reparatória

O art. 53 desse projeto prevê a multa reparatória que "consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base do disposto no artigo 49 e seu parágrafo, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. Dispõe, também, que "no pagamento ou execução das penas patrimoniais a multa reparatória prefere à multa penitenciária" (artigo 54 § 2º).

Manoel Pedro Pimentel disse que: "tendo em vista sua principal finalidade a de multa

¹⁴⁵ Toledo, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Editora Saraiva: SP. 1986, págs. 62 e 63.

reparatória inclui implicitamente, em seu conceito um propósito educativo, obrigando o infrator a praticar um ato de solidariedade humana, reparando o dano que causou."¹⁴⁶

Quanto a suspensão condicional da pena, o projeto de 1981, abandonando a diretriz do Código Penal de 1969, determina que tal medida pode ser concedida por dois a seis anos.

No período correspondente a condenação o réu deve prestar serviços à comunidade (art. 78), aos sábados, domingos e feriados, por duas horas (art. 46 § único). Tal concessão só será feita se o condenado for primário e haja reparado o dano (art. 78 § 2º).

Não se incluiu nesse projeto, como anteriormente, que o desejo sincero de reparar o dano bastasse, mas que para a concessão da suspensão condicional da pena o condenado houvesse reparado o dano (art. 78 § único).¹⁴⁷

2. A Nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209 de 11.7.1984, em vigor)

Na Exposição de Motivos, esclarece-se que foram introduzidas penas de prestação de serviços à

¹⁴⁶ Pimentel, Manuel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*, São Paulo 1983, págs. 175.

¹⁴⁷ Ministério da Justiça, Brasília 1981, *Anteprojeto de Lei*.

comunidade e de limitação de fim de semana, tornando-se "mister referência expressa ao seu descumprimento como causa de revogação obrigatória (art. 81, III). Esta se opera à falta de reparação do dano, sem motivo justificado e em face de expediente que frustrare a execução da pena (art. 81,II).¹⁴⁸

A nova Parte Geral manteve os mesmos efeitos da condenação em seu art. 91 incisos I,II, letras a) e b), efeitos esses que se referem à reparação do dano. Incluíram-se, porém, outros efeitos (art. 92, incisos I, II e III), tais como a "perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, nos crimes praticados com abuso ou violação de dever para com a Administração Pública; incapacidade para o exercício do pátrio poder, inabilitação para dirigir veículo".

Como esclarece Paulo José da Costa Jr. tais efeitos não passam de penas acessórias.¹⁴⁹ No entanto, o confisco dos instrumentos e do produto do crime, que no Código Penal de 1940 (art. 100) era medida de segurança, no atual regime está inserido entre os efeitos da condenação (art. 91 II), ressalvado o direito do lesado, ou do terceiro de boa-fé. Os instrumentos são os utensílios que

¹⁴⁸ Oliveira, Juarez de, *Código Penal*, 28^a ed., Editora Saraiva: SP 1990, pág.15.

¹⁴⁹ Costa Jr., Paulo José da, *Comentários ao Código Penal, Parte Geral*, Vol. I, Editora Saraiva: SP 1989, pág. 444, 445.

serviram ao criminoso para cometer o fato delituoso.

O confisco sómente recairá sobre instrumentos que pertencerem ao autor do delito ou ao partícipe do crime, e cujo fabrico, alienação, porte ou detenção constitua fato ilícito. Os produtos do crime são as coisas obtidas diretamente com a infração penal (res furtiva), mediante operação posterior (jóia fabricada com o ouro subtraído), criadas pelo crime (moedas falsas), ou adquiridas com a alienação dos objetos furtados.¹⁵⁰

Uma das questões que se coloca é que se os objetos, cujo fabrico, alienação, porte, uso ou detenção que constitui coisa ilícita, precisam ser devolvidos ao lesado e ao terceiro de boa-fé, desde que a eles pertençam.¹⁵¹

Espínola Filho segundo indica Damásio E. de Jesus esclarece que, somente em casos especiais, por desaparecerem as causas da proibição de fabricar, possuir e usar tais objetos, mediante uma autorização, a restituição pode ser efetuada ao lesado ou ao terceiro de boa-fé. Por exemplo, objetos pertencentes à Museus, ou à algum colecionador especial.

Assim o art. 91 do atual C. P., incisos I e

¹⁵⁰ Costa Jr., Paulo José da, op.s.c., págs. 446, 447.

¹⁵¹ Jesus, Damásio Evangelista de, *Código de Processo Penal Anotado*, SP. 1990, 8ª ed., pág. 112.

II letras a) e b), está em consonância com o art. 122 do CPP, que determina, que decorrido o prazo de 90 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a restituição quando cabível, o juiz decretará, se for o caso, em favor da União das coisas apreendidas e ordenará que sejam vendidas em leilão público. E o § único desse art. 122, bem como do art. 133 do CPP. determinam, que do dinheiro que fôr apurado, o que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé, será recolhido ao Tesouro Nacional.

Por sua vez, aqueles instrumentos do crime cuja perda à favor da União for decretada, e as coisas confiscadas serão inutilizadas ou recolhidas a museu criminal, se houver interêsse na sua conservação (art. 124 do CPP).

Os imóveis adquiridos com o produto do crime mesmo que tenham sido alienados à terceiros poderão ser seqüestrados (CPP arts. 125 e segts).

a. Eficácia da sentença estrangeira

O Código Penal brasileiro em sua parte geral com a redação dada pela Lei n° 7.209 de 1984 em seu art. 9° repetindo a redação do Código Penal de 1940 determina em seu inciso I:

"A sentença estrangeira, quando a aplicação

da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: obrigar o condenado à reparação do dano, à restituições e a outros efeitos civis."

Assim, para que a sentença estrangeira tenha eficácia em território brasileiro, deve ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal (CPP arts. 787 e segs.) e a aplicação da lei brasileira deve produzir, portanto, in casu "as mesmas conseqüências."

A eficácia fica adstrita à reparação do dano, restituição relativa ao produto ou vantagens do crime, ou seja ao campo civil.¹⁵²

b. A reparação do dano como condição imposta ao condenado

Como diz Kurt Madlener: "Há instituições de criação, também, relativamente recente que permitem ao tribunal impor a reparação em contrapartida à um benefício que se concede ao condenado."

Na legislação brasileira elas podem ser encontradas como suspensão da pena em diversas modalidades.

b.1. Da Suspensão Condicional da pena

¹⁵² Costa Júnior, Paulo José da, *Comentário ao Código Penal*, Vol. 1, 3ª edição, São Paulo 1989, pág. 23.

No atual Código Penal Brasileiro no art. 78 § 2º, estabelece-se a possibilidade de suspensão condicional da pena se o réu houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.¹⁵³

O Código Penal de 1940, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2848 de 7.12.1940 que a suspensão poderia ser revogada, entre outros fatos se frustrasse, embora solvente, o pagamento da multa ou da reparação do dano (art. 59 nº II).

Em 1977, houve nova regulamentação regendo sobre as penas de reclusão e detenção, com a Lei nº 6.416 de 24.5.1977 que modificou o artigo 30 § 3º para determinar a remuneração ao trabalho do recluso, cujo produto deverá ser aplicado em primeiro lugar:

a) na indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;

b) na assistência à família, segundo a lei civil;

c) em pequenas despesas;

d) ressalvadas outras aplicações legais será

¹⁵³ No Código Penal Alemão (art. 56 e segts. StGB), em caso de suspensão condicional da pena está determinado que o tribunal pode impor ao réu a obrigação de reparar o dano causado pelo delito na medida de suas possibilidades (art.56 b § 2 nº 1 StGB).

feito depósito em caderneta de poupança, para constituição de pecúlio, a qual será entregue ao réu no ato de ser posto em liberdade.

Essa mesma Lei de 1977 alterando o dispositivo referente a revogação da suspensão condicional da pena acrescenta ao inciso II do art. 59 do CP que a suspensão é revogada se no decurso do prazo o beneficiário:

II- frustra, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetua sem motivo justificado, a reparação do dano (foi acrescentada a expressão "sem motivo justificado"), que não vinha na linguagem anterior donde demonstra a crescente preocupação do legislador na proteção da vítima.

b.1.1. Sursis especial

A Lei nº 7.209/84 no art. 78 § 2º criou um sursis que como diz Celso Delmanto é mais brando, visto que, entre as suas condições não estão incluídas a restrição de prestação de serviços ou limitação de fim de semana.¹⁵⁴ Contém, porém, outros requisitos:

1. Ter o condenado reparado o dano salvo impossibilidade de fazê-lo;

¹⁵⁴ Delmanto, Celso, *Código Penal Comentado*, Rio de Janeiro 1988, 2a ed.

2. serem inteiramente favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, ou seja atendendo à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime e ao comportamento da vítima.

b.1.2. Sursis simples

Tem como condição direta que, durante o primeiro ano de prova o condenado está obrigado a uma ou outra das seguintes restrições:

- a) prestar serviços à comunidade ou
- b) sujeitar-se à limitação de fim de semana.

Entre as condições indiretas (CP art. 81 I e § 1º) estão:

A) não ser irrecorrivelmente condenado; (CP Art 81, I e § 1 2a. parte);

B) se solvente frustrar a execução da multa, ou deixar de reparar o dano injustificadamente. Assim é que poderá ser revogado o sursis se o réu for condenado em sentença irrecorrível por crime doloso (art. 81, I e 707 do CPP), se frustrar sendo solvente o pagamento quer da multa, quer da indenização referente à reparação do dano, bem como se não prestar serviços a comunidade ou não ter se

submetido à limitação de fim de semana (art. 78 § 1º).

c. Da Liberdade Provisória

O Código de Processo Penal - no Capítulo VI ao tratar da Liberdade Provisória determina que a autoridade policial poderá conceder fiança se a infração for punida com pena de detenção ou prisão simples (art. 322).

Mas, o art. 336 § único estabelece que o dinheiro, ou objetos dados como fiança, ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado. Isso ocorrerá, também, mesmo se houver prescrição após a condenação.

Os valores correspondentes à fiança serão recolhidos à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou ao depositário público (art. 331).

3. O Anteprojeto do Código Penitenciário de autoria de Roberto Lyra (1978)

O Anteprojeto do Código Penitenciário de autoria de Roberto Lyra (1978) tratava da reparação do dano nos artigos 75 a 88, com as seguintes características: no caso de ofendido não ser particular, a execução da sentença seria promovida

de ofício, pelo juiz da execução, para efeito da liquidação do dano. Tal liquidação seria iniciada com portaria do juiz que mandaria intimar ao condenado, à cientificar o Ministério Público e o responsável por instituição particular interessada.

Previa-se nesse anteprojeto um procedimento acelerado, sendo que após cumpridas as diligências, realizadas as perícias, e estando os autos conclusos, o juiz deveria fixar o valor do dano num prazo de quinze dias.

Esse procedimento não caberia contra responsável civil (art. 206). E, ainda nesse anteprojeto se previa no art. 206 que o serviço judiciário do estabelecimento, no qual o condenado se encontrasse, promoveria as providências para a reparação do dano causado pela infração penal quando o ofendido fôsse particular ou houvesse responsável civil (arts. 75 e 134 n° IV).

É interessante observar nesse projeto a preocupação de Roberto Lyra na efetivação da reparação do dano causado à vítima:

a) em caso do ofendido não ser particular, ou ser entidade pública, a liquidação seria promovida de ofício pelo juiz da execução; b) no caso da vítima ser particular ou se houver responsável civil, o serviço judiciário do estabelecimento penal

se encarregaria de promover e acompanhar as providências para que se repare o dano.

4. Lei de Execução Penal - Lei n° 7.210 de 11.7.1984

a. Livramento condicional

Em 1984 quando foi instituída a Nova Parte Geral do Código Penal na mesma ocasião foi promulgada, finalmente, também, a Lei de Execução Penal.

Em seu artigo 131 essa lei determina que, poderá ser concedido pelo juiz da execução o livramento condicional ao condenado desde que estejam presentes os requisitos exigidos pelo art. 83 do Código Penal, ou seja que a condenação seja igual ou superior a dois anos e que tenha desde logo reparado, o dano causado pela infração, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo (artigo 83, IV CP).

Há jurisprudência firmada,¹⁵⁵ no sentido de verificar-se para a concessão do livramento condicional, se houve a reparação do dano causado pela infração e efetiva impossibilidade de fazê-lo (art. 83, inciso IV do Código Penal).

¹⁵⁵ Revista de Jurisprudência do Estado de São Paulo, RJTESP, LEX n° 104, 1987, pág. 411, Recurso Criminal n° 46.579-3, Monte Aprazível, São Paulo, 3.11.1986.

Na jurisprudência abaixo mencionada o requisito não fora satisfeito e o recurso não fora provido, pois que havia nos autos certidão fornecida pelo Cartório de Registro de Imóveis, na qual constava que o réu possuía bens imóveis.

E assim os julgadores, considerando argumentos de Miguel Reale Jr., o qual afirma "O novo Código Penal, portanto, torna mais fatível a exigência ao somente dispensá-la quando a incapacidade em reparar o dano seja efetiva e não meramente potencial."¹⁵⁶ "A impossibilidade não se deduz da condição de presidiário, embora ela seja, geralmente indicativa de insolvência principalmente aos condenados que cumprem penas longas".

Os julgadores citam também, nesse acórdão, Mirabete: "Não pode postular o benefício o sentenciado que não demonstrando haver satisfeito as obrigações civis resultantes do crime, igualmente não faça a prova da impossibilidade de reparar o dano causado."¹⁵⁷

A lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990, que dispôs sobre crimes hediondos previu o livramento condicional se cumpridos mais de dois terços da pena se o réu não for reincidente específico em crimes

¹⁵⁶ Reale Jr., Miguel "Penas e Medidas de Segurança no Novo Código Penal", Ed. Forense 1985, págs. 235 e 236.

¹⁵⁷ Mirabete, Júlio Fabrini, *Manual de Direito Penal*, 1985, 1ª ed., pág. 325.

dessa natureza e acrescentou o inciso V ao artigo 83 do Código Penal. Porém, vincula-se a concessão desse benefício ao condenado que tenha reparado o dano, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, conforme determina inciso IV desse mesmo artigo.

b. Reabilitação

No direito romano a reabilitação, promovia a extinção da pena e a restituição do patrimônio confiscado *restitutio in integrum*.

Reportando-se a evolução histórico-normativa que vigorou no Brasil as Ordenações Filipinas, a reabilitação era tratada como perdão do Rei.

O Código Penal de 1940, na sua Parte Geral a previa como causa das penas acessórias aplicadas, como se verifica nos arts. 108 VI, 119 e 120.¹⁵⁸

Já a lei nº 5.467 de 5 de julho de 1968 em seu artigo 1º alterou o artigo 119 do Código Penal determinando que a reabilitação alcançasse quaisquer penas impostas por sentença definitiva, condicionando-a ao ressarcimento do dano causado pelo crime ou que se demonstrasse a absoluta impossibilidade de fazê-lo até o dia do pedido, ou

¹⁵⁸ Costa Jr., Paulo José da, *Comentários ao CP 1984*, Vol. 1, 3ª ed., SP 1989, págs. 449 e 450.

que se exhibisse documento comprobatório da renúncia da vítima ou novação da dívida (art. 119 § 1º letra c).¹⁵⁹

Com a Lei nº 7.209 de 11.7.1984, que introduziu a nova parte geral, a reabilitação não extingue, mas tão somente suspende alguns efeitos penais da sentença condenatória, visto que a qualquer tempo, revogada a reabilitação, se estabelece o statu quo ante, conforme se verifica no artigo 95.

Diferentemente, as causas extintivas da punibilidade operam efeitos reversíveis, fazendo cessar definitivamente a pretensão punitiva ou a executória.

No art. 94 da atual parte geral do Código Penal determina que para requerer-se a reabilitação, mister que sejam decorridos dois anos do dia em que a pena for extinta de qualquer modo, ou terminar sua execução. O período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não sobrevier a revogação, também, serão computados.

Mistér se faz que o réu tenha tido domicílio no país no prazo supra referido (inciso I) e que tenha dado demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado (inciso II).

¹⁵⁹ Leis do Brasil 1968, Volumes 5-8, Depto. de Imprensa Nacional, pág. 14.

E, além do mais, a fim de que o condenado obtenha a reabilitação é mister que 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"(artigo 93, inciso III). Manteve-se, tal inciso, assim como havia disposto a lei n° 5467 de 1968 supra citada.

No entanto, há jurisprudência firmada no sentido de que a "prova do ressarcimento do dano é requisito secundário."¹⁶⁰

Da mesma maneira há outras jurisprudências que seguem essa mesma orientação, considerando a reparação do dano como requisito secundário.¹⁶¹

E tal acórdão continua como esclarecendo o assunto: O ressarcimento do dano é requisito secundário para a reabilitação do presidiário, não podendo ser levado às últimas conseqüências, sob pena de se tornar difícil ou quase impossível a concessão do favor legal.

¹⁶⁰ Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Lex 91 (1984), págs. 394/395. Reabilitação criminal - Prova do ressarcimento do dano causado pelo crime.- Ausência- requisito secundário - Sentença confirmada.

¹⁶¹ Revista dos Tribunais Volume 598, 1985 TJSP pág. 323. Reabilitação criminal. Requisitos legais atendidos com exceção do ressarcimento do dano causado à vítima. Caráter secundário - Deferimento do pedido. Inteligência do art. 119 do CP de 1940 (redação da Lei n° 5.467 /68) e 743 do CPP.

E ainda, para a concessão da reabilitação há jurisprudência que recomenda que os juízes não se prendam aos requisitos secundários, inclusive da obrigatoriedade do condenado reparar o dano.¹⁶²

Assim, verifica-se na jurisprudência brasileira que para a concessão da reabilitação o requisito da reparação dever ser apreciado com certa elasticidade, e constitui condição secundária. É admitido o pedido de reabilitação por inércia ou renúncia da vítima.

5. A reparação do dano no Direito Processual Penal

a. O Anteprojeto do Código de Processo Penal de autoria do Professor José Frederico Marques (1970)

A sub-comissão revisora desse ante-projeto era composta pelos Professores José Carlos Moreira Alves, Benjamin Moraes Filho e José Salgado Martins (DOU de 29.6.1970.) Repetiu no art. 806, o disposto no atual CPP art. 66 e no art. 367 do Anteprojeto Tornaghi.

¹⁶² Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP), pág. 472, Lex N°125, 1990: Reabilitação criminal-Requisitos-Prova do ressarcimento do dano causado pelo crime- Ausência - Requisito Secundário - Sentença confirmada(citando a RT n° 511/405):" As finalidades do instituto da reabilitação recomendam que o julgador não se prenda a um esquema de rígido formalismo na verificação de requisitos secundários ao seu deferimento e entre estes se inclui o do ressarcimento do dano".

Na exposição de Motivos do anteprojeto do Prof. José Frederico Marques se esclarece que, além de terem sido mantidos os preceitos da legislação vigente sobre a ação civil e sobre medidas preventivas de reparação do dano, trouxe, também inovações.

Ou seja, ele deu maior relevo no tocante à restituição, bem como em relação ao arbitramento do dano causado à vítima, a fim de tornar mais viável e mais rápida a indenização devida pelo réu.

O Anteprojeto José Frederico Marques só admite ação civil *ex-delicto*, após sentença condenatória com trânsito em julgado. No atual código se pode intentar ação civil independentemente, de sentença condenatória transitada em julgado.¹⁶³

b. Anteprojeto de lei do Código de Processo Penal de 1983

Com a Mensagem n° 240 do Presidente da República João Figueiredo foi submetido ao Congresso Nacional em 29 de junho de 1983 o anteprojeto de lei do Código de Processo Penal.

Segundo esclarece a Exposição de Motivos no

¹⁶³ Andrade, José Alberto Weiss de, e Tucunduva, Ruy Cardozo de Mello, *Reflexões sobre a reparação do dano causado pelo crime (Anteprojeto J.F. Marques)* RTJ Vol. 27, 4° trim., 1973.

item nº 133 no livro V, o projeto do Código de Processo Penal cuidava da Reparação do dano causado à vítima regulamentando os efeitos civis da sentença Penal nos artigos 662 a 667 e, em seguida, trata das medidas preventivas (cautelares) da reparação do dano a saber: o seqüestro e o arresto (arts. 668 a 673) a hipoteca legal (art. 674) a restituição nos arts. 675 a 683, tratando particularmente do arresto nos crimes em que a Fazenda Pública é prejudicada (arts. 684 a 687), e regulamenta o arbitramento do dano (arts. 688 e 689).

No entanto, esse projeto nunca se transformou em lei. Houve diversas alterações de normas processuais inclusive dando maior proteção á vitima, mas muitas delas no projeto seguinte não foram incluídas.

c. Reparação do dano como condição para a progressão do regime do cumprimento da pena

A Lei nº 10.763 de 12 de novembro de 2003, acrescentou o parágrafo quarto, ao artigo 33 do Código Penal brasileiro, (Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940) o qual condicionou a progressão de regime de cumprimento de pena a condenado por crime contra a administração pública, à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

F. Evolução da reparação do dano após a volta a democracia (1985) e situação atual

1. A reparação do dano no direito penal

a. Das circunstâncias atenuantes no Código Penal brasileiro

O Código Penal brasileiro em seu elenco de circunstâncias que sempre atenuam a pena inclui o fato do agente ter antes do julgamento, reparado o dano.¹⁶⁴

Esse dispositivo tem por escôpo a diminuir os efeitos do delito e a efetivar reparação do dano. No Código penal espanhol de 1995 ao tratar de circunstância atenuante no artigo 21 inciso 5 refere-se a ter o Réu procedido a reparação do dano causado a vítima ou diminuído os seus efeitos, mas somente até a audiência oral.

O Código brasileiro quanto ao tempo em que o Réu pode beneficiar-se dos efeitos da reparação lhe é dada a oportunidade até antes do julgamento.

Ao tratar do arrependimento posterior o Código Penal brasileiro em seu artigo 16 determina que a pena será reduzida de um a dois terços nos

¹⁶⁴ Art. 65: "São circunstâncias que sempre atenuam a pena: inciso III: ter o agente: letra b): procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano".

crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa. No entanto, impõe-se as condições de ter o agente, reparado o dano ou restituído a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa. Há de ser porém, por ato voluntário do agente.

Porém, o juiz ao fixar a pena-base, conforme se verifica no art. 68 CP, deverá atender aos critérios do art. 59 CP, ou seja levando em consideração à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima. Ao auferir a quantidade de pena aplicável o juiz verificará as circunstâncias agravantes e atenuantes, bem com as causas de diminuição ou aumento.

Portanto, como a reparação do dano está entre as circunstâncias que sempre atenuam a pena, o juiz deverá levar em consideração esse fato para auferir a pena.

b. Das circunstâncias atenuantes no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal (1987)¹⁶⁵

b.1. Furto

No atual Código penal (vigente), em crime de furto se prevê uma diminuição da pena quando o

¹⁶⁵ Portaria nº 790 de 27 de outubro de 1987.

criminoso é primário, e a coisa furtada é de pequeno valor, podendo a pena ser diminuída de um a dois terços ou substituída pela pena de multa (art. 155 § 2).

O Código Penal de 1969 (que não entrou em vigor) também, o previa dessa maneira, porém, estendia no § 2º, a atenuação no caso de ser o criminoso primário e quando restitui ao seu dono a coisa furtada ou repara o dano causado, antes de instaurada a ação penal.

O Anteprojeto da parte especial - Portaria nº 790 de 27 de outubro de 1987, também, previa em caso de furto a diminuição da pena, mas, a sua redução seria até a metade (art. 165 § 3º).

Parece-nos mais razoável a proposta feita no C.P. de 1969 (art. 165 § 2º), pois se leva em consideração o prejuízo da vítima. O que se pretende tutelar é o patrimônio como bem jurídico¹⁶⁶, mas também, diríamos o dano moral, e porquê não dizer afetivo da vítima. Pois muitas vezes o objeto furtado é de pequeno ou de nenhum valor econômico e tem um valor à vítima, cuja subtração causa-lhe dor afetiva, e emocional. E porque não exigir do réu que a devolva, ou pague o dano e, em contrapartida que se lhe diminua a pena.

¹⁶⁶ Bittencourt, Edgard de Moura, *Vítima*, SP. 1970, pág. 154.

b.2. Da apropriação indébita

Para que se configure esse delito deve o agente ter recebido a coisa de modo lícito, cuja posse lhe tenha sido transferida de modo precário e temporário. E que depois disso passe a exercer a posse como se dono fôsse sem a vigilância direta do dono, por sua unilateral vontade.

Nesse caso (artigos 168 a 170) do projeto, é prevista a diminuição da pena nos mesmos moldes previstos em caso de furto aplicando -se o disposto no art. 155 § 2º. Porém, há entendimento de que em havendo novação extingue-se o crime.¹⁶⁷ O que nos parece exagerado, pois o crime continua existindo, o que poderia haver seria a extinção de punibilidade, se há acordo entre as partes antes do oferecimento da denúncia.

E o mesmo articulista Silva Pinto opina que se a intenção de restituir ou ressarcir o prejuízo era fundada, sincera e honesta, em havendo alguma razão justificada para o seu não cumprimento "o ilícito penal deixará de existir." Parece-nos entretanto, mais justificável falar-se em extinção de punibilidade e não em inexistência do ilícito penal.

¹⁶⁷ Pinto, Sebastião da Silva, em *Aspecto Subjetivo do Delito de Apropriação indébita*, RTJESP, Vol. 88, pág. 31.

b.3. Do Estelionato

O art.171, também, do atual Código Penal prevê a diminuição da pena como determinado no art. 155 § 2º do Código Penal.

No anteprojeto de 1987 se prevê uma alteração diferindo quanto à diminuição prevista em caso de furto, ou seja, a pena é diminuída de um terço até a metade, se o agente não for reincidente em crime doloso, e o prejuízo havido for de pequeno valor.

Se o agente devolver na Polícia o valor à vítima, ou se lhe reembolsar após ao fato, o crime não desaparece. Há jurisprudência firmada de que havendo acordo entre réu e vítima, o inquérito policial não é trancado.¹⁶⁸

b.4. Casamento do agente com a vítima

Havia a extinção da punibilidade pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, III do Título VI da Parte Especial Código Penal (art. 107 inciso nº VII) alterado pela Lei advento da Lei nº 11.106 de 2005.

E, também, havia extinção da punibilidade nos crimes no inciso VII supra referido, pelo casamento da vítima com terceiro, se os crimes foram cometidos

¹⁶⁸ Bittencourt, Edgard de Moura, op.s.c., pág. 172.

sem ter havido grave ameaça ou se foram cometidos sem violência real. Isso desde que, a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a partir da celebração do casamento. Tal disposição existia no Código Penal de 1940, e foi excluída pela Lei nº 11.106 de 2005.

b.5. Falso testemunho ou falsa perícia

O art.342 do Código Penal brasileiro, modificado pela Lei n. 10.268 de 28 de agosto de 2001, prevê como delito: "Fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral". Porém, o atual § 2º determina que: "O fato deixa de ser punível se antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade."

O Professor Claus Roxin da Alemanha tem exposto "que devem surgir no futuro direito penal sanções que não poderão chamar-se verdadeiramente de penas, mas somente similares à pena (strafähnlich), pois se, por um lado, inflingem algo ao autor, por outro carecem de caráter coativo da pena."¹⁶⁹

¹⁶⁹ Roxin, Claus, *Hat das Strafrecht eine Zukunft?* Artigo publicado in (Gössel / Triffterer, editores), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf (Estudos em memória de Heinz Zipf)*, Heidelberg 1999, pág.135 e segts., tradução de

Roxin faz referência a duas formas de sanções orientadas pela voluntariedade: a) o trabalho comunitário (*gemeinnützige Arbeit*) e b) a reparação voluntária do dano. Roxin prevê como nova idéia do direito penal vindouro, a reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal.

Em outras palavras, diz o Professor Roxin, que futuramente a reparação voluntária feita antes de iniciado o procedimento principal, deverá levar o juiz em casos leves, à uma obrigatoriedade de aplicar a atenuante.

Porém, no direito brasileiro, a reparação do dano antes do julgamento já é sempre circunstância atenuante.

Assim, determina o artigo 65 do Código penal brasileiro:

Luis Greco: *Tem futuro o Direito penal?*, em Revista dos Tribunais, Vol.790, Agosto de 2001, São Paulo, pág. 470.

"Der neue Gedanke, dem ich für das kommende Strafrecht große Aussichten zuspreche, ist der, daß eine bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens geleistete freiwillige Wiedergutmachung zu einer obligatorischen Strafmilderung, bei günstiger Prognose auch zur Strafaussetzung zur Bewährung und mit Ausnahme schwerer Delikte sogar zum Absehen von Strafe (bei bestehenbleibendem Schuldspruch) führen soll. Diese Konzeption hat den Vorteil, daß sie dem Täter einen großen Anreiz zur Wiedergutmachung und dem Opfer eine unbürokratische rasche Entschädigung bietet, die der Staat gegenüber einem widerspenstigen Schuldner in vielen Fällen nicht durchsetzen könnte.

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

III- ter o agente:

...

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

O Professor Roxin, afirma, também, que em caso de haver uma prognose favorável a reparação do dano poderá, também, no futuro a suspensão condicional e com exceção dos delitos graves a uma dispensa da pena, apesar de manter-se a condenação do Réu.

2. A Constituição Federal de 1988

À volta à democracia no Brasil se concretizou no ano de 1985. Formaram-se então diversas comissões para formar uma Constituinte, e em 1988 foi promulgada uma nova Constituição, a da Sexta República. Esta Constituição democrática trouxe profundas modificações na estrutura da Justiça Federal, extinguindo-se o Tribunal Federal de Recursos, criou-se o Superior Tribunal de Justiça e cinco Tribunais Regionais Federais (art. 108 da CF/1988). Esses Tribunais processam e julgam os

recursos provenientes das Seções Judiciárias Federais que a eles são vinculados, bem como as ações de sua competência originária (ações recisórias, conflitos de competência, crimes cometidos por pessoas com prerrogativas de fôro, etc).

No entanto, continuaram a vigorar por exemplo o Código Penal de 1940 (Decreto-lei nº 2.848 de 7.12.1940) (Parte Especial), a nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209, de 11 de Julho de 1984), o Código de Processo Penal de 1942.

No entanto, houve com o passar do tempo a necessidade de se adaptar a legislação às novas circunstâncias político-sociais. Diversos projetos de Código Penal, de Processo Penal foram elaborados e promulgadas diversas leis nas quais se incluíram a obrigação e possibilidades de reparação do dano.

Algumas dessas leis são apresentadas neste trabalho onde se verifica o esforço do legislador contemporâneo e a sua preocupação em tornar efetiva a reparação do dano causado pelo delito.

Assim, a Constituição Federal de 1988 no art. 22 estabeleceu, também, há competência privativa da União em legislar sobre matéria de direito processual. Apresenta, porém, uma novidade, estabelecida no art. 24 inciso XI, que é a

competência conjunta da União Estados e Municípios de legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual. E, também, há a possibilidade de legislar concorrentemente sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor a bens de direito artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Assim, pela primeira vez, uma Constituição brasileira trata do meio ambiente, e em um capítulo inteiro (Capítulo VI), e estabelece uma série de normas destinadas à sua proteção. As obras ou atividades que possam causar degradação ecológica deverão ser precedidas de estudos de impacto ambiental para a sua aprovação, e os delitos contra a natureza passam a ser contravenções penais. O infrator sofrerá sanções penais e administrativas, e terá além do mais, de reparar los danos causados conforme dispõe o artigo 225 parágrafo 3º da Constituição Federal.¹⁷⁰

a. Assistência às vítimas de crimes dolosos

A Constituição Federal de 1988 prevê, também, a assistência às vítimas de crimes dolosos.

O constituinte se preocupou, também, pelos problemas gravíssimos das vítimas necessitadas de

¹⁷⁰ <http://www2.camara.leg.br./a-camara/conheca/historia/historia/a6republica.html#CFCapitulo VI>.

crimes dolosos. Foi incluído no art. 245, que através de lei seriam determinados quais as hipótese e condições que o Poder Público daria assistência aos herdeiros e dependentes necessitados de recursos, de pessoas que foram vítimas de crimes dolosos, sem eximir o autor do fato delitivo de sua responsabilidade civil.

Após mais de 15 anos foi elaborado um projeto de lei para regulamentar esse artigo da Constituição Federal de 1988.

Há um Projeto de Lei que foi apresentado pelo Senado Federal (PL N° 3.503 de 2004), que se encontra atualmente na Câmara dos Deputados, que define quais são os direitos das vítimas de fatos delitivos e que necessitam de recursos. Esse projeto tem em vista regulamentar o artigo 245 da Constituição Federal e cria o "Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (FUNAV)" no âmbito do Ministério da Justiça. Os recursos deste Fundo serão aplicados exclusivamente para conceder assistência financeira às vítimas de crimes dolosos ou herdeiros necessitados (arts. 4, 9 e 11).

Este projeto prevê quais são os direitos assegurados da vítima, e entre outros, obter rapidamente a restituição de seus objetos e

pertences pessoais que foram apreendidos pela autoridade policial (art. 2º VI) e obter do autor do crime a reparação dos danos causados através de procedimentos judiciais simplificados e de fácil acesso (art. 2º inciso IX).

Ainda agora em 2015, o projeto encontra-se na Mesa da Câmara para a sua apreciação, de modo que até hoje em dia a disposição tão avançada do art. 245 da Constituição Federal de 1988 continua ainda como letra morta.

b. Dano Moral

A previsão da reparação do dano moral está resguardada entre os direitos e garantias fundamentais de brasileiros e estrangeiros residentes no país e encontra-se no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal, que assim determina:

"V- é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação;..."

Por sua vez, no Código Penal Brasileiro

encontram-se três tipos de delitos contra a honra ou seja crimes de calúnia, difamação e injúria respectivamente, previstos nos artigos 138, 139 e 140 CP, cujo objetivo é tutelar a estima moral, íntima e intelectual de alguém no ambiente em que vive.

No entanto, muitas são as vítimas de dano moral nos últimos anos que tem recorrido à esfera civil para a satisfação do mal sofrido.

Com o Código Civil de 2002 a reparação do dano moral ganhou ainda mais força no ordenamento jurídico brasileiro determinando que:

"Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Alguns tem sustentado que o dano moral só deve ser reparado quando houver reflexos patrimoniais. A corrente contrária, diz que se não houver repercussão no patrimônio do ofendido, também, é reparável.

Os que são contra o ressarcimento do dano moral, alegam que é difícil a avaliação pecuniária de uma maneira rigorosa, e acham ser imoral a compensação da dor com dinheiro.

Porém, é incontestável a presença da dor e seu conseqüente dano moral, no caso do pai que perde o seu filho menor. Tanto, assim, é que a Súmula 491 do STF estabeleceu: "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado".

Há Súmula de nº 54 do Superior Tribunal de Justiça a qual estende a indenização do dano moral ao dano de natureza estética: Dano Moral - "A indenização relativa ao dano moral abrangerá a pertinente ao dano estético, ressalvadas eventuais repercussões econômicas."¹⁷¹

Por essa Súmula observamos o alargamento do campo de aplicação da norma, que a jurisprudência ou a doutrina realizam. É como argumenta Larenz como contrapartida da "redução teleológica, "há uma" extensão teleológica".

Isso, também, se verifica num acórdão citado por ele que bem exemplifica esse etendimento: "os réus eram responsáveis por um acidente que tinha como conseqüência a morte do marido da autora. Deviam por isso à autora, segundo o § 844, secção 2, do Código Civil (alemão) (pretensões de indenização

¹⁷¹ Súmula nº 54, Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 41.492-0 RJ; Relator Ministro Eduardo Ribeiro; 03.05.94; votação unânime; DJU, 30.05.94, pág. 13.481, Secção I. Ementa publicada pela Associação dos Advogados de São Paulo no Boletim Nº 1855, pág. 82, de 13 a 19 de julho de 1994.

por morte), uma indenização por danos a ser efetivada mediante o pagamento de uma pensão em dinheiro durante o tempo em que o marido da autora se fôsse vivo, estaria obrigado aos alimentos, isto é até a data em que presumivelmente faleceria se não houvesse ocorrido o acidente.

Entretanto, a autora pediu uma pensão mesmo para além desse momento, aduzindo como fundamento o de que perdera, pela morte acidental e prematura do marido, a pretensão a uma pensão de seguro social que poderia exigir com base nas prestações que o marido, se sobrevivesse, teria continuado a fazer ao seguro social. A letra do § 844, secção 2, não cobre a pretensão invocada, como aliás reconheceu o Tribunal Federal." Porém, o Supremo Tribunal Federal considerou como perda da pensão vitalícia à mulher, pois que o marido se sobrevivesse estaria obrigado a fazê-lo pois que houve "prejuízo resultante de não ter sido realizada uma prestação de alimentos".

Havia uma lacuna legal. Não se trata como argumenta Larenz de uma interferência da analogia mais de de uma extensão teleológica. São correções que a jurisprudência faz à letra da lei, argumenta ele.¹⁷²

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça

¹⁷² Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, págs. 457 a 459.

brasileiro: assim tem entendido em caso similar: "Ação indenizatória - Acidente do trabalho - vítima fatal - Culpa da empregadora -Valoração da prova - Duração do pensionamento aos dependentes."

"A expectativa de vida do brasileiro à míngua de circunstâncias peculiares que autorizem conclusão diversa é de 65 anos de idade, marco que como regra deve balizar o período de pensionamento aos dependentes de vítima fatal do trabalho decorrente de culpa da empresa empregadora."

Para o cálculo indenizatório, tem-se levado em consideração o lapso que vai da data do evento até a data da provável sobrevivência da vítima ou até o falecimento do pensionado, termo que primeiro vier a verificar-se."¹⁷³ Houve, porém, voto divergente nesse processo do Ministro Dias Trindade: "As vezes a vida de um indivíduo que morre na primeira infância é menor do que um outro que morre em idade já bem avançada. Um sujeito com 68 anos teria uma expectativa de vida para mais tempo do que esses sessenta e cinco que ele já tinha ultrapassado."¹⁷⁴

O Código Civil ao tratar da indenização por injúria ou calúnia, se refere à reparação do dano

¹⁷³ Superior Tribunal de Justiça, 4a Turma; Recurso Especial nº 28.662-5 SP 24.08.93

¹⁷⁴ Recurso Especial do Superior Tribunal de Justiça nº 28.662-5, SP. Acórdão publicado no Boletim nº 1852 de 22 a 28.06.1994 da Associação dos Advogados de São Paulo.

material que delas resultar ao ofendido, (art. 1.547) e prevê em seu § único, que em caso de impossibilidade de provar o prejuízo material, pagará ao ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.¹⁷⁵

O Código Civil de 1916 no art. 1548 determinava que quando a mulher fosse agravada em sua honra teria o direito de exigir que o ofensor lhe desse um dote correspondente à sua própria condição e estado, se este não quisesse, ou não pudesse reparar o mal pelo casamento.

Também se discutia sobre a possibilidade da cumulação do dano moral com o dano patrimonial. Porém a Súmula 37 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça apaziguou as divergências pronunciando a seguinte Súmula: "São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato."

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina proferiu decisão no sentido de ser devida indenização em caso de acusação leviana de ato de improbidade:

"dano moral- Acusação leviana de ato de improbidade - Furto. Negativa da acusação em juízo e despedida imotivada. Comprovação segura da existência do fato- Indenização devida- Recurso não

¹⁷⁵ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal* 2, 5ª ed., SP. 1979, pág. 34.

provido."

Exara a decisão que a demonstração inequívoca do fato apontado como lesivo à imagem e à honra constitui elemento suficiente para transmutar o prejuízo sofrido pelo obreiro em indenização por dano moral. Trata-se de justa reparação a quem sofre prejuízo sem causa, em função de mácula lançada com repercussão na vida profissional e privada. Configurado, pois, o fator gerador, o resultado é a reparação do dano através de indenização correspondente. ¹⁷⁶

O Prof. Clayton Reis afirma que: "Por outro lado negar a reparação dos danos morais, sob os mais diversos fundamentos é negar a existência de um patrimônio ideal das pessoas, ou pelo menos, a não aceitação de que todos os seres humano são detentores de valores espirituais."¹⁷⁷

3. Aspectos atuais do Direito Processual Penal referentes à indenização

a. Fixação de valor mínimo para a reparação do dano no processo penal

¹⁷⁶ TRT - 12. Região. 1ª Turma; RO-V n. 912/2001- Itajaí - Santa Catarina, Acórdão N° 7127/2001; Rel. Juíz Antonio Carlos Facioli Chedid; julgamento em 12/7/2001 - Boletim AASP N°2.262 de 6 a 12.5.2002, pág.544.

¹⁷⁷ Reis, Clayton, *Dano Moral*, 4ª ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro 1994, pág. 87.

A Lei n° 11.719 de 20 de julho de 2008 modificou profundamente o Código de Processo Penal introduzindo, no art. 387, o inciso IV determinando que o juiz "fixará valor mínimo para a reparação do dano causado pela infração considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido."

Como este dispositivo está redigido, entende-se que o juiz penal ao sentenciar, tem a obrigação de fixar um valor mínimo destinado à reparação o que faz supérfluo outros procedimentos. A finalidade da lei é dar celeridade ao direito da vítima e de reembolsar pelo menos em parte os danos sofridos e que foram causados pelo réu. Este dispositivo possibilita ao juiz penal de fixar um valor mínimo, e pode ser que a vítima se dê por satisfeita e que não requeira na esfera civil as diferenças a que eventualmente teria direito.

No entanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está se firmando no sentido de que não cabe a reparação do dano na sentença penal quando não existir pedido expresso e formal, ainda que a lei não estabeleça a necessidade de tal pedido formalmente.

Porém, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido: "para que seja fixado, na sentença o valor mínimo para a reparação dos danos causados à vítima

(art. 387, IV, do CP), é necessário uma petição formal, sob pena de violação dos princípios de ampla defesa e do contraditório."¹⁷⁸

O mesmo entendimento verifica-se em Recurso Especial no qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu que: "Reparação pelos danos causados à vítima. Lei N° 11.719/2008. Incabimento - Inexistência de pedido expresso e formal."¹⁷⁹

Nesta decisão no n° 1 explica-se que a regra do art. 387 do Código de Processo Penal com a redação dada pela Lei n° 11.719/2008, que determina a fixação na sentença condenatória de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, se necessita de pedido expresso e formal de modo a dar oportunidade ao devido contraditório. Assim é que, o Superior Tribunal de Justiça excluiu da decisão a condenação do Réu quanto a um valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo ato

¹⁷⁸ STJ em processo de Habeas Corpus N. 306.269/SP, Senhor Ministro Relator Newton Trisotto, 5ª Turma, julgado em 03/03/2015, publicado no Diário de Justiça eletrônico DJe 10/03/2015. Nessa decisão mencionam-se jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 311.784/DF, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 05/08/2014; REsp 1265707/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/05/2014; AgRg no REsp 1428570/GO, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014) em www.stj.jus.br.

¹⁷⁹ STJ (AgRg no Recurso Especial N° 1.387.172 - TO (2013/0170152-2) a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Jurisprudência mencionada na decisão STJ REsp 1265707-RS, AgRg no REsp 1428570-GO, REsp 1193083-RS, AgRg no REsp 1383261-DF.

delitivo.

Recentemente, em um caso em que figura como vítima a empresa Petrobras, foram denunciados uma série de empresários e políticos. O Procurador-Geral da República em uma de suas denúncias requereu "o perdimento do produto e proveito dos crimes, ou de seu equivalente, no montante de pelo menos R\$ 138.680.000,00"...e além disso, "o arbitramento cumulativo de valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração, com base no art. 387, caput e IV, CPP, no montante de R\$ 138.680.000,00...em razão do dano material e moral..."¹⁸⁰ Assim é que expressado de maneira formal, o pedido pode dar oportunidade ao contraditório.

Pierangeli explica que uma vez "transitada em julgado", a sentença criminal condenatória, pode ser requerida a ação reparatória civil contra o réu ou contra os seus herdeiros, desde que não supere o montante da herança.¹⁸¹ Em outras palavras, a ação pode ser proposta com a finalidade de se obter a quantia fixada pelo juiz criminal, e requerer a reparação completa do dano produzido pelo delito.

¹⁸⁰ Ministério Público Federal, Denúncia Inquérito 3.983, 19 de agosto de 2015. O Procurador-Geral indicou o valor em seu requerimento em duas vezes 40 milhões de US\$ ao câmbio do dia 18 de agosto de 2015.

¹⁸¹ Pierangeli, José Henrique, Código Penal, op.s.c., pág. 202.

Há de observar-se, que o Código de Processo Penal brasileiro em seu artigo 387 inciso IV prevê que o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Embora, haja muita discussão doutrinária sobre, se o Juiz penal deve, ou apenas pode, se querendo, fixar a valor mínimo para a reparação dos danos, num outro caso também, envolvendo a Petrobras, o Juiz no uso de suas atribuições fixou o valor em sua decisão, conforme se verifica no item 428.a saber: "*Com base no art. 387, IV, do CPP, fixo em R\$ 18.645.930,13 o valor mínimo necessário para indenização dos danos decorrentes dos crimes, a serem pagos à Petrobras,...*"¹⁸². O valor da condenação à reparação dos danos equivaleria nesse caso aproximadamente a seis milhões de Euros.

Há resistência por parte dos magistrados de fixar um valor mínimo para a reparação do dano, levando-se em conta que se argumenta que se feriria o devido processo legal, por não se dar oportunidade do réu de contrapor-se com anterioridade à fixação de suas responsabilidades civis.

¹⁸² Sentença recente prolatada pelo Juiz brasileiro Sérgio Moro da 13^a Vara Federal Criminal de Curitiba, Estado do Paraná, na AÇÃO PENAL N° 5026212-82.2014.4.04.7000/PR em 22 de abril de 2015 que envolve a Petrobras. Sentença ainda não transitada em julgado.

Por isso, a jurisprudência no entanto, é no sentido de que deve haver indicação no processo de valor do dano sofrido.

Se não houver nos autos do processo elementos que permitam ao juiz fixar um valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não prospera. Argumenta-se que haveria cerceamento de defesa.¹⁸³

b. Medidas Cautelares no Processo Penal (Lei N° 12.403 de 4. de maio de 2011)

O projeto do Código de Processo Penal supra mencionado de n° 156, de 2009, encontra-se na Câmara dos Deputados Federal aguardando análise.

No entanto, devido a preemência de se pautarem novas normas processuais cautelares, foi sancionada em 04.05 de 2011 a Lei n°12.403 que trata das Medidas Cautelares no Processo Penal, trazendo profundas modificações no sistema de prisões e suas alternativas.

¹⁸³ STJ REsp 1176708 RS RECURSO ESPECIAL- 2010/0010022-7 Órgão Julgador SEXTA TURMA, Data do Julgamento 12/06/2012. O Sr. Ministro Relator assim se expressou ao examinar o Recurso: «Por ocasião da sentença, foi decidido que - em relação à reparação do dano causado à vítima, a ser arcado pelo réu nos termos do art. 492, I, d, c/c o art. 387, IV, ambos do Código de Processo Penal, como um dos efeitos da condenação - não constava dos autos nenhum parâmetro, por mínimo que fosse, para tal aferição, ressaltando-se a esfera cível para valoração do dano efetivamente sofrido, nos termos do art. 63 do Código de Processo Penal (fl. 500).»

O Código de Processo Penal com as modificações introduzidas pela Lei n° 12.403 de 04.05 de 2011 entre as medidas cautelares previstas da prisão preventiva, está prevista a fiança nas infrações que a admitem.¹⁸⁴

A autoridade policial somente poderá conceder fiança quando a pena privativa de liberdade máxima não seja superior a quatro anos.

Desde que a sentença condenatória não tenha transitado em julgado a fiança poderá ser prestada pelo Réu.¹⁸⁵

Se o réu for condenado, quer seja o dinheiro, ou o valor dos objetos dados como fiança serão utilizados para o pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa¹⁸⁶.

Quanto à restituição da coisa furtada, há que fazer-se a diferença se a coisa furtada está em poder de terceiro, em poder do autor do crime ou em poder do Estado.

Quando a coisa furtada está na posse de terceiro, a ação específica é a de reivindicação de posse.

¹⁸⁴ Artigo 319, inciso VII, CPP.

¹⁸⁵ Art. 334 CPP.

¹⁸⁶ Art. 336 CPP.

No caso de ressarcimento do delito de que a vítima foi sujeito passivo, a restituição é devida, qualquer que seja a infração penal havida contra o patrimônio.

Se o Estado apreende a coisa tirada de seu legítimo dono, a restituição se fará a seu favor.

O mesmo se diga, quando a vítima ingressa em Juízo com ação civil para reparação do dano resultante do crime, porque então se aplica o art. 1542 do C. Civil (1916), restituindo os interessados ao *status quo ante delictum*.¹⁸⁷

c. Projeto de Lei do SENADO FEDERAL N° 156, de 2009 - a reforma do Código de Processo Penal

c.1. Da adesão da vítima no processo penal

Esse projeto prevê a adesão da vítima no processo penal, estabelecendo que a vítima, ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistente da acusação poderá requerer no prazo de dez dias a recomposição civil do dano moral causado pela infração, respeitados os termos e limites da imputação penal.¹⁸⁸ Prevê esse artigo que o arbitramento do

¹⁸⁷ Marques, José Frederico pág. 172, 173 em *Estudos de Direito Processual Penal*, Forense: Rio 1960. O Autor cita o art. 1542 do Código Civil (1916).

¹⁸⁸ Projeto de Lei do Senado Federal n°156, de 2009, artigo 79 e parágrafo primeiro.

dano moral será fixado na sentença condenatória e individualizado por pessoa.

A intervenção civil no processo penal não impede a propositura da ação civil contra as pessoas que, por lei ou contrato, tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causado pela infração.¹⁸⁹

O parágrafo primeiro do artigo 81 prevê que, a reparação dos danos morais arbitrados na sentença penal condenatória deverá ser considerada no juízo cível, quando da fixação do valor total.

G. A reparação do dano em leis especiais

1. Lei nº 7.913 de 7 de dezembro de 1989 dispõe sobre a ação civil pública

A lei nº 7.913 de 7 de dezembro de 1989 que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários no Art. 1º determina, que sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado o Ministério Público, quer de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários adotará as medidas necessárias para que se evitem prejuízos aos titulares de valores imobiliários ou investidores do mercado, ou obter

¹⁸⁹ O artigo 81 do projeto do SENADO FEDERAL nº156, de 2009, no Capítulo IV.

ressarcimento do dano causado, principalmente quando decorrerem de:

"I. operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, de oferta ou preço de valores mobiliários;

II. compra o venda de valores imobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, quando utilizando-se de informação relevante ainda não divulga para conhecimento do mercado. Ou por qualquer pessoa que a tenha recebido através dessa pessoa.

III. comissão de informação relevante, ou sua divulgação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa por parte de quem estava obrigado a divulgá-la. E ainda determina o art. 2º dessa lei que as importâncias decorrentes da condenação reverterão aos investidores lesados na proporção de seu prejuízo."

As importâncias supra referidas ficarão depositadas em conta remunerada a disposição do Juízo, até que o investidor depois de ser convocado por edital se habilite ao recebimento da parcela que lhe couber (§ 1º). O lesado decairá de seu direito à habilitação se não o exercer no prazo de dois anos

da data que que for convocado por edital, e essa quantia será recolhida como receita da União (§ 2º).

Não nos parece bem a idéia de que tal parcela seja recolhida como receita da União, mas que fôsse para um Fundo, ou Caixa de Reparações.

2. A Lei nº 8.078 de 11.9.1990 - Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁰

A Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 com nova redação dada pela Lei nº 8.078 de 11.09.90 -Código de Defesa do Consumidor- disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico, e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Essa Lei, determina a criação de um fundo (art. 20) para o qual deverá reverter a indenização causada pelo dano causado.

O Código de Defesa do Consumidor no seu art. 56 inciso VI prevê como direitos do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

¹⁹⁰ Convém, esclarecer a palavra fundo, derivada do latim "fundus" que significa base, bens de raiz. Na terminologia jurídica moderna possui várias acepções." O vocábulo no plural fundos é aplicado como haveres, recursos financeiros, como os fundos disponíveis ou os fundos de, de que se podem dispor reservas".*Enciclopédia Saraiva de Direito*, Vol. 39, Editora Saraiva: São Paulo 1977.

Esse fundo seria administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos estaduais do qual participarão necessariamente, o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados (Art. 13.) Esta idéia segundo se depreende do parágrafo único do art. 13 já está implementado pois, determina que, enquanto o fundo não estiver regulamentado o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial bancário, em conta com correção monetária. E, o art. 20 determina que tal fundo deve ser regulamentado pelo Executivo no prazo de 90 dias. Tal lei entrou em vigor na data de sua publicação ou seja em 12 de setembro de 1990.

No entanto, o Regulamento foi bem posterior. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os artigos 13 e 20 da lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, foram regulamentados através do Decreto n° 1.306 de 09 de novembro de 1994.

Esse Decreto em seu artigo 1. é claro: O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD, criados) pela lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Também, o Código do Consumidor supra mencionado, no Capítulo referente "Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos" no art. 100 § único, também, prevê que o produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985.

Porém, houve uma alteração posteriormente, através do Decreto nº 2.181 de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861 de 9 de julho de 1993.

Assim, o art. 30 do Decreto n. 2.181 de 20 de março de 1997, regulamentou de maneira diversa a destinação da multas, que não mais se destinam à restituição dos bens lesados como determinava o art. 13 da Lei n. 7.347 de 24 de julho de 1985, mas ao financiamento de projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, com a defesa básica do consumidor e com a modernização administrativa dos órgãos públicos de defesa do consumidor, após aprovação pelo respectivo Conselho Gestor, em cada unidade federativa.

O Professor José Geraldo Brito Filomeno em sua obra "Manual de Direito do Consumidor", ainda em

edição de 2001 mencionando o art. 13 da Lei n° 7.347/85, opina que "tudo o que fôsse objeto de ação civil pública na área do consumidor, se impossível a reconstituição do bem lesado (no caso do leite contaminado por radioatividade, por exemplo, na hipótese do recolhimento de multa ao mencionado fundo, impraticável a indenização, a alguém por ventura acometido de câncer) deveria destinar-se a programas de melhor equipagem de laboratórios oficiais como a Fundação Oswaldo Cruz..."¹⁹¹

Seria mais viável, que as importâncias destinadas a um tal fundo fôssem utilizadas para o pagamento de reparações às vítimas em geral ou às famílias das vítimas. Portanto, êsse fundo deveria ser geral e as importâncias depositadas nesse fundo, deveriam ter o destino de reparações aos danos mencionados nessa lei.

Como, também, somos da opinião que deveria haver um fundo geral para as reparações de danos causados às vítimas de delitos.¹⁹²

Assim, entendemos que o destino principal das multas que era o da reparação dos danos dos bens

¹⁹¹ Filomeno, José Geraldo Brito, *Manual de Direito do Consumidor*, 5ª ed., São Paulo: 2001, pág.333.

¹⁹² Madlener, Kurt, e Madlener, Silma Marlice, em *Vitims Compensation in Brazilian Law, Legal Protection, Restitution and Support*, Editado por G. Kaiser, H. Kury e H. J. Albrecht, Freiburg i. Br.: MPI 1991, *Kriminologische Forschungsberichte*, Bd. 51, pág. 353.

lesados deixou de ser o objetivo de sua aplicação.

3. Penas restritivas de direitos - Lei n° 9.714 de 25 de novembro de 1998¹⁹³

A Lei n. 9.714 de 25 de novembro de 1998 alterou dispositivos do Decreto Lei n° 1.848 do Código Penal de 1940, assim, no art. 43 o Código Penal introduziu penas restritivas de direitos, entre outras:

I- prestação pecuniária;

II- perda de bens e valores;

Para que haja a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos é mister, que sejam preenchidos determinados requisitos tanto objetivos como subjetivos, conforme se depreende do Art. 44 CP que esclarece e dispõe que: "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; daí se infere as condições objetivas.

¹⁹³ Esta lei alterou os artigos 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 do Código Penal (Decreto-Lei n° 2.848 de 7 de dezembro de 1940).

Por sua vez, as condições subjetivas para que haja a substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos encontram-se nos incisos II e III do Artigo 44 do Código Penal que estabelece as seguintes condições:

...

II- O réu não for reincidente em crime doloso;

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

O § 1º do artigo 45 do Código penal, também alterado pela Lei 9.714 de 1998 determina que: "A prestação pecuniária consiste no pagamento de dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1(um) salário mínimo nem superior a 360(trezentos e sessenta) salários mínimos".

O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Portanto, o valor correspondente a prestação pecuniária pode ser destinado à vítima, mas o Juiz

poderá determinar que o pagamento seja feito a uma entidade filantrópica.

Se o beneficiário a aceitar, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. É o que determina o parágrafo segundo do Art. 45 do Código penal.

4. A multa reparatória no Código de Trânsito Brasileiro - Lei n° 9.503 de 23 de setembro de 1997

O Código de Trânsito Brasileiro, a Lei n° 9.503 de 23 de setembro de 1997, a instituiu no seu artigo 297, que assim determina: "A penalidade de multa reparatória, consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1.º do artigo 49 do Código penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime". E, ainda acrescenta o § 1º desse artigo 297 do Código de Trânsito: "O valor da multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo".

O valor da multa reparatória será descontada da indenização civil do dano, conforme se depreende do § 3º do art. 297 dessa lei.

É interessante notar que, a reparação do dano feita através dessa modalidade de multa passa a ter

um caráter público, pois passa a ser uma pena.

Existem diversas teorias a respeito do caráter dessa multa, se é de ordem pública ou não. Porém, deve-se formular a questão, no caso da aplicação dessa pena qual é o órgão executor?

O que tem causado grande polêmica é o fato de não haver um elenco de crimes com a respectiva pena de multa reparatória, ou seja só há a determinação da pena de multa reparatória sem especificar em que tipos de delitos ela recairia.¹⁹⁴

A nosso ver isso não impede que o juiz ao verificar que houve dano de ordem patrimonial em determinado delito de trânsito, pelo menos naqueles tipos em que seja possível a aplicação da pena de multa, que se aplique a pena de multa reparatória. Está claro que o objetivo do legislador foi o de agilizar o recebimento pela vítima de quantia referente ao dano patrimonial.

Os artigos 50 a 52 do Código Penal são aplicados no que concerne à multa reparatória.

Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, a multa será considerada dívida de valor, e serão aplicadas as normas concernentes à dívida da Fazenda Pública, inclusive no que concerne

¹⁹⁴ Honorato, Cássio Mattos, *Trânsito. Infrações e Crimes*, 1ª ed., Editora Millenium: Campinas 2000, pág. 397.

às causas interruptivas e suspensivas da prescrição. (art. 51 do CP) O Professor Paulo José da Costa Jr. e Dra. Maria Elizabeth Queijo, afirmam que uma vez "inscrita a dívida correspondente à pena pecuniária, será ela cobrada tal qual um crédito tributário, mediante execução fiscal.¹⁹⁵

E, esclarecem que, a multa reparatória prevista no Código de Trânsito não reverterá em favor do Estado como sucede com a pena pecuniária. Aduzem, ainda, que a multa reparatória tem natureza civil, embora aplicada pelo Juízo criminal, tanto que se permite o seu desconto no valor da indenização civil do dano conforme determina o artigo 297, § 3º do Código de Trânsito.¹⁹⁶

Então, o nome do condenado a pena de multa reparatória é remetido para o ról dos culpados?

O Artigo 393 do CPP em seu inciso II estabelece entre os efeitos da condenação ser o nome do Réu lançado no rol dos culpados. Nesse caso parece ser indiscutível ter a pena de multa reparatória caráter de ordem pública.

Ora, há divergência doutrinária quanto a aplicabilidade do disposto no art. 297 parágrafo

¹⁹⁵ Costa Jr., Paulo José, e Queijo, Maria Elizabeth, *Comentários ao Código de Trânsito*, Editora Saraiva, 2ª ed. 1999, pág. 40.

¹⁹⁶ Costa Jr., Paulo José, e Queijo, Maria Elizabeth, *op.s.c.*, pág. 36.

primeiro do Código de Trânsito que determina que: "a multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo", afirmando alguns que a multa reparatória abrange os danos de ordem material, incluindo então os danos emergentes e lucros cessantes, mas excluindo os danos de ordem moral.¹⁹⁷

Se o Art. 297 do Código de Trânsito dispõe que a quantia da multa reparatória será calculada com base no disposto no § 1º Do art. 49 do Código Penal se pode deduzir que a multa reparatória será fixada em dias-multa, desde que não seja superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.¹⁹⁸

No Capítulo XIX do Código de Trânsito - Dos Crimes de Trânsito, no artigo 291 remete às normas gerais do CP e do CPP os crimes cometidos na direção de veículos, se esse Capítulo não dispuser de outro modo, bem como a Lei N° 9.099 de 26 de setembro de 1995.

5. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei N° 8.069 de 13 de julho de 1990

A obrigação dos menores em reparar o dano causado por ato infracional já existia em leis

¹⁹⁷ Costa Jr., Paulo José, e Queijo, Maria Elizabeth, op.s.c., pág.38.

¹⁹⁸ Costa Jr., Paulo José, e Queijo, Maria Elizabeth op.s.c., pág.38.

anteriores.

Assim o art. 808 da Consolidação das leis civis de 22.12.1858 determinava, que os menores de quatorze anos estavam obrigados à satisfação do dano, embora não pudessem ser punidos. (Código Criminal do Império arts. 11 e 12)¹⁹⁹.

No direito civil se determinava no art. 1567 do Código Civil brasileiro, que o menor na faixa etária entre 16 e 21 anos, equiparava-se ao maior quanto às obrigações resultantes de atos ilícitos, em que fosse culpado.

Como esclarece o civilista Prof. Silvio Rodrigues, o legislador partiu do pressuposto que aos 16 anos, o indivíduo já alcançou maturidade, que lhe permite distinguir entre o certo e o errado, entre o bem e o mal.

Como se observa, o que o legislador quis foi dar preferência à proteção da vítima, obrigando o menor púbere que repare o dano decorrente de seu ato delituoso.²⁰⁰

No entanto, no Código Civil Brasileiro no seu art. 1521 disciplinando ainda sobre a reparação civil dispõe no seu inciso I que os pais são

¹⁹⁹ *Consolidação das Leis Civis*, 3ª ed., Rio de Janeiro 1876.

²⁰⁰ Rodrigues, Silvio, *Direito Civil, Parte Geral*, vol. 1, 1989, 20ª ed., SP, págs. 320 e 321.

responsáveis pela reparação civil, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. E serão responsáveis se concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte. (art. 1523 do C.Civil).

O Código de Menores de 1927 (Decreto 17.943 de 12.10.1927), suprimiu o requisito companhia e pressupôs a responsabilidade dos pais e só a excluía se se provassem não terem culpa ou negligência.

O Código de Menores de 1979 - Lei nº 6679 de 10.10.1979 revogou o Decreto 17.943 de 1927. O art. 64 §4 do Cód. de Menores de 1927 havia revogado o art. 1523 do C.Civil Brasileiro havia aliviado a vítima do dano praticado pelo menor de ter que provar a culpa do pai deste. Este art. encontra-se revogado, também.

Há atualmente nova legislação de menores.

No entanto, o Código Civil continua regendo a responsabilidade dos pais por atos de seus filhos.

Como argumenta Silvio Rodrigues como o menor geralmente não possui meios para ressarcir o dano, atribuindo-se aos pais a responsabilidade solidária aos seus pais aumenta a possibilidade da vítima receber a indenização.

Há decisão do Tribunal de Justiça de São

Paulo, SP na qual se decidiu que: "A equiparação do menor entre 16 e 21 anos, ao maior, não exclui a responsabilidade solidária do pai."²⁰¹

No entanto, a Lei N° 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu art. 112 esclarece que o Art. 2° dessa Lei considera o adolescente entre 12 e 18 anos de idade.

"Verificada a prática do ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I. advertência;

II. obrigação de reparar o dano;

III. prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida," etc.

E, há uma Secção especial nesse Estatuto no que se refere à obrigação de reparar o dano.

O Art. 116 estabelece que havendo reflexos patrimoniais decorrentes de ato infracional o juiz poderá determinar que o menor restitua a coisa, ou repare o dano, ou por outra forma compense o prejuízo da vítima. Se houver manifesta impossibilidade, (§ único) o juiz poderá substituí-

²⁰¹ Revista dos Tribunais, N° 346, pág. 201, citado por Silvio Rodrigues em *Direito Civil*, vol. 5°, pág. 69.

las por outra adequada.²⁰²

Os pais tem responsabilidade direta em relação aos menores de pouca idade, que são pessoalmente irresponsáveis, quando por sua culpa negligenciarem na fiscalização dos menores.

Já quando os menores tenham a capacidade de querer e de entender são responsáveis diretamente pelo dano e os seus pais o são indiretamente.²⁰³

Os menores de dezoito anos são considerados inimputáveis, por se considerar que ainda não tem o discernimento preciso para serem reprovados pela prática do ato infracional.

Porém, se não houver "culpa in vigilando" será cabível a ação civil.²⁰⁴

Já se previa que a vítima poderia, no entanto, inclusive mover de acordo com os arts. 1526 e 1587 do Código Civil de 1916, ação civil contra os herdeiros do responsável. Da responsabilidade do patrão por atos dos empregados: caso o empregado não tenha bens para responder aos danos causados, se houver culpa do patrão in vigilando, a vítima poderá mover contra ele a competente ação civil (art. 1521

²⁰² Tito, Ronan, *Criança e Paz*, Brasília, 1990.

²⁰³ Rodrigues, Silvio, *Direito Civil, Parte Geral, Vol. V*, pág. 72,

²⁰⁴ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal, 2º vol., 5ª ed., SP.: 1979, pág. 31.*

nº III) Código Civil) e a culpa do patrão sendo presumida, não precisa ser demonstrada pelo Autor.

O que se questiona, é como se poderá estender a eficácia da esfera penal à responsável civil que não foi parte no feito criminal. Se tem entendido que a eficácia da esfera penal se estende a esfera civil por considerações de ordem pública.²⁰⁵

6. Juizados Especiais Cíveis e criminais

a. Juizados Especiais Cíveis - Lei Nº 7.224 de 7 de novembro de 1984

Durante muito tempo se pensava sobre o que fazer e como poder distribuir a justiça de uma maneira mais adequada, justa, e rápida a fim de atender a uma grande parte de população carente material e socialmente falando. Não se podia mais deixar de cuidar dos direitos individuais, dos direitos sociais, que são variantes jurídicas axiológicas. Assim é que os direitos subjetivos adquiriram relevância histórica. E foi com esse espírito que se buscou uma Via de Direito, colocando a disposição da população os Juizados Especiais de Pequenas Causas o qual veio a corroborar, para que se pudesse garantir a realização das pretensões jurídicas através de um procedimento mais rápido e

²⁰⁵ Tourinho Filho, Fernando da Costa, op.s.c., págs. 39 e 40.

mais ágil e de conciliação.

E a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas foi determinada pela Lei nº 7.244 de 7 de novembro de 1984, para processo e julgamento, por opção do Autor, das causas de reduzido valor econômico. Essa lei definiu o que se pode entender por reduzido valor econômico, ou seja que versassem sobre direitos patrimoniais e cujo pedido à data do ajuizamento da ação não excedessem à vinte salários mínimos vigentes no país.

Porém, a dinâmica da vida hodierna envolvendo um grande complexo de relações sociais e econômicas exige do Estado o direito que o indivíduo possa postular em juízo de uma maneira rápida segura e eficiente.

Há no entanto, dois fatores que criam dificuldades de acesso ao Poder Judiciário: um é o fator econômico já tão discutido por muitos e o outro é o tempo de duração dos processos. Esses fatores muitas vezes tem levado as partes ou a abandonar as suas causas, ou a aceitar um acordo inferior às suas pretensões.

No Direito Brasileiro, com o incremento desmesurado das populações mais carentes nos grandes centros e devido ao acúmulo de processos deu-se o ensejo à optar por uma forma mais rápida, menos formal e oral de atendimento à uma grande parte de

causas, através dos chamados Juizados de Pequenas Causas.

A instituição dos Juizados de Pequenas Causas teve por fim permitir o fácil acesso à Justiça dos interessados em causas de pequeno valor, não só de gente humilde para quem o custo e a lentidão do litígio comum, seriam obstáculos incontornáveis e impediriam o acesso ao Poder Judiciário, mas, também, a absorção de uma grande área de conflitos sociais que dificilmente seriam alcançados pela jurisdição comum, conhecidos como os conflitos humanos de massas que formam um grande e perigoso contingente, o qual o Dr. Kazuo Watanabe, chama de litigiosidade contida.²⁰⁶

Todos os conflitos diários, pequenos conflitos surgidos no dia a dia não só pela carência econômica, mas ainda pior, pela carência jurídica pela qual a população se sentia tão longe do plano jurisdicional e numa total desigualdade de meios, violando os interesses daqueles que nem sequer teriam a coragem de pensar em utilizar a Justiça.

Assim é que, se conseguiu através desses juizados absorver contingentes imensos de assuntos que chegariam à Justiça comum, fariam transbordar o

²⁰⁶ Silva, Ovídio Baptista da, em *Juizado de Pequenas Causas*, Revista dos Tribunais, vol. 598, Edit. Revista dos Tribunais: São Paulo 1985, pág. 14.

sistema existente e aumentariam ainda mais os conflitos, atritos e tensões sociais.

b. Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Comum²⁰⁷

Projetos de instalação de Juizados de Pequenas Causas em matéria penal.

Os projetos para a criação de juizados de pequenas causas em matéria penal, para o julgamento de infrações penais de menor potencial ofensivo tiveram, também, por objetivo que o processo se orientasse pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

O que se pretendeu é que os depoimentos prestados nos juizados sejam únicos, para que se termine com a situação do acusado confessar perante a autoridade policial e negar perante a autoridade judiciária, ou em outras palavras, que o Réu confesse na Polícia e negue na Justiça.²⁰⁸

O funcionamento dos juizados especiais para o Julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo deveria abranger todo um ciclo completo, desde a fase policial até o julgamento, com um

²⁰⁷ Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Comum criados pela Lei n° 9.099 de 26 de setembro de 1995.

²⁰⁸ Lazzarini, Alvaro, *Revista de Informação Legislativa*, Ano 31, n° 21, pág. 177.

plantão judicial funcionando para que houvesse contato do policial de rua com o juiz, pois, pensava-se que com isso haveria uma diminuição da violência e da corrupção.

O Ministro Nelson Jobim, quando deputado apresentou à Câmara dos Deputados um projeto para a criação dos Juizados Especiais Criminais, a fim de processar e julgar sob procedimento oral e sumaríssimo: I- os crimes de furto; II- os crimes dolosos punidos com pena de reclusão até um ano, ou de detenção até dois anos. III- os crimes culposos com de acidentes de trânsito; IV- e as contravenções.²⁰⁹

A diferença entre os Juizados Especiais em matéria penal e os Juizados de Pequenas Causas em matéria civil, é que os Juizados Especiais constituem corte obrigatória para os processos de sua competência, e os Juizados de Pequenas Causas podiam ser utilizados de forma facultativa, pois as partes podiam preferir o Juízo comum ou ordinário.²¹⁰

Com base no art. 98, inciso I da Constituição Federal de 1988, o projeto preparado pelo Juiz Luiz Flávio Gomes de São Paulo para criar os Juizados Especiais Criminais e as Turmas Recursais Criminais

²⁰⁹ Lazzarini, Alvaro, Revista de Informação Legislativa, Ano 31, nº 21, pág. 181.

²¹⁰ Tribuna do Direito, maio de 1994.

para o conhecimento, julgamento e execução de processos que envolvem infrações penais de menor potencial ofensivo, teria abrangência nacional.

O furto de menor potencial ofensivo seria o considerado até um salário mínimo. Se propunha, além dos casos propostos pelo Ministro Jobim, as infrações penais contra as relações de consumo.

O projeto considerara as infrações penais de menor potencial ofensivo: as contravenções penais; os crimes cuja pena privativa de liberdade não superior a dois anos; o crime de furto previsto no artigo 155 § 2º do Código penal; e as as infrações penais contra as relações de consumo.

O § 4º do projeto dispunha ao tratar da transação, que a sua aceitação pelo acusado não geraria a presunção de culpabilidade.²¹¹

Segundo entendimento doutrinal argumentava-se que, de acordo com o art. 98 inciso 1 da Constituição Federal de 1988 a transação só seria cabível nos juizados de pequenas Causas em matéria Civil, pois que a transação penal implicaria admissão da culpa sem que se apurasse a verdade material dos fatos.²¹²

²¹¹ Gomes, Luiz Flávio, *Projeto de Criação dos Juizados Especiais Criminais*, em *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, págs. 278 a 289.

²¹² Marques, Oswaldo Henrique Duek, *A transação penal nos juizados especiais*, em *Boletim do Instituto Brasileiro de*

Esperava-se, no entanto, reduzir o prazo de demora dos processos de dois anos, para sessenta dias, o que não se alcançou.

O objetivo principal seria a aplicação de pena não privativa de liberdade e sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Em trabalho que eu e o Dr. Kurt Madlener apresentamos em 1991 no Congresso Internacional de Vitimologia no Rio de Janeiro, propusemos que se utilizasse os Juizados Especiais para a reparação do dano causado pelo delito, e para a nossa surpresa foi incluída tal matéria no projeto supra mencionado.²¹³

Os objetivos da política criminal são vários. Um deles é simplificar ou inclusive, evitar o processo penal, como já dizia há muito tempo o Prof. Kurt Madlener. Outro objetivo é como já afirmara, também, esse professor em 1989, poder empregar a reparação do dano como medida de política criminal.

Nesse sentido a Lei brasileira n° 9.099 de 26 de setembro de 1995 dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, tendo este últimos

Criminologia, Ano 1, n°7 de Agosto de 1993.

²¹³ Madlener, Kurt, e Madlener, Silma Marlice, *The Past and Present State of Victim's Compensation in Brazilian Law and the Need for Reform* em: *Victims and Criminal Justice, Legal Protection, Restitution and Support*, editado por G. Kaiser, H. Kury, H. J. Albrecht, Freiburg: Max-Planck-Institut 1991.

competência para a conciliação e julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo um dos seus objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima (art. 62).

Portanto, os Juizados especiais nasceram com destinos diversos: de um lado ensejar o fácil acesso ao Poder Judiciário às camadas mais humildes e carentes de nossa população, bem como atender a qualquer pessoa tendo em vista a característica desses juizados que é a celeridade e o informalismo, tendo se tornado compensadora a tentativa de reparação de direitos de expressão econômica pequena, independentemente da posição social de seus titulares.²¹⁴

Assim, através da Lei n° 9.099/1995 se revogou a Lei n° 7.244 de 7 de novembro de 1984 que havia instituído os Juizados de Pequenas Causas.

No entanto, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais veio inserir no ordenamento jurídico-processual brasileiro o objetivo de efetivar a tutela jurisdicional, e com isso a população foi se habituando a defender os seus direitos.

As partes imbuídas de um espírito de conciliação procuram espontaneamente os Juizados

²¹⁴ Alvarenga, Cláudio Ferraz de, RJTJESP, vol. 113, São Paulo 1988, pág. 641.

esperando aí, encontrar um denominador comum com a finalidade de obter um acordo satisfatório ou no mínimo uma solução harmoniosa.

Assim, a conciliação e a transação foram os passos e os objetivos principais deste procedimento, enquanto que a forma utilizada pelos Juizados que é a de conciliação tem sido grande fonte de diminuição das tensões sociais, praticada por uma comunidade jurídica constituída por pessoas imbuídas de um espírito de pacificação e solidariedade.

Os Juizados Especiais Criminais, tem competência para a conciliação e julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, sendo um dos seus objetivos a reparação dos danos sofridos pela vítima (arts.61 e 62).

Quando a autoridade policial toma conhecimento da infração penal de menor potencial ofensivo, se procede a um boletim de ocorrência circunstanciado na Delegacia de Polícia (civil), garantindo-se o princípio da oralidade. Assim, com uma autuação sumária e breve, a autoridade policial encaminha a vítima e o seu ofensor ao Juizado Especial Criminal, devendo no entanto, determinar que se procedam aos exames pericias, exames de corpo de delitos, perícias no local, e exames que forem necessários.

Essa lei em seu artigo 72 determina que na audiência preliminar no Juizado respectivo, em presença do promotor de justiça, do réu, da vítima, se possível do responsável civil, devidamente acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá às partes sobre a possibilidade de conciliação referente a reparação dos danos.

A composição dos danos civis nos crimes de ação privada e pública condicionada à representação, implica na extinção da punibilidade do agente, em face da renúncia ao direito de queixa ou de representação.²¹⁵

A composição dos danos civis será reduzida a termo e homologada pelo juiz com a característica de sentença de caráter irrecorrível que terá a eficácia de um título executivo que poderá ser executada no juízo civil competente.

Essa conciliação é conduzida pelo juiz de direito ou por conciliadores sob a supervisão do juiz.

Se não houver composição e se tratar-se de ação penal de natureza pública, o juiz designará audiência de instrução e julgamento e tentará novamente a conciliação.

²¹⁵ Gonçalves, Vitor Eduardo Rios, *Juizados Especiais Criminais*, Editora Saraiva, 2a ed., São Paulo 2002, pág 9. Vide art. 74, parágrafo único.

No Estado de São Paulo mais de 30% das propostas são aceitas e é firmada a transação que é comunicada ao distribuidor. A anotação na distribuição diz a Lei, não tem efeito de reincidência, porém impede ao Autor do fato que obtenha o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

A meu ver em se tratando de delitos de bagatela o prazo é muito longo, o que poderá incidir em processos futuros sem o benefício decorrente da transação. Tanto na Espanha como no Brasil entre os que defendem a concessão do Ministério Público na transação, argumentam que não se deve esquecer de estimular a pronta reparação do dano.

c. Juizados Especiais Federais - Lei N° 10.259/2001

O projeto de Lei n° 3.999/01 referente aos Juizados Especiais Federais aprovado pelo Congresso Nacional em 26 de junho de 2001 em seu artigo 11 determina que, o representante da entidade que comparecer à audiência terá poderes, em caso de composição de danos resultantes de ilícito criminal, para acordar, desistir ou transigir. Assim, o intuito era que, também, na esfera federal a reparação do dano causado pelo delito se realizasse de uma maneira mais rápida e eficiente.

Como vimos, a lei n° 9.099 de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Cíveis e

Criminais determina em seu artigo 61 que as infrações penais de menor potencial ofensivo para os efeitos dessa lei são: "as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 1(um) ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial".

A Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais na esfera da Justiça Federal.

Com o advento dessa lei o conceito de infrações penais de menor potencial ofensivo foi alargado para abranger os crimes cominados com pena máxima não superior a dois anos, ou multa conforme estipulado em seu artigo 2.

Assim, é que a lei que instituiu os juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal dispôs:

"Art.1. São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995;

Art. 2. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às

infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único. Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois anos, ou multa."

No âmbito dos Juizados Criminais Federais não cabe a prisão preventiva, a qual somente cabe no Juízo comum e em casos excepcionais e desde que justificados pelo magistrado.

A Lei nº 9.099/95 em seu artigo 70 assim dispõe: „comparecendo o autor do fato e a vítima e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes."

O Artigo 72 ainda determina que na audiência preliminar o juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, estando presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e , se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados.

A composição dos danos civis será reduzida a termo e, homologada pelo Juiz, cuja sentença irrecorrível terá eficácia de título que deverá ser

executado no juízo civil, é o que determina o artigo 74 da Lei n. 9.099 de 26-9-1995.

A composição dos danos civis na lei n° 9.099/95 extingue a punibilidade nos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação. Na ação pública incondicionada, o acordo civil acarreta apenas a redução da pena (arrependimento posterior).²¹⁶

Por sua vez o parágrafo único do artigo 11 da lei n° 10.295/2001, determina que: "Para a audiência de composição dos danos resultantes de ilícito criminal (arts. 71, 72 e 74 da Lei n° 9.099, de 26 de setembro de 1995), o representante da entidade que comparecer terá poderes para acordar, desistir ou transigir, na forma do art. 10."

O exame técnico necessário à conciliação ou ao julgamento será feito por pessoa habilitada nomeada pelo juiz, que apresentará o seu laudo até cinco dias antes da audiência conforme o disposto no artigo 12 da lei 10.295/2001.

Há opinião doutrinária de que embora, a Lei n° 10.259 de 12 de julho de 2001, considere as infrações de menor potencial ofensivo para os efeitos dessa lei "os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa", que essa

²¹⁶ Machado, Agapito, *Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal*, Editora Saraiva: São Paulo 2003, pág.61

lei derogara o artigo 61 da lei n° 9.099/95, embora se tratasse de outra jurisdição, que considerava de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não fosse superior a um ano.²¹⁷

Posteriormente, foi derogado o artigo 61 e lhe dado nova redação pela Lei n° 11.313, de 2006, ampliando, também, a competência dos Juizados Cíveis e Criminais da Justiça comum, considerando infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos cumulada ou não com multa.

Nesse sentido já havia sido feito acordo no 1° Juizado Especial Criminal do Distrito Federal onde uma escola particular pagou uma certa quantia a título de indenização pelos danos sofridos, aos representantes legais de um menor que foi machucado por outro aluno de dezoito anos. "Casos como esse, cuja pena prevista no Código penal não ultrapassa dois anos de prisão, e portanto, se enquadram na Lei n. 9.099/95, dos Juizados Especiais, podem ser levados à Central Criminal do Distrito Federal."²¹⁸

²¹⁷ Arend, Márcia Aguiar, e Marcos, Rudson, em *Lei dos Juizados Especiais Federais: reflexos da ampliação do conceito de infrações de menor potencial ofensivo no ordenamento penal e processual penal*, em Revista dos Tribunais, vol. 793, São Paulo 2001, págs. 489 e 490.

²¹⁸ Notícia no site da ASSP em 10 de setembro de 2002, citando como fonte Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 6/9/2002.

Ao completar vinte anos da Lei nº9.099/95 a Corregedoria Nacional de Justiça conclamou a todos os magistrados de Juizados Especiais a participarem da Campanha "Redescobrimo os Juizados Especiais", lançada em fevereiro deste ano visando a releitura da Lei nº9.099/95, retomando o ideal de evitar de que os Juizados Especiais venham a ter na Justiça Especial as mesmas dificuldades vivenciadas nos processos da Justiça tradicional.

O que se pretende é que sejam efetivas as medidas a fim de dotar os Juizados de uma estrutura necessária para fazer frente à essas objetivos.

7. Crimes Ambientais - Lei Nº 9.605 de fevereiro de 1998

As infrações penais derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente com pena mínima até dois anos sujeita-se à lei dos Juizados Especiais Criminais. Ou se pode efetuar a transação por ser a sanção máxima de dois anos, (arts. 76 e 89) da Lei nº 9.099 de 26.09.1995.

A condenação em prestação pecuniária prevista na Lei n. 9.605/98 referente a crimes ambientais, vem determinada no art. 12 e consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à alguma entidade pública, ou ainda de caráter privado, porém, com fim social. A quantia a ser fixada pelo juiz não poderá ser

inferior a um salário mínimo nem superior trezentos e sessenta salários mínimos. Se infrator for condenado a eventual reparação civil o valor anteriormente pago será deduzido.

No caso de delito ambiental a prestação pecuniária, também, consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, mas, exclui os dependentes da vítima o que é lamentável.

A sentença penal condenatória determina a lei (art. 20) fixará sempre que possível o valor mínimo para a reparação dos danos considerando, os prejuízos sofridos pelo ofendido ou ao meio ambiente.

O que é inédito nessa lei é a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, além da responsabilidade administrativa e cível (art. 3º da Lei nº 9.605 de fevereiro de 1998).

No entanto, essa lei não menciona como pena aplicável a pessoa jurídica, a competente reparação do dano, porém se subentende que em se tratando de delito de menor potencial ofensivo, a reparação do dano deva preceder à proposta de aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, salvo comprovada impossibilidade.

Quanto a extinção da punibilidade, referente aos crimes de menor potencial ofensivo, aplicam-se, também, as disposições do art. 89 dos Juizados Especiais Criminais, e dependerá da constatação de reparação do dano ambiental.

Somente se poderá formular uma proposta para se aplicar imediatamente uma pena restritiva de direitos ou multa, em casos de crimes ambientais de menor potencial ofensivo desde que, tenha havido a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade de fazê-lo (art.27). Será aplicado ainda o artigo 89 da Lei nº 9.099 de 1995, dos Juizados Especiais Cíveis propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, mas, dependendo de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade de fazê-lo. Se o laudo comprovar que a a reparação não foi completa o prazo de suspensão do processo será prorrogado. Uma vez esgotados todos os prazos de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade vai depender de novo laudo de constatação que, comprove ter o acusado tomado as devidas providências à integral reparação do dano.²¹⁹

8. Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (Lei Maria da Penha - Nº 11.340, de 7 de

²¹⁹ Vide artigos 26, 27, 28 e incisos da Lei nº 9.605 de fevereiro de 1998.

agosto de 2006)²²⁰

No Direito brasileiro a chamada Lei Maria da Penha alterou o Código Penal com a introdução do parágrafo 9º, do Art. 129, possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada.

O art. 22 determina que o juiz poderá aplicar, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, medidas protetivas de urgência.

Estes agressores, também, não poderão mais ser punidos com penas alternativas. A legislação aumenta o tempo máximo de detenção previsto de um para três anos; a lei prevê, ainda, medidas que vão desde a remoção do agressor do domicílio à proibição de sua aproximação da mulher agredida.

A prática demonstrou que nos Juizados especiais criminais, em casos de violência doméstica era comum que o agressor se comprometesse a título

²²⁰ Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Alterou o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

de reparação do dano à uma cesta básica de alimentos á ofendida. Tal fato se banalizou de tal forma, que na Lei Maria da Penha ficou vedada a aplicação de penas de cesta básica, de outras de prestação pecuniária ou naquelas que implique somente ao pagamento de multa. Os casos de violência familiar também, foram excluídos dos Juizados especiais cirminais.

Exara o art. 17 dessa lei que a determinação do pagamento de cesta básica pelo agressor à vítima seria uma pena. Mas, tal pagamento ou mesmo, a entrega de cesta básica de alimentos em espécie à vítima, nunca teve o caráter de pena.²²¹

Embora, tais Juizados se intitulem de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, não se trata de unidades dos Juizados Especiais, pois "aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995", redação dada pelo art. 41 da lei 11.340/06 (batizada como lei "Maria da Penha"), cujos preceitos regem o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher.

²²¹ Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O Juiz poderá determinar liminarmente que para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, as seguintes medidas, entre outras previstas no artigo 24:

"I- restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II- proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III-... ;

IV- prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida."

9. Extinção da punibilidade em legislação especial

a. Extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária

A Lei n°. 9.249 de 26 de dezembro de 1995 que altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido determina em seu artigo 34: "Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n.

8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n° 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive antes do recebimento da denúncia."

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça definiu que o parcelamento do débito tributário antes de recebida a denúncia extingue a punibilidade de crimes contra a ordem tributária²²².

No Recurso Especial supra-mencionado a relatora, Ministra Laurita Vaz, destacou em seu voto que a Terceira Seção do STJ, a qual a Quinta Turma integra, firmou o entendimento no sentido de que o parcelamento deferido anteriormente ao recebimento da denúncia é causa extintiva da punibilidade estatal, por atender ao disposto no artigo 34 da Lei n° 9.249/1995.

Portanto, promover o pagamento do tributo equivale à reparação do dano.

Com efeito a Quinta turma assim decidiu em

²²² É o que decidiu em um recurso especial do Ministério Público Federal (Recurso Especial 412795 - 5a. Turma - R.S.). Em primeira instância a punibilidade do contribuinte já havia sido extinta, cuja decisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4a. Região sediado em Porto Alegre - Rio Grande do Sul. Para aquele Tribunal Regional Federal, o parcelamento do débito realizado antes do recebimento da denúncia equivale a pagamento para os efeitos do que dispõe o artigo 34 da Lei n° 9.249/1995. Essa decisão da Terceira Seção se deu após a divergência entre a Quinta e a Sexta Turmas, ficando assim unificada a jurisprudência do STJ sobre o tema. (Notícias on-line do STJ de 05 de novembro de 2003).

Recurso Especial²²³, que o parcelamento do débito antes do oferecimento da denúncia extingue a punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei n° 9.249/95.

b. Extinção da punibilidade por débitos previdenciários

A Lei n° 8.137 de 27 de dezembro de 1990 que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo caracterizou, também, como crime: Art. 2° Inciso II "deixar de recolher no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos."

A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou contribuição social inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia estava prevista nessa lei em seu artigo 14.

No entanto, esses dispositivos foram revogados pelo art. 98 da lei n° 8.383 de 30 de dezembro de 1991.

Porém, a Lei n° 9.249 de 26 de dezembro de 1995 em seu artigo 34 conforme acima já exposto, reinstituíu essa prerrogativa da extinção da

²²³ Recurso Especial 1998/0049359-0, Relator José Arnaldo da Fonseca.

punibilidade quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. A matéria que se encontra pacificada nos tribunais, aplicando-se esse artigo 34, também, ao crime de não recolhimento das contribuições previdenciárias.^{224 225}

Houve muita controvérsia com respeito à extinção da punibilidade em caso de parcelamento do débito, perante a Administração antes do recebimento da denúncia, pois a orientação do STF é no sentido de que somente o pagamento integral antes do recebimento da denúncia extingue a punibilidade.²²⁶

O Egrégio STJ tem decidido que basta o ato concreto de pagar: "o acordo de parcelamento do débito tributário, efetivado antes do recebimento da denúncia, enseja a extinção da punibilidade prevista no art. 34 da Lei n. 9.249/95"²²⁷..

No mesmo sentido, decidiu o STJ ²²⁸ que no

²²⁴ Vide, também, art. 95 d) da lei n° 8.212/91.

²²⁵ Castro, Élcio Pinheiro de, "Anotações sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário nos crimes previdenciários - Revista Forense, Vol. 366, Rio de Janeiro 2003, fls. 84 e 85.

²²⁶ Castro, Élcio Pinheiro de, op.s.c., pág.86.

²²⁷ 5a. Turma, Habeas Corpus n. 10.565/SP, Rel. Min Edson Vidigal, DJU 21.02.2000, pág. 145.

²²⁸ Ementa: Penal. Apropriação indébita. Contribuições previdenciárias. Omissão no recolhimento. Pagamento parcelado. Extinção da punibilidade. RHC11170/SP. Recurso ordinário em habeas corpus 2001/0031543-7. Relator: Min. Vicente Leal, Sexta Turma.

caso de apropriação indébita de contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados havendo a concessão do parcelamento do débito pela Administração ocorre a extinção da punibilidade nos termos do art. 14, da Lei n. 8.137/90 e do artigo 34 da Lei n. 9.249/1995.

"Comprovado o parcelamento do débito antes do oferecimento da denúncia, resta ausente o elemento subjetivo essencial à caracterização do delito, resultando sem objeto a ação penal."

Entendeu, também, aquela Colenda Corte que "Falta justa causa para a instauração de ação penal quando o contribuinte, antes do recebimento da denúncia, em decorrência da parcelamento do débito, está em situação regular perante o Fisco."²²⁹

Houve muita polêmica sobre a matéria com a promulgação da Lei n. 9.983 de 17.07.2000 que introduziu no Código penal brasileiro o artigo 168 - A, que trata do crime relativo ao recolhimento de contribuições previdenciárias.

Assim dispõe o artigo 168 A, do Código Penal brasileiro: "Deixar de repassar à Previdência Social

²²⁹ Corroborando com esse entendimento verificamos no Acórdão da Egrégia Sexta Turma do STJ RESP - 193521/SP - Recurso Especial 1998/0079899-4 - Relator Ministro Fernando Gonçalves - Ementa: Penal. Contribuições Previdenciárias. Parcelamento do débito antes do oferecimento da denúncia. Extinção da punibilidade.

as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa".

Determina ainda em seu parágrafo segundo: "É extinta a punibilidade se o agente espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal."

Por sua vez o parágrafo terceiro desse mesmo artigo dispõe que: "É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I- tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive os acessórios,"; ou II- o valor das contribuições devidas, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais."

Esse dispositivo conforme esclarece Élcio Pinheiro de Castro, introduziu mais duas hipóteses de perdão judicial.²³⁰ A primeira estabelece as seguintes condições: ser o agente primário e ter

²³⁰ Castro, Élcio Pinheiro de, op.s.c.págs. 92 e 93.

bons antecedentes e ter promovido, após o início da ação fiscal e antes do oferecimento da denúncia o pagamento da contribuição social previdenciária inclusive os acessórios. A segunda hipótese de perdão judicial inserida no Artigo 168 A do Código penal brasileiro- parágrafo terceiro- inciso II é no que diz respeito ao débito de pequeno valor.

Assim, é que, mesmo se o pagamento for efetuado depois do início da ação fiscal mas, antes do oferecimento da denúncia e o débito for de pequeno valor, e forem observados os demais requisitos legais, o julgador pode normalmente com a anuência das partes reconhecer o perdão judicial e declarar extinta a punibilidade do agente.²³¹

Argumenta esse Professor no entanto, que analisando o § 2. do artigo 168-A se depreende de maneira diversa do que dispõe o artigo 34 da Lei N°. 9.249/95, que a extinção da punibilidade somente ocorre quando o agente declara, confessa e efetua o pagamento da contribuições antes do início da ação fiscal.

Por sua vez o Andrei Zenkner Schmidt ao argumentar que o pagamento integral voluntário, anterior ao recebimento da denúncia no delito de apropriação indébita de contribuição previdenciária art. 168-A do C.P. é causa cogente de extinção da

²³¹ Castro, Elcio Pinheiro de, op.s.c., pág.93.

punibilidade, devido ao princípio da isonomia constitucional.

Pois no caso de apropriação indébita (art. 168 letra A do CP), pelo não recolhimento de contribuições previdenciárias, a exclusão da punibilidade, está sujeita ao pagamento espontâneo, ou seja, prévio ao início da ação fiscal. No entanto, a exclusão cogente da punibilidade para o não recolhimento de todos os demais tributos (arts. 334 e 337-A do CP), arts. 1. e 2- da Lei n. 8.137 / 90) está sujeita ao pagamento voluntário, isto é, prévio ao recebimento da denúncia".²³²

Portanto, nos casos de modalidades de c modalidades de contribuições sociais como (PIS e CONFINS) receberam tratamento jurídico diverso²³³. Zenkner Schmidt opina que é causa cogente da extinção da punibilidade, em virtude do princípio constitucional da isonomia, se no delito de apropriação indébita previdenciária, conforme disposto no artigo 168-A do CP se houver o pagamento

²³² Schmidt, Andrei Zenkner, *Exclusão da punibilidade em Crimes de Sonegação*, Editora Lumen Juris 2003, págs. 117 e 118

²³³ O Art. 2. inciso II da Lei n. 8.137 /90 dispõe, também, que constituem crime de natureza tributária: "II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos". Assim, as contribuições relativas ao PIS e CONFINS quando forem indevidamente apropriados (art. 2., inciso II da Lei n. 8.137 /90) podem ser recolhidas até o recebimento da denúncia art. 34 da Lei 9.249/95.

integral voluntário antes do recebimento da denúncia.²³⁴

No entanto, a Lei n. 9.964 de 10 de abril de 2000 que institui o programa de Recuperação Fiscal em seu artigo 15 determinou: "É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos artigos 1. e 2. da Lei n. 8.137 de 27 de dezembro de 1990, e no artigo 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal".

c. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no crime de contrabando ou descaminho

Devido a julgados sucessivos sobre a matéria o STF editou em 1976 a Súmula n. 560 a qual dispunha: "A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, estende-se ao crime de contrabando ou descaminho por força do artigo 18, § 2º Do Decreto-lei n. 157/67."

Porém, em 1978 o Decreto-lei n. 1.650 afastou a possibilidade da aplicação art. 2º da Lei N° 4.729/65 aos delitos de contrabando ou descaminho. Tal decreto foi substituído pela lei n. 6.910 de

²³⁴ Schmidt, Andrei Zenkner, op.s.c. págs. 117 e 118.

1981 que afastou expressamente a extinção da punibilidade para esses casos, ficando assim prejudicada a Súmula n.560 do STF²³⁵.

Argumenta-se, também, que se a Constituição brasileira de 1988 em seu Título VI, Capítulo I dispõe que a União pode instituir imposto sobre a importação de produtos estrangeiros (art.153, inciso I), e que se poderia concluir que ao crime de descaminho se poderia aplicar analogicamente o art. 34 da lei n. 9.249/95.

O Professor René Ariel Dotti indica quais os suportes legais ao término da questão administrativa do descaminho Decreto 2.730/98 (que regulamentou o artigo 83 da Lei 9.430/96, a Portaria SRF 326, de 15.03.2005 que o regulamentou, e a Portaria da Receita Federal do Brasil N° de 665 de 24.04.2008, que foi editada com o fim de se impedir em caso de descaminho, que se proceda o envio da representação fiscal para fins penais, ao Ministério Público antes da decisão final administrativa.²³⁶

A Lei n° 13.008/2014 (publicada no DOU de 27/06/2014), alterou o Código Penal separando os tipos penais de contrabando e descaminho. O descaminho é descrito no caput do art. 334 e

²³⁵ Schmidt Andrei Zenkner, op.s.c.págs.120 e 123.

²³⁶ Dotti, René Ariel, e Scandelari, Gustavo Britta, em: *A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho*, RT 877, Novembro de 2008, pág.409.

consiste em :“Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”, permanecendo a pena de 1 a 4 anos de reclusão.

Para os Tribunais Superiores STF e STJ é possível a arguição do princípio da insignificância nesse delito, mas divergem quanto ao montante do seu valor.

A legislação tributária (Lei 10.522/02) estabelece um patamar para não realização de ação de execução fiscal de débitos com valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Porém, O Ministério da Fazenda, através das Portarias 75/2012 e 130/2012 elevou o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), como referencial de não arguição de ações fiscais²³⁷. Tais portarias são aplicadas atualmente.

Por sua vez, a Portaria 130/2012 em seu artigo segundo dispõe que, o procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, se e

²³⁷ Assim, a Portaria 75/2012 em seu Art. 1º determina: I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais); II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

valor for igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) desde que, não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito. Subentende-se que o débito continua em aberto, por que a execução fiscal ficará constando dos registros da distribuição do processo.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça à respeito do valor atribuindo o princípio da insignificância tem sido divergentes.²³⁸

Assim, é que o STF tem decidido haver atipicidade do delito de descaminho de valores inferiores a vinte mil Reais que seriam aproximadamente 4.000,00 (quatro mil Euros)²³⁹.

No entanto o STJ Superior Tribunal de Justiça tem adotado entendimento diverso, ou seja que se

²³⁸ Geovane Moraes, *Descaminho e a aplicação do Princípio da Insignificância*, 10 Fev. 2015, Internet, Editora Armador, acessado em 10.05.2015.

²³⁹ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu no Habeas Corpus N° 123035/ PR PARANÁ, Relatora: Min. ROSA WEBER, Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Publicação de 12-09-2014 decidiu que: "Para crimes de descaminho, considera-se, na avaliação da insignificância, o patamar previsto no art. 20 da Lei 10.522/2002, com a atualização das Portarias 75 e 130/2012 do Ministério da Fazenda."

Assim, o STF decidiu que no caso supra mencionado de crime de Descaminho envolvendo elisão de tributos federais em quantia de R\$ 15.748,38, que atualmente em outubro de 2015 seriam aproximadamente 3.500,00 Euros, reconheceu a atipicidade material do delito e aplicou o princípio da insignificância, determinando a absolvição sumária exarado na instância ordinária.

aplique o limite previsto na legislação tributária vigente, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob o argumento de que a portaria do Ministério da Fazenda é norma infra-legal e por não possuir força normativa, não pode alterar o patamar para a aplicação do princípio da insignificância.

Observe-se, que o Superior Tribunal de Justiça, no entanto, vem adotando posicionamento diverso, no sentido de se aplicar o patamar constante na legislação tributária vigente, ou seja, R\$ 10.000,00 (dez mil reais), sob o argumento de que a portaria do Ministério da Fazenda é norma infra legal que não possui a força normativa capaz de alterar o patamar para a aplicação do princípio da bagatela.²⁴⁰

No entanto, quanto ao delito de contrabando agora está determinado no art. 334-A: "Importar ou exportar mercadoria proibida". A sua pena - que, antes, era a mesma cominada ao descaminho (1 a 4 anos) - passou a ser de 2 a 5 anos de reclusão. Conforme o parágrafo terceiro do artigo 384 A, que as sanções serão em dobro se os delitos forem

²⁴⁰ Assim foi decidido no AgRg no REsp 1346621 / PR, Relator(a): Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ (1158), - SEXTA TURMA, Data do Julgamento: 03/02/2015, Data da Publicação/Fonte: DJe 09/02/2015, que não se pode aplicar o princípio da insignificância em caso de descaminho, cujo parâmetro de R\$10.000,00 Reais se eleva por meio de uma portaria do Ministério da Fazenda para R\$20.000,00 Reais, não podendo a Lei penal mais benigna ser aplicada.

praticados em transporte aéreo, marítimo ou fluvial. Anteriormente era previsto, apenas em caso de transporte aéreo.

Observe-se, que a Lei 9.099/95 em seu artigo 89 confere a suspensão do processo aos crimes cuja pena mínima seja igual ou inferior a um ano. No entanto, a lei n. 13.008 de 26 de junho de 1914 no art. 334A determina que em caso de importação ou exportação de mercadoria proibida a pena é de reclusão de dois a cinco anos. Assim, não se aplica o artigo 89 dessa lei, aos casos de contrabando.²⁴¹

H. A reparação do dano no anteprojeto de Código Penal de 2011

Em 2011 foi criada no Senado Federal uma Comissão de Juristas para a elaboração de um anteprojeto de Código Penal.²⁴² O anteprojeto elaborado por esta comissão e transformado no Projeto de Lei do Senado N° 236, de 2012, encontra-se desde maio de 2015 no Senado Federal para exame e respectiva votação.²⁴³

²⁴¹ Ludolf, Marcelo, *Alteração do art. 334 do Código Penal advinda da Lei n° 13.008/14, Combate ao contrabando e fortalecimento da economia formal*, em Migalhas em 8 de julho de 2014, em Internet acesso em 09.05.2015.

²⁴² Comissão de Juristas Criada pelo requerimento N° 756, de 2011, do Senador Pedro Taques, aditado com o N° 1.034, de 2011, do Senhor José Sarney, Presidente do Senado Federal, com a aprovação pelo Senado da República de 10 de agosto de 2011.

²⁴³ Reforma do Código Penal Brasileiro, Projeto de Lei do Senado n° 236/2012, Código Penal, Parte Geral em: www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes

No projeto do Código Penal, em seu Título III, ao enumerar quais são as penas, dispõe no art. 45 que: "As penas são:

I - prisão;

II -restritivas de direitos;

III -de multa;

IV -perda de bens e valores."

Segundo o art. 66 de projeto, os valores e pertences dos condenados se destinarão ao Fundo Penitenciário Nacional até o valor dos prejuízos causados ou do proveito obtido pelo agente da infração ou por terceiro, como consequência da prática do delito, sem prejuízo do confisco dos bens e valores obtidos com o crime.

Assim consta do projeto:

„Art. 66. A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto o que for maior, o montante do prejuízo causado ou do proveito obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime, não sendo prejudicada pelo confisco dos bens e valores hauridos com o crime.

Parágrafo único. A pena de perda de bens e

valores é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado solvente.”

Outro dispositivo importante que consta do projeto refere-se à pena de multa, que consiste no pagamento ao Fundo Penitenciário de um valor fixado na sentença e calculado em dias-multa. Será, no mínimo, de trinta e, no máximo, de setecentos e vinte dias-multa (art. 67 do projeto).

A multa deve ser paga dentro de dez dias depois de transitada em julgado a sentença condenatória. O condenado pode requerer ao juiz o parcelamento do valor da multa. Conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em até trinta e seis parcelas mensais, conforme estipula o artigo 68 do Projeto do Código Penal.

Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória, o Ministério Público promoverá a execução da multa (Art. 69).

A pena de multa pode converter-se em pena de perda de bens e valores na forma do art 66, é o que dispõe o parágrafo único do artigo 69.

Quando o condenado for insolvente ainda a pena de multa pode converter-se em prestação de serviços à comunidade, é o que dispõe § 2º do artigo

69.

O mesmo mandamento encontra-se no artigo 72 parágrafo único do projeto em seu parágrafo único:

“A pena de prestação de serviços à comunidade é também aplicável na conversão da pena de multa não paga pelo condenado insolvente.”

Além do mais, no que se refere à pena de multa o art. 74 dispõe que a multa será aplicada a todos os que tenham causado prejuízos materiais à vítima.

Porém, o projeto não prevê qual a parte da multa que seria destinada ao pagamento dos danos à vítima.

Quanto a aplicação da atenuante se o réu reparar o dano antes do julgamento está prevista no artigo 81 do projeto:

„Art. 81. São circunstâncias atenuantes, quando não constituam, privilegiem ou diminuam especialmente a pena do crime:

...

II - ter o agente:

a) ...

b) procurado, por sua espontânea vontade e

com eficácia, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.”

No entanto, o artigo 84 do projeto dispõe que a pena base será fixada atendendo-se ao critério das circunstâncias judiciais do Código; e serão em seguida consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, observados os limites legais cominados; por último, as causas de diminuição e de aumento.

O Juíz pode diminuir a pena de um terço conforme dispõe o § 5º do art. 84, 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. Portanto, pelo que se depreende desse artigo a reparação seria uma causa de diminuição da pena.

Parece que o projeto não diferencia de modo muito claro as circunstâncias atenuantes daquelas causas que diminuem a pena.

Bastaria que ao proferir a sentença o juiz levasse em conta a reparação do dano e a sua possibilidade de fazê-lo, como até agora tem constado das diversas reformas.

Mas, o que se pode sugerir nesse aspecto aos

legisladores, é que o Autor e a vítima poderiam se socorrer de um fundo à vítima. O pagamento dos danos deveria ser feito diretamente à vítima, e, assim, ser o réu beneficiário quer da circunstância atenuante como da diminuição da pena. Dessa forma estaria a vítima, também, ressarcida pelo menos em parte dos danos sofridos pelo cometimento do delito.

I. Alterações das disposições do Código de Processo Penal

A Lei n° 12.403 de 4 de maio de 2011 modificou profundamente o Código de Processo Penal e o instituto da fiança, tendo como objetivo assegurar entre outras coisas a indenização do dano.

1. A fiança

O artigo n° 322 CPP modificado pela Lei n° 12.403 de 4.5.2011 estabelece que a autoridade policial somente poderá conceder a fiança, quando a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos.

Se o réu é condenado, o dinheiro ou os objetos dados como fiança serão utilizados para o pagamento das custas processuais, do dano, da prestação pecuniária, e, também, da multa como determina o artigo 366 do CPP alterado pela lei acima mencionada e inclusive, em caso de prescrição

da pena depois da sentença condenatória (art. 110 do CP).

A obrigação de indenizar se torna certa em relação ao réu do processo penal, porém não em relação a terceiros, para quem a sentença condenatória é "res inter alios". É evidente que o terceiro civilmente responsável pelo dano, é parte legítima na execução civil da sentença penal.

O art. 31 da Lei de Arbitragem por sua vez dispõe que:

"A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

A sentença arbitral equivale à sentença judicial, sem que haja a necessidade de homologação pelo Poder Judiciário.

2. A hipoteca legal

A hipoteca legal constitui a garantia para a pessoa que foi lesada pelo delito, porém, não pode ser inscrita na fase policial. Há de ser solicitada no respectivo processo depois da interposição da denúncia ou queixa. Ela pode ser concedida à vítima, ou aos herdeiros, sobre as bens do delinquente com a finalidade de se satisfazer os danos causados pelo

delito. Para isso a parte deverá indicar a quantia do valor dos danos.

Havendo condenação do réu, os autos referentes aos procedimentos incidentais que tramitaram na justiça criminal, serão trasladados à justiça civil, para que então se promova a execução a fim de se obter a reparação do dano.

O legislador processual penal tratou a *actio civil ex delicto* no processo penal para deixar claro que o Estado deveria dar um substrato de direito público à pretensão da dano, velar pela vítima do crime e fazer que aquele que violou a norma penal, satisfaça integralmente os prejuízos ocasionados na ordenamento jurídico. A reparação da ofensa causada pelo delito, somente será completa se à pena se soma a reparação do dano. E em realidade os efeitos do crimes de certo modo desaparecem com o castigo derivado da pena e pela satisfação do dano.²⁴⁴

Como explica o Professor José Henrique Pierangeli, quando comenta o art. 91 do Código Penal sobre as efeitos da condenação que, a sentença penal condenatória constitui fonte imediata de motivação, que se efetuará no juízo da execução. Essa sentença, portanto, é título executivo conforme dispõe o artigo 475- N do Código de Processo Civil. Ainda

²⁴⁴ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 5. Ed. São Paulo: 1979, Vol. 2, pág. 23.

explica Pierangeli que no direito brasileiro a sentença condenatória traduz a vontade estatal, ou seja, a vontade que se extrai da própria lei.²⁴⁵

J. O Estatuto da vítima (Projeto de Lei-2013)

Passados mais de 25 anos sem que se houvesse regulamentado o art. 245 da CF de 1988 o qual determina que: "A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito", o Senador Pedro Taques apresentou em 2013 um projeto para estabelecer o Estatuto da vítima de crimes e de seus dependentes.²⁴⁶

O parágrafo 6º deste projeto prevê que: "Proferida condenação, o juiz fixará o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima". O projeto repete o que determina o artigo 387 -IV do Código de Processo Penal, que através da Lei 11.719 de 20 de junho de 2008 introduziu o dever do juiz de fixar na sentença condenatória o valor mínimo para a

²⁴⁵ Pierangeli, José Henrique, *Código Penal comentado artigo por artigo*, São Paulo: Editora Verbatim 2013, pág. 202. (Nota: O autor mudou a ortografia de seu sobrenome Pierangelli por Pierangeli).

²⁴⁶ Projeto de Lei do Senado Nº 518, de 2013, para regulamentar o art. 245 da Constituição Federal de 1988 e estabelecer o Estatuto da Vítima.

reparação dos danos causados pela infração penal.

Este projeto do Estatuto da vítima representa um esforço para complementar as normas do Código Penal, do Código de Processo Penal e outras leis, porém, não é um verdadeiro Estatuto da Vítima tão abrangente como o recente Estatuto da Vítima instituído no Direito espanhol, que reúne em um só texto legislativo o catálogo dos direitos da vítima.²⁴⁷

K. A Lei de Mediação N° 13.140, de 26 de junho de 2015

Os grandes problemas que afligem a justiça brasileira são a demora na tramitação, o enorme número de processos em todas as jurisdições, os gastos, e o tempo dedicado pelas partes, pelos advogados e pelo Ministério Público, desde o início até o final do processo em todas as instâncias.

Tudo isso somado, gera tensões sociais, insatisfação, e finalmente nem sempre se obtém a justiça desejada. Porém, na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, XXXV, está garantido que a Lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito, e no artigo 5º LXXVIII da Constituição assegura a todos no âmbito judicial e administrativo a razoável duração do processo e os

²⁴⁷ Lei (espanhola) 4/2015, de 27 de abril (Estatuto de la víctima del delito).

meios que garantam a celeridade de seu tramitação.

Portanto, a constituição obriga aos órgãos jurisdicionais a prestar a tutela jurisdicional e garantir a todos os cidadãos o acesso ao Poder Judiciário, tendo que atender a todos aqueles que requeiram na justiça a sua pretensão jurídica.

Em um afã de se encontrar uma maneira de aliviar mais ainda a carga de trabalho da justiça comum, civil ou criminal, e, também dos Juizados Especiais, se instituiu agora a Lei de Mediação,²⁴⁸ ampliando as possibilidades de transação e de acordos.

A Lei não se restringe somente às causas menores, e no que se refere à parte criminal, também, nada menciona aos casos de menor potencial ofensivo como na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Portanto, subentende-se que a Lei de Mediação poderia ser utilizada para abranger todos os tipos de delitos.

Esta lei recentemente promulgada e que entrará em vigor dentro de seis meses a partir de sua publicação, ou seja a partir de 29 de junho de

²⁴⁸ Lei de Mediação N° 13.140, de 26 de junho de 2015, publicado em el Diário Oficial da União (DOU) de 29.6.2015. Ver en www.planalto.gov.br

2015, trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e, também, sobre a auto-composição de conflitos no âmbito da administração pública.

O art. 3 da Lei prevê que:

“Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.”

Teremos que aguardar até o ano 2016 para ver se as esperanças do legislador se realizarão.

1. Mediador Extrajudicial e Judicial

Para a mediação extrajudicial a lei prevê no artigo 9º que qualquer pessoa capaz e que seja de confiança das partes poderá funcionar como mediador e estará capacitada para fazer a mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação.

No Brasil a regra geral é que os mediadores são voluntários sem remuneração, o que dificulta o processo de profissionalização e o aumento do setor de mediação, que necessita do amparo de um intermediador qualificado a fim de exercer o papel de pacificador.

As conciliações tem sido incentivadas pelo

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com imposições de metas de produtividade sob o argumento de reduzir assim o volume de demandas na justiça. Porém, o grande desafio é, conciliar quantidade e qualidade.²⁴⁹

Como opinam Humberto dalla Bernardino de Pinho e Tatiana Machado Alves, pode ser que o acordo gerado pela mediação seja interessante para as partes, e para o mediador seja ilegal ou inconstitucional. Isso poderia ocorrer quando alguém que acompanhe a mediação não tenha conhecimentos jurídicos.²⁵⁰

Por outro lado a lei prevê, também, mediadores treinados, os chamados mediadores judiciais.

O artigo 11 desta lei determina que o mediador judicial seja pessoa capaz, graduado ou pelo menos com dois anos de curso superior, e que tenha obtido a capacitação em uma escola ou instituição de formação de mediadores, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho

²⁴⁹ Arenal, Letícia, *Mediação e Judiciário*, em Revista Forense Vol. 420, julho-dezembro de 2014, Rio de Janeiro 2014, pág. 438.

²⁵⁰ Pinho, Humberto dalla Bernardino de, e Alves, Tatiana Machado, *Novos desafios da mediação judicial no Brasil*, Revista de Informação Legislativa, n° 205 janeiro-março de 2015, Impresso na Secretaria de Editoração e Publicações, Senado Federal, Brasília, D.F, págs. 66 e 67.

Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério de Justiça.

No Brasil se organiza, há alguns anos, a nível nacional uma semana de conciliação nos Tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado de Ceará, por exemplo, preparou em 2011 a "semana de conciliação" para tratar casos envolvendo ações de cobrança, declaratórias, inclusive de reparação de danos, buscando a conciliação entre as partes.²⁵¹

a. Procedimento de Mediação e a suspensão do processo

As partes poderão submeter-se à mediação mesmo no caso em que já se tenha iniciado um procedimento arbitral ou um processo judicial. Neste caso as partes deverão requerer ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por um prazo suficiente para a solução consensual do litígio, conforme dispõe o artigo 16 da lei. Conforme se verifica neste artigo, ambas as partes em conjunto, devem fazer a petição

As partes não podem nem sequer desistir do requerimento da suspensão do processo, pois a decisão que suspende o processo é irrecorrível conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 16.

A mediação se finaliza ou por acordo ou no

²⁵¹ A atividade foi desenvolvida pela 22ª Vara Cível do Fórum Clóvis Beviláqua no período de 21 a 25 de fevereiro de 2011.

caso de não se justificar novos esforços para obter o consenso, seja por declaração de qualquer das partes ou por declaração do mediador como vem determinado no artigo 20. O seu parágrafo único determina que o termo final da mediação, na hipótese da celebração do acordo, constitui título executivo extrajudicial, e quando homologado judicialmente, é título executivo judicial.

Assim, espera-se que, também, se poderá utilizar o procedimento de mediação para a efetiva reparação dos danos oriundos do fato delitivo.

b. Organização de centros judiciais para a Mediação Judicial

Os Tribunais devem organizar centros judiciais para a solução consensual de conflitos segundo o artigo 24 da lei de mediação. Estes centros são responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação, sejam pré-processuais ou processuais, e para desenvolver programas para o auxílio, orientação e estímulo da auto-composição.

A lei determina que no caso de mediação judicial, quando se propõe uma petição ao juiz, a qual cumpre os requisitos essenciais e não declarada é improcedente, o juiz fixará a audiência de mediação.

Há, também, nesse preceito uma lacuna da lei, porque não se indicam quais são os requisitos indispensáveis que a petição deve conter. Se a mediação pode ser tanto civil como penal, deveria então determinar quais os requisitos indispensáveis que a petição de mediação deve conter e o que deve ser observado, quer num, quer no outro caso. Como se pode saber quais são estes requisitos essenciais a que se refere o artigo 27, não está claro.

Todas as informações relativas ao procedimento de mediação são confidenciais em relação à terceiros (art. 30). Entretanto o art. 30 parágrafo 3º dispõe que:

“Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.”

2. Autocomposição de conflitos quando é parte pessoa jurídica de Direito público

A Lei de Mediação abarca, também, conforme o previsto no Capítulo II, a autocomposição de conflitos quando pessoa jurídica de direito público é parte.

Entretanto, o que chama a atenção é que no artigo 40 desta lei se dispõe que os servidores que sejam empregados públicos, que participem do

processo de composição extra-judicial de conflito, somente poderão ser responsabilizados a nível civil, administrativo, ou criminalmente "quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem".

Portanto, esta lei exclui nestes casos, os delitos culposos. Mas, os delitos culposos estão previstos no artigo 18-II do Código Penal brasileiro "quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia".

Também, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 37 § 6º determina: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa". Assim, não poderia a lei de mediação excluir os casos de infração culposa.

No capítulo III, entre as disposições finais da Lei de Mediação, o art. 46 permite que a mediação poderá ser feita por Internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação a distância, sempre que as partes estejam de acordo. Porém a lei não diz quais seriam os outros meios. Também, é

possível, segundo o parágrafo único desse artigo se admite, que a parte domiciliada no exterior se submeta a mediação conforme as regras determinadas na lei de mediação.

Esta lei, que foi promulgada em caráter de urgência, tem como finalidade diminuir, como já se disse, a enorme quantidade de litígios processuais que tramitam na justiça brasileira. Porém a lei é muito ampla, e não se pode permitir, que qualquer que seja o tipo de conflito seja resolvido por consenso. Ao contrário, o que pode suceder é que se aumenten certos tipos de conflitos e que a tramitação dos processos demorem mais ainda, pois pode ser que com a suspensão do processo, não se chegue a um acordo, ou que devido as suas peculiaridades não se chegue a uma conciliação, e, também, devido as lacunas existentes nessa lei.

É interessante o argumento do Profesor Gómez Colomer, que em uma futura lei de mediação penal na Espanha deveria constar uma lista de *numerus clausus*, indicando quais os tipos de delitos se permitiria a solução alternativa. Pois, em política criminal, os princípios de legalidade e de oportunidade, tem um papel distinto da persecução judicial do delito.²⁵²

²⁵² Gómez Colomer, Juan Luis, *Los aspectos del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima*, en: Derecho y Proceso Penal, Número 37, Enero-Marzo 2015, Thomson Reuters Aranzadi,

Esta ideia poderia ser interessante para uma futura reforma da lei brasileira.

No entanto, se pode fomentar a reparação do dano através da mediação, informando as partes de seus direitos.

Porém, como não está excluída da Lei, e também, não está incluída no texto da lei, a reparação do dano será tarefa dos mediadores e juizes de levar adiante a composição, para que os danos e prejuízos causados pelo autor do delito sejam compensados de maneira rápida e eficaz, e como já dizia Vasconcellos no projeto do Código Criminal do Império de 1830, que a reparação devia ser a mais completa possível.

L. Justiça Restaurativa

A justiça Restaurativa é política baseada na Resolução N° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para estimular a busca de soluções extrajudiciais para a resolução de conflitos. Deveria ser utilizada em qualquer etapa do processo criminal ou civil, buscando a aproximação entre a vítima, o agressor, os seus familiares e a sociedade, para obter a reparação dos danos causados por crimes e solucionar situações de conflitos e violência.

O Conselho Nacional de Justiça no mês de maio de 2015 levou à cabo uma campanha nacional de Justiça Restaurativa no Brasil, conjuntamente com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Esse é um projeto que tem como objetivo principal a pacificação de conflitos, a difusão de práticas restaurativas e a diminuição da violência, estimulando a busca por soluções extra-judiciais para os conflitos segundo a Resolução do CNJ supra mencionada.

O presidente da Associação de Magistrados Brasileiros, João Ricardo Costa, explica que: "Esse projeto reflete o interesse de toda a magistratura em desenvolver ações que possam ajudar na prestação jurisdicional no país. Atualmente, a Justiça Restaurativa é bastante presente no âmbito da Justiça juvenil, mas queremos expandí-la para outras instâncias da Justiça Criminal. Em muitos casos, antes de se discutir questões legais, culpados e punições, é importante promover intervenções para reparar os danos causados, no atendimento à vítima, na responsabilização do agressor, nas famílias e nos ciclos de relacionamentos para recompor uma cultura de paz e fortalecer a sociedade".

A Justiça Restaurativa já foi adotada em 15 estados brasileiros, ampliando a forma de como o Poder Judicial vem tratando a questão dos conflitos

resultantes de crimes levando em conta a situação das pessoas e os seus relacionamentos.²⁵³ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), também, tem um programa de Justiça Restaurativa com adolescentes infratores que cumprem medidas sócio-educativas.

Efetivamente a “Via Restaurativa” parece mais avançada, no que se refere aos menores. A Lei n° 12.594 de 18 de janeiro de 2012 que regulamenta a execução de medidas sócio-educativas destinadas aos adolescentes que praticam atos infracionais, refere-se expressamente à aplicação da Via Restaurativa no artigo art. 35 III que dá prioridade às práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.”

M. Observações sobre a reparação do dano causado pelo delito no direito brasileiro

1. Verificamos no decorrer deste trabalho, que desde os áureos tempos do Brasil colonial já havia com as Ordenações do Reino uma preocupação em resguardar os direitos das vítimas do delito.

Nessas Ordenações encontramos já a proteção inclusive, do meio ambiente com penas e determinação de satisfação do dano causado, em caso de

²⁵³ [Http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79333-cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para-ampliar-justica-restaurativa](http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79333-cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para-ampliar-justica-restaurativa)
11/05/2015.

incendiários, com um procedimento sumaríssimo acompanhado de uma perícia que deveria ser feita logo em seguida ao fato, a fim de que a vítima pudesse, tão logo que possível, receber ou arrecadar o valor de seu dano pelos bens do danificador.

Também, aquele que cortasse árvores frutíferas deveria pagar uma indenização em dobro ou em tresdobro ao dono da árvore.

Nas mesmas penas incorria aquele que caluniosamente denunciasse alguém de crime, do qual o querelado fôsse absolvido.

2. O Projeto apresentado pelo Deputado Vasconcellos previa no seu art. 47 que em caso de que os delinquentes não tivessem meios para pagar o dano, ou quando os crimes fôsem causais, a satisfação seria feita pelos cofres públicos. Em cada conselho haveria um cofre com três chaves, das quais uma ficaria com o juiz, outra com o pároco, e a terceira com o depositário.

3. O Código Criminal do Império (1830) continha entre as suas originalidades "a indenização do dano ex-delito" como instituto de Direito Público, como uma ante-visão positivista (arts. 21 a 32). Procedia em sua visão utilitária das influências de Bentham, havia a preocupação de que a vítima fôsse ressarcida da maneira a mais completa

possível.

Esse Código já adiantado que era no tempo, instituiu o dia multa no art. 56 e no art. 57 tinha duas aplicações: uma era relativa ao tempo de prisão com trabalho quando os condenados não tivessem meios, e outra era relativa ao dano causado.

Garofalo meio século depois pretendia atribuir à Escola Positiva as inovações referentes à reparação do dano, que já existiam no Anteprojeto e no Código Criminal do Império do Brasil.

Para Garofalo a reparação pecuniária devia compreender duas partes a multa para o Estado e a reparação para o ofendido. Ora, no primeiro anteprojeto do Código Criminal do Império do Brasil as multas visavam concorrer para a satisfação do dano e no segundo faziam parte das rendas do Estado.

A Escola Positiva se reportava à uma Caixa de Multas, porém, que já existia no Código Leopoldino de 1786 de Toscana (art. 1786) e no art. 35 do Código das Duas Sicílias de 1819. Nesse art. 35 se estabelecia que, tanto as multas como as quantias restantes das fianças ou cauções arrecadadas ou o preço dos objetos confiscados, seriam destinados à indenização de perdas e danos.

Garofalo afirmava que, quando o condenado

fôsse insolvente ou se negasse a prestação de trabalho, seria preso, então a Caixa de Multas indenizaria a vítima. Isso já estava previsto por Vasconcellos em 1827 que previa a satisfação pelos cofres públicos, quando os delinquentes não tivessem meios.

4. O Código de Processo Criminal de primeira Instância de 1832 determinava que as denúncias e as queixas contivessem o valor provável do dano (art. 79 § 2º) E o presidente dos Juizes de Paz, propunham por escrito se o reu devia indenização e qual era o seu valor?

5. Pela Lei nº 261 de 1841 a competência para pedir indenização passou a ser cível (art. 68).

6. O Regulamento nº 120 de 1842 (art. 316) determinava que em caso de quebramento de fiança o produto dela ficaria para as Câmaras Municipais, depois de deduzida a indenização da parte e das custas.

7. A Consolidação das leis Civis de 1858, determinava no art. 798 que todo o delinquente estava obrigado a satisfazer o dano causado, e o dano causado aos bens ou à pessoa do delinquente seria avaliado por árbitros (art. 801).

8. O Código Penal de 1890 no art. 69 já

previa a perda em favor da Nação ou dos Estados dos instrumentos e resultados do crime, quando o ofendido não tivesse direito à restituição.

E, embora esse código seguisse o entendimento que a indenização do dano se regulasse pelo direito civil, havia outra posição no sentido de que a satisfação tinha por fim o complemento acessório da pena.

9. Na Consolidação da leis Penais de 1832 já se previa em diversas artigos (132 a 145 e 148) e outros que a multa seria calculada sobre um percentual do dano causado ao ofendido.

10. O projeto "Sá Pereira", um dos projetos que serviram de base ao Código Penal de 1940 cuja parte especial ainda está em vigor, previa o confisco dos proveitos do crime, mas que o juiz poderia abrir mão no todo ou em parte do direito do Estado à favor da vítima(arts. 95 a 97). Previa, também, esse projeto que para a fixação da pena o juiz deveria atender ao dano causado, material ou moral (art. 100 V).

11. Após esse projeto, seguiu-se o projeto de Alcântara Machado que propunha a Caixa de Reparações nos moldes da Caixa Peruana, e que finalmente não fora incluída no Código Penal de 1940. Previa, também, que o réu que não indenizasse os danos, não

poderia gozar de certos benefícios, (livramento condicional, suspensão condicional da pena, reabilitação,) a não ser que demonstrasse que estivesse impossibilitado de fazê-lo.

12. O Código Penal de 1940 no Capítulo IV ao tratar dos Efeitos da Condenação tem como subtítulo: "Reparação do Dano- Perda dos Instrumentos, produto e proveito do Crime." Essa perda seria a favor da União ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé (Art. 74 e seus incisos).

13. O Código Penal de 1969, (que nunca entrou em vigor) previa a concessão da suspensão condicional da pena, quando o réu tivesse o desejo sincero de reparar o dano.

Incluiu-se nesse Código a multa substitutiva, em caso de detenção não superior à seis meses e em sendo o réu primário e que tenha ressarcido o dano antes da sentença condenatória. O art. 46 diz que se espera que, a multa baste de advertência ao condenado.

14. A Lei n° 6.416 de 1977 trouxe modificações substanciais no CP de 1940. Trouxe no seu art. 30 § 3 letra a, a regra de que uma parte do que o réu auferisse por seus trabalhos como recluso aplicar-se-ia à reparação do dano, quando não reparado por outros meios.

15. O projeto do Código Penal de 1981, trazia em roupagem nova a idéia dos projetos do Código Criminal do Império, a questão da multa, que deveria ser de dois tipos: a) a multa penitenciária; b) a multa reparatória.

16. A Lei nº 7.209 de 11.7.1984 que institui a nova parte geral do CP Brasileiro, hoje em vigor, regulou o confisco dos instrumentos e do produto do crime não mais como medida de segurança, como era no CP de 1940, mas, entre os efeitos da condenação.

Após a sentença condenatória, ou seja decorridos noventa dias, o juiz determinará a venda em leilão das coisas apreendidas, e do valor apurado o que não couber ao lesado ou ao terceiro de boa-fé caberá à União.

17. A jurisprudência prevê que para a concessão do livramento condicional se tenha reparado o dano salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, enquanto que a jurisprudência para o caso de reabilitação o considera como requisito secundário.

A permanência do condenado em prisão, pelo fato de não ter efetivamente demonstrado a impossibilidade de reparar o dano, além de penalizar ainda mais ao condenado, é uma carga a mais ao Estado. O que se dispense com a manutenção de um

condenado que está em condições de ser liberado, por já ter preenchido todas as demais condições que a lei determina e permanece na prisão, seria suficiente, talvez, para pagar o dano a vítima, e ajudar ao condenado enquanto estivesse desempregado.

Pensamos que, esse entendimento contraditório dos Tribunais, em nada beneficia a vítima, nem ao Estado e nem ao condenado. Que se dessem condições ao condenado, e então se lhe desse um prazo para o ressarcimento do dano, seria mais humano e mais viável. O mais adequado é mesmo a sua substituição por serviços comunitários.

18. O Anteprojeto do Código penitenciário de Roberto Lyra (1978) propunha: a) em caso do ofendido não ser particular, ou ser entidade pública a liquidação seria promovida de ofício pelo juiz da execução; b) no caso de ser particular ou houver responsável civil, o serviço judiciário do estabelecimento penal se encarregaria de promover e acompanhar as providências para que se repare o dano.

19. O Código Penal atual, traz no seu elenco de circunstâncias atenuantes da pena (art. 65 e seus incisos), além de outros fatores, a reparação do dano antes do julgamento como causa de diminuição da pena (art. 65 inciso III b).

O art. 16 prevê uma diminuição da pena de um a dois terços se o crime foi cometido sem violência ou grave ameaça, e se o dano foi reparado ou a coisa restituída voluntariamente, até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Também, há a diminuição da pena quando a coisa é de pequeno valor em caso de furto (art. 155), apropriação indébita (art. 170), estelionato (art. 171), venda fraudulenta, receptação dolosa (art. 180). O que Kurt Madlener em sua conferência proferida no Rio de Janeiro em 1988 indagava é que se uma vez reparado o dano, nesses casos, se a coisa já era de pequeno valor, porque não se estender a eles a extinção da punibilidade.

Também, se prevê que o juiz pode deixar de aplicar a pena em caso de que alguém tome refeição em restaurante ou se hospede em hotel, ou utilize meios de transporte sem ter recursos para isso. Esses casos mais se nos afigura como um delito civil do que penal. Na Alemanha por exemplo, se alguém utilizar um veículo público municipal, sem portar o bilhete que já deveria ter sido pago e anulado, pagará uma multa que corresponde por exemplo a quinze vezes o valor da passagem.

20. Prevê, também, o Código atual, por exemplo, casos em que há extinção de punibilidade se

houver a reparação do dano antes de recair sentença irrecorrível em caso de peculato culposo (art 312 § 3º do CP). O mesmo pode ocorrer quando o réu se retrata cabalmente da calúnia ou difamação (art. 143). Esses delitos, também, foram tratados da mesma forma no projeto do CP de 1987.

21. A lei nº 8.317 de 27 de dezembro de 1990 que define os crimes contra a ordem tributária e contra as relações de consumo, prevê, também a extinção da punibilidade quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social (art 1º e 2º da Secção I e art. 3º da Secção II), inclusive acessórios antes do recebimento da denúncia.

22. O Código de Processo Penal prevê várias medidas assecuratórias (arts. 125 a 144A) como seqüestro, arresto, hipoteca legal, a fim de garantir a reparação do dano. Para que haja a decretação do seqüestro dos bens imóveis do acusado há a necessidade de indícios veementes de que os bens são de proveniência ilícita. E haverá embargos quer de terceiro de boa-fé, bem como do acusado. A hipoteca legal pode ser conferida à vítima ou a seus herdeiros, sobre os bens imóveis do delinqüente a fim de satisfazer os danos causados pelo delito. E, para isso a parte deverá indicar o valor dos danos, e então, o juiz determinará que se proceda ao arbitramento.

23. No Direito brasileiro é possível que a vítima antes do desfecho da ação penal, possa mover no juízo cível a competente ação para ressarcimento do dano. O juiz civil pode sobrestar a ação civil até que se efetive o julgamento da ação penal (art. 64 do CPP § único). E, também, a ação civil pode ser proposta se na sentença absolutória penal não tiver sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato (art. 66 do CPP).

24. A Lei nº 7.913 de 7 de dezembro de 1989 dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários. Dispõe que as importâncias decorrentes da condenação reverterão aos lesados na proporção de seu prejuízo. Essas importâncias ficarão depositadas em conta remunerada à disposição do Juízo, e se não reclamadas no prazo de dois anos serão recolhidas como receita da União.

25. A Lei nº 7.347 de 1985, com a redação dada pela Lei nº 8.078 de 1990 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, turístico, e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, prevê no seu art. 13 a criação de um fundo para a qual deveria reverter a indenização do dano causado, a ser gerido por um

Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais dos quais participarão o Ministério Público, representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Observamos, pelas considerações ora apresentadas, que inúmeros estudos, dos quais muitos se transformaram em leis, que em seus diversos aspectos, se preocuparam, com a proteção ao direito da vítima.

Podemos dizer que no direito brasileiro, não se descuroou, ou pelo menos os estudiosos do direito penal, da criminologia e da vitimologia, não a abandonaram.

26. Porém, na prática, o que se nota, é que embora haja tanta legislação à respeito, falta na verdade a sua real efetividade:

a) as vítimas em sua grande maioria desconhecem o seu direito à indenização.

b) os agentes muitas vezes desconhecem os benefícios legais que poderiam obter como atenuantes, concessão de livramento condicional, suspensão condicional da pena, extinção da punibilidade, etc., em caso de procederem à reparação do dano.

Não temos, no momento informações à respeito, mas cremos que efetivamente são muito poucos os casos onde se cuidou do tema.

Há, portanto, a necessidade de divulgação de tais direitos e obrigações.

c) Até agora falta, no entanto, um regulamento para que seja colocado em prática esse mandamento constitucional e que o Projeto de Lei apresentado pelo Senado Federal (PL n° 3.503 de 2004), que se encontra atualmente na Câmara dos Deputados, se transforme em lei. É urgente que sejam definidos quais os direitos das vítimas de atos delitivos necessitadas de recursos, e que se regule o artigo 245 da Constituição Federal para criar o "Fundo Nacional de Assistência à Vitimas de Crimes Violentos (FUNAV)".

27. No Direito brasileiro a chamada Lei Maria da Penha²⁵⁴ alterou o Código Penal, como a introdução do parágrafo 9º, do Art. 129, possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Estes agressores também não poderão mais ser punidos com penas alternativas. A legislação aumenta o tempo máximo de detenção previsto de um para três anos; a lei prevê, ainda, medidas que vão desde a remoção do agressor do

²⁵⁴ Art. 22. A LEI N° 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006.

domicílio à proibição de sua aproximação da mulher agredida.

Essa lei criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Essa lei dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; alterou o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

O juiz poderá aplicar, constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, medidas protetivas de urgência.

O art. 17 dessa lei proíbe que o juiz aplique ao réu nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de „penas de cesta básica“ ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa. Há no entanto, que se adequar a forma de reparação com a de pacificação familiar sem se descuidar da parte material, social e de segurança da família, sem transtornar mais a vida e

a situação da família. A lei exclui uma prestação pecuniária, então que se poderia introuzir para esses casos seria uma multa reparatória à mulher vítima de violência doméstica.

N. Anotações sobre a reparação do dano na legislação vigente

Assim, observe-se no Direito brasileiro as seguintes normas:

A Constituição Federal garante que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, mas que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens poderá se estender aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. V inciso XLV).

a) a parte interessada, pode requerer no juízo penal as medidas assecuratórias (cautelares).²⁵⁵

b) Quando o titular do direito à reparação do dano (art. 32 §§ 1º e 2º), não puder prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos que lhe sejam indispensáveis ao seu sustento e ao de sua família, o Ministério Público, promoverá e execução da sentença condenatória (artigo 68 CPP).

Somos da opinião que seria mais efetiva a

²⁵⁵ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 2º vol., 5ª ed., SP 1979, pág. 23.

execução se o Ministério Público promovesse a execução não esperando que o ofendido a requeira, mas, que ele o alertasse dessa possibilidade. E, em havendo renúncia do valor correspondente, que se o ingressasse numa "Caixa de Reparações".

c) A Constituição de 1988 em seu art. 245 diz que "a lei disporá sobre as condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito."

A inclusão desse artigo, a nosso ver foi o fruto de de inquietude de juristas, sociólogos e mesma da população, em querer que se ampare a família da vítima.

Já em 1974 em publicação do Ministério da Justiça ²⁵⁶ a dedicada jurista Dra. Armida Bergamini Miotto em seu artigo " O binômio Delinquente-vítima e os atuais problemas da Vitimologia", já demonstrava, grande preocupação com o assunto.

Argumenta esta jurista que muitas vezes, se tem verificado que as vítimas não tem conhecimento do seu direito, ou quando o conhecem, muitas vezes se sentem retraídos ou inibidos ou não se encontram

²⁵⁶ Armida Bergamini, Miotto, *O binômio delinquente-vítima e os atuais problemas da vitimologia*, Revista do Conselho Penitenciário Federal, em Estudos de Vitimologia.

em condições de exercê-lo. Daí "para a preservação dos direitos da vítima alvitram-se soluções no sentido de que o dever de indenizar ou ressarcir o dano passar a ser uma incumbência "pública" que o "Estado é que deveria se incumbir de indenizar ou ressarcir o dano."²⁵⁷

Assim, o Estado deveria ter em seu orçamento previsões para esse fim específico. Pois, essa prestação de serviço seria feita ou por um órgão de Direito público, ou uma entidade de Direito Privado, ou misto.

No entanto, sugere ainda a articulista no artigo supra citado que, lhe parece ser adequado é uma solução conciliatória, ou seja, que a entidade privada ou o órgão estatal pagariam imediatamente à indenização à vítima ou seus herdeiros, em seguida cobraria do delinquente. Em caso de insolvência que, lhe fôsse descontado mensalmente de seu salário uma determinada importância para cobrir o valor dispendido necessário para o reembolso, nas medidas de suas possibilidades.

Creemos ser valiosa essa colaboração que deveria ser reestudada juntamente com a proposta de Alcântara Machado em 1936 que tinha a idéia de organizar uma "Caixa de Multas", nos moldes da peruana.

²⁵⁷ Miotto, Armida Bergamini, op.s.c., pág. 31.

Os fundos seriam constituídos pelo produto da venda dos objetos confiscados aos criminosos, por uma quota-parte dos salários dos condenados pela importância das multas pagas, das cauções perdidas e das não reclamadas por quem de direito, e enfim, por eventuais contribuições voluntárias.

Essa Caixa como dizia Alcântara Machado, teria como objetivo adiantar à vítima do crime ou à sua família, quando as circunstâncias o exigissem, uma parte da reparação, podendo nesse caso reaver do condenado, o que por ele se adiantou, bem como fazer frente às indenizações de vítimas de erros judiciários (Constituição Federal, 1988 art.5º, inciso LXXV), dos liberados condicionalmente, dos menores etc.²⁵⁸

E, acrescentamos, poderia se estudar o funcionamento de entidades privadas como o "Weisser Ring" da Alemanha, cujos fundos, também, iriam, para essa Caixa de Reparações. E, seguindo a idéia exposta no artigo da Dra. Armida Miotto, que se lhes acrescentasse a verba orçamentária anual especialmente destinada à esse fim.

²⁵⁸ Constituição Federal de 1988, art.5º, inciso LXXV.

PARTE SEGUNDA

Aspectos da reparação do dano causado pelo delito no Direito Espanhol

I. Desenvolvimento histórico

1. O antigo regime

No Direito espanhol já desde o século XII com o famoso trabalho legislativo do Rei Afonso X, conhecido como "Alfonso o Sábio", a obra clássica, conhecida como o "Código de las Partidas" contém inúmeras lei, classificação dos delitos, natureza das penas, e procedimentos no que se refere ao juízo criminal.²⁵⁹

Tratou-se, também, nas "Siete Partidas" da pena e da Reparação do dano.

No título XIV da Sétima Partida que trata *Dos Furtos* menciona-se o direito à restituição ou indenização contra ladrão. De mais a mais a reparação, pode depois das circunstâncias do fato ou da participação dos culpados, ser fixada em dobro ou mais.

Contra os interesses particulares do Príncipes, Alfonso "O Sábio", não conseguiu impor-se com o seu trabalho legislativo, através do qual ele

²⁵⁹ Gutiérrez Fernández, Benito, *Exámen Histórico del Derecho Penal*. Sanchez Editora: Madrid 1866, págs. 163 e 164.

queria alcançar uma unificação do direito sob os fundamentos do Direito canônico e romano.

Exigia-se, assim, só uma validade subsidiária, enquanto o Direito Foral tivesse lacunas. Todavia, o Direito Foral foi mais reconsiderado, e ganhou com o tempo muito mais significado na aplicação prática do Direito.

O desenvolvimento ulterior, conduziu contudo, também, à um fracionamento do Direito Penal, através de muitos atos legislativos do Reino. Esses atos legislativos foram, na verdade, em 1567 reunidos na "Nova Recopilação".

a) As "Siete Partidas"

No Título VII das "Siete Partidas" que tratava "Das Falsidades" determinava-se que aquele que vendesse ou comprasse com medida, vara ou peso falso, sabendo e que disso tivesse deveria pagar o dano em dobro. Da mesma maneira aquele que sabendo vendesse à dois homens uma mesma coisa, recebendo o preço de ambos, também, deveria pagar o dano em dobro.²⁶⁰ Os medidores de terrenos, e o contador que procedessem, com fraude, estavam, também, obrigados a pagar o dano aos ofendidos.²⁶¹

²⁶⁰. Alcubilla, Marcelo Martínez, *Códigos Antiguos de España*, J. Lopez Camacho Impresor: Madrid 1885, pág. 625.

²⁶¹. Gutiérrez Fernández, Benito. op.s.c., pág. 169. (vide, também, Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c., *Códigos Antiguos de España, Título VII Lei VII e Lei VIII*, pág. 625.

Aquele que difamasse alguém, perante muitas pessoas por algum delito, ou se falasse mal dele ao seu senhor, com o intuito de desonrá-lo ou para fazê-lo perder a sua mercê, o ofendido poderia demandar a sua satisfação. Se alguém arremadasse ou fizesse gestos injuriosos, também, poderia requerer a satisfação.²⁶²

Se uma pessoa por suas próprias mãos e sem mandato judicial apreendesse os bens de um devedor acometido por grave enfermidade, perderia o valor da dívida aos herdeiros e a terceira parte para a câmara.²⁶³

Os próprios juizes por sua vez não deveriam responder mal ou desonrar por palavras ou por obras os que demandassem por via de direito, se o fizessem sem razão estariam obrigados ao pagamento da satisfação ao agravado.²⁶⁴

As injúrias através de palavras ou por fato eram consideradas leves e os juizes deveriam regular a sua satisfação levando isso em consideração. As injúrias mais graves isso, as penas deveriam ser

²⁶². Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. *Códigos Antíguos de España, Título IX - Lei I*, págs. 627 e 628; Gutierrez Fernandez, Benito, op.s.c, págs. 173 e 174.

²⁶³. Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 629; Gutierrez Fernandez, Benito. *Examen Histórico del Derecho Penal Madrid*, 1866, pág. 175.

²⁶⁴. Gutierrez Fernandez, Benito, op.s.c. *Título IX - Lei XVI*, pág. 176; Alcubilla, Marcelo Martínez op.s.c., pág. 630.

tambem, mais graves.²⁶⁵

No título XV se definem os danos cometidos por culpa ou por imprudência.²⁶⁶

Deveria pagar o dano aquele que o causou, mandou, ou aconselhou, não estando entre aqueles que se exceptuam por incapacidade ou por uso do seu direito - Lei III.²⁶⁷ O juiz que causasse danos por suas providências indevidas, também, estava obrigado à satisfação - Lei IV.²⁶⁸ O filho, o vassalo, o servo menor de vinte e cinco anos e os religiosos, não estavam obrigados a reparar o dano por mandado de outrem, ou seja de seu pai, senhor, tutor e maioral, em cujo poder estivessem - Lei V. Da mesma maneira respondiam pelos danos aqueles que em briga com outros ferissem a terceiros, bem como aqueles que cortassem árvores sem as devidas precauções - Lei VI²⁶⁹. Estava, também, sujeito à responsabilidade por danos ao que os causasse, colocando cepos nos caminhos de trânsito, ou trasladando animais arredios (touros e bestas bravas) de um lugar para

²⁶⁵. Gutierrez Fernandez, Benito, o.s.c. pág. 177; Alcubilla, Marcelo Martínez op.s.c. *Códigos Antíguos de España*, - Lei XXI pág. 631.

²⁶⁶. Gutierrez Fernandez, Benito., op.s.c. pág.185; Alcubilla, Marcelo Martínez - *Códigos Antíguos de España*, págs. 640-643.

²⁶⁷. Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 640.

²⁶⁸. Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 640.

²⁶⁹. Gutierrez Fernandez, Benito, op.s.c. pág. 185; Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c., pág. 640.

outro - Lei VII. Da mesma maneira o cirurgião estava obrigado a reparar o dano causado por uma operação mal feita, ou por abandonar a cura começada - Lei IX. Se várias pessoas houvessem matado uma besta, o dono poderia pedir à qualquer deles que reparasse o dano - Lei XV.²⁷⁰ Se o autor de um dano o negasse e se fôsse provado em juízo, deveria pagá-lo em dôbro - Lei XVI.²⁷¹ O dono da besta brava que não a guardou convenientemente - Lei XXIII. O dono do gado que o introduziu em vinha - Lei XXIV, e aquele que jogando água ou outra coisa, causasse o dano, o pagava em dobro - Lei XXV.²⁷² O barbeiro não deveria exercer o seu ofício em lugares públicos: aquele que intencionalmente o empurrasse respondia pelo dano - Lei XXVII.²⁷³ O dano causado em vinhedo ou árvores de frutas, cortando, arrancando ou destruindo se pagava em dobro - Lei XXVIII.²⁷⁴

O Título XVI das "Siete Partidas" trata dos enganos e baratadores.²⁷⁵

As quatro primeiras leis declaram os casos e

²⁷⁰. Gutierrez Fernandez, Benito, op.s.c. pág.186; Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c., pág. 641.

²⁷¹. Gutierrez Fernandez, Benito, op.s.c pág. 186; Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c., pág. 642.

²⁷². Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 642.

²⁷³. Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 643.

²⁷⁴. Gutierrez Fernandez, Benito, op.s.c. pág. 187; Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 643.

²⁷⁵. Alcubilla, Marcelo Martínez, op.s.c. pág. 643.

contra quem procede a ação por dolo. A ação para os perseguir prescrevia em dois anos. No entanto, a que tivesse por objeto obter a reparação do dano prescrevia em trinta anos.

No título XXXI, trata-se das penas definindo-as como: "Pena es la enmienda de pechos ó escarmiento dado según ley á los delincuentes, à fim de que reciban el castigo de sus delitos y sirva de ejemplo y advertência à otros."²⁷⁶

É interessante notar que na Lei n. VIII os termos a que se referem as circunstâncias do delito, menciona-se inclusive, que a pena deveria atender a maior ou a menor gravidade do delito, para impor-se a pena proporcional, e se fôsse pecuniária, deveria ser dada menor ao pobre do que ao rico e de modo que a pudesse cumprir.²⁷⁷

b) A Nova Recopilação e a Novíssima Recopilação

Na Nova Recopilação, que foi promulgada em 1567, não houve alteração notável e menos ainda na parte penal, pois que Felipe II reproduziu a antiga legislação, porém aumentada,²⁷⁸ com as "pragmáticas", bem como as dos seus antecessores.

Na Nova Recopilação que consta de nove

²⁷⁶. Gutierrez, op.s.c., pág. 199.

²⁷⁷. Gutierrez, op.s.c., pág. 201 e Alcubilla, op.s.c., págs. 660 e 661.

²⁷⁸. Gutierrez, op.s.c., pág. 223.

Livros, divididos em Títulos, contém aproximadamente 4.000 Leis. Nelas se encontram os mais diversos ao princípio e, também, Leis dos velhos Códigos Fuero Juzgo, Fuero Real e Ordenamiento de Alcalá²⁷⁹ foram aí incluídos. Mais tarde foi publicada nova edição, na qual foram incluídos atos legislativos que nesse lapso de tempo foram promulgados.

D. Carlos IV determinou que se fizesse outra coleção que se chamou de "Novíssima Recopilação". O Direito penal encontra-se no 4º Livro do "Fuero Real", no 8º das "Ordenanzas reales", no 9º da "Nueva Recopilación" e na Sétima Partida.²⁸⁰ No Livro XII - Título XLI da Novíssima Recopilação trata-se "Das pecuniárias".

A lei n. XXI N° 5, determina: "A las personas pudientes se las impondrán penas pecuniárias em lugar de afflictivas de cárcel ó detención, y otras de semejante naturaleza por delitos leves."²⁸¹

No ano de 1805 foi publicada a "Novíssima Recopilação". A legislação espanhola era heterogênea e caótica, sob o ponto de vista legislativo como em

²⁷⁹. Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de História del Derecho Español*, sobre Fuero Juzgo, vide págs. 162, 164, 234-237; sobre o Ordenamiento de Alcalá vide pág. 243, 2a. Edição, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

²⁸⁰. Gutierrez, op.s.c., pág. 223.

²⁸¹. *Novíssima Recopilación de las Leyes de España*, mandada formar pelo Senhor Rei Don Carlos IV, Tomo V, Livros X, XI y XII, Título XLI, Ley XXI 5º, 1805, pág. 520, reimpressão, Boletim Oficial do Estado, Editora Rivadeneyra, Madrid, 1976.

todo o resto do mundo. Porém, não só sob este aspecto²⁸² dessa técnica legislativa, o Direito espanhol não mais satisfazia as exigências do tempo.

Como em toda a parte na Europa, também, na Espanha o Direito se caracterizava pela desigualdade e privilégios, arbitrariedade dos Juízes e dos Monarcas, crueldade das penas as quais eram aplicadas mediante um procedimento inquisitivo no qual faltavam as garantias da defesa e da pessoa humana.²⁸³

2. O tempo do Iluminismo

A transição para o Direito penal moderno e para o desenvolvimento da Ciência do Direito penal foi, também, introduzida durante o Iluminismo.

A Espanha como lugar da Contra-Reforma resistiu às idéias do Iluminismo. Assim é que, durante longo tempo era proibido aos espanhóis estudar na Europa Central. Os científicos do Direito penal só podiam ir à Bolonha, para estudar lá, onde até hoje em dia há um Colégio Espanhol- Colégio San Clemente que é muito bem conceituado.

a) Lardizábal, o primeiro penalista da América Espanhola

²⁸². Sainz Cantero, José A., *La ciencia del derecho penal y su evolución*, Barcelona, Bosch, 1970, pág. 112 e segts.

²⁸³. Sainz Cantero, José A., op. s. c. pág. 113.

Na área do Direito penal no século XVIII - em 1739 nasceu Lardizábal, homem de uma fôrça impulsadora, na Província de Tlaxcala em Nova Espanha, México. Ele começou os seus estudos na cidade do México e os prosseguiu na Espanha na Universidade de Valladolid.²⁸⁴

Lardizábal movia-se como Beccaria e outros reformadores do seu tempo, na corrente do Utilitarismo. Ele acrescentou entretanto, um aspecto ético, cujo melhoramento ele inseriu, da tradição cristã espanhola.²⁸⁵ Isto deu ao seu pensamento um sentido unitário e moderno superior aos dos demais penalistas da Ilustração. Para ele a segurança dos cidadãos e a saúde da República era o primeiro e geral fim da pena. Entre os fins particulares encontrava-se o ressarcimento ou reparação do prejuízo causado à ordem social e aos particulares.

No ano de 1776, Lardizábal seria encarregado de preparar uma reforma do Direito Penal, tendo em vista ordenar as diversas legislações vigentes. Finalmente, ele formulou uma proposta de reforma em

²⁸⁴. Sobre esta importante figura do Direito Penal Espanhol do Tempo da Idade do Iluminismo vide, Rivacoba y Rivacoba, *Manuel de Lardizábal, Um penalista ilustrado*. Santa Fé, Argentina, 1964; Blasco F. y Fernández de Moreda: *Lardizábal, el primer penalista de América Española*, México, 1957.

²⁸⁵. Antón Oneca, José, *Los fines de la pena según los penalistas de la ilustración*, Revista de estúdios penitenciários, n. 166, 1964, Ministério de Justicia, pág. 422.

seu "Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma", resumida em 1782 e publicada em Madrid.^{286 287}.

Lardizábal já dizia que os antigos Germanos somente castigavam com pena capital aos traidores e (Transfugas). Os demais delitos até o homicídio os castigavam com multa, que se aplicavam parte ao Rei ou a cidade e parte ao ofendido, ou aos seus devedores.²⁸⁸

E continua Lardizábal afirmando: "Entre las penas pecuniarias propiamente hablando, debe contar-se también la confiscacion de bienes. ... Lo cierto es, que las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducin tal vez á los inocentes mismos à la desesperada necesidad de cometer delitos."²⁸⁹

Lardizábal expõe a definição que "alguns

²⁸⁶. Manuel de Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, contrahido à las Leyes Criminales de España, para facilitar su Reforma, Madrid: 1782, por Don Joachin Ibarra, Impresor de Camara de S.M., republicado em Madrid em 1967, contendo: *Estudio Preliminar de José Antón Oneca*, publicado, também, na Revista de Estudios penitenciarios, n. 174, julho-setembro de 1966, Vol. 22, págs. 593-746, Madrid, com *Estúdio Preliminar El Derecho penal de la Ilustracion y D. Manuel de Lardizábal* por José Antón Oneca.

²⁸⁷. Casabó, J., *Los origenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787*, ADP 1969, pág. 313.

²⁸⁸. Manuel de Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, *Estúdio Preliminar de José Antón Oneca*, op.s.c., pág. 132, n° 2.

²⁸⁹. Manuel de Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, op.s.c., pág. 134, n° 9.

autores fazem da pena, a qual não é outra coisa que o mal que alguém padece contra sua vontade e por um preceito superior pelo mal que voluntariamente fêz com malícia ou por culpa".²⁹⁰

Sob o objetivo da pena indica ele a regeneração do delinqüente, a prevenção geral e a reparação do dano. E diz ainda, "que a experiência nos mostra, que a maior parte dos que são condenados aos presídios, voltam sempre com mais vícios do que foram, e talvez, se lhes houvesse imposto outra pena, a sociedade é que teria ganho outros cidadãos úteis e aproveitáveis. E enfatiza que, um dos objetivos e essenciais da pena é a segurança e tranqüilidade dos cidadãos e o ressarcimento ou reparação do prejuízo causado tanto à ordem social como aos particulares."²⁹¹

Ao lado de Lardizábal, deve ser citado Marcos Gutiérrez que escreveu a sua obra "Práctica Criminal de España" ²⁹²entre 1804 e 1806 - na qual ordena toda a legislação criminal então vigente e inclui no final de seu terceiro Tomo o seu "Discurso sobre los

²⁹⁰. Manuel de Lardizábal, *Discurso sobre las penas*, op.s.c., pág. 54, n° 2.

²⁹¹ Manuel Lárdizábal, *Discurso sobre las Penas*, op.s.c., págs. 78 e 79.

²⁹² Gutiérrez, Marcos, *Practica Criminal de España*, Imprenta de D. Fermin Villalpando: Madrid, Tomo I 1828, Tomo II 1826, Tomo III 1828.

delitos y las penas".²⁹³

3. A era da codificação

A ideia codificadora surgiu com o triunfo da ilustração ou seja no último terço do século XVIII. Pelos documentos encontrados é possível conhecer o processo codificador espanhol, pois em 1787, foi elaborado um Plano do código criminal.²⁹⁴

Foi no reinado de Carlos III que se empreende a preparação de um Código penal autônomo. O Monarca através de Manuel Roda "dio comisión" a Lardizábal para que formasse um extrato das leis penais da "Recopilación" acrescentando "las concordantes de todos los cuerpos legislativos".²⁹⁵

Lardizábal apresentou ao Conselho "sucesivamente el extracto de las leyes penales puramente criminales, por lo tocante a los demás libros de Recopliación de forma que concluida esta obra, la presentó al Consejo em 9 de febrero de 1778".²⁹⁶

²⁹³ Ver J.A. Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal, I*, cit. págs. 163 e seguintes, (citado por Antonio Garcia Pablos de Molina em *Derecho Penal*, Introducción, Madrid 1995, págs. 420.

²⁹⁴ Casabó Ruiz, José R., *Anuário de Derecho penal y Ciencias penales, Fasc. I- XXII* 1969, pág. 313.

²⁹⁵ Sáinz Cantero, José A., *La ciência del Derecho Penal y su Evolución*, reimpressão 1975, Imprensa Clarasó, Barcelona, pág. 128.

²⁹⁶ Casabó Ruiz, José R., op.s.c., pág. 323.

Terminado o trabalho, Tomás Joven de Salas foi o encarregado de fazer a sua revisão, mas se perderam os rastros do labor realizado por Lardizábal.

Há alguns anos J. Casabó Ruiz encontrou os documentos que se haviam perdido, e informa que o processo de codificação, iniciado e impulsinado por Carlos III plasmou um plano concreto de legislação criminal, que no ano de 1787 a "Junta de Legislación" "eleva para su aprobación, Floridablanca." Nesse plano se adverte de forma veemente, que este responde a ideologia da Ilustração, seguindo pautas dos ensinamentos de Beccaria e outros ilustrados.²⁹⁷

Quanto a concretização de um Código penal ainda não se havia conseguido a efetivá-lo.

Por sua vez a Constituição espanhola de 1812 no seu artigo 297 determinava que os cárceres deveriam servir "para asegurar y no molestar a los presos"... Estava claro que, já se buscava um tratamento menos desumano, pois, também, só haveria o "Embargo de bienes" "cuando se proceda por delitos que lleven consigo responsabilidad pecuniaria" (art. 295) e era defeso a pena de confisco de bens (art. 304).²⁹⁸.

²⁹⁷ Sáinz Cantero, José A., op.S.C., págs. 128, 129.

²⁹⁸ Constituciones Españolas y Extranjeras. I Edición de Jorge

a) O Código Penal de 1822

Depois de diversas tentativas, devido à distúrbios políticos foi nomeada uma comissão para elaborar um projeto de Código penal, que começou o seu trabalho em 9.11.1820 e o apresentou em 21.4.1821. Nesse mesmo ano esse projeto²⁹⁹ foi proposto ao Parlamento e em 9.7.1822 o Código penal foi aprovado e publicado.³⁰⁰

Esse Código como diz Pacheco "é um código científico".³⁰¹

Em 1823 Fernando VII ordenou a anulação de todos os atos do governo constitucional e assim, o primeiro Código Penal espanhol de 1822 perdeu a sua vigência.³⁰²

A repercussão que os juristas espanhóis tiveram no mundo durante os séculos do Império Hispânico, foi reconhecido por autores alemães como F. Schaffstein e H. von Weber. Há unanimidade nas

Esteban - Taurus - Madrid, 1977, págs. 114 e 115.

²⁹⁹ O projeto do Código penal apresentado às Cortes pela Comissão Especial foi impresso em Madrid em 1821 pela Imprensa de Don Mateo Repultes e reimpresso por A. Jimenez em 1982.

³⁰⁰ O texto se encontra no Decreto LVI de 8 de junho de 1822 "Ley del Código penal", na "Colección de los Decretos y Ordenes Generales expedidos por las Cortes", Tomo IX, Madrid, 1822, págs. 211-381.

³⁰¹ Pacheco, Joaquin Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª ed., Tomo I, Madrid 1881, pág. LIV.

³⁰² Sainz Cantero, José A., op.s.c., pág. 131

afirmações de que Covarrubias, foi o mais brilhante, e que expôs idéias muito originais, e, que a influência espanhola foi decisiva na obra de Carpzov, com a "Practica Criminal", que foi o livro de mais peso na Alemanha até surgir Feuerbach.³⁰³

O art. 95 do Código penal de 1822 já determinava que o Réu, ou os réus ou quem devesse responder por eles não pudessem pagar o total da condenação pecuniária, o valor do que possuissem seria pago primeiro para o ressarcimento ou indenização de prejuízos de quem os sofreu, e para reintegrar o valor dos alimentos do réu, em segundo lugar para o pagamento das custas e, em terceiro lugar para o pagamento das multas.³⁰⁴

O artigo 95 do projeto do Código Penal espanhol de 1821 era mais amplo e mencionava "el rasarcimiento de todos los daños, y la indemnización de todos los perjuicios que hayan resultado del delito."

Esse Código penal como os posteriores Códigos Penais Espanhóis não considera a reparação do dano como pena (Art. 28 último parágrafo). A sua

³⁰³ Jimenez de Asúa, Luis, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Abeledo Perrot 1958, pág 45.

³⁰⁴ Pierangelli op .s.c., pág. 171 Códigos Penais do Brasil. O Código Criminal do Império do Brasil no seu artigo 30 determinava que "A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas...".

regulamentação viria a ser só pouco preceituada.

Porém, a regulamentação sobre a responsabilidade civil do terceiro resultante do dano causado pelo delito é mais pormenorizada (art. 27).

A responsabilidade solidária de vários cúmplices encontra-se no art. 93. Notável é que a reparação do dano precede ao pagamento das custas e das multas (art. 95).

Como se mencionou acima, distúrbios políticos impediram que se conseguisse, que esse Código entrasse em vigor. Como Fernando VII anulou todos os atos legislativos do parlamento, sobre a aplicação do Código foi o máximo: "se puede pensar que la aplicación del Código debio ser, a lo más, breve, imperfecta y desigual."³⁰⁵

Com isso a tentativa de uma codificação espanhola do Direito penal estava naufragada, voltando a legislação criminal, à Novíssima Recopilação, Fuero, e Partidas, que foram novamente utilizadas.

Todavia, o Código penal de 1822 continha idéias de Bentham e que tinha como modelo o Código

³⁰⁵ Antón Oneca, José, *História del Código penal de 1822*, ADPCP, Tomo 18, Maio-Agosto, Fascículo II, Madrid 1965, págs. 266 a 268.

Francês de 1810 e por isso era muito mais moderno do que a legislação penal tradicional, e dava idéias para uma interpretação atualizada do Direito em vigor.³⁰⁶

b) O Código Penal de 1848 e Joaquín Francisco Pacheco

Só em 1848 a Espanha obteve um Código Penal que foi introduzido e aplicado em todo o território nacional. Ele tinha um caráter liberal-conservador e mostra a influência do Código penal francês de 1810, do napolitano de 1819 e do famoso Código Criminal do Império do Brasil de 1830.³⁰⁷ Ao mencionar as fontes que inspiraram o Código de 1848, Pacheco menciona entre outras, "Y el de Brasil, cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicarse".³⁰⁸

Um homem do cunho de Pacheco foi influenciado fortemente por Pellegrino Rossi cujo tratado de Direito penal foi traduzido em 1839 do francês ao espanhol.

Essa orientação pode ser considerada como clássica eclética. Para Pacheco, a pena será assim

³⁰⁶ Antón Oneca, José, op.s.c., pág. 275.

³⁰⁷ Joaquín Francisco Pacheco, El Código Penal concordado y comentado, 2a. ed. Tomo I, Madrid, 1856. O próprio Pacheco às fls. LXII ao mencionar as fontes que inspiraram esse Código de 1848, menciona entre outra, "Y el de Brasil, cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicarse."

³⁰⁸ Pacheco, Joaquín Francisco, op.s.c., fls. LXII.

legitimada, por ser ela natural e necessária.

A base da punição é o livre arbítrio. A pena é um mal, que se inflinge ao delinqüente por ter ferido a lei.³⁰⁹

Diz Pacheco" Todo delito constutuye un mal social, y la maior parte de las veces un daño a alguna persona. El primer hace necesario el castigo, el segundo la reparación.³¹⁰

E continua Pacheco: "El delito, en efecto, es el mal, en cuanto acción humana.

O que é muito interessante é o que se segue em sua observação:"El delito es la damnificacion de los derechos humanos".

Analizando os fins da pena, para ele o primeiro é a expiação, seguindo-se a intimidação, e mais inferiores na categoria seriam a supressão" del poder de dañar" e "la reforma de los culpables".³¹¹

E importante para Pacheco, é que o legislador deva apreciar as penas reparáveis e remissíveis, e empregá-las com preferência.

Ele fala, também, em reparação, desta vez

³⁰⁹. Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, 5a ed., Tomo I, Madrid 1881, pág. 72, n° 17.

³¹⁰. Joaquín Francisco Pacheco, op.s.c., pág. 278.

³¹¹. Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Tomo I, Madrid 1856, pág. 205.

atinente aos efeitos da pena, físicos ou morais. Cita por exemplo, o pagamento de uma multa, e é claro, que é reparável, mas, as penalidades que teve que padecer para juntar o dinheiro, e a escassez que sofreu ou que os seus filhos padeceram por estarem privados do necessário, pergunta Pacheco, "Se repararán por ventura con la restitución que despues se le haga?"³¹²

A pena diz ele, em sentido genérico e absoluto da palavra, é um mal de qualquer classe, que provém, que deriva da comissão de outro mal.³¹³

No Código penal de 1848 se encontra uma regulamentação pormenorizada da responsabilidade civil referente aos danos causados pelo delito. O artigo 15 até hoje se mantém: "Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta, lo es también, civilmente, tendo se acrescentado no atual art. 116, "si del hecho se derivaren daños o perjuicios".

c) A influência do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 no Código Penal Español de 1848

Como ressalta Emília Iñesta ao analisar os códigos que serviram de modelo ao Código Penal Español de 1848 que, é claro o modelo brasileiro,

³¹².Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Tomo I, Madrid 1856, pág 242.

³¹³.Pacheco, Joaquín Francisco, op.s.c., págs. 192 e 193.

referindo-se ao Código Criminal do Império do Brasil. Ao tratar no Título II "De las personas responsables de los delitos y faltas : És manifiesto el modelo brasileño en la distinción entre cómplices, autores y encubridores (art. 11) e en la responsabilidad civil del delito (art. 15). También en la acumulación de penas en el concurso de delitos (arts. 76-77) en la prisión por deudas (art. 49) y en cálculo de la cuantía de las multas atendiendo a los caudales del culpable (art. 75). Por último se aprecia su influência en la suspensión provisional de la sentencia (art.88).³¹⁴

O Código penal de 1848³¹⁵ determinava no artigo 48 que em caso de que os bens do Réu não fossem suficientes para cobrir todas as responsabilidades pecunárias, seriam satisfeitas primeiramente as referentes à reparação do dano causado. Este como compara Pacheco é o sistema da lei francesa, o da brasileira, referindo-se ele ao Código Criminal de 1830, e o espanhol de 1822.

Havia se estabelecido a responsabilidade civil declarando (arts. 15, 16, 17) quais as pessoas que estariam a elas sujeitas, mas devia ser definida

³¹⁴ Iñesta Pastor, Emília: *El Código Penal Espanhol de 1848*, Tirant lo Blanc Reformas, Universidad de Alicante 2011, pág. 298 letra B (A Autora se refere a Alvarado Planas, Javier) en *La codificación penal en la España Isabelina*, págs. 48-50.

³¹⁵ *Código Penal de España*, Edición oficial reformada, Imprenta Nacional: Madrid 1850, pág. 20.

essa responsabilidade que a própria lei declarasse em que consiste, para que simplesmente, e sem dificuldade alguma os tribunais a pudessem impor.

Assim, a responsabilidade consiste em três pontos:³¹⁶ na restituição (vide art. 23 do Código Criminal do Império do Brasil CCIB), na reparação do dano (art.25 do CCIB) e na indenização dos prejuízos) (art. 22 do CCIB) "A satisfação será tão completa como possível."

O artigo 49 do Código Penal espanhol, também, cuida do dia multa, instituído pelo Código Código Criminal do Império do Brasil de 1830 no seu artigo 32.³¹⁷

O próprio Pacheco, às fls. LXII em seu "Código penal concordado y comentado", ao mencionar as fontes que inspiraram esse código de 1848, menciona entre outras que o Código do Brasil..."cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicar-se".³¹⁸

O alcance do Direito Civil está regulamentado nos artigos 115-123. Como norma fundamental sobre a responsabilidde civil dispõe que consiste em três pontos: na restituição, na reparação do dano e na

³¹⁶ Pacheco, Joaquin Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Tomo I, Madrid 1856, pág 491.

³¹⁷ Pacheco, Joaquin Francisco, op.s.c., págs 354 a 356.

³¹⁸ Pacheco, Joaquin Francisco, op.s.c, pág LXII.

indenização dos prejuízos (art. 115), o que persiste até hoje no atual Código Penal Espanhol, que no entanto no seu artigo 110, inciso 3º acrescentou: "La indemnización de perjuicios materiales y morales".

Notável é que no Código penal espanhol de 1848 e, também, no projeto Vasconcelos de 1827 do Código Criminal do Império do Brasil previam a obrigação do Estado de reparar o dano à vítima do delito.

Segundo o disposto no artigo 123 do CPE de 1848, uma lei especial determinaria os casos e a forma pela qual o Estado indenizaria a vítima de um delito ou falta, quando o responsável não dispusesse dos meios necessários para efetuar a indenização".

Tal lei não foi promulgada. Ficou só na vontade.

Por outro lado o projeto brasileiro de Vasconcelos do Código Criminal do Império do Brasil em seu artigo 47 previa que:

"A satisfação será feita pelos cofres públicos quando os delinquentes não tiverem meios, ou os crimes forem casuaes".³¹⁹

Quase um século e meio mais tarde foi

³¹⁹ Alves Jr., Thomaz, *Anotações ao Código Criminal*, Tomo I, Rio de Janeiro 1864, pág. 464.

introduzido na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 245, dispositivo semelhante ao Código Penal espanhol de 1848 assim determinando: "a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Essa disposição espanhola de 1848, de proteção às vítimas pelo Estado, teve tanta repercussão que, assim se manifestou Laget à respeito do artigo 123: "Il n'est pas principe que nous paraisse plus juste que celui que seule peut-être entre les législations de nos jours, a consacré la loi pénale espagnole".³²⁰

Já no Brasil em 1841 a Lei n° 234 de 23 de novembro de 1841 no seu artigo 7° determinava que: "Incumbe ao Conselho d'Estado consultar em todos os negócios, em que o Imperador houver por bem ouvi-lo, para resolvel-os; e principalmente: 3. sobre questões de prezas e indenisações;"

Porém, na Espanha a Lei n. 35 de 11 de dezembro de 1995 "de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad

³²⁰ Laget, Valdeson, et Laget, Louis, *Théorie du Code Pénal Espagnol*, Paris 1860, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, pág. 251.

sexual veio a suprir a determinação do Código Penal de 1848 no seu art. 123.

O mesmo se pode dizer da Lei atual de ajuda às vítimas, que o princípio que a rege, de solidariedade é exemplar. É a preocupação em minimizar as necessidades e aflições das vítimas num sentido fraternal e humanitário.³²¹

No Brasil, já a Lei n. 2342 de 23 de novembro de 1841, em seu artigo 7º, inciso 3.determinava que: Incumbe ao Conselho d'Estado consultar em todos os negócios que o Imperador houver por bem ouvir-o, para resolvel-os; e principalmente: 3. sobre questões de prezas e indenisações; ..."

Já Garofalo no Congresso penitenciário celebrado em Roma, em novembro de 1885 propunha que as multas se entregassem à uma Caixa "ad hoc", a qual repartiria entre as pessoas prejudicadas pelo delito, sempre que a pedissem e segundo as suas necessidades.³²²

³²¹ O Convênio n. 116 do Conselho de Europa de 24 de novembro de 1983, que entrou em vigor em 1988, sobre a indenização às vítimas de delitos violentos, e a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho de Europa aos Estados membros, de 28 de julho de 1985, sobre a posição da vítima no quadro de Direito Penal e do Processo Penal, influenciaram a Espanha no tratamento dessa matéria, conforme consta da Exposição de Motivos dessa lei na parte II.

³²² Garofalo, Rafaele, *Indemnización à las Víctimas del Delito*, Madrid 1900 (ao redor de 1900), pág. 126: "Les amendes seront versés dans une caisse ad hoc que en fera la répartition aux personnes endommagées par le delit et que

E dizia Garofalo: "Se egli poi non é contento vuol dire che non é stato nudrito nei buoni studi del diritto e che non capisce la differenza fra una pena ed un'azione di danni ed interessi! Non l'ha egli forse quella platonica azioni di danni ed interessi".³²³

No Congresso Penitenciário de 1885, a propósito dizia Fioretti que, o sentimento de justiça nos leva naturalmente a desejar que todo o dano causado pelo delito seja pronto e amplamente reparado, seja por ele ou pelo Estado.³²⁴

Nessa mesma ocasião, realizou-se o Congresso de Antropologia Criminal (1885) e o advogado Precone dizia: "la cura che lo Stato si prende dei cittadini offesi rianima il senso morale pubblico. E nell ordini del giorno approvato da quel Congresso fue espresso il voto che la legisalazione consideri la riparazione como una funzione di ordine pubblico"...^{325 326}

sono requête, en proportion de leur besoin". Vide, também, Garofalo, R., *Riparazione alle Vittime del delitto*, Fratelli-Bocca, Torino 1887, pág. 66. Congresso Penitenziario tenuto in Roma nel novembre 1885. Vide, também, Araújo, Américo Ribeiro de, *Sciencia penitenciaria Positiva*, 2ª ed., Rio de Janeiro 1923, pág. 74.

³²³.Garofalo, R., op.s.c., Torino 1887, pág. 10.

³²⁴ Garofalo, R., op.s.c. pág. 138.

³²⁵.Garofalo, R., op.s.c., pág. 44.

³²⁶ Garofalo, R., *Indemnización à las Víctimas del Delito*, traducción por P. Dorado Montero, Madrid, pág. 104. Garofalo, Rafaele, *Indemnización à las Víctimas del Delito*, Editora La

Aramburu, comentando Garofalo, diz que outro elemento componente do seu sistema e que lhe dá motivo para censurar mais uma vez o que está em uso é a coerção para a reparação do dano causado pelo delito. E diz Aramburu y Zuloaga que, o que existia naquele tempo, a responsabilidade civil, julgá-la deficiente é ineficáz, influenciada pelas preocupações dos juristas, e letra morta na prática".³²⁷

E continuam: "Porque insinuar siquiera que la coerción personal al trabajo, el fruto de la labor forzada, ha de subvenir a la reparación de todos los daños y de todos los dispendios, es el colmo de la candidez".³²⁸

4. O correccionalismo espanhol, Krausismo e Positivismo

Uma importante tendência do Direito penal Espanhol do Século XIX é o Correccionalismo (Besserungstheorie).

O fundamento para essa orientação foi o professor dos filósofos de Heidelberg Karl Christian Friedrich Krause.

España Moderna: Madrid ao redor de 1900.

³²⁷. Aramburu y Zuloaga, Felix de, *La Nueva Ciencia Penal (exposición y crítica)*, Madrid-Sevilla, 1887, pág. 243.

³²⁸. Felix de Aramburu y Zuloaga, op.s.c., pág. 249.

No ano de 1843 Julian Sanz del Río, começou a estudar a filosofia de Krause e o fundamento do seu Correcionalismo com um estipêndio do governo espanhol em Heidelberg, onde ele esteve com dois alunos de Krause, os filósofos Leonhardi e o penalista Röder.³²⁹

Ao voltar à Espanha ele formou com os seus alunos a "geração Krausista" e procurou com que essa orientação filosófica frutificasse no âmbito do Direito, da Educação, e da política e com isso provocasse uma "revolução cultural". Sobre os filósofos dessa época, especialmente Francisco Giner de los Ríos (Universidade de Madrid), o Direito Penal foi influenciado e o Correcionalismo espanhol foi estabelecido.³³⁰

É sabido que a chamada geração dos Krausistas na Espanha começou a fazer sentir a sua influência na vida pública a partir da Revolução de setembro de

³²⁹ Röder, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, traducción de Francisco Giner, Madrid, 1877, págs. 264 e 265: A teoria correcional como dizia Röder está longe de empenhar-se em devolver mal por mal..., sem pretender - com a teoria de Welcker- a compensação impossível dos danos completamente indemonstráveis, e às vezes irreparáveis além do mais sob qualquer ponto.

³³⁰ Sainz Cantero e outros, pág. 142. Giner publicou uma tradução espanhola do Livro de Röder de 1867: *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe*: Carlos David Augusto Röder, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, 2a ed., Madrid 1871, 3a ed., Madrid 1876.

1868.³³¹

O Krausismo espanhol, esclarece Rivacoba y Rivacoba, foi mais do que uma filosofia, foi um "estilo de vida", uma certa maneira de preocupar-se pela vida e dela ocupar-se.³³²

No Brasil, como esclarece Miguel Reale, os positivistas brasileiros preferiram a solução eclética no campo de Direito e deram uma feição sociológica ao "racionalismo harmônico" de Krause, fato esse verificado, também, na cultura ibérica em geral, repercutindo-se tanto no Direito como na Política.³³³

a) A influência filosófica de Giner de los Rios

Giner de los Ríos (1839-1914), que na verdade era filósofo do Direito, mas, que também, cuidava de interesses do Direito Penal e que na sua cátedra fundou um laboratório de Criminologia, seguia a Teoria de Röder.

³³¹. Rivacoba y Ricacoba, Manuel de, *Krausismo y Derecho*, Santa Fé, Argentina, 1962, pág.174.

³³². Rivacoba y Ricacoba, op.s.c., pág. 19.

³³³. Reale, Miguel, *Filosofia em São Paulo*, 2a. ed., São Paulo 1976, pág. 142, nota N° 27. Diz o eminente filósofo Reale que a influência de Krause não foi insignificante, pois Pedro Lessa lhe dava atenção especial em suas aulas em São Paulo. Alberto Sales, por sua vez inspirado na doutrina de Krause, escreve que: "Desde que a necessidade social se encarna na opinião e apodera-se da consciência coletiva, nada mais lhe resta para entrar no quadro geral do Direito do que a sanção dos poderes públicos. Reale, Miguel, op.s.c., págs. 25 e 147.

Para Giner de los Ríos a pena deve ser sempre e unicamente correccional e assim se expressa: "pues fácil es comprender que el orden del Derecho no quedará restablecida con la simple indemnización de los perjuicios exteriores originados por el delito, ni menos por la imposición al delincuente de un mal...."³³⁴

Para ele a pena não é um mal, se não um bem, já que tende pelo lado do delinqüente, a fim de restabelecê-lo na plenitude de sua liberdade racional. Com tal argumento Giner pretendia que com isso o criminoso poderia sair da condição de delinqüente para ser um membro útil da humanidade e de estado.³³⁵

A intensidade com que o pensamento de F. Giner é dirigido ao fim correccional, é tal que, propõe a intervenção do juiz na execução da pena afirmando que o cumprimento da pena traz consigo uma espécie de juízo contínuo.³³⁶

Essa posição extrema da Filosofia do Direito

³³⁴. Giner de los Ríos, Francisco, y Alfredo Calderón, *Principios de Derecho Natural*, Madrid 1916, pág. 188.

³³⁵. Giner de los Ríos, F. *Resumen de Filosofia de Derecho* (2 Tomos), em: *Obras Completas, Tomo XIII e XIV*, Madrid 1926, Tomo II, pág. 201, citado por José A. Sainz Cantero: *La ciência del Derecho Penal y su Evolución*, Barcelona 1970, pág. 144.

³³⁶. Giner de los Ríos, F., *Resumen de Filosofia de Derecho*, citado por José A. Sainz Cantero en: *La ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, Barcelona 1970, pág. 145.

de Giner de los Ríos não foi compartilhada por outros correccionalistas espanhóis.

b) A correção ao entendimento de Concepción Arenal e Luis Silvela

Para Concepción Arenal e Luis Silvela a correção está sempre na essência, porque há criminosos para os quais a correção é muito difícil, porém a correção deve ser imposta em interesse da maioria dos delinquentes.³³⁷

Luis Silvela observa que, reter do condenado uma parte de sua jornada de trabalho ou exigir caso não tenha ganhos, um trabalho em benefício do Estado ou do Município representa um novo aspecto da pena pecuniária.

O Código Espanhol de 1822 (art. 94) dizia Silvela, ordenava que o insolvente não seria molestado para o pagamento das custas, mas o réu seria recolhido a prisão para trabalhar até que ganhasse o suficiente a fim de satisfazer os danos e prejuízos causados pelo delito.

Como aduz o Professor Serrano Gómez, que para Silvela a razão da pena está no próprio delito. O seu fim se justifica porque é necessário restaurar a ordem jurídica que foi alterada. Para se obter esta restauração é necessário que as coisas retornem ao

³³⁷. Sainz Cantero, José A., op.s.c., págs. 145-149.

seu antigo estado. Esta restauração não se dá somente com a indenização, mas que é necessário corrigir o sujeito ativo do delito. Para que o direito se restabeleça é indispensável a correção do culpado.³³⁸

E interessante que Silvela observa à respeito do que se encontra no Código Criminal do Império do Brasil e afirma que o Código do Brasil dispõe que os que necessitam de meios para satisfazer as multas seriam condenados à prisão, com trabalhos por tempo necessário para ganhar o seu valor (art. 57), mas que se admite a fiança ou qualquer outro meio para o pagamento de indenizações (art. 32). E afirma Silvela, que por mais que este sistema esteja longe de ser satisfatório, é preferível do que se equiparar um determinado valor por um tempo de privação de liberdade. E diz ele que, nisso encontra-se um pensamento que poderia ser fecundo, tratando-se de responsabilidade civil, pois se poderiam reprimir parte das imprudências, se se obrigasse o responsável a pagar com parte de seu trabalho uma quantia à vítima ou à sua família.³³⁹

c) Correccionalismo, positivismo e a ideia

³³⁸ Serrano Gómez, Alfonso, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Rugarte S.L.: Madrid 1981, pág. 135.

³³⁹ Silvela, Luis, *El Derecho Penal, estudiado em Principios y en la Legislación Vigente en España*, 2ª ed., Parte primera, Madrid 1903, págs. 340 e 341.

abolicionista de Pedro Dorado Montero

Com Pedro Dorado Montero (1861-1919), o Correccionalismo foi acrescentado aos elementos do Positivismo. Ele tomou conhecimento do Krausismo em Salamanca onde estudou Direito e em Madrid, onde ele se doutorou e, do positivismo no Colégio de San Clemente em Bolonha, onde muitos eminentes juristas tomaram conhecimento da complementação de sua formação.³⁴⁰

No programa de Direito Penal dado por Dorado Montero de 1908-1909 e 1910-1911, na lição n. 18, ao tratar sobre a matéria do delito, cuida, também, do valor do dano material e a doutrina corrente.³⁴¹

Dorado Montero trata do tema da reparação do dano tentando diferenciar e separar a responsabilidade penal da responsabilidade civil.

Assinala ele, que é freqüente escrever-se que a função do direito penal consiste na reintegração, restauração ou reparação da ordem social, da ordem de justiça, da ordem do direito violado e ofendido pelo delito. E diz ele, que até então, lhe parecia que essa restauração ou reparação tinha uma índole

³⁴⁰. Antón Oneca, José, *La Utopia Penal de Dorado Montero*, Editora Universidad de Salamanca: Salamanca 1951.

³⁴¹ Barbero Santos, Marino, *Pedro Dorado Montero (aportación a su biografía)*, Revista de Estudios Penitenciarios, Tomo 22, Madrid 1966, págs. 257 a 317 e 295.

civil. E afirma que, a responsabilidade civil não surge a não ser quando o delito se realizou (consumado) ou seja quando se quebrou efetivamente a ordem vigente, produzindo um dano concreto, tangível, mais ou menos extenso e mais ou menos facilmente determinável e que tenha que ser reparado.³⁴²

Mais tarde Dorado Montero já separa a responsabilidade civil da penal, expressando: que a a responsabilidade civil por causa de conduta injusta somente se funda em um aspecto exterior e material, sem se tocar na denominada "causalidad moral". E explicava que basta haver um dano contra o Direito para surgir a responsabilidade ou obrigação civil.³⁴³

Persistentemente, diz Oneca, Dorado assinala as analogias entre correccionalistas e positivistas dando uma amplitude maior ao objeto da tutela do delinqüente procurando fazer que nela se compreenda todas as categorias de infratores estudadas pela "nova antropologia criminal".³⁴⁴

A orientação defendida por Dorado Montero com

³⁴² Dorado Montero, Pedro, *El Derecho protector de los criminales*, Tomo I, Madrid 1916, pág. 581.

³⁴³ Dorado Montero, Pedro, *Naturaleza y Función del Derecho*, *Obra póstuma de Pedro Dorado Montero*, Prólogo de Constancio Bernaldo de Quirós, Vol. II, Madrid 1927, pág. 104.

³⁴⁴ Antón Oneca, José, *La Utopia Penal de Dorado Montero*, Salamanca 1951, Derecho, Tomo II, n° 1, pág. 11.

certeza não se disseminou. Ela tinha tomado a dianteira de abolir o Direito Penal. Dizia ele que pela influência da Escola Clássica, a penalidad não deixa de decrescer.... e dizia "no hay motivo.... para que se detenga a mitad del camino".³⁴⁵ E afirma, também, que essa Escola chegou a converter-se, sem querer e sem saber, num dos maiores inimigos do sistema penal por ela elaborado. E dizia que o direito penal propriamente dito desaparecerá. E afirmava que : "El trop de zéle le ha obligado a roerse sus propias entrñas".³⁴⁶

Embora, tenha ela sido reconhecida como Utopia, como assim foi etiquetada pelo Autor Antón Oneca, sem dúvida, não se pode dizer que ela não influenciou de maneira diversificada o pensamento espanhol, e também, à muita legislação espanhola.³⁴⁷

Mas, nem tudo era Utopia no pensamento de Dorado Montero, o que a Utopia havia conquistado era "a mente dos prudentes varões magistrados, advogados, penitenciariastas, filantropos e professores - que costumam a mudar os seus pareceres nessas reuniões internacionais."³⁴⁸

³⁴⁵. Dorado Montero, Pedro, *El Derecho Protector de los Crminales*, Tomo I, Madrid 1916, pág. 303.

³⁴⁶ Dorado Montero, Pedro, op.s.c., pág. 303.

³⁴⁷ Antón Oneca, José, *La Utopia Penal de Dorado Montero*, Salamanca 1951.

³⁴⁸. Antón Oneca, José, *La Utopia...*, op.s.c., pág. 59.

E continua Dorado Montero se manifestando sempre em direção ao abolicionismo (1907): se penaliza porque não se pode passar por outro ponto, empurrados a fazê-lo de maneira forçosa, do mesmo modo como comer, respirar, ou viver...³⁴⁹ E comenta Antón Oneca que dessa posição se vai diretamente ao abolicionismo penal.³⁵⁰

É interessante notar que hoje em dia se fala tanto em abolir o Direito Penal, em abolição da pena privativa de liberdade, como se houvessem nascido hoje tais idéias, como se fossem revolucionárias e modernas.

Vejamos, porém o que já se dizia à respeito:

Enrico Altavilla já dizia que o cárcere, como já era na sua época, é mais um fator de corrupção do que de emenda, mas que isso não justifica a abolição de um elemento necessário de ordem social, mas o que se faz necessário e o que se deve estimular são as reformas dos regulamentos carcerários para facilitar a recuperação do homem emendável.³⁵¹

³⁴⁹. Antón Oneca, op.s.c., pág. 66, citando Montero. Vide, também, Montero, *El Derecho Protector ...*, pág. 532, Madrid 1916.

³⁵⁰. Antón Oneca, op.s.c., pág. 66.

³⁵¹ Altavilla, Enrico, *Il Delinquente, Trattato di Psicologia Criminale*, Nápoles, págs. 127 e 128, nota n° 2. Altavilla como positivista, também, propugna a pena como preventiva, pois que, diz que „la sofferenza... é mezzo per impedire altri delitti" (pág. 128). Altavilla afirma que: "Questa riviviscenza di vecchie teorie abolizioniste, é periculosa,

Depois de restabelecido o regime constitucional as Cortes do ano de 1820 resolveram elaborar um novo Código Penal. Depois de muita discussão esse primeiro Código Criminal da Espanha foi sancionado em 9 de julho de 1822, mas diz-se, que nunca chegou a entrar em vigor.³⁵²

Cuello Calón expressa que o Título preliminar termina "con una hermosa institución, desconocida por completo en nuestra legislación vigente, la indemnización a los inocentes".³⁵³

Com efeito, assim determina o artigo 27 que além dos autores, cúmplices, auxiliadores e receptadores dos delitos, as pessoas que estão obrigadas à responder pelas ações de outros serão responsáveis pelos ressarcimentos, indenizações, custas e penas pecuniárias devidas por aqueles que delinquirem ou cometerem alguma culpa. Mas essa responsabilidade será puramente civil.

Jimenez de Asúa expõe que o Código vigente consagra a substituição de uma pena pecuniária por outra de privação de liberdade. E diz que isto é um absurdo. E afirma ele que o direito da vítima é

perché aumenta la diffidenza intorno a una Scuola, che intende combattere energicamente il delitto, sradicandone le cause, ma che é ritenuta da molli protettrice di delinquenti e quindi danosa alla società."

³⁵² Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal*, Tomo I, Parte general, 18ª ed., Barcelona: Bosch 1980, págs. 150 e 153.

³⁵³ Cuello Calón, Eugenio, op.s.c., pág.151.

sagrado, pois é necessário reparar os danos que se produziram com maior motivo, pois que a vítima costuma pertencer geralmente a famílias pouco acomodadas.³⁵⁴

E, também, é interessante esta observação, mas, hoje em dia as vítimas se encontram nas diversas camadas sociais.

Para Silvela, diz Jiménez de Asúa, a ação civil deve estar desligada do direito penal, porque essa responsabilidade nasce do dever que toda a pessoa tem de ressarcir os danos ocasionados pelas suas ações sejam ou não ajustadas à lei.

E continua ele, dizendo que para Pessina e Aramburu a ação civil *ex-delicto*, supõe o delito e por isso não pode estar desligada da ação penal.³⁵⁵

Quintiliano Saldaña ao comentar Boneville de Marsagny da doutrina penal asseguradora, desenvolvida por Garofalo propõe uma fórmula geral de reparação ou indenização às vítimas do delito como um cômputo econômico, reforço psíquico e substitutivo social de tipo da penalidade. E conclui que, indenização é prevenção.³⁵⁶

³⁵⁴ Jiménez de Asúa, *Derecho penal*, segunda edição, Madrid: Editorial Réus, 1920, págs. 210 e 211.

³⁵⁵ Jiménez de Asúa, *Derecho penal*, op.s.c., págs. 211 e 212.

³⁵⁶ Quintiliano Saldaña, *Nueva Penologia (Penas y medidas de Seguridad*, Madrid 1931, págs. 242 e 243.

d) O Código Penal de 1870

Em 1870 foi promulgado um novo Código Penal, mas, que se baseara no Código de 1848. No campo da reparação do dano ele quase não trouxe modificações. Os artigos 18-21 regulavam quem era civilmente responsável, os artigos 121-128 regulavam a extensão da responsabilidade.

A regulamentação que havia no Código Penal de 1848 sobre a responsabilidade do Estado sobre a indenização do dano causado pelo delito em caso de falta de meios econômicos do civilmente responsável, não se encontra mais no Código de 1870.

5. A Origem do Desenvolvimento da Moderna Ciência do Direito Penal Espanhol

Com a virada do século XIX para o século XX a doutrina italiana e a alemã, exercem influência na Espanha. Como já antes, também, nessa época o Colégio de San Clemente em Bolonha era um ponto de atração científica para penalistas espanhóis. Lá estudara Eugenio Cuello Calón(1879-1963). Mais tarde ele e também, Quintiliano Saldaña, foram à Berlin e, também, Luis Jiménez de Asúa (1889-1970) onde estiveram com Liszt.

Diz Quintiliano Saldaña, que o Código vigente, regula por paridade à multa uma indenização

à vítima do delito ou aos seus herdeiros (art. 181), mas, em nenhuma parte estabelece a "Caja de multas". E menciona o Código do Peru de 11.1.1924 que a instituiu (art. 77) e o Anteprojeto de 1927 que trata do seu desenvolvimento nos artigos 301-306.³⁵⁷

Antón Oneca designa este grupo de penalistas espanhóis, que influenciava decisivamente a disciplina do Direito Penal espanhol e inclusive, a latino-americana especialmente, através do trabalho de Jiménez de Asúa no exílio, de "La generación española de la política criminal".

Efetivamente, esse grupo trouxe à baila problemas importantes de política criminal como as medidas de segurança e idéias para a reforma do tratamento da criminalidade juvenil.

Esse, grupo logrou, também, excelência no âmbito da dogmática penal, e por outro lado Jiménez de Asúa e outros dessa geração que eram comparativistas penais, contribuíram de maneira essencial para com que, a dogmática do direito penal do âmbito do direito continental-europeu, se tornasse uma ciência internacional.

a) O Código Penal de 1928

Em relação à legislação houve nesse tempo um interessante Código penal de entremeio (o de 1928)

³⁵⁷. Quintiliano Saldaña, op.s.c., págs. 246 e 247.

que esteve no entanto, em vigor, por um período de menos de dois anos.

O que foi notavelmente novo, foi a consideração sobre prejuízos morais (artigo 75), bem como o pagamento de reparação em prestações ou em renda vitalícia (art. 83).

Também, essa antiga idéia de reparação com meios públicos aparece outra vez: 75% das multas penais deveria estar à disposição do Presidente do Supremo Tribunal, que deveria utilizá-los para a reparação dos danos às vítimas de êrros judiciários e de delitos (art. 183).

Há de se observar nas legislações posteriores, que novamente foi estabelecido a responsabilidade por danos morais.³⁵⁸ Daí em diante não surgiram mais modificações substanciais.

O extraordinário Código Penal de 1928, de grande envergadura foi o resultado da Ditadura, com o qual o General Primo de Rivera começou em 13 de setembro de 1923. Entrou em vigor em 1° de janeiro de 1929. Porém, depois quando em 14 de abril de 1931 se iniciou a Segunda República, um dia depois, o govêrno provisório interveio anulando o Código Penal

³⁵⁸ Art. 104 CP 1944: "La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que hubieren causado al agravado sino también los que hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero".

de 1928. Com isso o Código Penal de 1870 foi revalidado.

É interessante notar que, em 1901 e 1902 o Professor Dr.D. Juan Coll y Pujol da Universidade de Barcelona em seu programa de Direito penal para esse período explica as diferenças entre as responsabilidades penal e civil:

1) a responsabilidade criminal é de caráter público; a civil é de caráter privado;

2) a criminal se exige de ofício; a privada se exige por instância da parte;

3) a efetividade criminal é obrigação de todos os tribunais de castigar um delito e a de caráter privado será exigida ou não se houver a vontade de quem há de receber a indenização, a não ser com exceção dos casos dos crimes contra a honra por exemplo, a responsabilidade criminal será exigida dependendo da instância da parte.

Além do mais explica ele, a responsabilidade civil pode efetivar-se³⁵⁹ repartindo entre todos os delinqüentes, o que não ocorre em relação à responsabilidade criminal e que a reponsabilidade civil devem responder todos os que concorrem a um delito, e se um deles se tornar insolvente os outros responderão pela parte que na repartição lhe

³⁵⁹ Coll y Pujol, Juan, *Programa de Derecho penal en la Universidad de Barcelona, Curso de 1901 à 1902*, pág 66.

corresponde, pois, assim a responsabilidade civil é solidária, sejam autores, cúmplices ou encobridores.³⁶⁰

Ainda, continua o autor, explicando que a responsabilidade privada se transmite aos herdeiros devido ao seu caráter de obrigação civil, enquanto que a criminal é tão pessoal que não pode pesar mais do que sobre o verdadeiro delinquente.³⁶¹

Além do mais, observa esse autor, que como a ação civil tem força puramente privada, a vítima pode renunciar à indenização, o que não pode fazer em relação à responsabilidade criminal.

Já dizia Pacheco que "será una buena calidad en los castigos de la justicia humana, el que puede llamárseles, y sean de hechos, reparables y remisibles."

E afirma que, sempre há alguma parte que é absolutamente incapaz de reparação. Por exemplo, uma multa pode ser paga, mas a quantia que foi exigida do multado poderá a ele ser devolvida, mas as penalidades que padeceu para reunir o dinheiro, a escassez que por consequência experimentou privando os seus filhos do necessário, se repararão por ventura com a restituição que se lhe faça

³⁶⁰ Coll y Pujol, Juan, op.s.c., pág.66.

³⁶¹ Coll y Pujol, Juan, op.s.c., pág.67.

posteriormente?³⁶²

6. A Situação atual após a volta à Democracia

A Constituição espanhola de 1978 na parte que trata dos direitos fundamentais, a meta das penas privativas de liberdade e medidas de segurança são reguladas da seguinte maneira:

Art. 25 parágrafo 2. inciso 2.: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados."

Essa norma regula somente os objetivos da pena restritiva de liberdade e não a pena em geral. A razão, talvez, seja que na Espanha a pena de multa então, (e, também, hoje em dia), não tenha muito significado.

Em relação às medidas de segurança, ao contrário, o texto da constituição espanhola tem um objetivo determinado, independente disso, quer essas medidas tenham a natureza de penas privativas de liberdade, ou não.

As regras constitucionais assinaladas dos objetivos, não tem somente significado no que se

³⁶² Pacheco, Joaquin Francisco, *Estúdios de Derecho Penal*, 2ª ed., Tomo I, Madrid 1854.

refere a execução da pena, senão em relação à medida da pena.³⁶³

O art. 25 parágrafo 2º, inciso 1º da Constituição espanhola será considerado principalmente, como uma indicação para o conteúdo de como executar a pena. Isso é uma interpretação restritiva.

Ao contrário das modernas Constituições, a constituição espanhola de 1978, não menciona a vítima do delito.

II. Direito Vigente

O código Penal de 1995 em seu artigo 34 determina no número 3, texto mantido pela Lei orgânica de 30 de março de 2015, que as privações de direitos e as sanções reparadoras que as leis civis e administrativas estabeleçam não se reputarão como penas.

Porém, como explica o Professor Mapelli Caffarena que, a responsabilidade civil derivada do delito encontra-se cada vez mais entrelaçada com a responsabilidade penal, como por exemplo, a pena de trabalhos comunitários pode consistir em um trabalho de reparação dos danos (art. 49 do Código Penal).

³⁶³ Xavier Boix Reig, *Significación Jurídico Penal del Artículo 25, 2 de la Constitución*, in José Ramón Casabó Ruiz (Editores), *Escritos Penales*, Valencia 1979, pág. 118.

E continua explicando que, embora, haja essa aproximação entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil *ex delicto*, ambas mantêm naturezas diferentes e cita Binding : "a pena deve produzir uma ferida, o ressarcimento do dano curar outra".³⁶⁴

A. A reparação do dano no direito penal material

No Código penal espanhol a reparação do dano está prevista nos artigos seguintes:

O art. 21.5º prevê que no caso do réu ter reparado o dano causado à vítima, ou ter diminuído os seus efeitos em qualquer momento do procedimento, e antes da audiência oral, será considerado como circunstância atenuante.

Por sua vez o art.34.3 é claro ao determinar que não se consideram penas as sanções reparadoras estabelecidas nas leis civis e administrativas.

A prática de um fato descrito por lei como delito, obriga o seu autor a reparar o dano causado pelo delito e prevê a possibilidade do prejudicado de optar pela jurisdição civil, conforme dispõe o artigo 109.

³⁶⁴ Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters: Cizur Menor 2011, pág. 457.

O artigo estabelece três tipos de responsabilidade civil que compreendem:

1° a restituição;

2° reparação do dano;

3° a indenização de prejuízos materiais e morais.

Portanto, a reparação não somente se refere ao ressarcimento dos prejuízos materiais, mas a jurisprudência admite "a reparação moral ou simbólica, sempre que o ato reparatório possa considerar-se significativo em relação com a índole do delito cometido".³⁶⁵

Observe-se que, em algumas sentenças do STS se depreende que parece exigível o que se denomina da "*actus contrarius*" pelo qual, o autor do delito reconhece as infrações das normas cometidas.³⁶⁶

³⁶⁵ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*, op.s.c., pág. 240. Nesse sentido: 100/2004 de 16 de setembro, La Ley 13910/2004; 145/2007 de 28 de fevereiro, La Ley 8215/2007; 2/2007 de 16 de janeiro, La Ley -256/2007, na qual consta que: "En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que vá más allá de la significación que otorga a esta expresión en el art. 110 CP, pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciada de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante."

³⁶⁶ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*, STS de 03 de outubro de 2003, op.s.c., pág. 241.

Prevê-se também, no art.112 a reparação do dano como obrigações de dar, fazer e não fazer.

Em qualquer caso, os juízes ou tribunais, poderão determinar, motivadamente, a cargo do autor do fato, levando em conta as circunstâncias, a demolição de obra ou a reposição em seu estado anterior, mas, sem prejuízo das indenizações devidas a terceiros de boa fé, conforme vem determinado no item 3 do artigo 319 do CP.

Os juízes poderão moderar o valor da condenação se a conduta da vítima contribui para a produção do dano ou prejuízo, consoante se estabelece no art. 114.

Quanto aos gastos referentes à responsabilidade civil estabelece o art. 126.1, 1º, que o condenado deverá em primeiro lugar pagar a reparação do dano causado e indenização dos prejuízos.

Nos crimes de calúnia ou injúria a reparação do dano compreende, também, segundo determina o art. 216 a publicação ou divulgação da sentença condenatória à custa do condenado.

O art. 193 prevê a reparação nos crimes contra a liberdade sexual, mas estabelece, também, se for o caso, em determinar a filiação e fixação de

alimentos.

Em caso de falta de pagamento de prestações econômicas a favor do cônjuge ou filhos, o art. 227.3 dispõe que a reparação do dano procedente do delito importa no pagamento do valor da dívida. Portanto, uma vez pago o montante da dívida já se considera que o dano assim, já se repara.

Nos casos de grave discriminação em emprego público ou privado, de sexo, raça, religião, entre outras, senão se restabelecer a situação de igualdade, reparando os danos econômicos causados serão castigados com pena de seis meses a dois anos ou multa de 12 a 24 meses, conforme disposto no artigo 314 do Código Penal.

Vejamos, mais pormenorizadamente, a reparação de alguns dos preceitos do Código Penal espanhol que estabelecem as consequências materiais e morais causadas pelo delito.

Através da Lei Orgânica 1/2015 que modificou grande parte do Código Código penal de 1995, o Título V do Livro I, passou a denominar-se:

"De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales."

Modificou-se o inciso 1 do artigo 109, que foi redatado como se segue:

"1. a execução de um fato descrito na lei como delito obriga a reparar, nos termos previstos nas leis, os danos e prejuízos por ele causados."

No entanto, não se deve interpretar esse dispositivo de uma maneira absolutamente literal pois, pode ocorrer que o fato constitua um ilícito penal e também, um ilícito civil. Conjuntamente com a esfera penal pode ser que venha a nascer a conseqüente ação civil, para que se possa obter a reparação dos danos. Salvo, em caso de extinção ou ou reserva expressa, entende-se que sempre a ação civil será executada junto com a ação penal para se aproveitar a oportunidade de acumulação das duas ações no processo penal.³⁶⁷

1. Restituição, reparação e indenização de prejuízos materiais e morais

O prejudicado pode deixar de optar em todo caso, em exigir a responsabilidade civil perante a jurisdição civil como dispõe o item 2. do artigo 109 do CP espanhol.

Essas responsabilidades consistem na restituição, na reparação do dano e na indenização de prejuízos materiais e morais conforme estabelecido

³⁶⁷ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*, op.s.c., indicam às págs. 535 a jurisprudência (Ley 113971-JF/0000 de 31 de janeiro de 1989).

no artigo 110 do Código Penal.

Quando não é possível a restituição, esta se substitui pela indenização correspondente e prejuízos.³⁶⁸

Como esclarecem Alicia Gil Gil, Juan Manuel Lacruz Lopez, Mariano Melendo Pardos e José Nuñez Fernández que, estes três possíveis conteúdos da responsabilidade civil integram o conceito mais amplo de ressarcimento, pelo qual se entende que este consiste na eliminação ou na neutralização do dano provocado pela infração penal. Ou, ainda, a restauração da situação jurídica anterior ao fato delitivo.

Assim, a responsabilidade civil poderá abarcar esses três tipos de obrigações resultantes do delito, restituir, reparar e indenizar prejuízos quer materiais como morais.³⁶⁹

A indenização por danos morais contém primordialmente a finalidade de compensar a vítima pelos sofrimentos impostos pelo ofensor. Como caráter preventivo tem a finalidade de desestimular

³⁶⁸ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*, indicam a jurisprudência: 1602/2002 de 15 de outubro, La Ley 181/2003; 2055/2001 de 29 de dezembro, La Ley 1611/2001.

³⁶⁹ Gil Gil, Alicia, e Lacruz Lopez, Juan Manuel, e Melendo Pardos, Mariano e Nuñez Fernández, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson S.L., pág. 950.

o agressor à prática delituosa.

Quanto a restituição do bem, deve-se restituir sempre que for possível o mesmo bem, considerando-se a deterioração e danos que o Juiz ou tribunal determinem.

Conforme disposto no artigo 111 item 1. do Código Penal Espanhol a restituição terá lugar mesmo que o bem se ache em poder de terceiros, e este o tenha adquirido de boa fé, deixando a salvo o seu direito de repetição contra quem corresponda a indenização pelo responsável pelo delito. Excetua-se no caso em que o terceiro haja adquirido o bem na forma e com os requisitos estabelecidos por leis, para fazê-lo não passível de reivindicação, conforme determina o item 2 do artigo 111 da atual Lei (de acordo com a modificação de 2015).

A reparação do dano poderá consistir em obrigações da dar, de fazer ou de não fazer, conforme determina o artigo 112 do Código Penal.

Porém, se a restauração não for possível, deve-se declarar um valor pecuniário correspondente.³⁷⁰

Mas, a indenização de prejuízos materias e

³⁷⁰. Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*. Ver, também: 1662/2002 de 15 de outubro, La Ley 181/2003; 2055/2001 de 20 de dezembro; La Ley 1611/2001.

morais compreenderão não somente aqueles causados à vítima, mas, também, a seus familiares ou a terceiros conforme vem disposto no artigo 113.

Os prejuízos que são consequências diretas do fato delituoso são os que deverão ser indenizáveis. Para que se possa estabelecer legalmente a responsabilidade civil procedente da infração penal é indispensável que se prove não somente a existência do dano e do prejuízo, mas que estes são oriundos diretamente do delito.³⁷¹

O dano material que se causa diretamente à pessoa física, atingindo por exemplo a sua integridade física ou psíquica, é apenas suscetível de indenização e não de reparação, pois de acordo com a opinião dominante, o caso de reparação refere-se ao dano material causado em coisa inanimada. Outro argumento é que, quando o dano se provoca diretamente sobre a pessoa física, quase nunca é possível a restauração da situação jurídica anterior ao delito, e por isso entende-se que, esse dano não é reparável em sentido estrito.³⁷²

Os Juizes ou Tribunais ao declararem a existência de responsabilidade civil, estabelecerão

³⁷¹ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*. Ver, também: 747/2002 de 23 de abril, La Ley 5960/2002, op.s.c., pág. 563.

³⁷² Gil Gil, Alicia, e Lacruz López, Juan Manuel, e Melendo Pardos, Mariano e Nuñez Fernández, José, op.s.c., pág. 954.

motivadamente em suas decisões, quais as bases em que fundamentam o valor dos danos e indenizações, podendo fixá-lo na própria decisão ou no momento de sua execução, conforme determinado no artigo 115 do Código Penal.

E se a vítima houver contribuído com a sua conduta para a produção do dano ou prejuízo sofrido os Juízes ou o Tribunal poderão moderar o valor correspondente a reparação ou à indenização, conforme dispõe o artigo 114 do Código Penal.

Toda pessoa criminalmente responsável de um delito o é também civilmente, se do fato se derivarem danos ou prejuízos, conforme dispõe o item 1 do artigo 116. Se forem dois ou mais responsáveis de um delito os juízes ou tribunais indicarão a cota de que cada um deva responder.

Por sua vez, o artigo 378 do Código penal que também, foi modificado pela Lei orgânica de 30 de março de 2015, determina que: os pagamentos que se efetuarem pelo condenado por um ou vários dos delitos a que se referem os artigos 361 a 372 se imputarão pela seguinte ordem:

1.º A reparação do dano causado e indenização dos prejuízos.

2.º A indenização do Estado pelo valor dos gastos que se tenham feito por sua conta na

causa.

3.º A multa.

4.º As custas do acusador particular ou privado quando o seu pagamento seja imposto na sentença.

5.º As demais custas processuais, inclusive a da defesa do processado, sem preferência entre os interessados.

No entanto, há de observar-se o que dispõe o artigo 34.3 do Código penal, que não se reputarão penas as privações de direitos e as sanções reparatórias que as leis civis ou administrativas estabeleçam.

Observe-se, ainda que como consequência acessória do delito toda pena que seja imposta por delito doloso acarretará a perda dos resultados que provenham dos meios ou instrumentos com que se tenha preparado ou executado o fato delituoso, assim como os lucros provenientes do delito quaisquer que sejam as modificações que tais bens tenham experimentado (art. 127).

O Artigo 127 (octies), N° 3 dispõe que os bens, instrumentos e lucros confiscados por decisão transitada em julgado, salvo que devam ser destinados ao pagamento de indenizações às vítimas,

serão adjudicados ao Estado o qual lhes dará o destino que lhe determine em lei ou por regulamento.

Assim, está claro que, o legislador quis dar primazia aos pagamentos às vítimas dos valores obtidos através dos confiscos de bens.

2. A suspensão da execução das penas privativas de liberdade e da liberdade condicional no Código Penal de 1995

No Código Penal espanhol de 1995 em seu artigo 80, inciso 3 já constava que, a suspensão da execução da pena não será extensiva à responsabilidade civil derivada do delito.

E em seu artigo 81, § 3º, do Código penal de 1995 encontram-se as condições necessárias para a suspensão da execução da pena "entre outras, que tenham sido satisfeitas as responsabilidades civis a não ser que o Juiz ou o Tribunal, após ouvir os interessados e ao representante do Ministério Público, declare a impossibilidade total ou parcial do condenado para fazer frente às mesmas."

O Professor José Nuñez Fernández ao analisar a liberdade condicional no projeto de Reforma de Código Penal espanhol de 20 de setembro de 2013 esclarece que a liberdade condicional, está plenamente integrada no sistema espanhol vigente de

execução da pena de prisão. E, constitui uma parte essencial do mesmo, estando vinculada à finalidade de reinserção e educação levando-se em conta mandamento constitucional, e por isso não se pode questionar que é apenas uma mera forma de suspensão ou de substituição da pena de prisão."³⁷³

E afirma esse Professor que, o Projeto do Código Penal de 2013 não se limitou a introduzir algumas novidades mas, criou um novo sistema de regulamentação desta instituição, em que se impõe pressupostos para a imposição da pena de prisão permanente revisável.³⁷⁴ O pré-legislador aumenta com excessiva rigidez de critérios e expande as consequências negativas de suas revogações.

No afã de que o condenado satisfaça na medida de suas possibilidades com as obrigações derivadas do delito, se reforça com essa nova causa de denegação da liberdade condicional, e de acordo com o inciso 4º do art 90 do Projeto do Código Penal de 2013, que o juiz de Vigilância Penitenciária, poderá denegar a suspensão da execução do resto da pena, quando o condenado houver dado informação inexata ou insuficiente sobre o paradeiro dos seus bens ou objetos "cuyo comiso hubiese sido acordado o por la

³⁷³ Nuñez Fernández, José, *Análisis Crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 20 de septiembre de 2013*, en *La Ley Penal*, Número 110, Septiembre-Octubre de 2014, Wolters Kluwer Espanha, pág. 56.

³⁷⁴ Nuñez Fernández, José, *op.s.c.*, pág 51.

mera falta de voluntad de pago por parte del penado."³⁷⁵

3. A liberdade condicional na Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, que modificou a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal

O benefício da suspensão condicional da pena compreende duas finalidades precípuas, a reinserção do condenado em seu ambiente social e familiar e a imediata reparação à vítima conforme previsto no Código Penal.

A Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, em seu preâmbulo, referindo-se ao inciso V do Código Penal esclarece, que a nova regulamentação mantém, sem modificações, os pressupostos de concessão de liberdade condicional da legislação anterior, mas que se introduzem, três modificações de extraordinária relevância.³⁷⁶

Em primeiro lugar, inclui-se um novo pressuposto privilegiado de acesso à liberdade condicional, que será aplicável aos condenados que forem primários, quer dizer, àqueles que cumprem na prisão a sua primeira condenação e que tenham sido condenados a uma pena curta de prisão.³⁷⁷

³⁷⁵ Nuñez Fernández, José, op.s.c., pág. 61.

³⁷⁶ Boletim Oficial do Estado (BOE), N° 77, 31 de março de 2015, Sec. I, pág. 27065.

³⁷⁷ BOE, N° 77, 31 de março de 2015, Sec. I., pág. 27065.

Nestes casos se adianta a possibilidade do condenado obter a liberdade condicional ao cumprir a metade da pena.³⁷⁸

Esta modificação reflete o sentido geral da reforma no sistema de penas: introduzem-se mecanismos e instituições que pretendem oferecer uma resposta contundente aos delinquentes multirreincidentes; e, de um modo coerente, se oferecem novas possibilidades aos condenados primários de obter a liberdade, que apresentem um prognóstico favorável de reinserção.

Em segundo lugar, a liberdade condicional passa a ser regulada como uma modalidade de suspensão da execução do resto da pena.

Ao contrário do que vinha se sucedendo até agora, o tempo em liberdade condicional não se computará como tempo de cumprimento da pena, senão que a concessão da liberdade condicional determinará a suspensão da execução do resto da pena, durante um determinado período de tempo.

Se durante esse tempo o condenado não vier a reincidir e se cumprir com as condições estabelecidas, se declarará extinta a pena pendente.

Em terceiro lugar, se ao contrário, nesse período de liberdade condicional ou de suspensão da

³⁷⁸ BOE, N° 77, 31 de março de 2015, Sec. I., pág. 27065.

execução do resto da pena, o condenado cometer um novo delito ou se ele descumprir gravemente com as condições que lhe foram impostas, a liberdade será revogada e ele deverá cumprir todo o restante da pena.

Por esta razão, o regime da liberdade condicional passa a estar regulado, em grande parte, por remissão ao regulamento da suspensão da execução da pena.³⁷⁹

Assim, a liberdade condicional passa a ser uma modalidade de suspensão da execução do restante da pena e o tempo da liberdade condicional não se computará como tempo de cumprimento da mesma.

a) Da prisão permanente revisável como uma hipótese de liberdade condicional ou de suspensão da execução da pena³⁸⁰

³⁷⁹ Boletim Oficial do Estado (BOE), N° 77, 31 de março de 2015.

³⁸⁰ BOE-A-2015-3439, N° 77, 31 de marzo de 2015: "Y, finalmente, se introduce la regulación del régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena. Si el tribunal concede la libertad, fija un plazo de «suspensión» de la ejecución durante el cual el penado queda sujeto a condiciones: el incumplimiento de las mismas o la comisión de nuevos delitos determina -durante este período de suspensión- la revocación de la misma y el reingreso del penado en prisión. Para la revisión de la prisión se establece un doble régimen. Cumplida una parte de la condena que oscila entre veinticinco y treinta y cinco años de condena, el tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años; y lo hará también siempre que el penado lo solicite, si bien tras la desestimación de una petición podrá fijar un plazo máximo de un año dentro del cual no se dará

Com as novas alterações do Código penal de 31 de março de 2015 foram introduzidas modificações que regulam o regime de revisão das penas permanentes, ou seja revisão das penas perpétuas, a fim de que possam ser concedidas a liberdade condicional ou a suspensão da execução da pena. O condenado fica sujeito a determinadas condições e o seu descumprimento acarreta a revogação da liberdade condicional e o reingresso do condenado à prisão

Está implícito que o condenado para ser beneficiário dessa revisão deva ter reparado o dano causado pelo delito ou não ter possibilidade de fazê-lo. Nesse caso as vítimas de crimes violentos carentes devem ter se socorrido dos fundos estatais os quais tem o direito de reversão.

b) Liberdade condicional nos delitos de corrupção

Em seu preâmbulo, inciso XIX da Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, ainda se esclarece que foram introduzidas determinadas modificações a fim de reforçar a punição dos chamados delitos contra a corrupção no âmbito da Administração pública.

E, se estabelece uma previsão especial quanto à liberdade condicional: "podrá denegarse cuando el penado hubiere eludido el cumplimiento de las responsabilidades pecuniárias o la reparación del curso a nuevas solicitudes."

daño económico causado a la Administración a que hubiere sido condenado."

Com isso, o que se pretende é que, os condenados a penas privativas de liberdade por haverem cometido delitos contra a Administração pública, "cuando se haya acreditado una sustracción de fondos públicos o un daño económico a la Administración, no puedan acceder al beneficio de la libertad condicional si no han procedido a la correspondiente reparación económica."³⁸¹

c) A reparação do dano como condição para a concessão da suspensão da execução das penas privativas de liberdade

Em virtude da Lei Orgânica 1/2015, o artigo 80 do Código Penal passou a ter nova redação no que se refere às condições para a concessão da suspensão da execução das penas privativas de liberdade não superiores a dois anos.

Se o Réu for primário, o Juíz ou o Tribunal levando em conta as circunstâncias em que o delito foi cometido, as circunstâncias pessoais do condenado, os seus antecedentes, a sua conduta posterior ao fato delitivo, e em particular o seu esforço para reparar o dano causado, as suas

³⁸¹ BOE, N° 77, 31 de março de 2015, Sec. I, págs. 27075 e 27076.

circunstâncias familiares e sociais, é o que se espera da própria suspensão e do cumprimento das medidas que lhe foram impostas.³⁸²

O Artigo 80 no número 2 determina quais as condições necessárias para se deixar suspensa a execução da pena, estando claro:

“1^a....

2^a Que a pena ou a soma das impostas não seja superior a dois anos, sem incluir em tal cômputo a derivada da falta de pagamento da multa.

3^a Que se tenham satisfeito as responsabilidades civis que se houveram originado e se tenha efetivado o confisco acordado na sentença conforme o artigo 127. Este requisito se entenderá cumprido quando o condenado assuma o compromisso de satisfazer as responsabilidades civis de acordo com a sua capacidade econômica e de facilitar o confisco acordado.”

O Juiz em atenção ao alcance da responsabilidade civil e ao impacto social do delito, poderá solicitar as garantias que considere convenientes para assegurar o seu cumprimento.

No item 3 desse artigo se determina que excepcionalmente, quando não se tratar de réus habituais, se poderá conceder a suspensão das penas

³⁸² BOE, N° 77, 31 de março de 2015, Sec. I, pág. 27097.

de prisão que individualmente não excedam a dois anos, quando verificadas as circunstâncias pessoais do réu, a natureza de fato, a sua conduta e, em particular, e que o esforço para reparar o dano causado, assim o aconselhem.

d) Acordo alcançado através da Mediação

A suspensão estará sempre condicionada à reparação efetiva do dano ou a indenização do prejuízo causado conforme às suas possibilidades físicas e econômicas, (art. 80 item 2. inciso 3º) ou ao cumprimento do acordo alcançado através da mediação. Essa é a medida 1.^a do artigo 84."

Assim, verifica-se que, essa medida determinada pelo artigo 84 do Código penal espanhol modificado pela nova lei, dispõe que o Juiz ou tribunal também, poderão condicionar a suspensão da execução da pena a algumas das prestações ou medidas entre elas:

"1^a El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación."

O artigo 81 do Código penal foi modificado pela Lei supra mencionada determinando que o prazo de suspensão será de dois a cinco anos para as penas privativas de liberdade não superiores a dois anos, e de três meses a um ano para as penas leves, e

serão fixadas pelo juiz ou pelo tribunal, atendidos os critérios expressados no parágrafo segundo do item 1 do artigo 80.³⁸³

Por sua vez o atual artigo 82, determina no número 1 que : o Juiz ou tribunal resolverão por sentença sobre a suspensão da execução da pena sempre que isso resulte possível. Nos demais casos, uma vez declarado o trânsito em julgado da sentença, se pronunciarão com a maior urgência, com anterior audiência e com a presença das partes, sobre a concessão ou não da suspensão da execução da pena.

Portanto, a suspensão da execução da pena deve ter como pressuposto a existência de uma sentença condenatória transitada em julgado e, que constitua um título legítimo para restringir a liberdade do condenado.

A decisão da aplicação da suspensão leva em conta a concorrência de outros requisitos: que as penas individualmente não excedam a dois anos; verificadas as circunstâncias pessoais do réu, a natureza do fato delitivo; a sua conduta e em particular o seu esforço em reparar o dano causado pelo delito. (Art. 80. 3º, 3, do atual CPE).

O artigo 84 do Código Penal de 1995, também, foi modificado pela Lei Orgánica 1/2015,

³⁸³ BOE, N° 77, 31 de março de 2015, Sec. I, pág. 27098.

determinando no item 1. que: o juiz ou o tribunal também poderão condicionar a suspensão da execução da pena ao cumprimento de alguma ou algumas das seguintes prestações ou medidas:

1.^a O cumprimento do acordo alcançado pelas partes em virtude da mediação.

2.^a O pagamento de uma multa, cuja extensão será determinada pelo juiz ou tribunal levando-se em conta as circunstâncias do caso, que não poderá ser superior à que resultasse de aplicar duas quotas de multa por cada dia de prisão sobre um limite máximo de dois terços de sua duração;

3.^a Realização de trabalhos comunitários especialmente, quando resulte adequado como forma de reparação simbólica tendo em vista as circunstâncias do fato e do autor.

A duração da prestação de trabalhos será determinada pelo juiz ou pelo tribunal de acordo com as circunstâncias do caso, não podendo exceder da que resulte de se computar um dia de trabalho, por cada dia de prisão, sobre um limite máximo de dois terços de sua duração.

Observe-se que no inciso 3^a desse artigo se prevê a possibilidade da suspensão da execução da pena através da realização de trabalhos em benefício da comunidade, especialmente quando resultar ser adequado como forma de reparação simbólica tendo em

vista as circunstâncias do fato delitivo e do autor.

Fica assim claro que, o autor do delito deva demonstrar um esforço para reparar o dano causado.

Nestas disposições duas medidas se realçaram ou seja: o resultado de uma mediação e a realização de trabalhos comunitários, e, especialmente, quando resultar adequado uma forma de reparação ao menos simbólica, tendo em vista as circunstâncias dos fatos e a situação do autor.

É importante ressaltar que se faça um plano de reparação dos dano seja na mediação ou na conciliação. E não se deve olvidar de se incluir um prazo para o seu cumprimento. Como adverte a Silvia Barona Vilar, o descumprimento parcial ou total do prazo estabelecido acarretará indubitavelmente, consequências jurídico processuais, ou no âmbito do regime sancionador penitenciário.³⁸⁴

Como bem alerta Armengot Vilaplana que, parece necessário insistir em que, o objeto da mediação penal não deve ficar limitado à responsabilidade civil, o que não deve confundir a mediação penal com a reparação exclusivamente material do dano causado. No procedimento de mediação se deveria estabelecer uma distinção

³⁸⁴ Barona Villar, Silvia, *Mediación Penal, Fundamento, Fines y Régimen Jurídico*, Valencia: Tirant lo Blanch 2011, pág. 331.

similar daquela traçada no processo penal: a ação destinada a apurar a responsabilidade penal e, por outro lado, a ação civil dirigida a reclamar a responsabilidade civil. Uma coisa seria a efetivação das prestações pecuniárias ou devolução de coisas que o infrator possa assumir com a finalidade de saldar a sua responsabilidade civil. Por outro lado, são os compromissos, que redundam na obrigação do acusado relativas as ações de fazer ou não fazer para reparar o dano causado pelo delito.³⁸⁵

Como já afirmara Landrove Díaz: "La mediación o conciliación víctima-ofensor se ofrece, pues como un nuevo recurso resolutivo de procedencia victimológica - pero con implicaciones más ambiciosas - que favorece la reparación."³⁸⁶ E constata, que que à margem das peculiaridades de cada um dos programas existentes quer nacionais, regionais, ou nas comarcas, o consenso é sempre a base do encontro conciliador. Trata-se de uma opção voluntária tanto para a vítima como para o ofensor.³⁸⁷

³⁸⁵ Armengot Vilaplana, Alicia, *La incorporación de la mediación en el proceso penal español. Derecho Procesal penal*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, La Ley penal N° 106, Ed. Grupo Wolters Kluwer, Espanha, janeiro-fevereiro de 2014, pág. 107.

³⁸⁶ Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch: Valencia 1998, pág.88.

³⁸⁷ Landrove Díaz, Gerardo, op.s.c.

Como expressa o Professor Gimeno Sendra que na autocomposição³⁸⁸ as partes põe fim a um litígio não pela força, mas através de acordo de vontades ou de sacrifício voluntário ou resignação de uma das partes. Tais métodos autocompositivos são integrados quer pela renúncia do Autor ao seu direito subjetivo, por exemplo a desistência de um processo, a concordância do réu à pretensão do autor, por exemplo, reconhecendo a validade da dívida, a transação entre ambos (art.1808 CC).

A mediação e a conciliação se distinguem das demais formas de autocomposição porque entre elas surge um terceiro para contribuir à solução do litígio. Tanto o conciliador como o mediador não impõe a solução do conflito, se não que, exercitam os seus bons ofícios a fim de obter a autocomposição do litígio.³⁸⁹

Porém, penso que muito embora, a opção seja voluntária, o que impulsiona o encontro com a vítima, e o que talvez motive o Réu a comparecer é tentar livrar-se de um problema de desgaste

³⁸⁸ Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, 9a ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Colex Editorial 2014, pág. 19. Como informa o Professor Gimeno Sendra que o primeiro método autocompositivo no ordenamento espanhol foi a conciliação como pressuposto processual (LEC de 1881) e que tinha por fim que se promovesse o ato conciliatório perante os juzgados municipais que existiam naquela época.

³⁸⁹ Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, 9a ed., 2014, op.s.c., 18 e 19.

emocional, de pressões da mídia, da sociedade, da família e de um eventual processo criminal.

Por parte da vítima, normalmente o intuito é tentar um acordo, que embora, nem sempre lhe seja o mais favorável ou adequado, mas que lhe possibilite recompor as coisas mais ou menos como estavam antes do fato delitivo, ou a receber uma indenização, que lhe permita cobrir ao menos em parte os danos e prejuízos.

Por outro lado, muitas vezes por mais que as partes, vítima e réu desejem uma composição, seus procuradores ou o próprio Ministério Público não opinam favoravelmente com as condições que ambas as partes aceitariam.

E logicamente, se o acusado concordar com a via conciliatória, ele tem que admitir a sua responsabilidade.

Há ocasiões em que a conciliação tem um caráter extraprocessual com a renúncia do Ministério Público ao exercício da ação. Outras vezes a conciliação pode se dar em alguma das fases processuais suspendendo-se o processo ou levando-se em conta o compromisso da reparação, atenuando a responsabilidade penal.

Como afirma Landrove Díaz: "En cualquier caso,

nos encontramos siempre ante una cierta recuperación del control del conflicto penal por parte de la víctima."³⁹⁰

Alicia Armengot Vilaplana advierte que, no acordo mediador, que tenha por objeto a responsabilidade civil, esta pode ser transigível e renunciável. A mediação penal tem por objeto alcançar um acordo para restaurar a ordem social e jurídica alterada pelo delito, mas esta não se dirige fundamentalmente à reparação material dos danos e prejuízos causados pelo delito. A mediação penal deverá buscar uma solução que seja distinta da imposição de uma pena, reconhecimento de culpa, prestações da dar, de fazer e não fazer a favor da vítima ou da sociedade.³⁹¹

No artigo 90 1. do Código penal com a modificação instituída pela Ley Orgánica 1/2015 que alterou o Código Penal, se estabelece que o Juiz de vigilância penitenciária concederá a suspensão da execução do restante da pena de prisão, desde que o condenado, esteja classificado no terceiro grau, que haja cumpridos três quartas partes da pena imposta e que tenha tido uma boa conduta.

³⁹⁰ Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna Victimología*, op.s.c., pág. 89.

³⁹¹ Armengot Vilaplana, Alicia, *La incorporación de la mediación en el proceso penal español*, Derecho Procesal penal, La Ley penal N° 106, enero-febrero de 2014, pág. 103.

No entanto, não será concedida a suspensão se o condenado não houver satisfeito a responsabilidade civil derivada do delito, conforme os critérios estabelecidos pelos incisos 5 e 6 do artigo 72 da Lei Orgânica 1/1979, de 26 de setembro (*General Penitenciária*).

4. A reparação do dano como circunstância atenuante

Conforme nos ensina Manzanares Samaniego, a atenuante de reparação ocorre pela primeira vez no Código Penal de 1928, sendo o seu destinatário o "ofendido" (artigo 65.6º). Essa expressão se manteve nos Códigos supervenientes até que com o Código de 1995 se preferiu falar de "daño ocasionado à la víctima" (artigo 21.5). Também, a proteção da "vítima" do artigo 57 é feita pela proibição do Réu de aproximar-se dela, o que é relativamente recente. Tal preceito procede do artigo 67 do Código Penal de 1944.³⁹²

Como afirma ainda Manzanares Samaniego: A vítima e o prejudicado são as duas partes da mediação, se oriente esta à reparação ou à conciliação, mas, na Espanha, salvo o Direito penal dos menores, a mediação não existe, pelo menos a

³⁹² Manzanares Samaniego, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología* dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona, nº 88, Granada: Editorial Comares 2007, pág.59.

nível legislativo.³⁹³

Como firmado na jurisprudência espanhola: "São principalmente razões de política criminal, orientadas à proteção das vítimas de toda classe de delitos, as que sustentam a decisão do legislador de estabelecer uma atenuante da pena em atenção aos atos do autor do delito posteriores ao mesmo, consistentes na reparação total ou parcial do dano causado, embora tenha sempre que ser significativa."³⁹⁴

O que se pretende com essa atenuante é incentivar o apoio e ajuda às vítimas, lograr que o próprio responsável do fato delitivo contribua á reparação ou cura do dano de toda índole, que a ação delitiva ocasionou. A perspectiva de uma política criminal é assim, orientada para vitimologia, na qual a atenção à vítima adquire um papel preponderante na resposta penal. Para isso resulta conveniente primar a quem se comporta de uma maneira que satisfaça o interesse geral, pois a proteção dos interesses da vítima já não se considera como uma

³⁹³ Manzanares Samaniego, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, op.s.c., pág. 60.

³⁹⁴ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales Especiales y Complementarias*, 4a ed., Grupo Wolters Kluwer: Madrid 2011, cita a jurisprudência pág. 239 (50/2008 de 29 de janeiro, La Ley, 17689/2008), nesse sentido, aplicação de atenuante como critérios de política criminal: 1479/2002, de 16 de setembro, La Ley 10206/2003; 1797.2007, de 7 de março, La Ley 10723/2007.

questão estritamente privada, de responsabilidade civil, senão como um interesse de toda a comunidade.³⁹⁵

Em relação as circunstâncias que atenuam a responsabilidade criminal, no Código Penal espanhol de 1995 no seu artigo 21, inciso 5, encontra-se a de ter havido o réu reparado o dano ocasionado à vítima ou diminuído os seus efeitos em qualquer momento do processo e antes da audiência oral. No Código Penal anterior, o artigo 9º se concentrava no arrependimento espontâneo e o atual dá preponderância à reparação do dano à vítima.

O artigo 21.5 exige, portanto, expressamente que para o agente ser beneficiário de atenuante deve ter procedido a reparação do dano em qualquer momento antes da audiência oral.³⁹⁶

Os autores espanhóis comentam que, com isso, o conteúdo dogmático melhorou bastante, tendo além do mais, substituído a palavra "ofendido" pela palavra vítima.

³⁹⁵ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal, op.s.c.* Sobre Atenuante ver também: 285/2003, de 28 de fevereiro, La ley 1392/2003; 179/2007 de 7 de março 10723/2007, La Ley, op.s.c., pág.540.

³⁹⁶ Rodríguez Ramos, Luis e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal, op.s.c.*, pág. 239 (Ver 1479 de 16 de setembro La Ley 10206/2003: a atenuante de reparação, na linha da modernas correntes de Direito Penal responde a claros critérios de política criminal e tem um marcado carácter objetivo, assim, como, mais amplos limites temporais de sua efetividade).

No Direito brasileiro a chamada Lei Maria da Penha alterou o Código Penal, com a introdução do parágrafo 9º, do Art. 129, possibilitando que agressores de mulheres em âmbito doméstico ou familiar sejam presos em flagrante ou tenham sua prisão preventiva decretada. Estes agressores, também, não poderão mais ser punidos com penas alternativas. A legislação aumenta o tempo máximo de detenção previsto de um para três anos; a lei prevê, ainda, medidas que vão desde a remoção do agressor do domicílio à proibição de sua aproximação da mulher agredida.³⁹⁷

O Código Penal espanhol, considera como circunstância atenuante o fato do réu ter reparado o dano ocasionado á vítima ou diminuído os seus efeitos, em qualquer momento do procedimento desde que seja anterior ao audiência oral.

Assim determina o artigo 21 inciso 5º do Código Penal espanhol:

"Son circunstancias atenuantes:

.....

5a. La de haber procedido el culpable a

³⁹⁷ Art. 22, LEI N° 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

reparar el dano ocasionado a la victima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebraci3n del acto del juicio oral."

Esse artigo procurou desvincular os impulsos de arrependimento espont4neo que o orientavam no c3digo anterior, sendo que agora n4o importa, o que levou o autor do delito a mov4-lo a reparar o dano causado 4 v4tima ou a diminuir os seus efeitos o que significa uma amplia3o de seu significado.³⁹⁸

Esse artigo n4o foi alterado pela reforma do C3digo Penal de 2015.

A repara3o n4o somente se refere ao ressarcimento dos preju4zos materiais, sen4o que a jurisprud4ncia tem admitido a repara3o moral ou simb3lica, sempre que se possa considerar que a repara3o seja significativa em rela3o 4 indole do delito cometido.³⁹⁹

Ao abordar a problem4tica de viol4ncia de g4nero Ortiz Pradillo argumenta que, se se consegue atr4vés de uma media3o penal que o infrator admita a sua culpa por sua a3o realizada, se se

³⁹⁸ Rodrigues Mourullo, Gonzalo, e Jorge Barreiro, Augustin, *Coment4rios al C3digo penal*, Madrid 1997, p4g. 117.

³⁹⁹ Rodr4guez Ramos, op.s.c., p4g. 240. Ver a jurisprud4ncia: 100/2004 de 26 de setembro, La Ley 13910/2004; 145/2007 de 28 de fevereiro, La Ley 8215/2007; 179/2007 de 7 de mar3o, La Ley 10723/2007.

responsabiliza de suas ações e assuma a devida reparação do dano causado à vítima e à sociedade em geral, não há porque denegar-lhe determinados benefícios jurídicos atenuantes de sua conduta penal.⁴⁰⁰

A aplicação dessa atenuante se baseia em considerações de política criminal. Cogita-se que há menor necessidade de pena sob o ponto de vista da reafirmação do ordenamento jurídico, da prevenção geral e da prevenção especial.⁴⁰¹ O Professor Cerezo Mir esclarece que no novo Código penal já não se fala, com da atenuante de arrependimento ativo como como era considerado no código anterior, de reparar ou diminuir os efeitos do delito, "sino de reparar o disminuir el daño ocasionado a la víctima."

Por sua vez o professor Enrique Orts Berenguer ao analisar o disposto no art. 21, inciso 5º do Código penal Espanhol, explica: "la reparación y la disminucion ha de ser de los efectos del delito, portanto, del conjunto de consecuencias derivadas del hecho criminal y como éstas pueden ser de distinta índole, también la reparación y la disminución pueden ser de distinta naturaleza y no

⁴⁰⁰ Ortiz Pradillo, Juan Carlos, *El Paternalismo del legislador en el enjuicimiento de la violencia de género*, em Justicia Número 1, 2012, Bosch Editor, págs. 372 e 373.

⁴⁰¹ Cerezo Mir, José, *Curso de Direito Espanhol, Parte General II*, Tecnos: Madrid 2001, pág. 155.

sólo económicas (en este mismo sentido, Cordoba)."⁴⁰²

Como bem esclarecem Quintanar Diez e Ortiz Navarro à respeito desse artigo 21.5 do Código Penal que: "por efectos do delito se devem entender as consequências derivadas do fato criminal, autêntico objeto da conduta de reparação ou diminuição."

A reparação e a diminuição devem alcançar, portanto, tanto o dano como os efeitos do delito.⁴⁰³

E indicam esses professores jurisprudência do TS na sentença número 50/2008 de 29 de janeiro que "el artículo 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a celebración del acto del juicio oral."

"La jurisprudencia de esta sala ha entendido que, con independencia del requisito cronológico, la atenuación se basa en razones de política criminal orientada a la protección de la víctima, por lo que ha exigido que la reparación sea significativa o de

⁴⁰² Orts Berenguer, Enrique, *Comentarios al Código Penal de 1995*, organizado por Vives Antón, Tomás S, Valencia 1996, vol. 1, pág. 211.

⁴⁰³ Quintanar Diez, Manuel, e Ortiz Navarro, José Franciso, *Elementos de Derecho Penal, Parte General*, Tirant le Blanch: Valencia 2014, pág. 190, item 1.

cierta eficácia."⁴⁰⁴

A circunstância atenuante está ,também, prevista quanto aos delitos relativos à proteção da flora e da fauna.

O Capítulo IV do Título XVI Livro II do Código Penal espanhol trata dos delitos relativos à proteção da flora e da fauna. O art 339 do CP de 1995 estabelece que os juízes podem motivadamente, ordenar ao autor do fato, medidas a restaurar o equilíbrio ecológico perturbado.

E se o autor reparar o dano, a pena será atenuada conforme dispõe o Artigo 340 desse código que determina : "Si el culpabable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiere procedido voluntariamente a reparar el daño causado los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas."

Os Professores Alfonso Serrano Gómez e Alfonso Serrano Maíllo esclarecem que esta é uma atenuante privilegiada com respeito ao artigo 21.5 porque para as atenuantes genéricas segundo o que dispõe o artigo 66.2 do Código Penal está prevista a aplicação da pena em sua metade inferior. No art. 21, inciso 5 do Código penal espanhol se estabelecem quais os requisitos que devem ser apreciados para a

⁴⁰⁴ Quintanar Diez, Manuel, e Ortiz Navarro, op.s.c., pág. 190.

sua concessão. Porém, o art.340 supra citado nada menciona à respeito da forma, tempo e demais circunstâncias em que o Réu deve reparar o dano causado.⁴⁰⁵

A atenuante poderá ser aplicada no caso de prisão ilegal ou sequestro, nos casos previstos no artigo 163 do Código Penal de 1995/96. Assim, se o réu coloca em liberdade o detento ou o refém dentro dos três primeiros dias de sua detenção, sem que tenha logrado o objetivo a que tenha se proposto, por exemplo, a exigência de que lhe seja paga uma quantia em dinheiro, e desde que o processo ainda não tenha sido iniciado, a pena é diminuída.⁴⁰⁶

Quanto as circunstâncias atenuantes referentes a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a Lei Orgânica 1/2015 de 30 de março de 2015, introduziu o artigo número 31 quater:

"Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales"... , entre outras:

"c) Haber procedido en cualquier momento del

⁴⁰⁵ Serrano Gómez, Alfonso, e Serrano Maíllo, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16^a ed., Dikynson: Madrid 2011, pág. 668.

⁴⁰⁶ Madlener, Kurt, *Wiedergutmachung im Strafrecht*, em Eser, Albin, e Walter, Susanne, Freiburg 2001, vol. 3, pág. 309.

procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito."

5. A isenção de responsabilidade penal em casos de fraude tributária⁴⁰⁷

O artigo 305.1 do Código Penal de 1995 a ao tipificar a fraude tributária considera um teto acima de cento e vinte e mil Euros.

Haverá a isenção de responsabilidade penal sempre que o sujeito que esteja obrigado às dívidas mencionadas no inciso 1 do artigo 305, antes de ser notificado pela Administração tributária, ou que seja oferecida denúncia ou queixa, regularize a sua situação tributária, como estabelecido nos artigos 305.4, 307.3 e 308.4 do Código Penal de 1995.

Quando corresponde ao Estado cobrar quaisquer valores mencionados no Código penal inclusive quanto a responsabilidade civil, este estabelece mecanismos de arrecadação que as vítimas particulares de delito

⁴⁰⁷ O artigo 305.1 do CP 1995 tipifica a fraude tributária assim dispondo: "El que por acción o omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros".

não possuem.⁴⁰⁸

B. Efeitos da reparação do dano no processo penal

1. O papel da reparação no contexto de decisões gerais e especiais do processo

Já desde as origens da codificação do processo penal espanhol se permitiu a acumulação das ações penais e civis.

A Lei de *Enjuiciamiento Criminal* (art. 100) determina que: "de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios por el hecho punible."

O processo penal espanhol, como afirma o Professor Moreno Catena, sempre teve uma especial consideração para com a vítima, pois é permitido que a vítima participe de todo o desenvolvimento do procedimento. Mas, continua, analisando que, a possibilidade da vítima de intervir como parte no processo nem sempre satisfaz o direito das vítimas. Isto também, em termos econômicos, pois que o seu comparecimento no processo deve ser feito através de

⁴⁰⁸ Serrano Gómez, Alfonso, e Serrano Maíllo, Alfonso, op.s.c., págs. 579, 580.

advogado e procurador.⁴⁰⁹

Por isso é aconselhável que seja representada pelo Ministério Público.

O Ministério Público tem a legitimação por substituição da vítima no processo penal para obter a reparação das consequências resultantes do delito à favor da vítima, logrando a devolução da coisa, o ressarcimento dos danos e a indenização dos prejuízos.⁴¹⁰

Existem três possibilidades para quem esteja legitimado ao exercício da ação civil: exercer a ação civil no processo penal, reservar-se o seu direito para exercê-lo posteriormente num processo civil. E, ainda, o ofendido pode renunciar de maneira expressa ao direito de ser compensado pelos prejuízos por ele sofridos com o delito (art. 111 da LECRim).

Esse sistema destaca a simplificação do processo e a importância de uma ideia de unidade na administração da justiça penal e, também, fomenta o interesse da vítima.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Moreno Catena, Víctor, e Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 2ª edição, Editora Tirant lo Blanch: Valencia 2005, pág. 38.

⁴¹⁰ Moreno Catena, Víctor, e Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, op.s.c., pág. 39.

⁴¹¹ Mapelli Caffarena, Borja, op.s.c., pág. 460.

Na "Ley de Enjuiciamiento Criminal" o sistema jurisdiccional se fundamenta no princípio de competência adesiva civil do juiz penal, ou de acumulação heterogênea das ações com a finalidade de que a sentença penal decida definitivamente todas as consequências penais e civis derivadas do fato delitivo.⁴¹²

Segundo decisão do STC 15/2002⁴¹³ ficou claro que, no ordenamento jurídico espanhol o proceso penal não fica limitado ao exercício e conhecimento da ação penal, através da qual se manifesta o *jus puniendi* do Estado, mas, ao contrário, no processo penal pode-se exercitar e decidir-se, também, a ação civil dirigida a satisfazer a chamada responsabilidade civil *ex delicto*, derivada do fato ilícito constitutivo do delito.

Na decisão supra mencionada, ficou clara a determinação de que no processo penal pode-se exercitar e decidir-se, também, a ação civil dirigida a satisfazer a chamada responsabilidade civil *ex delicto*, ou seja a responsabilidade civil derivada de um fato ilícito constitutivo de um delito. E, que além disso, o legislador espanhol por razões de economia processual ou de oportunidade

⁴¹² Rifá Soler, José Maria, e Valls Gombau, José F., e Richard González, Manuel, *Ejercicio de la acción, Questiones Prejudiciales*, en *El Proceso Penal Práctico*, 6ª ed., La Ley, Grupo Wolters Kluwer, pág.96.

⁴¹³ STC 15/2002 de 28 de janeiro.

considera que, uma vez que se exerça a ação penal, se entende ser utilizada, também, a ação civil a não ser que o ofendido tenha renunciado a ação civil ou a tenha reservado de maneira expressa que vai utilizar a via civil após, o termo final do processo penal (art. 112 LECrim).⁴¹⁴

No entanto, quando a sentença for absolutória com a declaração da inexistência do fato delitivo, ficará precluída a ação civil como efeito do estabelecido no artigo 116 da Lei de Enjuiciamiento Criminal.⁴¹⁵

Nos demais casos, a ação civil poderá ser

⁴¹⁴ BOE, n° 52 Suplemento, 1 março 2002 21, Via Internet Acesso em 28.05.2015 4086. Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 15/2002 de 28 de enero de 2002, Recurso de amparo 2613/98.

Essa decisão, esclarece que: "por el contrario, en el proceso penal puede ejercitarse y decidirse también la acción civil dirigida a satisfacer la llamada responsabilidad civil ex delicto, es decir, la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito que es constitutivo de delito o falta. Además, el legislador, por razones de economía o de oportunidad, considera que, ejercitada la acción penal, se entiende utilizada también la acción civil, de forma que salvo que el perjudicado por el hecho delictivo haya renunciado a la acción civil o se haya reservado expresamente esta acción para ejercitarla después de terminado el proceso penal en el correspondiente juicio civil (art. 112 LECrim), la sentencia que ponga fin al proceso penal, en el caso de que sea condenatoria (y excepcionalmente, cuando sea absolutoria en los supuestos del art. 118 del Código Penal) deberá pronunciarse también sobre la responsabilidad civil ex delicto".

⁴¹⁵ "La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer."

exercitada por quem de direito perante a jurisdição e vias civis. Ou seja para proceder contra quem esteja obrigado a restituição da coisa, a reparação do dano ou à indenização dos prejuízos sofridos.

O Tribunal Constitucional espanhol assim, decidiu na sentença n° 17/2008 de 31 de janeiro que, quando numa sentença penal absolutória não se tenha examinado e nem se pronunciado sobre as ações civis derivadas do fato ajuizado no âmbito criminal, nunca poderá produzir efeitos de coisa julgada.⁴¹⁶

Quanto aos danos morais há muita discussão relativamente aos critérios de sua determinação,

⁴¹⁶ BOE, n° 52, de 29 de febrero de 2008, págs. 38 a 43, Sección: Suplemento del Tribunal Constitucional, Departamento Tribunal Constitucional, Referencia: BOE-T-2008-3857: "Sostiene el Fiscal que asiste la razón a los recurrentes en su queja frente a los Autos impugnados en amparo, pues a la vista de la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 15/2002, de 28 de enero, resulta que cuando la sentencia penal, por haber sido absolutoria, no haya entrado a examinar ni se haya pronunciado sobre las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, nunca podrá producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que las acciones civiles quedaron imprejuzgadas. La citada regla sólo sufre una excepción en virtud de lo dispuesto en el art. 116 LECrim, según el cual si la sentencia penal resultó absolutoria precisamente por declarar que no existió el hecho que fue objeto de enjuiciamiento en el ámbito criminal, este pronunciamiento vinculará positivamente al Juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad civil en la existencia del hecho que fue declarado inexistente por la jurisdicción penal. En definitiva, cuando la acción civil no llegó a ser enjuiciada en el proceso penal no puede afirmarse que exista cosa juzgada."

porque nem sempre se traduz numa exata equivalência econômica. Mas, isso não significa que o Tribunal não deva estabelecer os critérios e circunstâncias, que fundamentam a sua quantificação da indenização.⁴¹⁷

2. As Medidas cautelares

As medidas cautelares civis ou reais são aquelas medidas que asseguram a pretensão civil em um processo penal em curso.⁴¹⁸

O Professor Pedraz Penalva define as medidas cautelares reais penais como "aquellas medidas procesales de carácter asegurativo, funcionalmente preordenadas a la tutela de los intereses pecuniarios conexos al hecho ilícito penal, a declarar en la sentencia".⁴¹⁹

Para garantir que as responsabilidades civis sejam satisfeitas, o juiz penal pode exigir que o indiciado preste fiança, ou pode determinar outras medidas a garantir, quer a reparação, quer a

⁴¹⁷ Rifá Soler, José Maria, Valls Gombau, José F., e Richard González, Manuel, *Ejercicio de la acción, Questiones Prejudiciales, El Proceso Penal Práctico*, 6ª ed., La Ley, Grupo Wolters Kluwer, pág. 92.

⁴¹⁸ Gimeno Sendra, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Colex-Espanha 2010, pág. 363.

⁴¹⁹ Pedraz Penalva, Ernesto, *Las medidas cautelares reales en el Proceso Penal Ordinario Español*, 1ª ed., Editorial Trivium: Madrid 1985, pág. 81.

indenização.

Tanto no direito brasileiro como no direito espanhol para serem deferidas as medidas cautelares devem estar presentes os pressupostos de *Fumus Boni Juris* e *Periculum in Mora* (perigo na demora).

O *fumus boni iuris*, o que literalmente significa "fumaça do bom direito", no processo penal significa que um fato que esteja sendo investigado tenha um caráter de delito e a possibilidade de que o indiciado tenha participado do ato delitivo.

No *fumus boni iuris* deve ser demonstrado que há elementos de convicção de que, sobre a pessoa investigada ou processada, possa recair uma condenação penal. Na doutrina muitas vezes se utilizam os conceitos de *fumus boni iuris* e verossimilhança como equivalentes.

Mas, na verossimilhança da alegação, o juiz deve estar convencido de que a prova produzida é inequívoca, e com base nela, o requerente faz jus ao direito que pleiteia.

Portanto, o *fumus boni iuris* juntamente com o *periculum in mora*, são condições para que o requerente obtenha uma medida cautelar.

O perigo na demora é o receio que a demora da decisão judicial cause um dano grave, ou de difícil

reparação ao bem tutelado.

a) Das fianças

A fiança de caráter patrimonial tem como objetivo garantir os efeitos civis do processo penal e as custas do processo, a qual é distinta do tipo de fiança que se dá como garantia da liberdade provisória.

O artigo 589 (LECrim) indica que, quando houver indícios de criminalidade contra uma pessoa, o juiz poderá exigir que o mesmo preste fiança, a qual deve ser suficiente para assegurar as responsabilidades pecuniárias. Se o réu não prestar a fiança, o juiz decretará *embargo de bienes* suficientes para cobrir tais responsabilidades.

A fiança pode ser pessoal, pignoratícia, hipotecária.⁴²⁰

A fiança pessoal consiste em que um terceiro solvente assuma a obrigação de responder com o seu patrimônio as responsabilidades civis que foram contraídas pelo imputado.

Explica Gimeno Sendra que a fiança pignoratícia pode recair sobre um objeto, dinheiro, bens móveis ou títulos de valores.

⁴²⁰ Gimeno Sendra, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, op.s.c, pág. 367.

O atual dispositivo da LECRim, artigo 592, refere-se que a fiança seja ela pessoal, pignoratícia, hipotecária, ou mediante caução poderá constituir-se em dinheiro efetivo, mediante aval que seja solidário de duração indefinida e pagável ao primeiro requerimento emitido pela entidade de crédito ou sociedade de garantia recíproca. O Juiz ou o Tribunal podem determinar, qualquer outro meio, que a seu juízo garantam a disponibilidade da quantidade da qual se trate.

Segundo determina o artigo 592 da LECrim, todo espanhol de boa conduta e que resida nas proximidades do território do Tribunal, que esteja no gozo dos direitos civis e políticos pode ser fiador pessoal. É necessário como para qualquer classe de fiança a determinação do valor pelo qual o fiador há de responder.

Como advertem Rifá Soler, Richard Gonzáles e Riaño Brun, a fiança pessoal é pouco frequente na prática e, é vista com certa prevenção na Lei de *Enjuiciamiento Criminal*, a não ser que o fiador tenha uma solvência notória.⁴²¹

E, ainda esclarece Gimeno Sendra que a fiança hipotecária consiste, como o seu nome indica, na

⁴²¹ Rifá Soler, José María, e Richar Gonzáles, Riaño Brun, Iñaki, *Derecho Procesal Penal*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona 2006, pág. 255.

constituição, com anterior avaliação, de um direito real de hipoteca sobre um determinado imóvel, a qual pode efetuar-se mediante escritura pública ou através de comparecimento judicial "apud acta" (arts. 594, 595).⁴²²

b) "Embargo de bienes"

Havendo nos autos indícios de criminalidade contra uma pessoa, o juiz determinará que ela preste fiança suficiente para assegurar as responsabilidades pecuniárias. Se o réu não prestar fiança, o juiz pode decretar os "embargos de bienes" suficientes para cobrir as responsabilidades pecuniárias.⁴²³

A medida cautelar patrimonial como o nome indica tem por fim, assegurar o cumprimento da responsabilidade patrimonial derivada da conduta punível, prevista na sentença transitada em julgado. Mas, isso constitui uma intromissão *ante iudicium* na esfera do direito de propriedade do sujeito que, provavelmente, deve fazer frente às consequências patrimoniais originadas pela sua conduta

⁴²² Gimeno Sendra, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Colex Espanha 2010 pág. 367. Vide Art. 595 LECrim: "La fianza hipotecaria podrá otorgarse por escritura pública o «apud acta», librándose en este último caso el correspondiente mandamiento para su inscripción en el Registro de la Propiedad".

⁴²³ Vide art. 589 LECrim.

criminosa."⁴²⁴

No entanto, o órgão jurisdicional deve-se ater ao princípio de proporcionalidade ao determinar as medidas cautelares assecuratórias, quer sejam as de conservação satisfação, ou penhora.⁴²⁵

Se o responsável civil não prestar fiança se procederá aos "embargos dos bens" da pessoa que está sendo processada e que sejam suficientes para garantir as responsabilidades pecunárias, mediante a execução civil.⁴²⁶

Assim, para se proceder aos "embargos de bens" (penhora), o réu deve assinalar e oferecer tantos bens quantos sejam suficientes para cobrir as suas responsabilidades civis. Se o réu não for encontrado, o requerimento para a indicação de bens se fará na pessoa de sua mulher, filhos, criados ou pessoas que se encontrem em seu domicílio, conforme

⁴²⁴ Portal Manrubia, José, *La tutela cautelar patrimonial en la jurisdicción penal*, en *Derecho y Proceso Penal* N° 37, Enero-Marzo de 2015, págs. 30 e 31.

⁴²⁵ Portal Manrubia, José, *op.s.c.*, pág. 37.

⁴²⁶ No Direito brasileiro, "Embargos" são uma espécie de recurso (recurso de embargos infringentes, embargos de nulidade, embargos de declaração); podem, também referir-se a ação de embargos por exemplo: embargos de terceiro, embargos à adjudicação ou à arrematação; pode ser, também, uma ordem do juiz (embargo de obra, embargo de navio). Embargos no direito dos povos de língua espanhola tem o sentido de medida constritiva judicial, semelhante à penhora. Vide Sérgio Servulo da Cunha, *Embargos de Terceiro*, Revista de Processo n° 44, pág. 248-263, out/dez/86; em Internet: <http://servulo.com.br/pdf/Embargos.pdf>

disposto nos artigos 597 e 598 na LECrim.

Se nenhum deles fôr encontrado ou se embora, forem encontrados não quiserem indicar bens que pertençam à pessoa que está sendo processada, serão embargados os bens que se repute a ele pertencer, de acordo com a ordem estabelecida no artigo 592 da Lei de *Enjuiciamiento Civil* (LEC). Portanto, se porventura, o réu for encontrado ou não, se procederá a penhora (embargo de bienes).

No caso de serem indicados bens a serem penhorados e se o oficial verificar que os bens indicados não sejam suficientes, este efetuará a penhora de outros bens cujo valor ele considere que seja necessário para cobrir as responsabilidades civis, de acordo com o determinado no artigo 599 da LECrim.

Se durante a tramitação do processo sobrevierem motivos que demonstrem que as responsabilidades pecuniárias possam exceder a quantia pré-fixada, se determinará que a fiança ou o embargo (penhora) sejam ampliados, conforme determina o artigo 611 da LECrim.

3. O papel da reparação na imposição das decisões judiciais

Quanto ao TÍTULO V "De la responsabilidad

civil derivada de los delitos y de las costas procesales" o item 1 do artigo 109 do Código Penal, restou modificado pela Lei Orgânica 1/2015, de 30 de março, determinando que, a prática de um ato descrito pela lei como delito obriga a reparar, nos termos previstos em leis, os danos e prejuízos por ele causados.

Por sua vez, o artigo 127 do Código Penal espanhol, também, modificado, estabelece no item 1 que, toda pena que se imponha por um delito doloso acarretará a perda dos resultados que dele provenham e dos bens, meios ou instrumentos com que se tenha preparado ou executado o cometimento do delito, assim como, dos lucros provenientes do delito, quaisquer que sejam as transformações os quais tenham sofrido.

O item 2 desse artigo refere-se a casos de delitos cometidos por imprudência. Esse inciso dispõe que, nos casos em que a lei preveja a imposição de uma pena privativa de liberdade superior a um ano pela prática de um delito imprudente, o juiz ou tribunal poderá determinar: a perda dos resultados que provenham do mesmo; e a dos bens, meios ou instrumentos com que se tenha preparado o seu cometimento; assim como dos lucros provenientes do delito, quaisquer que sejam as transformações que tenha havido.

É interessante observar em uma sentença recente prolatada em 22 de abril de 2015⁴²⁷ ainda não transitada em julgado, do juiz brasileiro Sérgio Moro, ao decidir sobre denúncia formulada pelo Ministério Público Federal pela prática de crimes de lavagem de dinheiro (art. 1º, caput, inciso V, da Lei nº 9.613/1998) e de crimes de pertinência a grupo criminoso organizado (art. 2º da Lei nº 12.850/2013), houve condenação ao confisco de bens e em quantia elevada quanto à reparação dos danos.

É interessante notar que esse magistrado brasileiro indica doutrina e jurisprudência espanhola "em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros" como se verifica do item 348 de sua decisão abaixo transcrita:

"348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da common law, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual. (os julgados do STE podem ser

⁴²⁷ Sentença da 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, Estado do Paraná, Brasil, Ação Penal Nº 5026212-82.2014.4.04.7000/PR que envolve a PETROBRAS. Sentença publicada em: <https://conjur.com.br/dl/sentença-lava-jato.pdf>, na qual indica jurisprudência espanhola.

accesados a través do site
www.poderjudicial.es/jurisprudencia/nocache=503):

"La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificar-se -- salvo improbable confesión-- por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse 'el mundo de la droga'.

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer

saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo."

Com base nesses argumentos continua o Juiz em sua decisão no item 350:

"350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual."

"Com base no art. 387, IV, do CPP, fixo em R\$ 18.645.930,13 o valor mínimo necessário para indenização dos danos decorrentes dos crimes, a serem pagos à Petrobras,..."

O valor supra mencionado da condenação à reparação dos danos em Reais (moeda brasileira) equivalia por ocasião da sentença aproximadamente a seis milhões de Euros.

4. A "conformidad" do acusado no processo penal

Um dos pontos principais da "conformidad" é a

economia processual ou seja, conseguir a finalização antecipada do processo, com o objetivo de descongestionar o volume de assuntos pendentes. No entanto, não oferece as garantias de um processo completo.⁴²⁸

Mas, se pode aduzir, também, outras finalidades, ou seja a de se estimular a imediata reparação à vítima, a ressocialização do acusado, o direito a um processo sem protelações indevidas "y el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso."⁴²⁹

Como observa Butrón Baliña: "El afán de solventar un elevado número de casos penales a través de la negociación que puedan entablar el MF y la defensa puede ocasionar, en algunos casos, que por parte de aquél se descuide su obligación de velar por los derechos de la víctima (artículo 781 LECrim)."⁴³⁰

E, em vista disso, quem sofreu um dano muitas vezes não vê que o seu prejuízo seja reparado de forma satisfatória.

O Professor Gimeno Sendra manifestando-se a respeito do instituto da "conformidad" no processo

⁴²⁸ Butrón Baliña, Pedro, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, Madrid 1998, pág.158.

⁴²⁹ Butrón Baliña, Pedro, op.s.c., pág.158.

⁴³⁰ Butrón Baliña, Pedro, op.s.c., pág.206.

que a lei introduziu mais um tipo de conformidad⁴³¹. E explica que, a conformidade é um ato processual que compreende antes de tudo uma declaração de vontade que dê por fim a um processo penal já iniciado (sentença do Tribunal Supremo de 8 de março de 1995).⁴³² E acrescenta que, a "conformidad" constitui uma manifestação do princípio de oportunidade.

No procedimento de "juicios rápidos" a vantagem seria a de se evitar nos casos de delitos de bagatela, as idas e vindas do réu ao tribunal como por exemplo, nos delitos de trânsito.

No sistema espanhol de acusação popular e de acumulação da ação civil e penal, a 'conformidad' se converte, também, em um estímulo à pronta reparação à vítima. Na prática, se o acusado quer evitar a realização da audiência ("juicio"), está, também, interessado em reparar o dano ao prejudicado, a fim

⁴³¹ Gimeno Sendra, Vicente, *La conformidad "premiada" de los juicios rápidos*, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciário, Año 1, n° 5, La Ley: Madrid 2004, pág. 1: "La Ley Orgánica de 8/2002 introdujo una conformidad más en la ya frondosa selva de conformidades de nuestro proceso penal (2 en el sumario ordinario, a través de la variante "negocial" del artículo 787.2 en el procedimiento abreviado y 2 ordinarias más una nueva en conclusiones en el procedimiento ante el jurado - art. 50 LOTJ), que por ésta y otras muchas más causas, está exigiendo la reforma total de nuestro LECrim."

⁴³² Gimeno Sendra, Vicente, *La conformidad "premiada" de los juicios rápidos*, La Ley, Revista de Derecho penal procesal y Penitenciário, págs. 1-34, Madrid, Año 1 (2004), n° 5.

de que, ele não compareça e solicite uma pena superior a seis anos. Em tal caso a '*conformidad*' não será procedente, devendo-se instalar a audiência oral."⁴³³

Ainda menciona o Profesor Gimeno Sendra: "a circular 1/1989, da "Fiscalía del Tribunal Supremo," proferida em aplicação da L07/1988, recomenda ao Ministério Público que, na hora de redatar o escrito de acusação, leve em conta outros fins do processo, distintos da atuação do '*jus puniendi*', tal como o enunciado da reparação à vítima, ou a própria ressocialização do acusado, buscando fórmulas de '*consenso*' entre acusação e defesa a fim de que se solucione o conflito individual e social, que originou a comissão do delito".

5. "Juicios rápidos"

Através da Ley orgânica N° 8 de outubro 2002 e da Ley N° 38 de outubro de 2002 introduziu-se na Espanha, também, uma nova modalidade de acordo ("*conformidad del acusado*") que conduz a uma redução de um terço da pena proposta pelo Ministério Público.

Mas, pode ocorrer que o Réu concorde com o Ministério Público no que se refere aos aspectos de sua responsabilidade penal, mas, que negue a sua

⁴³³ Gimeno Sendra, Vicente, op.s.c., pág. 8.

responsabilidade civil, ou que considere a quantia solicitada pelo acusação como excessiva, ou mesmo, que não esteja de acordo com as bases propostas pelo Promotor para calcular a importância relativa a responsabilidade civil na execução da sentença.

Pode ser, também, que o terceiro responsável civil não concorde com a responsabilidade que contra ele se propõe solicitada, ou não concorde, com as bases propostas pelo Ministério Público, para calcular a importância relativa a responsabilidade civil na execução da sentença. Nestes casos, se deve reportar ao que dispõem os artigos 655, 695 e 700 da LECrim, que são aplicáveis ao procedimento abreviado (art. 758 LECrim) e também, aos "Juicios rápidos". (art. 795.4 LECrim)⁴³⁴

Assim, um importante direito da vítima em um "juicio rápido" será o de reclamar a indenização pelos danos e prejuízos ocasionados pelo delito cometido pelo acusado, reportando-se ao artigo 109 LECrim.

A Regulamentação do procedimento abreviado nada prevê quanto aos efeitos da conformidade sobre as responsabilidades civis derivadas do fato punível.

⁴³⁴ Cachon Cadenas, Manuel, e Cid Molina, José, *Conformidad del Acusado y penas alternativas a la prisión*, en Los Juicios Rápidos (I) (1), págs. 1 e 4, Diario La Ley de 08 de julio de 2003.

Em face do silêncio legal, se acude em caráter supletivo aos artigos 655 e 695 LECrim, na hipótese de que o acusado não concorde com a responsabilidade civil.⁴³⁵

Assim dispõe o artigo 655 dessa lei na parte final:

"Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad."

6. A revogação da suspensão da execução da pena

A suspensão da execução da pena poderá ser revogada conforme determina o atual artigo 86 do CP entre outras determinações conforme letra d) se o condenado prestar informações inexatas sobre o paradeiro dos bens ou objetos cujo confisco tenha sido acordado; que não dê cumprimento ao compromisso de pagamento das responsabilidades civis as quais houvera sido condenado, salvo que careça de capacidade econômica para isso.

O item 3 do artigo 86 prevê que em caso de revogação da suspensão, os gastos que o condenado

⁴³⁵ Rifá Soler, José Maria, Valls Gombau, José F., e Richard González, Manuel, *El procedimiento abreviado*, en *El Proceso Penal Práctico*, 6^a ed., La Ley, Grupo Wolters Kluwer: Madrid, pág. 911.

houvera realizado para reparar o dano causado pelo delito conforme determinado no n° 1 do artigo 84, não lhe serão restituídos. "Em caso de revogação da suspensão, os gastos que o condenado houvera realizado para reparar o dano causado pelo delito conforme o item 1 do artigo 84 não serão restituídos.

"Sin embargo, el juez o tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a las medidas 2ª y 3ª."

O novo artigo 308bis, 2ª do CP determina que o juiz ou o tribunal revogarão a suspensão e ordenarão a execução da pena, além dos pressupostos do artigo 86 quando o condenado não cumpra o compromisso de pagamento da dívida tributária ou com a Seguridade Social. Também, se revoga a suspensão se o condenado deixar de restituir as subvenções e ajudas indevidamente recebidas ou utilizadas.

É ainda causa de revogação da suspensão, se o condenado deixar de cumprir ao pagamento das responsabilidades civis, se tiver a capacidade econômica para isso, ou ainda se houver prestado informações inexatas ou insuficientes sobre o seu patrimônio. Nestes casos, o juiz de vigilância penitenciária poderá denegar a concessão da

liberdade condicional.

C. Das ajudas públicas às vítimas carentes por parte do Estado

1. Fundos Públicos

Quando o delinquente ou os obrigados civilmente responsáveis não puderem satisfazer a indenização resultante do delito se confere ao Estado essa obrigação. Já nos anos setenta o Conselho de Europa através do Convênio Europeu relativo a indenização às vítimas de infrações violentas, de 24 de novembro de 1983, teve como objetivo desenvolver sistemas de indenização pública.⁴³⁶

Na Espanha a Lei N° 35 de 11 de dezembro de 1995⁴³⁷ de ajudas e assistência às vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual veio a suprir a determinação do Código Penal de 1848 no seu art. 123.

O artigo 1° dessa Lei estabeleceu um sistema de ajudas públicas em benefício das vítimas diretas e indiretas de crimes dolosos contra a vida que resultaram em morte ou lesões corporais graves, e se resultou em danos graves na saúde física ou mental.

⁴³⁶ Sanz Hermida, Ágata, *Víctimas de delitos, Derechos, Protección, y asistencia*, Ed. Iustel: Madrid 2009, pág. 126.

⁴³⁷ Última modificación: 30 de diciembre de 2014.

As vítimas de delitos contra a liberdade sexual mesmo que se tenham perpetrado sem violência, podem ser, também, beneficiadas pelas ajudas contempladas nessa Lei.

Há de se deixar claro, que não se trata de indenização pelo Estado, porém, a lei foi construída sob o conceito de ajudas públicas, referindo-se diretamente ao princípio de solidariedade, em que se inspira. A lei regula as ajudas econômicas às vítimas de delitos violentos e de outro lado, se ocupa da assistência às vítimas de todos os tipos de delitos.⁴³⁸

Na Espanha o pedido de ajudas será dirigido ao Ministério de Economia e Fazenda conforme disposto no artigo 9 dessa Lei. O artigo 5º da lei esclarece que, a ajuda econômica é incompatível com a indenização de danos e prejuízos que forem determinadas por sentença judicial.

E, ainda o artigo 10 prevê a concessão de ajudas provisórias como se vê determinado no item nº 1, antes de que a sentença transite em julgado e que ponha fim ao processo penal, desde que se comprove a precária situação econômica que resultou à vítima ou aos seus beneficiários.

a) Subrogação do Estado nos direitos da vítima

⁴³⁸ Lei nº 35 de 11.12.1995, na Exposição de Motivos.

Porém, como se depreende do artigo 13 da Lei nº 35 de 11.12.1995, o estado se subroga nos direitos que assistem à vítima ou beneficiários contra o obrigado civilmente pelo delito, até o total do montante da ajuda provisória ou definitiva.

Além disso, o artigo 14 dispõe que o Estado poderá exigir o reembolso total ou parcial da ajuda concedida, quando por decisão transitada em julgado se declarar a inexistência do delito (a), ou quando a vítima posteriormente, ou os seus beneficiários, obtiverem a reparação total ou parcial do prejuízo sofrido, nos três anos seguintes à concessão da ajuda (b), ou quando os dados forem falsos ou deliberadamente incompletos, ou a ajuda for obtida por meios fraudulentos (c), ou quando a indenização reconhecida na sentença seja inferior a ajuda provisória (d).

Quanto à assistência às vítimas, prevê essa lei no seu artigo 16, que o Ministério da Justiça procederá à implementação de escritórios de assistência às vítimas em todas as sedes de Juizados e Tribunais e do Ministério Público na quais as necessidades o exijam.

O Estado se subroga de pleno direito no valor total, da ajuda provisória ou definitiva, recebida pela vítima ou pelos seus beneficiários.⁴³⁹

⁴³⁹ Soto Nieto, Francisco, *Ajudas a las victimas de los*

Não se entende então, porque se defende o ponto de vista que essa ajuda não é indenização, e porque o Estado não pode substituir o réu civilmente responsável, se tem o direito de subrogar-se até o total das importâncias das ajudas?

b) Fundos públicos para a ajuda às vítimas carentes

Muito se tem falado sobre fundos públicos para a indenização do dano causado pelo delito.

Porém, na Espanha a Lei N° 35 de 11 de dezembro de 1995 supra mencionada, é uma lei de ajudas públicas, cujas ajudas são providas por fundos públicos, mas, devem distinguir-se da indenização. Alguns autores afirmam que não cabe admitir-se ou dizer, que esse sistema pelo qual o Estado assume a prestação econômica a favor da vítima, seja uma indenização.

Já, que como diz Francisco Soto Nieto:⁴⁴⁰ "éste no puede asumir sustitivamente las indemnizaciones debidas por el culpable ni abarcar el daño moral provocado por el delito" (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2a. n. 1579/1997 de 19 de diciembre).⁴⁴¹

delitos violentos, su relación con el processo penal, Tomo de Jurisprudencia 2 / 1998, La Ley: Madrid 1998, pág. 1885. Soto Nieto, Francisco, op.s.c., pág. 1885.

⁴⁴⁰ Soto Nieto, Francisco, op.s.c., pág. 1884.

⁴⁴¹ Actualidad Penal, n° 46, 14-20 de diciembre de 1998, pág. 2.096, Circular N° 21 de 27/10/1998 de la Fiscalía General

Por outro lado no direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 245 determina: "A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do delito". Neste caso não se fala em ajudas, mas a assistência às vítimas de delitos, desde que sejam necessitadas de recursos.

Ora, o Estado, pode substituir o responsável civil, como qualquer terceiro pode substituí-lo no que se refere à reparação do dano. O que se afigura, é que o Estado por faltar-lhe meios econômicos não quer assumir a substituição, embora tenha o direito de reversão, mas poderia substituir o responsável civil do delito.

O que existe na Espanha são programas a nível estatal de simples assistência às vítimas de delito e não indenizatórias, marcadas por limitações econômicas ou de pessoal.⁴⁴²

Se tem considerado que uma pessoa física, nacional ou estrangeira, que tenha sofrido danos corporais e que não tenha obtido uma indenização

del Estado.

⁴⁴² Landrove Díaz, Gerardo, *Victimologia*, Valencia 1990, pág. 118.

efetiva por outros meios, tenha direito à receber indenização do Estado.⁴⁴³

Observe-se que, não se fala de danos morais ou psicológicos, mas tão somente de danos corporais, deixando claro que nesses mecanismos, o Estado se subroga nos direitos das vítimas contra as pessoas responsáveis pelo delito. Esse autor menciona que se considera imprescindível a criação de um *Fondo Nacional de Garantías para Víctimas de Delitos (Fongavid)*.⁴⁴⁴

D. Responsáveis civis subsidiários

O fato delitivo cometido por um menor pode acarretar responsabilidades civis decorrentes do dano causado por sua conduta. Quando ele mesmo não possa responder, devido a sua situação de dependência econômica dos pais são estes, os que deverão responder civilmente pelos atos infracionais cometidos pelo menor. O mesmo se o filho for maior de dezoito anos, mas ainda sob a pátria potestade dos pais, a fim de que a obrigação de indenizar os danos e prejuízos causados pelo evento danoso, recaia sobre o seu patrimônio pessoal.

Os pais ou tutores assumem a responsabilidade civil de indenizar os danos resultantes de atos

⁴⁴³ Landrove Díaz, Gerardo, op.s.c., pág. 115.

⁴⁴⁴ Landrove Díaz. Gerardo, op.s.c., Pág. 116.

ilícitos cometidos por seus filhos ou tutelados menores e inclusive, pelos delitos cometidos pelos maiores de dezoito anos e que estiverem vivendo em sua companhia e sob a sua pátria potestade ou tutela se estes houverem agido por culpa ou negligência.

É o que se depreende do artigo 120 do Código Penal.

Toda pessoa que possa ser qualificada como autora de um delito previsto nas normas penais ou que seja cúmplice, qualquer que seja a forma ou grau de sua participação será responsável civilmente pelos danos causados a outrem, e estarão sujeitas a reintegração, restituição de bens, indenização ou reparação.

A sentença condenatória deve fixar a cota correspondente a cada um porém, porém, o Código Penal não determina de que modo será feita a divisão das cotas, cujo valor seria de responsabilidade de cada um dos condenados.

Assim, o artigo 120 do CP, que foi modificado, estabelece que, também, são responsáveis civilmente, em lugar daqueles que sejam criminalmente responsáveis: se houver culpa ou negligência dos pais ou tutores pelos danos e prejuízos causados pelos delitos cometidos pelos maiores de dezoito anos sujeitos a sua *patria potestade* ou tutela e que vivam em sua companhia.

O legislador quis se referir àquelas pessoas que embora, tenham atingido a maioridade civil aos 18 anos, continuam sob a pátria potestade ou tutela e, que, não podem dirigir a sua própria vida civil.⁴⁴⁵

Da mesma forma são responsáveis civis, as pessoas físicas e também, as pessoas jurídicas que sejam titulares de editora, jornais, revistas, estações de rádio ou de televisão ou de qualquer outro meio de difusão escrita, falada ou visual, pelos delitos cometidos utilizando os meios dos que são titulares.⁴⁴⁶

No entanto, deixando a salvo, o disposto no art. 212 CP que determina que, em caso de injúria ou calúnia será responsável civil solidariamente, a pessoa física ou jurídica proprietária de órgão de informação, através do qual, se propagou a notícia.

3º Também são responsáveis civis, as pessoas físicas ou jurídicas se num estabelecimento ocorrer fato punível criminalmente por desobediência, quer seja de seus titulares, dirigentes ou administradores, ou ainda de seus dependentes ou empregados, que tenham infringido normas da polícia ou disposições da autoridade, de tal forma que o

⁴⁴⁵ Art. 120 1º CP.

⁴⁴⁶ Art 120 2º CP.

fato punível não teria ocorrido sem tal infração.⁴⁴⁷

4° Qualquer que seja o gênero de indústria ou comércio as pessoas físicas ou jurídicas responderão pelos delitos, que os seus empregados ou dependentes, representantes ou gestores no cometem no exercício de suas obrigações e serviços.⁴⁴⁸

5° As pessoas físicas ou jurídicas, também, respondem civilmente, quando na utilização de veículos suscetíveis de oferecer riscos para terceiros, por seus dependentes ou representantes, ou pessoas autorizadas de utilizá-los, pelos danos decorrentes de delitos cometidos, quando de sua utilização.⁴⁴⁹

A responsabilidade penal é personalíssima, por outro lado, a responsabilidade civil é ultra pessoal e é transmissível."⁴⁵⁰

Eclarece Gómez de Liaño que o denunciante necessário nos chamados delitos "semi públicos" não são acusadores privados.

Estes delitos são: a violação, o estupro, rapto, abusos desonestos, delitos fiscais, a injúria e a calúnia, seja por escrito ou por publicidade (art.43 CP). Nesses casos é necessário a denúncia da

⁴⁴⁷ Art 120 3° do Código Penal

⁴⁴⁸ Art 120 4° do Código Penal

⁴⁴⁹ Art 120 5 do CP verificar

⁴⁵⁰ Gómez de Liaño González, Fernando, *El Proceso Penal*, 5ª ed. corrigida, Editorial Forum: Oviedo Espanha 1997, pág. 90.

pessoa e não a queixa. Essa denúncia vai originar posteriormente, a intervenção do Ministério Público que ostenta a posição de parte acusadora.⁴⁵¹

Em caso de acidentes de trânsito, as companhias de seguros de veículos são responsáveis diretos por terem assumido a responsabilidade contratualmente (art. 117 do CP).⁴⁵²

O Professor Gimeno assinala que como diz o TS, que os princípios "*ubi es emolumentum, ibi onus esse deber así como el de creación del riesgo y, de modo más distante, las culpas in eligendo, in vigilando e in educando*, constituyen el fundamento de la responsabilidad civil subsidiária, la qual es consecuencia de la declaración de una previa responsabilidad civil principal ajustada a los dictados del art. 116.1 del CP."⁴⁵³

Por sua vez a *Lei de Enjuiciamiento Criminal* regula em seu Título X do Livro II sob a epígrafe da responsabilidade civil de terceiras pessoas, e indica qual o procedimento pelo qual se declare a responsabilidade civil, em consonância com os artigos respectivos do Código Penal, ou ainda por

⁴⁵¹ Gómez de Liaño González, Fernando, *El Proceso Penal tratamiento jurisprudencial*, 3ª ed., Editorial Forum: Oviedo 1992, pág. 90.

⁴⁵² Ver Lei 301/1995, Ordenación de Seguro Privado.

⁴⁵³ Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor e Cortés Domínguez, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex: 2001.

haverem participado a título lucrativo dos efeitos do delito.

O juiz exigirá fiança da pessoa contra quem resulte a responsabilidade, conforme determinado no artigo 116 LECrim.⁴⁵⁴ Por sua vez, a lei prevê que pessoa a quem se exige fiança ou cujos bens foram embargados, poderá manifestar-se por escrito expondo as razões pelas quais deseja que não lhe considere como responsável civil, a qual pode apresentar inclusive as provas que tiver (artigo 616 LECrim). Embargos aqui, tem o sentido de constrição judicial.

Será formada uma peça em separado, para tudo o que for relativo à responsabilidade civil de terceiro e dos incidentes que disso resultarem, ou a restituição de coisas que se acharem em seu poder, conforme determina o artigo 619 LECrim.

Observe-se, que não se poderá verificar a restituição ao seu dono, dos instrumentos e objetos do delito, em nenhum caso, até que se tenha celebrado a audiência oral, conforme determina o artigo 620 LECrim, última parte.

E. O Estatuto da Vítima do delito

A Lei N° 4/2015 de 27 de abril unificou em

⁴⁵⁴ Rifá Soler, José Maria, Valls Gombau, José F., e Richard González, Manuel, *Medidas Cautelares en El Proceso Penal Práctico*, 6ª ed., La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, págs. 792 e seguintes.

um só texto legislativo o catálogo dos direitos da vítima, e entrou em vigor recentemente.

Como esclarece Gómez-Colomer referindo-se ao Projeto do Estatuto da Vítima que ora, se transformou em lei: "En resumen, este derecho de la víctima consiste en recibir de la autoridad competente información, desde el primer contacto que se produzca con ella, sin dilaciones indebidas y adaptada a su persona y al delito cometido..."⁴⁵⁵

E, continua Gómez Colomer, analisando o Projeto do Estatuto da Vítima, que um dos direitos da vítima conforme o artigo 13 é o de recorrer de decisões proferidas durante a execução da pena. E continua explicando, que isso pode radicar na jurisprudência do Tribunal Supremo espanhol que afirma, modernamente, que a pena ao lado da sua finalidade constitucional de ressocialização, tem uma finalidade retributiva, o que daria "pié a la intervención de la víctima".⁴⁵⁶

Com efeito o Tribunal Supremo espanhol referindo a acumulação de condenações assim esclarece: "Tales provisiones se orientan a reconocer la necesidad de evitar con carácter

⁴⁵⁵ Gómez Colomer, Juan Luís, *Los aspectos del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima*, em Derecho y Proceso Penal, N° 37, Janeiro a Março 2015, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona Espanha, pág. 191.

⁴⁵⁶ Gómez Colomer, Juan Luís, op.s.c., pág. 201.

general que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir el contrario de lo que que señala el artículo 25.2 de la Constitución (RCL 1978 2836) como fines a los que deben estar orientadas las penas privativas de libertad (STS Núm. 1996/2002, de 25 de noviembre, RJ 2002, 10796). Sin embargo, la resocialización del delincuente aunque no es una finalidad prescindible, en la orientación que debe seguir la ejecución, no es el único fin de la pena privativa de libertad por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente reconocidos como la retribución o especialmente y en mayor medida los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial.⁴⁵⁷

Sob o mesmo teor já havia decidido o Tribunal Supremo da Espanha:

"Sin embargo, la resocialización del delincuente, aunque no es una finalidad prescindible en la orientación que debe seguir la ejecución, no es el único fin de la pena privativa de libertad, por lo que tal objetivo no debe hacerse incompatible con otros fines de la pena tradicionalmente

⁴⁵⁷ Repertório de Jurisprudencia 2012, Volume XI, Primeira Edição (TOMO LXXVIII), Thomson Reuters Aranzadi 2013, Pamplona Espanha, pág. 9869.

reconocidos, como la retribución o especialmente, y en mayor medida, los efectos que de ella se pretenden en orden a la prevención general y especial."⁴⁵⁸

Segundo a Norma N° 2012/29/UE do Parlamento Europeo e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, se estabeleceram as normas mínimas sobre os direitos, o apoio e a proteção das vítimas de delitos, o que foi acolhido pela Lei espanhola, observadas as características da sociedade espanhola.

Em seu Preâmbulo a Ley N° 4/2015, de 27 de abril no item III, indica que:

"O presente Estatuto da Vítima do Delito tem a vocação de ser o catálogo geral dos direitos, processuais e extraprocessuais, de todas as vítimas de delitos, não obstante as remissões a norma especial em matéria de vítimas com especiais necessidades ou com especial vulnerabilidade."

Também, se esclarece que, quando se trata de menores, há uma obrigação, de que o interesse superior do menor atue como modo de guia durante o processo penal, para orientar qualquer medida e decisão que se tome em relação a um menor, quando

⁴⁵⁸ Roj: STS 392/2011 Tribunal Supremo, N° de Recurso: 10585/2010 N° de Resolución: 12/2011. Acessado em 25.05.2015, Buscador de Jurisprudencia en Consejo General del Poder Judicial.

ele seja vítima de um delito. Neste sentido, a adoção das medidas de proteção do Título III, e especialmente a não adoção das mesmas, devem estar fundamentadas no interesse superior do menor.

O Estatuto parte de um conceito amplo de vítima de qualquer delito e qualquer que seja a natureza do prejuízo físico, moral ou material que lhe tenha atingido. Compreende-se assim, nesse sentido à vítima direta, mas, também às vítimas indiretas, como familiares ou assemelhados.

1. Dos direitos básicos da vítima

O Título I dessa nova lei, a Lei N° 4/2015, explicita sobre os Direitos básicos da Vítima.

Conforme determina o artigo 4° a vítima tem o direito de entender e de ser entendida.

Em seu artigo 5° se destaca o direito da vítima à informação desde o seu primeiro contacto com as autoridades competentes.

A nova Lei explicita em que consistem estes direitos no artigo 5° os quais podem ser assim resumidos:

a) Medidas de assistência e apoio disponíveis quer sejam médicos, psicológicos ou materiais, e o seu procedimento para obtê-las.

b) Direito a denunciar.

c) Procedimento para obter assessoramento e defesa jurídica e se for o caso que possa obtê-la gratuitamente.

d) Possibilidade de solicitar medidas de proteção e o procedimento de como fazê-lo.

e) Indenizações às quais tenha direito e qual o procedimento para reclamá-las.

f) Serviços de interpretação e tradução disponíveis.

g) Ajudas e serviços de comunicação auxiliares que estejam disponíveis.

h) Procedimento por meio do qual a vítima possa exercer os seus direitos, caso resida fora da Espanha.

i) Recursos que possa interpor contra as decisões que considere contrárias a seus direitos.

j) Dados dos contactos com a autoridade encarregada da tramitação do procedimento.

k) Serviços de justiça restaurativa disponíveis, nos casos em que seja legalmente possível.

l) Pressupostos nos quais possa se fundar para obter e reembolso dos gastos judiciais e se for o caso o procedimento para reclamá-lo.

m) Direito de efetuar uma solicitação para que seja notificada das decisões. A vítima deverá indicar um endereço electrónico, e se não o possuir

que indique o seu endereço postal ou do seu domicílio, para o qual serão remetidas as comunicações e notificações pela autoridade.

Como ensina García Ramírez, no ordenamento jurídico espanhol para garantir o direito da vítima à informação o artigo 109 LECrim oferece em caráter geral, ações para todos os ofendidos pelo delito.

Tais direitos estão, também, contemplados em outros procedimentos, como no abreviado em sede policial (art. 771.1a. LECrim); pelo secretário judicial quando a vítima aparecer pela primeira vez perante o Juizado; nos "juicios rápidos" (797.1. 5ª LECrim), nos "juicios de faltas" (art. 962.1 e 964.1 LECrim, no procedimento perante o jurado (art. 25. 2. LOT), ou no de menores (art.4 LORPM).

O art. 15 da Ley 35/95 de 11 de dezembro de ajudas e assistência às vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual, prevê, que os juízes, promotores públicos, autoridades e funcionários públicos, também, tem a obrigação de prestar informações às vítimas.⁴⁵⁹

O Novo Estatuto da Vítima legitima também, a vítima de solicitar na fase de execução, que se imponham ao liberado condicional regras de conduta

⁴⁵⁹ García Rodríguez, Manuel José, *Análisis del nuevo Estatuto de la víctima del delito: Retos y oportunidades* em Revista de Derecho y Proceso Penal, Thomson Reuters, Pamplona 2015, n° 38 Janeiro a Junho 2015, pág. 29.

que possam ser consideradas necessárias à sua segurança, e que preste informações sobre as responsabilidades civis derivadas do delito.

Mas essa participação da vítima está circunscrita a exercê-la perante o Juizado de Vigilância Penitenciária.

Critica-se no entanto, que no Novo Estatuto não se previu, a intervenção da vítima na tramitação da execução da pena perante o órgão sentenciador, e que a vítima seja notificada da concessão da suspensão ou substituição das penas privativas de liberdade ao réu, para que se querendo, possa (Arts., 80, 88 e 89 CP) impugná-las.⁴⁶⁰

Sensibilizar a todos os profissionais que desenvolvem funções no âmbito do sistema de justiça penal é uma peça chave imprescindível, para conseguir-se na prática forense uma real eficácia na aplicação de um tal ambicioso catálogo de direitos e boas práticas, que representa o novo estatuto. Os operadores do direito devem então, estar convencidos de que, sem a cooperação ativa de todos, o Estatuto da Vítima estará condenado ao fracasso. Esse novo Estatuto reforça a proteção dos direitos da vítima e se lhes oferece uma melhor resposta às suas necessidades e interesses legítimos que constituem

⁴⁶⁰ García Rodríguez, Manuel José, op.s.c., pág. 36.

um dos fins do processo penal.⁴⁶¹

No entanto, nos parece que um catálogo tão extenso de direitos básicos da vítima, o difícil mesmo é a sua implementação.

2. Os serviços de Justiça Restaurativa

O Artigo 15 dessa nova Lei prevê como direito da vítima os serviços de justiça restaurativa, com a finalidade de se obter uma adequada reparação material e moral dos prejuízos derivados do delito, desde que se cumpram determinados requisitos enumerados a saber:

a) que o infrator haja reconhecido os fatos essenciais dos quais deriva a sua responsabilidade;

b) que a vítima tenha prestado o seu consentimento, depois de haver recebido informação exhaustiva e imparcial sobre o seu conteúdo, seus possíveis resultados e os procedimentos existentes para fazer efetivo o seu cumprimento;

c) que o infrator tenha dado o seu consentimento;

d) que o procedimento de mediação não contenha um risco para a segurança da vítima, nem exista o perigo de que o seu envolvimento possa causar novos prejuízos materiais ou morais para a vítima;

⁴⁶¹ García Rodríguez, Manuel José, op.s.c., págs. 53, 58.

e) não esteja proibida pela lei para o delito cometido.

Explica Gómez Colómer que a mediação penal se desenvolve fora do processo penal, mas que a sua decisão incide diretamente nele, isto porque se houver acordo, o processo termina, pelo menos de forma parcial. Esta mediação, é chamada intraprocessual porque o processo penal já está em andamento e todavia não terminou mediante sentença transitada em julgado, é a mais importante na prática porque é o usual, dado que os delitos públicos exigem a sua persecução pelo princípio de necessidade.⁴⁶²

E questiona Gómez Colomer que numa lei de mediação penal deveria haver uma lista de *numerus clausus*, indicando para quais delitos se permitiria a solução alternativa. Pois política criminal, os princípios de legalidade, de oportunidade, tem um papel distinto à persecução judicial do delito.⁴⁶³

Observe-se que, foi acrescentado o artigo 109bis à "Ley de Enjuiciamiento Criminal" devido a disposição final da Ley N°4 de 27 de abril de 2015, dispondo que as vítimas de delito que não renunciarem aos seus direitos podem exercer a ação penal em qualquer momento antes de tramitar a

⁴⁶² Gómez Colomer, Juan Luis, op.s.c., pág. 218.

⁴⁶³ Gómez Colomer, Juan Luis, op.s.c, pág. 219.

qualificação do delito.⁴⁶⁴

Portanto, se as vítimas não houverem renunciado aos seus direitos poderão exercer a ação penal em qualquer momento antes do trâmite da qualificação do delito.

O acordo ao reparar simbólica ou materialmente a vítima, permite reintegrar o infrator levando-o a um ato de arrependimento. Consequentemente, busca-se restaurar a comunidade afetada. Em relação à vítima os acordos procuram a satisfação e a reparação dos aspectos tanto materiais como morais causados pelo delito aceitando as desculpas e o perdão.

Aceitam-se, também, que o autor do delito aceite compensar a vítima com dinheiro ou mesmo a efetuar algum trabalho que seja combinado entre as partes.⁴⁶⁵

Sob o nosso ponto de vista isto é muito difícil, porque depois da vítima ser atingida em seus bens, ou em sua própria integridade física ou moral que admita ainda, que o Réu lhe preste algum serviço para compensar os danos por ele causados.

⁴⁶⁴ Ley nº4/2015, de 27 de abril, Ref. BOE-A-2015-4606, publicado em 28/04/2015, em vigor a partir del 28/10/2015.

⁴⁶⁵ Gordillo Santana, Luis F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, 1ª ed., Iustel Portal Derecho S.A.: Madrid 2007, pág. 73.

Como explica Gordillo Santana referindo-se a acordos sobre a reparação de danos, que esta faz parte de um conceito de justiça negociada, mas não por ser ela mais rápida porém significa, também, uma redução de custos. O importante na Justiça Restaurativa é que ela se situa no centro do Direito penal e dele necessita para decidir o que é um delito, quem é o autor e quem é a vítima.⁴⁶⁶

PARTE TERCEIRA: RESUMOS

I. Resumo da Parte Primeira em português

Da reparação do dano causado pelo delito no direito brasileiro

A. A legislação vigente

1. Normas básicas constitucionais sobre a reparação do dano

A Constituição Federal garante que nenhuma pena passará da pessoa do delinquente, mas que a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens poderá se estender aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (art. V inciso XLV).

As normas básicas da Constituição Federal de

⁴⁶⁶ Gordillo Santana, Luis F., op.s.c., pág. 71.

1988 referente a obrigação de reparar o dano se encontram no art. 5º incisos V, X e XLV:

Art. 5º V: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

Art. 5º X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Art. 5º XLV: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"

Um norma importantíssima é o artigo 245 da CF que se encontra entre os últimos preceitos da Constituição e determina sob o título "Das disposições constitucionais gerais" que : "A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito."

Até agora falta, sem dúvida o Regulamento

para se colocar em prática e este mandamento da Constituição, e que o projeto de Lei apresentado pelo Senado Federal (PL N° 3.503 de 2004), que se encontra atualmente na Câmara dos Deputados, se transforme em Lei. É urgente que sejam definidos quais são os direitos das vítimas de atos criminosos, necessitadas de recursos, e que se regule o artigo 245 da Constituição Federal para criar o "Fundo Nacional de Assistência à Vitimas de Crimes Violentos (FUNAV)"

2. Normas do Código Penal

No Código Penal existem vários preceitos para estimular a reparação do dano:

a) em caso de arrependimento posterior, em casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, se a reparação do dano ou a restituição da coisa for efetuada até o recebimento da denúncia, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de acordo com o que dispõe o artigo 16 do Código Penal.

b) a reparação do dano constitui sempre uma atenuante conforme dispõe o art. 65-III-b CP: "ter o agente...procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do

juízo, reparado o dano;"

c) no caso de substituição de penas privativas de liberdade, quando se trata da conversão de penas restritivas de direitos, o parágrafo primeiro do art. 45 do Código Penal prevê que, a prestação pecuniária consiste em pagamento de quantia em dinheiro à vítima, seus dependentes ou a entidade pública ou privada. O montante do valor pago será deduzido do valor apurado em uma eventual condenação em ação civil de reparação, se os beneficiários forem os mesmos.

d) Segundo o art. 78 §º 2º do Código Penal o juiz, durante a suspensão condicional da pena (sursis), pode conceder várias vantagens "se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo".

e) Para que se conceda o "livramento condicional" (suspensão da execução da pena), a reparação dos danos é condição necessária ao infrator condenado judicialmente a pena privativa de liberdade, salvo se se demonstra a impossibilidade econômica do delinquente (art. 83 IV CP).

f) no caso de peculato culposo, conforme se verifica no artigo 312 parágrafo terceiro, se o funcionário concorre culposamente no delito de outro, se a reparação do dano se produz antes da

sentença condenatória transitada em julgado, extingue-se a punibilidade; em caso de reparação posterior a pena imposta é reduzida na metade.

3. Normas do Código de Processo Penal

Galdino Siqueira já dizia em 1932, que a reparação do dano devia ser uma função do juiz criminal, ou provocada pelo Ministério Público, ou de ofício, se não seria uma ilusão, para os ofendidos desprovidos de recursos materiais.⁴⁶⁷

Agora, perseguindo esta ideia de Galdino Siqueira, passadas mais de sete décadas, a Lei N° 11.709 do 20 de julho de 2008 alterando o Código de Processo Penal, instituiu em seu artigo 387 inciso IV que o juiz na sentença fixará um valor mínimo para a reparação do dano. No entanto, deve-se levar em conta as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça de que se necessita pedido formal para que o juiz ou o Tribunal determinem este valor mínimo. Conseqüentemente, o juiz penal deveria informar às vítimas de seus direitos a reparação do dano, a fim que apresentem os seus pedidos formalmente.

Recentemente, no mes de julho de 2015, em uma ação espetacular contra empresários envolvidos no assunto da Companhia Estatal Petrobras, o Ministério

⁴⁶⁷ Siqueira, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, Rio: 1932, 2ª ed., págs. 717 e segts.

Público Federal, ao apresentar a sua acusação, requereu como reparação mínima, o dobro do valor das "propinas" pagas, ou seja mais de 7 bilhões de Reais (aproximadamente dois bilhões de EUROS). No entanto, é mister aguardar a decisão do juiz, se receberá essa denúncia e o que ele decidirá no processo. Porém, pode ser que daqui para a frente, a prática judicial avance, quanto a fixar um valor mínimo do dano na sentença condenatória.

Outras normas importantes referentes à reparação do dano no Código de Processo Penal são os seguintes:

a) Havendo sentença penal condenatória transitada em julgado, a vítima, seu representante legal ou os seus herdeiros poderão promover contra o réu a execução da reparação do dano no juízo civil (Art. 63 CPP).

b) A vítima pode, antes de que a sentença penal tenha transitado em julgado, formular perante o juízo civil a competente ação para obter a reparação do dano contra o autor do crimes ou, se for o caso contra o responsável civil (art. 64 CPP). Porém, o juiz civil pode suspender a ação civil até o julgamento definitivo da ação penal (art. 64 parágrafo único CPP).

c) Mesmo havendo sentença absolutória no

juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta, se não tiver sido categoricamente reconhecida a inexistência material do fato (art. 66 do CPP).

d) Quando o titular do direito à reparação do dano (art. 32 §§ 1º e 2º), não puder prover às despesas do processo sem privar-se dos recursos que lhe sejam indispensáveis ao seu sustento e ao de sua família, o Ministério Público, promoverá e execução da sentença condenatória (artigo 68 CPP).

e) A restituição, como meio de reparação do dano, pode ocorrer mesmo na fase do inquérito policial e na esfera Penal. Em caso de dúvida sobre quem seja o verdadeiro dono, o juiz remeterá a partes ao juízo cível (art. 120 § 4º CPP).

f) A parte interessada, pode requerer no juízo penal as medidas assecuratórias (cautelares).⁴⁶⁸

g) O art. 143 do CPP determina que: passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos de hipoteca ou seqüestro remetidos ao juízo cível (art.63).⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 2º vol., 5ª ed., SP 1979, pág. 23.

⁴⁶⁹ A Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008 alterou dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos.

h) O art. 144 do CPP determina que os interessados, ou o Ministério Público (quando lhe couber promover a hipoteca legal, seqüestro de imóvel, seqüestro de móvel, se houver interêsse da Fazenda Pública, ou se o ofendido pobre o requerer (arts. 142, 134 e 137 do CPP) poderão requerer no juízo cível, as medidas assecuratórias previstas nos arts. 134, 136 e 137.

4. Normas referentes a danos causados por Menores

A Constituição Federal, no artigo 228, estabelece que "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial" e, em conformidade com a norma constitucional, o regime de infrações do Estatuto da Criança e do Adolescente não segue a sistemática típica do Direito Penal, baseada em tipos penais e penas mínimas e máximas para cada delito. O ECA não faz referência a penas ou crimes praticados por adolescentes, mencionando apenas infrações e medidas socioeducativas, que não são individualizadas pelo estatuto para cada conduta específica. Não há menção no ECA sobre "responsabilidade penal".

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social, ou qualquer forma de discriminação, passaram a serem

considerados como sujeitos de direitos, em sua «peculiar condição de pessoas em desenvolvimento» e a quem se deve assegurar «prioridade absoluta» na formulação de políticas públicas e destinação privilegiada de recursos nas dotações orçamentárias das diversas instâncias político-administrativas do País.⁴⁷⁰

As medidas sócio-educativas indicadas no art. 112 da Lei 8069/90 podem ser as seguintes: advertência; reparação do dano; prestação de serviços à comunidade; liberdade assistida; semiliberdade; internação.

O Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁷¹ considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre doze e dezoito anos. A legislação contém várias normas especiais para a reparação de danos causados por essas pessoas menores.

O adolescente infrator, autor de conduta contrária à Lei penal, deverá responder à um procedimento para que se determine o ato por ele infringido, e se for comprovada a autoria e a materialidade do fato, lhe será aplicada uma medida sócio-educativa prevista no "Estatuto da Criança e

⁴⁷⁰ [https://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto da Criança e do Adolescente](https://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto_da_Criança_e_do_Adolescente).

⁴⁷¹ Lei N° 8.069, de 13 de julho de 1990.

do Adolescente". A "criança" que pratica um ato contrário à Lei penal estará sujeita somente à aplicação de uma medida protetiva, também prevista no referido estatuto.

O Estatuto de Menores determina em seu art. 112 II, que, verificada a prática do ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente entre outras medidas a obrigação de reparar o dano.

Também, quando se trata de um ato com "reflexos patrimoniais", a autoridade poderá determinar que o adolescente restitua a coisa, efetue o ressarcimento do dano, ou de outra forma compense o prejuízo causado à vítima, conforme dispõe o art. 116 do Estatuto.

Em caso de manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra, como vem determinado no parágrafo único desse artigo.

Imposta pelo juiz a medida sócio-educativa, seja ela definitiva ou provisória, seja através da decisão homologatória da remissão (art. 181 § 1º do ECA), seja através de outra sentença, inicia-se a execução que é judicial.

Por sua vez o Código Civil brasileiro determina no art. 932 inciso I, ao tratar da

reparação civil, que os pais são responsáveis pela reparação civil dos atos causados pelos seus filhos menores que estiverem sob a sua autoridade e em sua companhia.

Segundo o art. 935 do Código Civil, se prevê que a responsabilidade civil é independente da criminal, e não se pode questionar a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões hajam sido decididas no juízo criminal.

Assim, se no Estatuto da Criança e do Adolescente tenha sido reconhecido que o menor haja praticado ato infracional, não se pode mais discutir, na esfera civil, a ocorrência do ilícito, sendo certa a obrigação de indenizar.

5. A Justiça Restaurativa

Em 2006 a Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados propôs um projeto PL N° 7.006/06 para facilitar os procedimentos da justiça Restaurativa na justiça criminal, ou seja nos casos de crimes e contravenções penais.

O art. 2° deste projeto dispõe que: "Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conhecidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a

vítima e o autor do fato delitivo, e quando apropriado outras pessoas ou membros da comunidade, que participem coletiva e ativamente na solução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, em um ambiente estruturado, denominado de núcleo de justiça restaurativa”.

A expressão “facilitadores” não parece adequada, mesmo porque existe no Código Penal a criminalização de agentes que facilitam ou induzem a alguém à prática de determinados delitos, por exemplo os delitos previstos em os artículos 231 de pessoas que promovem ou facilitem a entrada de alguém, ou a saída ao exterior para exercer a prostituição. Também se utiliza a expressão facilitar no art. 61 II b CP que se define como agravante quando o agente comete o crime para facilitar ou assegurar a execução, a impunidade ou a vantagem de outro crime.

Por isso, seria conveniente a utilização de outra expressão para designar aquelas pessoas, que serão intermediárias na justiça restaurativa, e não a expressão facilitadores. Se poderia por exemplo utilizar a expressão assessores para os profissionais que atuarão na justiça restaurativa.

O Relator desse Projeto de Lei para regular a justiça Restaurativa na Câmara dos Deputados

esclarece que “esse procedimento visa a solução negociada entre o autor do fato, a vítima e os representantes da comunidade”.⁴⁷²

B. Necessidade de reformas

1. O combate contra a morosidade da Justiça

A Justiça brasileira no ano de 2012 se iniciou com um número acumulado de 64 milhões de processos que, somados aos 28,2 milhões que ingressaram no transcurso daquele ano, fizeram com que o Poder Judiciário chegasse ao nível de de 92,2 milhões de processos em tramitação, o que equivale a um aumento do 4,3% naquele ano.

Em termos relativos, os casos novos foram os que mais cresceram naquele ano, com um aumento de 8,4%. No ano de 2012 houve 24.762.048 decisões.⁴⁷³

Com esse acúmulo de processos, por mais que se tentem com meios paralelos de solução de conflitos, a possibilidade de realização efetiva para todos esses casos não parece ser muito promissora. Entretanto, nota-se que há um esforço para que haja uma melhora na prestação jurisdicional ao cidadão, mas há, sem dúvida a necessidade de

⁴⁷² O Projeto encontra-se com o relator Deputado Lincoln Portela.

⁴⁷³ Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, Sumário 2013: Justiça em números, pág. 9; ver em www.cnj.jus.br

colaboração de todos que laboram no sistema.

O juiz federal criminal Sérgio Moro, responsável em primeira instância, pelas ações do processo cuja operação policial se denominou de "Lava Jato" contra incontáveis dirigentes de grandes empresas envolvidos num grande escândalo da empresa estatal Petrobrás, durante palestra que ele proferiu no 10º "Congresso Internacional da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo" (Abraji), em São Paulo, ele fez críticas à morosidade do Poder Judiciário brasileiro, e afirmou que: "A Justiça, quando tarda muito, não é uma completa Justiça". Moro afirmou, também, que: "O sistema tem de funcionar como regra. Deve haver uma reforma para que esses casos não sejam exceções". "Nosso sistema é muito lento, ineficiente e moroso", dizia o juiz. "É ainda mais ineficiente em relação ao crime de colarinho branco", e continuou: "Precisamos mudar o sistema legal do país".⁴⁷⁴

Através da recente Lei de Mediação (2015) se poderá aperfeiçoar uma medida Restaurativa do futuro. Os esforços são inumeráveis, tanto por parte do legislador em criar meios para diminuir o número de processos e assegurar a tramitação mais rápida, como do Poder Judiciário para fomentar, organizar e

⁴⁷⁴ Nelson Antoine/Frame/Folhapress, Por: Carolina Farina 03/07/2015 às 15:58, atualizado em 03/07/2015 às 16:17, Site da Revista Veja, www.veja.com.br

tramitar um grande número de processos através da Lei dos Juzados Especiais Cíveis e Criminais desde 1995, para a justiça comum, e para a justiça Federal desde 2001. Os resultados até agora são apenas parcialmente positivos.

O problema da efetividade da reparação do dano tem sido tratado através de diversas leis, e após a volta à democracia procurou-se implementá-las, e novas leis foram aprovadas. Porém, ainda não se encontrou uma medida adequada para a efetividade da reparação do dano como tem sido delineado e desejado. Entretanto, pode-se observar, que a Via Restaurativa está sendo implementada paulatinamente em diversos Estados brasileiros e a perspectiva é de um real efeito tanto preventivo como na reparação dos danos causados pelo delito.

2. A necessidade de um fundo de compensação

Muitas das que hoje se pretendem como novas idéias já são conhecidas no Direito brasileiro há muito tempo.

Quando escrevemos o presente trabalho, tivemos como objetivo mostrar o que há de pioneiro, o que há de original no que se refere à reparação do dano no Direito brasileiro, porém, também a necessidade de sua reforma. Porém, o ponto mais

importante a favor das vítimas será a instituição e real funcionamento de um fundo de compensação às vítimas de delitos, com normas adequadas e seguras.

Os problemas não são apenas de instituir Fundos para a reparação do dano, mas como gerir, controlar e aplicar os valores que ingressarem nesses fundos.

Existe um Projeto de Lei do Senado Federal, que se encontra atualmente na Câmara dos Deputados⁴⁷⁵, que define quais são os direitos das vítimas de atos delitivos, carentes de recurso, o qual se destina a regulamentar o art. 245 da Constituição Federal para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vitimas de Crimes Violentos (FUNAV). Ainda agora em 2015, o projeto encontra-se na Mesa da Câmara para a sua aprovação. Um dos objetivos da lei seria assegurar que, a vítima obtenha rapidamente a restituição dos seus objetos e pertences pessoais apreendidos pela autoridade policial, e obter do autor do crime por meio de procedimentos simplificados a consequente reparação dos danos causados pelo delito (art. 2º VI, IX).

Ademais, o projeto prevê que a União dará assistência financeira às vitimas de crimes dolosos ou à seus herdeiros e dependentes necessitados, consistente no pagamento de uma quantia única, sem

⁴⁷⁵ Projeto de Lei N° 3503 de 2004.

necessidade de que se comprove a autoria do crime ou que o procedimento penal esteja terminado (art. 4º IV, parágrafo único). Para tal fim os fundos deverão ser provenientes do "Fundo Nacional de Assistência a as Vítimas de Crimes Violentos" (FUNAV).

O que sem dúvida deveria ser reestudada, é a multa reparatória, que já constava no anteprojeto do Código Penal de 1981 e que consta no Código de Trânsito brasileiro, já que as multas reparatórias poderiam ser destinadas ao FUNAV. Além disso, o confisco dos bens do produto e do proveito do crime podem ser efetivados, poderiam, também, reverter o seu valor ao fundo, uma vez que a sentença tenha sido transitada em julgado.

II. Resumo da parte segunda em português: "Aspectos da reparação do dano causado pelo delito no Direito espanhol"

A obra clássica, conhecida como o "Código de las Partidas" contém inúmeras lei, classificação dos delitos, natureza das penas, e procedimentos no que se refere ao juízo criminal.⁴⁷⁶

O título XIV da Sétima Partida que trata *Dos Furtos* já mencionava o direito à restituição ou indenização contra ladrão. De mais a mais a

⁴⁷⁶ Gutiérrez Fernández, Benito, *Exámen Histórico del Derecho Penal*, Sanchez Editora: Madrid 1866, págs. 163 e 164.

reparação, dependendo das circunstâncias do fato ou da participação dos culpados, poderia ser fixada em dobro ou mais. Na Lei n° VIII menciona-se inclusive, que a pena deveria atender a maior ou a menor gravidade do delito, para impor-se a pena proporcional, e se fôsse pecuniária, deveria ser dada menor ao pobre do que ao rico e de modo que a pudesse cumprir.⁴⁷⁷

A transição para o Direito penal moderno e para o desenvolvimento da Ciência do Direito penal foi, também, introduzida durante o Iluminismo.

Lardizábal já enfatizava que, um dos objetivos essenciais da pena é a segurança e tranqüilidade dos cidadãos e o ressarcimento ou reparação do prejuízo causado tanto à ordem social como aos particulares.

A ideia codificadora, surgiu com o triunfo da Ilustração ou seja, no último terço do século XVIII. Pelos documentos encontrados é possível conhecer o processo codificador espanhol, pois em 1787, foi elaborado um Plano do código criminal.

D. Carlos IV determinou que se fizesse uma nova recopilação. Nessa coleção o direito penal encontra-se no 4° Livro do "Fuero Real", no 8° das "Ordenanzas reales", no 9° da "Nueva Recopilación" e

⁴⁷⁷ Gutierrez, op.s.c., pág. 201, e Alcubilla, op.s.c., págs. 660 e 661.

na Sétima Partida.⁴⁷⁸ No Livro XII, Título XLI, da Novíssima Recopilação trata-se "Das pecuniárias". Assim foi publicada no ano de 1805 a "Novíssima Recopilação".

A lei n. XXI N° 5, determina: "A las personas pudientes se las impondrán penas pecuniárias em lugar de afflictivas de cárcel ó detención, y otras de semejante naturaleza por delitos leves."⁴⁷⁹

A repercussão que os juristas espanhóis tiveram no mundo durante os séculos do Império Hispânico, foi reconhecido por autores alemães como F. Schaffstein e H. von Weber. Pacheco já dizia que : "Todo delito constutuye un mal social, y la maior parte de las veces un daño a alguna persona. El primer hace necesario el castigo, el segundo la reparación."

Ao mencionar as fontes que inspiraram o Código de 1848, Pacheco menciona entre outras, "Y el de Brasil, cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicar-se".⁴⁸⁰

Pode-se dizer que a Origem do Desenvolvimento da Moderna Ciência do Direito Penal Espanhol deu-se

⁴⁷⁸ Gutierrez, op.s.c., pág. 223.

⁴⁷⁹. *Novíssima Recopilación de las Leyes de España*, mandada formar pelo Senhor Rei Don Carlos IV, Tomo V, Livros X, XI y XII, Título XLI, Ley XXI 5°, 1805, pág. 520, reimpressão, Boletim Oficial do Estado, Editora Rivadeneyra: Madrid 1976.

⁴⁸⁰. Pacheco, Joaquin Francisco, op.s.c., fls. LXII.

com a virada do século XIX para o século XX. A doutrina italiana e a alemã, exercem então, grande influência na Espanha.

O Código Penal de 1928 esteve em vigor por um período de menos de dois anos. O que foi notavelmente novo, foi a consideração sobre prejuízos morais (artigo 75), bem como o pagamento de reparação em prestações ou em renda vitalícia (art. 83). Há, também, a idéia de reparação com meios públicos: 75% das multas penais deveria estar à disposição do Presidente do Supremo Tribunal, que deveria utilizá-los para a reparação dos danos às vítimas de êrros judiciários e de delitos (art. 183).

Há de observar-se nas legislações posteriores, que novamente foi estabelecido a responsabilidade por danos morais (artigo 104 do Código penal de 1944). Daí em diante não surgiram mais modificações substanciais.

O Código Penal espanhol de 1995 em seu artigo 34 determina no número 3, texto mantido pela Lei orgânica de 30 de março de 2015, que as privações de direitos e as sanções reparadoras que as leis civis e administrativas estabeleçam não se reputarão como penas. A responsabilidade penal, como por exemplo, a pena de trabalhos comunitários pode consistir em um

trabalho de reparação dos danos (art. 49 do Código Penal).

Os Juizes ou Tribunais ao declararem a existência de responsabilidade civil, estabelecerão motivadamente em suas decisões, quais as bases em que fundamentam o valor dos danos e indenizações, podendo fixá-lo na própria decisão ou no momento de sua execução, conforme determinado no artigo 115 do Código Penal.

Na Espanha a Lei N° 35 de 11 de dezembro de 1995 de ajudas e assistência às vítimas de delitos violentos e contra a liberdade sexual⁴⁸¹ em seu artigo 1° estabeleceu um sistema de ajudas públicas em benefício das vítimas diretas e indiretas de crimes dolosos contra a vida que resultaram em morte ou lesões corporais graves, e se resultou em danos graves na saúde física ou mental.

A Lei N° 4/2015 de 27 de abril unificou em um só texto legislativo o catálogo dos direitos da vítima, formando o Estatuto da Vítima do Delito.

Mas, a indenização de prejuízos materiais e morais compreenderão não somente aqueles causados à vítima, mas, também, a seus familiares ou a terceiros conforme vem disposto no artigo 113.

Os prejuízos que forem consequências diretas

⁴⁸¹ Última modificación: 30 de diciembre de 2014.

do fato delituoso são indenizáveis. Para que se possa estabelecer legalmente a responsabilidade civil procedente da infração penal é indispensável que se prove não somente a existência do dano e do prejuízo, mas que estes sejam oriundos diretamente do delito.⁴⁸²

O propósito do legislador espanhol em resguardar os direitos da vítima, está na vanguarda de muitas legislações européias e, inclusive, também, em relação ao Brasil. O Estatuto da Vítima recém publicado traz um grande elenco de garantias à vítima, quer nacionais quer estrangeiras, e que se encontrem dentro do território espanhol. O Estatuto abrangeu diversas legislações esparsas, reunindo em uma só lei a proteção da vítima de forma efetiva.

Procurou-se neste trabalho indicar referências ao direito espanhol, apontando-se como a legislação espanhola se preocupou com o tema da reparação dos danos desde as "Siete Partidas", para que assim, pudessemos estabelecer um paralelo com o desenvolvimento histórico brasileiro da reparação do dano desde as Ordenações Filipinas.

Observamos, no decorrer deste estudo a grande preocupação que o legislador espanhol sempre teve em

⁴⁸² Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*. Ver, também: 747/2002 de 23 de abril, La Ley 5960/2002, op.s.c., pág. 563.

dar um lugar à vítima no processo penal, e cada vez mais, colocando a vítima num papel de preponderância, tirando-a do lugar de parte olvidada no processo penal e colocando-a num papel de particular importância, merecendo especiais cuidados que a justiça e a sociedade devem dedicar-lhe.

Como afirmava Ihering que numa idéia tão simples por ele desenvolvida, "de que a lesão de direito põe em jogo não apenas um valor pecuniário, mas representa uma ofensa ao sentimento de justiça, que exige reparação."⁴⁸³

E é esse espírito de justiça e de solidariedade que se depreende da legislação espanhola a fim de que a vítima reencontre as bases para uma satisfação de seu direito violado pela comissão do delito.

III. Resumen de la parte primera en español: "La reparación del daño causado por el delito en el Derecho brasileño"

A. La legislación vigente

1. Normas básicas constitucionales sobre la

⁴⁸³ Ihering, Rudolf von, *A luta pelo Direito*, Tradução do alemão *Der Kampf um's Recht*, de Richard Paul Nieto, Editora Rio: Rio de Janeiro 1975, pág. 109.

reparación del daño en el Derecho brasileño

La Constitución Federal de 1988 garante que ninguna pena pasará de la persona del delincuente, pero que la obligación de reparar el daño y el decreto sobre la pérdida de los bienes podrá estender-se contra sus sucesores y contra ellos ejecutadas, hasta el límite del valor de la herancia (art. V inciso XLV).

Las normas básicas de la Constitución Federal de 1988 referente a la obligación de reparar el daño se encuentran en el art. 5° V, X e XLV:

Art. 5° V: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;"

Art. 5° X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Art. 5° XLV: "nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;"

Una norma importantísima es el art. 245 que

se encuentra entre las últimas preceptos de la Constitución y expone bajo el título "Das disposições constitucionais gerais": "A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito."

Hasta hora falta un reglamento para que sea colocado em prática esse mandato de la Constitución, y que el Proyecto de Ley presentado por el Senado Federal (PL N° 3.503 de 2004), que se encuentra actualmente en la Cámara de los Diputados, se transforme en ley. Es urgente que sean definidos cuales son los derechos de la víctimas de hechos criminosos, necesitadas de recursos y que se regule el artículo 245 de la Constitución Federal para crear el "Fundo Nacional de Assistência à Vitimas de Crimes Violentos (FUNAV)".

De otra parte, por primera vez, una Constitución brasileña trata del medio ambiente - un capítulo entero (Capítulo VI) - y establece una serie de normas destinadas a su protección.

Las obras o actividades que puedan causar degradación ecológica deberán ser precedidas de estudios de impacto ambiental para su aprobación, y

los delitos contra la naturaleza pasan a ser contravención penal. El infractor sufrirá sanciones penales y administrativas y tendrá además de reparar los daños causados conforme dispone el artículo 225 párrafo 3° de la Constitución Federal.⁴⁸⁴

La Constitución de 1988 en el art. 37, inciso XXII, § 6°, repite además la disposición sobre la reparación de los daños causados por las personas de derecho público como previsto en la Constitución de 1967 (del régimen militar) y en la llamada Constitución de 1969 (Emenda Constitucional N°1), pero, incluye, también a las personas jurídicas de derecho privado prestadoras de servicios públicos, que responderán por los daños que sus agentes, en esa calidad, causaren a terceros, asegurando el derecho regresivo contra el responsable en los casos de dolo o culpa.

2. Normas del Código Penal

En el Código Penal existen varios preceptos para estimular la reparación del daño:

a) En caso de arrepentimiento posterior, en casos de crímenes cometidos sin violencia o grave amenaza, si la reparación del daño o la restitución

⁴⁸⁴<http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/historia/a6republica.html> e CF Capítulo VI.

de la cosa se efectua hasta la recepción de la denuncia, por acto voluntario del agente, la pena será reducida de uno a dos tercios, de acuerdo con lo que dispone el artículo 16 del Código Penal.

b) La reparación del daño constituye siempre una atenuante conforme dispone el art. 65 III b CP: "ter o agente procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;"

c) En el caso de sustitución de penas privativas de libertad, cuando se trata de la conversión de penas restrictivas de derechos, el párrafo primero del art 45 del Código Penal prevé que, la prestación pecuniaria consiste en el pago en dinero a la víctima, sus dependientes o a entidad pública o privada. El monto del valor pago será deducido del valor en una eventual condena en acción civil de reparación, se los beneficiarios son los mismos.

d) Según el art. 78 § 2° CP el Juez, durante la suspensión condicional de la pena (sursis), puede conceder varias ventajas "se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo".

e) Para que a un infractor condenado judicialmente a una pena privativa de libertad se

conceda el "livramento condicional" (una suspensión de la ejecución de la pena), la reparación de los daños es una condición necesaria, salvo si se demuestra la imposibilidad económica del delincuente (art. 83 IV CP).

f) En el caso de peculato culposo, artículo 312 párrafo tercero, si el funcionario concurre culposamente en el delito de otro, si la reparación del daño se produjese antes de la sentencia condenatoria firme, extingue la punibilidad; en caso de reparación posterior se reduce la pena impuesta a mitad.

3. Normas del Código de Proceso Penal

Galdino Siqueira decía ya en 1932, que la indemnización debía ser una función del juez criminal, o provocada por el ministerio fiscal, o de oficio, si no sería una ilusión, para los ofendidos desprovistos de recursos materiales.⁴⁸⁵

Ahora, persiguiendo esta idea de Galdino Siqueira, pasadas más de siete décadas, la Ley n° 11.709 del 20 de julio de 2008 alteró el Código de Proceso Penal e instituyó en su artículo 387 inciso IV que el juez en la sentencia fijará un valor mínimo para la reparación del daño. Sin embargo, se

⁴⁸⁵ Siqueira, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, Rio: 1932, 2ª ed., págs. 717 e segts.

debe tener en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia, de que se necesita un pedido formal, para que el Juez o Tribunal determine este valor mínimo. Consecuentemente el Juez penal debería informar a las víctimas de sus derechos a la reparación del daño para que presenten sus peticiones formalmente.

Por tanto, recientemente, en el mes de julio de 2015, en un caso espectacular contra empresarios envueltos en el asunto de la Compañía Estatal Petrobras, el Ministério Público Federal, cuando presentó su acusación, pidió como reparación mínima el doble del valor de las "propinas" pagadas, es decir más de 7 billones de Reais (aproximadamente dos billones de EURO). Habrá que esperar si el Juez recibe la denuncia y lo que decida en el proceso, pero podría ser que la práctica judicial se adelante en cuanto a la fijación mínima del valor del daño.

Otras normas importantes referentes a la reparación del daño en el CPP son las siguientes:

a) La víctima puede, antes de que la sentencia penal sea firme, formular en el juicio civil la competente acción para la indemnización del daño contra el autor del crimen o, si fuera el caso, del responsable civil (art. 64 CPP). Intentada la acción penal, el juez civil puede suspender la

acción civil hasta que se haga el juicio definitivo de la acción penal (art. 64 párrafo único CPP).

b) Habiendo sentencia penal condenatoria firme, la víctima, su representante legal o sus herederos podrán promover contra el reo la ejecución en el juzgado civil de la reparación del daño (art. 63 CPP).

c) En caso de sentencia absolutoria en el juicio criminal, la acción civil podrá ser propuesta cuando no haya sido categóricamente reconocida la inexistencia material del delito (art. 66 CPP).

4. Normas referentes a daños causados por Menores

El "Estatuto da Criança e do Adolescente"⁴⁸⁶ considera niño (criança) la persona hasta doce años de edad incompleta, y adolescente la persona entre doce y dieciocho años. La legislación contiene varias normas especiales para la reparación de daños causados por estas personas menores.

El adolescente infractor, autor de conducta contraria a la ley penal, deberá responder en un procedimiento para la declaración del acto infraccional, y si es comprobada la autoría y la materialidad del hecho, será aplicada una medida socioeducativa prevista en el "Estatuto da Criança e

⁴⁸⁶ Ley n° 8.069, del 13 de julio de 1990.

do Adolescente". La "criança" que practica un acto contrario a la ley penal estará sujeta solamente a la aplicación de una medida protectora, también prevista en el referido estatuto. El Estatuto de Menores determina en su art. 112 II, que verificada la práctica del acto infraccional, la autoridad competente podrá aplicar al adolescente entre otras medidas la obligación de reparar el daño.

También, cuando se trata de un acto con "reflexos patrimoniais", la autoridad podrá determinar que el adolescente restituya la cosa, efectue el resarcimiento del daño, o de otra forma compense el perjuicio de la víctima, conforme dispone el art. 116 del Estatuto. En caso de manifiesta imposibilidad, la medida podrá ser sustituida por otra, como viene determinado en el párrafo único de este artículo.

El Código Civil brasileño determina en el art. 932 que trata de la reparación civil:

I que los padres son responsables de la reparación civil de los actos causados por los hijos menores que estuvieren bajo su autoridad y en su compañía.

Son también responsables:

II el tutor y el curador, por los pupilos y

pródigos, que se encuentren en las mismas condiciones.

Según el art. 935 del Código Civil, que prevé que la responsabilidad civil es independiente de la criminal, no se pueden cuestionar la existencia del hecho, o quien sea su autor, cuando estas cuestiones ya han sido decididas en el juicio criminal. Así, si en el Juicio de la Infancia y de la Juventud (antes Juizado de Menores) ha sido reconocido que el menor ha practicado un acto infraccional, no se puede más discutir, en la esfera civil, la concurrencia del ilícito, sendo cierta la obligación de indemnizar.

5. La Justicia Restaurativa

En 2006 la Comisión de Legislación Participativa de la Cámara de los Diputados ha propuesto un proyecto de ley (PL n° 7.006/06) para facilitar los procedimientos de la Justicia Restaurativa en la justicia criminal, o sea en casos de crímenes y contravenciones penales.

El art. 2° de este proyecto dispone que: "Considera-se procedimiento de justicia restaurativa el conjunto de prácticas y actos conocidos por facilitadores, comprendiendo encuentros entre la víctima y el autor del hecho delitivo, y cuando apropiado otras personas o miembros de la comunidad

afectados, que participan colectiva y activamente en la resolución de los problemas causados por el crimen o por la contravención, en un ambiente estructurado, denominado núcleo de justicia restaurativa”.

La expresión “facilitadores” no parece adecuada, mismo porque existe en el Código Penal la criminalización de agentes que facilitan o inducen a alguien a la práctica de determinados delitos, por ejemplo los delitos previstos en los artículos 231 de personas que promueven o facilitan la entrada de alguien, o la salida al exterior, para ejercer la prostitución. También, se utiliza la expresión facilitar en el art. 61 II b CP que define como agravante cuando el agente comete el crimen para facilitar o asegurar la ejecución, la impunidad o una ventaja de otro crimen.

Por eso sería conveniente la utilización de otra expresión para designar aquellas personas que serán intermediarias en la justicia restaurativa, y no la expresión facilitadores. Se podrá por ejemplo utilizar la expresión asesores para los profesionales que actuarán en la justicia restaurativa.

El Relator del Proyecto de Ley para regular la Justicia Restaurativa en la Cámara de los

Diputados esclarece que "ese procedimiento visa la solución negociada entre el autor del hecho, la víctima y representantes de la comunidad".⁴⁸⁷

La Justicia Restaurativa es una política basada en la Resolución n° 125/2010 del Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para estimular la búsqueda de soluciones extrajudiciales para la resolución de conflictos. Debía ser utilizada en cualquier etapa del proceso criminal o civil, buscando la aproximación entre víctima, agresor, sus familias y la sociedad, para obtener la reparación de los daños causados por un crimen o una infracción, y la solución de situaciones de conflicto y violencia. Bajo estos principios la Justicia brasileña viene siendo alentada por el CNJ.

El Consejo Nacional de Justicia en el mes de mayo de 2015 ha hecho una campaña nacional de Justicia Restaurativa en Brasil, en conjunto con la Asociación de los Magistrados Brasileños (AMB). El proyecto tiene como objetivo principal la pacificación de conflictos, la difusión de prácticas restaurativas y la disminución de la violencia, estimulando la búsqueda por soluciones extrajudiciales para los conflictos según la Resolución del CNJ supra mencionada.

⁴⁸⁷ El Proyecto encontra-se con el relator Deputado Licoln Portela.

El presidente de la Asociación de Magistrados Brasileños, João Ricardo Costa, explica que: "Esse projeto reflete o interesse de toda a magistratura em desenvolver ações que possam ajudar na prestação jurisdicional no país. Atualmente, a Justiça Restaurativa é bastante presente no âmbito da Justiça juvenil, mas queremos expandí-la para outras instâncias da Justiça Criminal. Em muitos casos, antes de discutir questões legais, culpados e punições, é importante promover intervenções para reparar os danos causados, no atendimento à vítima, na co-responsabilização do agressor, nas famílias e nos ciclos de relacionamento para recompor uma cultura de paz e fortalecer a sociedade".

La Justicia Restaurativa ya ha sido adoptada en 15 estados brasileños, ampliando la forma como el Poder Judicial viene tratando la cuestión de los conflictos y de los crímenes teniendo en cuenta a las personas y sus relaciones.⁴⁸⁸ El Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territórios (TJDFT), también, tiene un programa de Justicia Restaurativa con adolescentes infractores que cumplen medidas sócio-educativas.

Efectivamente la "Justicia Restaurativa" parece más avanzada en lo que se refiere a los

⁴⁸⁸ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79333-cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para-ampliar-justica-restaurativa> 11/05/2015.

menores. La Ley n° 12.594 de 18 de enero de 2012, que reglamenta la ejecución de medidas socio-educativas destinadas a los adolescentes que practican actos infraccionales, se refiere expresamente a la aplicación de la Justicia Restaurativa en el art. 35 III que da prioridad a las prácticas o medidas que sean restaurativas y, siempre que posible, atiendan a las necesidades de las víctimas.

B. Necesidad de reformas

1. La lucha contra la morosidad de la Justicia

La Justicia brasileña en el año 2012 se inició con un número acumulado de 64 millones de procesos que, sumados a los 28,2 millones ingresados en el transcurso de dicho año, hicieron que el Poder Judicial alcanzara el nivel de 92,2 millones de procesos en tramitación, lo que equivale a un aumento del 4,3% en el año y de 10,6% en el cuatrienio. En términos relativos, los casos nuevos son los que más crecieron en aquél año, con aumento de un 8,4%, mientras que los bajados tuvieron incremento de un 7,5% y las sentencias en 4,7%. En el año de 2012 hubo 24.762.048 decisiones.⁴⁸⁹

⁴⁸⁹ Datos fornecidos por el Conselho Nacional de Justiça, Sumário 2013: Justiça em números, pág. 9; ver en www.cnj.jus.br

Con ese cúmulo de procesos, por más que se intenten con medios paralelos de solución de conflictos, la posibilidad de realización efectiva de justicia para todos esos casos no se presenta muy alentadora. Entretanto, se nota que hay un esfuerzo para que haya un cambio en la prestación jurisdiccional al ciudadano, mas hace falta la colaboración de todos que laboran en el sistema.

El juez federal criminal Sérgio Moro, responsable en primera instancia por las acciones del proceso cuya operación policial se denominó de "Lava Jato" contra incontables dirigentes de grandes empresas envueltos en un gran escándalo de la estatal Petrobrás, durante palestra que el proferió en el "10º Congresso Internacional da Associação Brasileira de Jornalismo Investigativo" (Abraji), en São Paulo, hizo críticas a la morosidad del Judiciario brasileño, e afirmó: "A Justiça, quando tarda muito, não é uma completa Justiça". Moro afirmó: "O sistema tem de funcionar como regra. Deve haver uma reforma para que esses casos não sejam exceções." "Nosso sistema é muito lento, ineficiente e moroso", decía el juiz. "É ainda mais ineficiente em relação ao crime de colarinho branco", siguió: "Precisamos mudar o sistema legal do país".⁴⁹⁰

⁴⁹⁰ Nelson Antoine/Frame/Folhapress. Por: Carolina Farina 03/07/2015 às 15:58, atualizado em 03/07/2015 às 16:17, site da Revista Veja, www.veja.com.br

El problema de la efectividad de la reparación de daño ha sido tratado a través de diversas leyes, y después de la vuelta a la democracia se ha buscado implementarlas y nuevas leyes han sido aprobadas. Pero aún no se ha encontrado en la medida adecuada la efectividad de la reparación del daño tal y como se ha delineado y deseado. Se puede observar entretanto, que la Justicia Restaurativa está siendo implementada paulatinamente en diversos Estados brasileños y la perspectiva es de un real efecto tanto preventivo como efectivo en la reparación de los daños causados por el delito. A través de la reciente *Ley de Mediación* (2015) se podrá alentar a la Justicia Restaurativa en el futuro.

2. La necesidad de un fondo de compensación

Muchas de las que se pretenden como nuevas ideas de hoy son conocidas en el Derecho brasileño desde hace mucho tiempo. Cuando escribimos el presente trabajo, tuvimos como objetivo mostrar lo que hay de pionero, lo que hay de original en lo que se refiere a la reparación del daño en el Derecho brasileño, pero también su necesidad de reforma. Pero el punto más importante a favor de las víctimas será la institución y real funcionamiento de un fondo de compensación para las víctimas.

Existe un Proyecto de Ley presentado por el Senado Federal, que se encuentra actualmente en la Cámara de los Diputados,⁴⁹¹ que define cuales son los derechos de las víctimas de hechos criminales, necesidades de recursos, y regulamenta el art. 245 de la Constitución Federal para crear el *Fundo Nacional de Assistência às Vitimas de Crimes Violentos* (FUNAV). Aún ahora en 2015, el proyecto se encuentra en la Mesa de la Cámara para su aprobación. Uno de los objetivos de la ley sería asegurar que la víctima obtenga rápidamente la restitución de sus objetos y pertenencias personales aprehendidas por la autoridad policial, y obtener del autor del crimen por medio de procedimientos simplificados la reparación de los daños causados por el delito (art. 2° VI, IX).

Además el proyecto prevé que la Unión dará asistencia financiera a las victimas de crímenes dolosos o su herederos y dependientes necessitados consistente en el pago de una cuantía única, sin necesidad que se compruebe la autoría del crimen o que se termine antes el procedimiento penal (art. 4° IV, párrafo único). A este efecto debe servir el "Fundo Nacional de Asistencia a las Víctimas de Crimes Violentos" (FUNAV).

Lo que sin embargo debería ser reestudiado,

⁴⁹¹ PL n° 3503 de 2004.

también, es la multa reparatoria que constaba en el anteproyecto del Código Penal de 1981 y que consta en el Código de Tránsito brasileño, ya que las multas reparatorias podrán ser ingresadas en el FUNAV. Además, la confiscación de los bienes del producto y del provecho de los crímenes pueden ser efectivos, si se revierten al fondo, desde que la sentencia sea firme.

IV. Resumen de la parte segunda en español: Aspectos de la reparación del daño causado por el delito en el Derecho español

La obra clásica conocida como Código de las Partidas contiene muchas leyes, clasificación de delitos, naturaleza de las penas e procedimientos en materia criminal. El Título XIV de la Séptima Partida ya mencionaba la restitución o indemnización contra el ladrón. En la Ley n° VIII estaba mencionado que la pena debería atender a la mayor o menor gravedad del delito.

La transición para el Derecho penal moderno empezó en España durante el Iluminismo. La idea codificadora surgió durante el último tercio del siglo XVIII.

Al comentar el Código español de 1848 decía Pacheco que: "Todo delito constituye un mal social,

y la maior parte de las veces un daño a alguna persona. El primer hace necesario el castigo, el segundo la reparación." Al mencionar las fuentes que inspiraron el Código de 1848, Pacheco menciona entre otras, "y el de Brasil, cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicar-se."

El Código Penal español de 1928 estuvo en vigor por un periodo de menos de dos años. Lo que ha sido notablemente nuevo, fue la consideración de los perjuicios morales (art. 75), y también el pago de reparación en prestaciones o en renta vitalicia (art. 83).

También, esa antigua idea de reparación con medios públicos aparece otra vez: 75% de las multas penales estaría a la disposición del Presidente del Supremo Tribunal, que debería utilizarlos para la reparación de los daños à las víctimas de errores judiciários y de delitos (art. 183).

Se observa que en las legislaciones posteriores fue establecido de nuevo la responsabilidad por daños morales (art. 104 CP 1944). La indemnización de perjuicios materiales y morales comprende entonces no solamente los daños causados al agraviado, sino también los que alcanzaron a su familia o a un tercero. A partir de entonces no hubo mas cambios substanciales en esta

materia.

El origen del desenvolvimiento de la ciencia moderna do Direito penal español, se puede decir que fue con el inicio del siglo XX en que la doctrina italiana y la alemana han ejercido gran influencia en España.

El Código Penal español considera como circunstancia atenuante la de haber el reo reparado el daño ocasionado a la víctima o disminuído sus efectos, en cualquier momento del procedimiento desde que sea anterior a celebración del juicio oral (art. 21 inciso 5° CP).

Cuanto a la responsabilidad civil subsidiária, el Profesor Gimeno Sendra comenta lo que dice el TS, que los principios «*ibi es emolumentum, ibi onus esse deber así como el de creación del riesgo y, de modo más distante, las culpas in eligendo, in vigilando e in educando*, constituyen el fundamento de la responsabilidad civil subsidiária, la cual es consecuencia de la declaración de una previa responsabilidad civil principal ajustada a los dictados del art. 116.1 del CP.»⁴⁹²

Será formada una pieza separada de todo lo

⁴⁹² Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor, e Cortés Domínguez, Valentín, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Editorial Colex 2001.

relativo a la responsabilidad civil de un tercero y a los incidentes a a los que dieran lugar la ocupación y la restitución de cosas conforme lo que determina el art. 619 da LECrim.

Con respecto a la fraude tributaria, el art. 305.1 CP 1995 la tipifica cuando por acción o omisión se defraude a la Hacienda Pública estatal, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener, o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada exceda de ciento veinte mil euros.

Pero la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderan no solamente aquellos causados a la víctima, pero, sino también, a sus familiares o a terceros conforme lo dispuesto en el art. 113.

Los perjuicios que son consecuencias directas del delito, son los que se deben indemnizar. Para que se pueda establecer legalmente la responsabilidad civil procedente de la infracción penal, es indispensable la prueba de la existencia del daño y del perjuicio, y que estos proceden directamente del delito.⁴⁹³

⁴⁹³ Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado*. Ver, también: 747/2002 de 23 de abril, La Ley 5960/2002, op.s.c., pág. 563.

PARTE QUARTA

Considerações finais e sugestões sobre o direito brasileiro

I. Considerações finais

1. A boa estrutura judicial que já existe no Brasil, a Administração da Justiça computadorizada em quase todos os estados brasileiros e uma melhora na Administração da Justiça, poderá contribuir com condições que permitam que as vítimas possam finalmente ver os seus direitos que foram violados, que sejam compensados.

2. Assim, se poderá prevenir os delitos, diminuir as tensões sociais através de reparações que no momento alcançam, também, importantes casos de criminalidade de colarinho branco.

3. Nos últimos anos houve consideráveis esforços para desobstruir o trabalho dos tribunais através de mediação e arbitragem. Já há a Lei de Arbitragem Nº 9.307 desde 1996, a Lei dos Tribunais Especiais Cíveis e Criminais desde 1995 para a Justiça Comum e para a Federal, desde 2001.

4. Especialmente, através dos mecanismos introduzidos pela lei de mediação buscam-se meios para terminar os litígios existentes entre as partes

de modo pacífico através de acordos, que sejam satisfatórios. O objetivo é que a mediação obtenha de forma rápida uma solução, para evitar uma demanda judicial, e que se terminem as ações judiciais já existentes, através de conciliações, e que seja de uma forma adequada.

6. Há alguns anos foi instituído o "Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem" (Conima). É uma entidade que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, que foi estabelecida em 24 de novembro de 1997, quando a Lei de Arbitragem havia completado um ano, buscando desenvolver métodos extrajudiciais de solução de controvérsias.

7. Os interesses da vítima no processo penal se fortaleceram através da Lei N° 11.719/08 com a alteração do art. 387 IV CPP, quando dispõe que o juiz fixará um valor mínimo para a reparação à favor da vítima dos danos materiais e morais causados pelo ilícito criminal. Porém, não cabe dúvida que muito mais esforços serão ainda necessários para que se torne em realidade o que o legislador iniciou.

8. A grande omissão do legislador na lei de mediação se encontra em que não está expressamente prevista a possibilidade de transação penal e a possibilidade de reparação efetiva dos danos

causados pelo delito, embora esteja implícita.

9. Apesar de todos esses esforços não se conseguiu diminuir o número exorbitante dos processos judiciais na medida necessária. Há juízes brasileiros que tem 25.000 processos pendentes, e com tal carga de trabalho é humanamente impossível, que um só juiz possa resolver tantos assuntos em um tempo de duração razoável.

10. Não se pode olvidar que o direito do cidadão, quer no âmbito judicial ou administrativo, com uma duração razoável do processo, bem como de ter os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, é princípio constitucional inserido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LXVIII.

11. Está no espírito de todos os profissionais de direito, operadores jurídicos, juizes, advogados, membros do Ministério Público, pessoal judicial, e na aspiração do povo, que em breve haverá um tempo de mudança.

12. A instituição da mediação é uma iniciativa frutífera a fim de que se possa encontrar soluções para a efetividade de direitos de forma mais rápida.

13. É sempre indispensável na realização da mediação que haja, coerência, prudência, respeito à

lei. É preciso evitar que as vantagens que se vislumbrem para as partes em um eventual consenso, não sejam exercidas em forma de coação, a fim de que não resultem em mais recursos, mais prorrogações de prazos. Que a mediação seja um fator de pacificação de relações sociais e não de decepção e desesperança.

14. Quando entrar em vigor, em breve, a nova "Lei de Mediação", será um momento mais que oportuno, realizar através da mediação a reparação dos danos provenientes do delito.

15. Há efetivamente um movimento no Brasil com o objetivo de conjugar esforços para a criação de espaços para utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial, da mediação.

16. Com esse objetivo em maio de 2015 a Associação dos Advogados de São Paulo em conjunto com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário, firmaram um Acordo de Cooperação Técnica para criar espaços onde possam, ser realizadas as sessões de mediação.

17. Seria necessário treinar mediadores judiciais e extrajudiciais para a efetivação deste projeto e incluir, também, em seus objetivos a

concretização da reparação dos danos. Estão sendo oferecidos no Brasil diversos cursos de treinamento por inúmeras entidades inclusive, pelo poder judiciário.

18. No entanto, há também, empresas norte-americanas que atualmente oferecem em convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil cursos caríssimos para treinamento de mediadores nos Estados Unidos, cuja realidade é muito distinta da sociedade brasileira.

19. No entanto, seria prudente, e que se concretize a possibilidade da reparação do dano através da mediação a fim de que as vítimas de delitos possam de maneira rápida e adequada receber a uma justa indenização.

20. A importância da reparação do dano, é também, de ordem preventiva. Pois, quando começar a se efetivar tal obrigatoriedade, espera-se, também, que a criminalidade diminua.

Seja pouco, tratando-se de réus pobres, ou seja muito o valor a ser pago como no caso recente, que envolvem as grandes empreiteiras, seja como no caso de menores infratores, uma advertência ou uma admoestação, a satisfação mexendo quer no bolso, quer no brio ou no sentimento do agente servirá de

lição para muitos. A própria família, na sociedade brasileira, com certeza poderá exercer um controle maior sobre a delinquente.

As sementes foram plantadas desde há quase quinhentos anos no direito brasileiro, idéias floresceram, espalharam-se a outros ordenamentos jurídicos, os quais muitas vezes se olvidaram de que o pioneirismo na implantação do dia multa, e a visão anti-positivista da reparação do dano, como de ordem pública, são criações brasileiras.

O que se pode fazer, o que se pode desejar, o que se pode esperar de uma sociedade ansiosa por justiça, é o equilíbrio das relações sociais, de fomentos de política-econômicas, com a prevenção geral e especial de delitos. A diminuição cabal da violência, já que a segurança jurídica somente pode resultar efetiva se todos os órgãos encarregados de manterem um verdadeiro Estado de Direito estiverem imbuídos em um espírito de melhora. É o que há muito tempo se espera e se deseja que, realmente venha a concretizar-se.

II. Sugestões

Para que haja uma maior possibilidade de

efetivação de reparação do dano, nos permitimos a sugerir o seguinte:

a) que conste da intimação enviada pela polícia, ao agente, ou ao suspeito, ou ao indiciado os benefícios legais que poderá obter com a reparação do dano antes do oferecimento da denúncia ou da queixa, nos casos especificados em lei, ou firmados pela jurisprudência. Que para isso a polícia tivesse uma relação desses casos.

b) Que conste da sentença condenatória, que constitui dever do condenado a indenização à vítima ou aos seus sucessores (Lei de Execuções Criminais nº 7.210 de 11 de julho de 1984 art. 39, inciso VII);

c) Que conste da sentença condenatória os benefícios que o condenado poderá obter com a reparação do dano.

d) Que em sendo o agente manifestamente pobre que o Estado cubra tal indenização, podendo reaver dele, a importância que por ele se adiantou, quando a sua situação econômica o permitir.

Com efeito a Constituição Federal de 1988 no seu art. 245 prevê, que a Lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Estado dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes da

pessoa vitimada, em caso de crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do delito, e é urgente a necessidade de sua regulamentação.

e) Que conste da intimação policial, da citação, ou da sentença, as conseqüências do inadimplemento da reparação do dano.

f) Que conste da intimação à vítima, tanto policial como judicial, para seu conhecimento, da obrigação do condenado à reparação do dano, e a possibilidade da vítima de utilizar a via civil e a mediação para efetivação de seu direito.

g) Que o Ministério Público em sendo a vítima pobre, prossiga na execução da sentença condenatória, para fins de ressarcimento do dano, ao invés de esperar que a vítima o requeira.

h) Que em sendo a coisa de pequeno valor, o que corresponde a um pequeno dano, uma vez restituída a coisa ou indenizado o dano, ou havendo a renúncia da vítima, que se proceda a uma admoestação ao agente e que se estenda à esses casos a extinção da punibilidade.

i) Que tendo em vista ainda o espírito conciliador do povo brasileiro, e como é possível no direito brasileiro a propositura da ação civil

independentemente do desfêcho da ação penal, que se incentivasse a utilização dos Juizados Especiais Criminais para efetuar a conciliação e, também, aproveitar o ensejo da atual lei de mediação para se tentar um acordo quanto à reparação do dano.

j) Que nos casos de competência dos "Juizados Especiais Cíveis e Criminais" que se utilizasse a oportunidade quando da instalação da audiência para tentar-se um acordo quanto à reparação do dano, mas que as propostas sejam adequadas e efetivamente reparadoras, e não somente de uma cesta básica de alimentos.

Assim é que achamos ser viável a utilização desses juizados para obtenção da reparação patrimonial do dano causado pelo delito, ou a restituição da coisa.

k) Que uma cópia do título executivo judicial decorrente, quer de acordo no Juizados Especias quer Cíveis ou Criminais, seja do acordo ou de sentença no Juizado respectivo, fôsse remetido à autoridade policial ou judicial para a sua juntada aos autos de inquérito policial, ou aos autos do processo criminal, para a concessão dos benefícios previstos em lei, à favor do agente e da vítima.

l) Que o Fundo mencionado na Lei 7.347 de 1985, com a redação dada pela Lei nº 8.078 de 1990,

para o qual deveriam reverter as indenizações relativas ao dano causado, seja utilizado para tal fim e não para outros programas criados por órgãos governamentais.

Que haja um Fundo não só para os casos de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, turístico, paisagístico, ou qualquer outro interesse difuso e coletivo, mas para cobrir danos às vítimas em geral e carentes de recursos.

m) Que nesse fundo ingressassem o produto das fianças quebradas, do produto auferido em leilão, do proveito e produto do crime do que excedesse ao valor cabível à vítima em determinado caso, que se criasse a multa reparatória, que parte do orçamento municipal, estadual, ou federal, fôsse destinado à esse fundo, bem como contribuições de particulares, de entidades privadas e ou fundações.

n) Nos casos em que a lei prevê a reparação do dano a favor do lesado ou de terceiro de boa-fé, que o valor remanescente não se destinasse à União, mas se destinasse à esse Fundo.

o) Do mesmo modo, que em caso de indenização depositada em conta a favor da vítima, que decorrido o prazo de dois anos, uma vez citada a vítima e se o valor não for retirado, que o valor reverta à esse

Fundo, e não se converta em Receita da União. Na Lei 7.913 de 1989, se prevê que no caso de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado mobiliário, se a vítima não reclamar o seu devido crédito no prazo de dois anos, que se considere tal renda como Receita do Estado.

p) Que se concedesse efetivamente a possibilidade ao Ministério Público fazer acordo com o Réu nos moldes do art. 153 Strafgesetzbuch da Alemanha, e que haja a possibilidade de arquivamento da denúncia se o agente pagar uma quantia destinada à esse fundo, ou à uma sociedade filantrópica.

q) Que um Fundo às vítimas seja administrado por entidade privada e fiscalizada pelo Ministério Público e esteja à disposição do Poder Judiciário, sem intervenção do Poder Executivo.

Que sejam facilitados os meios de recebimento pela vítima, a fim de que dentro de um prazo o mais breve possível, se proceda ao pagamento da indenização às vítimas, nos casos em que não tenham logrado receber do agente causador do dano ou de seus responsáveis ou sucessores.

A satisfação feita com o produto e o proveito do crime já é realidade brasileira, há muitos decênios.

r) O êxito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no atendimento à diversas matérias que trazem no seu cunho um dever de ordem patrimonial, com um grande percentual de acordos, quem sabe, será o elo entre o oferecimento da lei no exercício do direito que a vítima tem à reparação, com a sua real efetividade.

s) Que o Ministério Público ao oferecer a denúncia, e a vítima ao prestar uma queixa, requeiram o pedido formal de reparação mínima dos danos, que deve constar da sentença judicial conforme determina o art. 387 IV do CPP.

t) Que tendo em vista o interêsse do Ministério de Justiça em agilizar os processos quer, pela mediação como pela Justiça Restaurativa, sugerimos, outrossim, que se estudem as possibilidades, também, de se efetuar com maior rapidez a reparação do dano causado pelo delito, nos processo de maior valor, e cuja viabilidade no Juizados Especiais não for possível.

Como já dizia o Professor Günther Kaiser há três décadas, que podem ser considerados como interesses do prejudicado dentro da persecução penal: atender aos requerimentos da vítima à reparação; que os interesses da vítima em relação a reparação do dano sejam aceitos, que a vítima tenha

a faculdade de controlar a persecução penal com uma posição independente; que, lhe sejam assegurados os direitos de defesa e de proteção.⁴⁹⁴

⁴⁹⁴. Kaiser, Günther, *Introdução à Criminologia*, 7^a ed., Tradução de José Arturo Rodríguez Núñez (1^a ed. espanhola), Editorial Dykinson: Madrid 1988, pág.138.

PARTE QUINTA: CONCLUSIONES

PRIMERA. Es principio constitucional afirmado por la Constitución Federal de 1988, en su art. 5° LXXVIII, que todos tienen en el ámbito judicial y administrativo el derecho a una duración razonable del proceso, así como de los medios que garanticen la celeridad de su tramitación.

Sin embargo, incluso hoy en día esta garantía constitucional está aún lejos de ser hecha realidad a causa de la gran cantidad de procesos en tramitación, que alcanzan anualmente cerca de 90 millones. Por ello, son necesarios cambios esenciales en la legislación que se traduzcan en la creación de un procedimiento eficaz, pero también debe operarse una transformación de la organización judicial y de la dotación presupuestaria para justicia, esencialmente aumentando el número de jueces.

SEGUNDA. En Brasil la situación de la justicia es actualmente más favorable que en el pasado. La mejora en los diversos sectores de la justicia está contribuyendo a la mejor gestión procesal para que las víctimas puedan finalmente ver compensados sus derechos vulnerados.

TERCERA. Con la mejora de la situación de la

justicia, se previenen delitos y se disminuyen las tensiones sociales a través de reparaciones, que actualmente alcanza también a la llamada *criminalidad de cuello blanco*.

CUARTA. En los últimos años se han hecho considerables esfuerzos para descargar de asuntos a los órganos jurisdiccionales, recurriendo a los medios alternativos, así como a la justicia restaurativa con menores de edad. En este sentido, han sido especialmente importantes la Ley de Arbitraje N° 9.307 desde 1996, la Ley de Tribunales Especiales Civiles y Criminales desde 1995 para la Justicia Común, y para la Justicia Federal desde 2001.

No obstante, para que se consiga la resolución de conflictos a través de acuerdos, es preciso contar con mediadores judiciales y extrajudiciales, que deben tener la precisa formación para estos fines. Actualmente funcionan ya varios Centros de mediación de forma experimental a fin de capacitar al personal judicial para cuando entre en vigor la nueva "Lei de Mediação".

QUINTA. La gran omisión del legislador en la ley de mediación radica en que no está expresamente prevista la posibilidad de transacción penal y la de reparación efectiva de los daños causados por el

delito. En este sentido, es imprescindible una futura reforma en esta materia.

SEXTA. La Justicia Restaurativa busca también el desarrollo de métodos extrajudiciales de solución de controversias, principalmente con menores de edad (hasta 18 años). Actualmente la Justicia Restaurativa funciona en diversos Estados de manera más o menos informal, pero se prepara una ley federal a través del proyecto PL N° 7.006/06, que debe dar una base legislativa para la puesta en práctica de este sistema de reparación en todo el territorio nacional.

SÉPTIMA. Los intereses de la víctima en el proceso penal se fortalecieron con la Ley n° 11.719/08, en concreto a través de la reforma del art. 387 IV CPP, disponiendo que el juez fijará un valor mínimo para la reparación de los daños materiales y morales causados por el ilícito criminal a favor de la víctima. No obstante, aprovechando la ambigüedad de la norma, la jurisprudencia ha considerado que esa fijación debe realizarse siempre a instancia de parte, y no de oficio, como sería más cómodo para la víctima.

OCTAVA. Debería crearse un Fondo para cubrir los daños a las víctimas en general, en caso de que sean carentes de recursos y que no puedan ser

indemnizadas por el condenado.

En este sentido, sería necesario que el Fondo de la Ley n° 7.347 de 1985, actualmente dedicado a las indemnizaciones relativas a los daños causados al medio ambiente y a bienes y derechos de valor artístico, sea utilizado de nuevo para la reparación del daño a las víctimas de cualquier delito. Y desde luego que sus activos no se destinen a otros fines distintos, como proyectos relacionados con los objetivos de Política Nacional de Relaciones de Consumo.

NOVENA. En la Ley n° 7.913 de 1989 sobre responsabilidad de daños causados a los inversionistas en el mercado mobiliario, se prevé que si la que la víctima no reclama en el plazo de dos años, su posible indemnización se destinará al Tesoro Público. Parece más adecuado que las cantidades, en esos casos, fueran destinadas a un Fondo de reparaciones.

Del mismo modo, cuando haya un depósito correspondiente a la indemnización en una cuenta a favor de la víctima, pasados dos años sin ser reclamado tal depósito, el mismo debería acrecer al ya mencionado Fondo.

DÉCIMA. Existe un Proyecto de Ley presentado ante el Senado Federal que define cuáles son los

derechos de la víctimas de hechos criminales en situación de precariedad, y regula el art. 245 de la Constitución Federal para crear el *Fundo Nacional de Assistência às Vitimas de Crimes Violentos* (FUNAV).

El proyecto prevé que la Unión dará asistencia financiera a las víctimas de crímenes dolosos, o a sus herederos y personas dependientes, consistente en el pago de una cuantía única.

UNDÉCIMA. Las multas reparatorias, que ya existían en el anteproyecto de Código Penal de 1981, y que están previstas en el Código de Tráfico brasileño, podrán ser destinadas al "Fundo Nacional de Asistencia a las Víctimas de Crimes Violentos" (FUNAV), cuando así lo establezca la ley.

El valor de los bienes decomisados provenientes del producto y provecho del crimen pueden ser realizados y, en su caso, también el valor se debe revertir al Fondo FUNAV, una vez que la sentencia sea firme.

DUODÉCIMA. Resulta imprescindible la concreción de la garantía constitucional de la celeridad procesal (art. 5 LXXVIII Constitución 1988). De esta manera se debe obtener o a través de un proceso judicial, o a través de un medio alternativo, la restauración del status quo ante, la recomposición y la reparación de situaciones

perturbadas por la comisión del delito.

DECIMOTERCERA. El legislador español, al menos desde el siglo XIX, siempre tuvo una expresa preocupación por la protección de la víctima en el proceso penal, preocupación que se ha mantenido hasta el día de hoy y se ha incrementado con las últimas reformas.

En concreto, el sistema español le ofrece la posibilidad a la víctima de ejercitar sus derechos indemnizatorios y reparadores en el propio proceso penal, ahorrando costes e incluso sinsabores psicológicos. De esa forma se armonizan los tradicionales derechos del reo con los intereses de la víctima.

DECIMOCUARTA. La ayuda estatal actualmente vigente (Ley n° 35 de 11 de diciembre de 1995 art. 10) tiene un espíritu de pacificación y solidaridad para que las víctimas puedan recibir un apoyo material e incluso psicológico. Se busca beneficiar a las víctimas de determinados tipos de delitos con resultado de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental.

DECIMOQUINTA. El Código Penal español considera como circunstancia atenuante la de haber reparado el reo el daño ocasionado a la víctima, o disminuído sus efectos, en cualquier momento del

procedimiento anterior a la celebración del juicio oral (art. 21 inciso 5° CP).

DECIMOSEXTA. El nuevo Estatuto de la Víctima prevé la posibilidad de utilizar los servicios de la Justicia Restaurativa (art.15) con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito. Es necesario que la víctima haya prestado su consentimiento, y que haya sido debidamente informada de su contenido y expectativas. En todo caso, es necesario también el consentimiento del infractor y que haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad.

Todo ello resulta adecuado porque en la mayor parte de los casos, para la víctima es más importante la reparación civil de los daños causados por el delito, que no que el reo sea condenado.

Finalização - Clausura

As sementes foram plantadas desde há quase quinhentos anos, idéias floresceram, espalharam-se a outros ordenamentos jurídicos, os quais muitas vezes olvidaram, que o pioneirismo na implantação do dia multa, e a visão anti-positivista da reparação do dano, como de ordem pública, são criações brasileiras.

Por sua vez, o processo penal espanhol tem buscado incessantemente novos caminhos para que haja uma possível harmonia entre o delinquente e a vítima, levando-se em consideração as peculiaridades de cada situação jurídica.

Como disse Beristain, que satisfazer significa aquietar as paixões, saciar um apetite, dar solução a uma dificuldade, compadecer-se com as pessoas, inclusive fazê-las felizes. E com esse espírito afirma ele que, assim, a nova Justiça criminal deve ascender.⁴⁹⁵

No direito brasileiro agora, a via que se busca, é a Justiça Restaurativa para que a sociedade como um todo contribua para uma possível reversão e reparação de situações perturbadas pela violência do dia a dia.

⁴⁹⁵ Beristain, Antonio, *Victimología Nueve Palabras Clave*, Tirant Lo Blanch: Valencia 2000, pág. 442.

Como explica com sua sabedoria Goffredo Telles Jr.: "Os dados sociais, as contingências históricas da coletividade, as contradições entre o dever teórico e o comportamento efetivo, a média das aspirações e das repulsas populares, os anseios dominantes do Povo ou de uma população, tudo isto em conjunto, é que constitui o manancial de onde emanam normas espontâneas de convivência, originais intentos de ordenação, às vezes usos e costumes que irão inspirar a obra do legislador".⁴⁹⁶

Tanto o legislador espanhol como o legislador brasileiro contemporâneos, tem demonstrado de maneira efetiva a sua preocupação com a reparação do dano causado pelo delito, e assim juntos, esses dois ordenamentos tem contribuído, para que o tema vítima seja inserido no centro de atenções de um processo penal, civil, ou de procedimentos alternativos, que resultem em soluções adequadas e a minorar o sofrimento daqueles que foram ofendidos por atos delitivos.

⁴⁹⁶ Telles Jr., Goffredo, *O Direito Quântico*, 9ª ed., Editora Saraiva: São Paulo 2014, pág. 335.

BIBLIOGRAFIA**Bibliografia consultada para a elaboração da
Parte Primeira – Do direito brasileiro**

Andrade, José Alberto Weiss de, e Tucunduva, Ruy Cardozo de Mello, *Reflexões sobre a Reparação do Dano causado pelo Crime*, no *Anteprojeto Frederico Marques*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Vol. 27, 4º Trim., 1973, págs.19-21.

Alves, Roque de Brito, *Direito Penal Parte Geral*, 3ª de, Recife 2007.

Alves, Roque de Brito, *Direito Penal Parte Geral*, 6ª de, Recife 2013.

Alves Jr., Thomaz, *Anotações Theóricas e Práticas ao Código Criminal*, Rio de Janeiro 1864, vol. I.

Anteprojeto de Código de Processo Penal, Sugestões Literárias S/A: São Paulo 1970.

Anteprojeto de Lei modificativo da Parte Geral do Código Penal, Ministério da Justiça, Brasília 1981.

Anteprojeto de Código Penal, Parte Especial, Portaria nº 790, de 27 de Outubro de 1987. Ed. Forense: Rio de Janeiro.

Arend, Márcia Aguiar, e Marcos, Rudson em *Lei dos Juizados Especiais Federais: reflexões da ampliação do conceito de infrações de menor potencial ofensivo no ordenamento penal e processual penal*, em Revista dos Tribunais, Vol. 793, São Paulo 2001, págs. 489 e 490.

Arenal, Letícia, *Mediação e Judiciário* em Revista Forense, Vol. 420, julho-dezembro de 2014, Rio de Janeiro 2014.

Araújo Filgueiras Jr., *Código de Processo do Império do Brasil de 29.11.1832*, Tomo I, Rio 1874.

Azevedo, Vicente de Paulo, *Crime, Dano, Reparação*, Editora RT: São Paulo 1934.

Badaró, Gustavo Henrique, *Medidas Cautelares Alternativas à Prisão Preventiva*, em Og Fernandes (Coordenador), *Medidas Cautelares no Processo Penal, Comentários à Lei 12.403, de 4.5.2011*, págs. 205-308, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo 2011.

Bentham, Jeremias, *Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung*, herausgegeben von Etienne Dumont nach der zweiten, verbesserten und vermehrten Auflage für Deutschland bearbeitet und mit Anmerkungen von Friedrich Eduard Beneke, Zweiter Band, Verlag der Buchhandlung von E. Fr. Amelang: Berlin 1830.

Bittencourt, Edgard de Moura, *Vítima*, Editora Universitária de Direito: SP. 1970.

Bonneville de Marsangy, *De l'améliorationn de la Loi criminelle*, Vol. II, Paris, 1864.

Campanhole, Adriano, e Campanhole, Hilton Lobo, *Constituições do Brasil*, São Paulo, 10^a ed., 1989.

Carmignani, J., *Historisch juristische Darstellung der Criminalprocessgesetzgebung Peter Leopolds II., Grosherzogs von Toscana*, em Mittermaier und Zachariä, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, Erster Band, Akademische Buchhandlung von J.C.B. Mohr: Heidelberg 1829, págs. 345-384.

Carvalho Neto, Inácio de, *Aplicação da Pena*, 4^a ed., Editora Método Ltda.: São Paulo 2013.

Castro, Élcio Pinheiro de, *Anotações sobre a extinção da punibilidade pelo pagamento do débito tributário nos crimes previdenciários*, *Revista Forense*, Vol. 366, Rio de Janeiro 2003.

Castan Tobeñas, José, *Situaciones Jurídicas Subjetivas*, Instituto Editorial Reus: Madrid 1963.

Code Criminel de l'Empire du Brésil, traduit par M. Victor Foucher et précédé d'observations comparatives avec le Code Pénal Français,

L'Imprimerie Royale: Paris 1834.

Código Criminal do Império do Brazil,
Comentários do Conselheiro Vicente Alves de Paula
Pessoa, 2ª ed., Rio de Janeiro 1885.

*Código de Defesa do Consumidor e Legislação
Correlata*, Secretaria de Defesa do Consumidor: São
Paulo 1990, págs. 77/80.

Código de Processo Penal, organizado por
Oliveira, Juarez, 27ª ed., São Paulo 1988.

Coleção de Leis do Império do Brasil 1815,
Vol. 1.

Coleção de Leis do Império do Brasil, Vol. 1
Parte I- 20/10/1823.

Consolidação das Leis Civis de 22 nov. 1858,
3ª ed., Rio de Janeiro 1876.

Costa Jr., Paulo José, *Comentários ao Código
Penal*, 1º Vol., Editora Revista dos Tribunais: São
Paulo , 1984

Costa Jr., Paulo José da, *Comentários ao
Código Penal*, Vol I, 3ª de, Editora Saraiva: São
Paulo 1989, p 22/23.

Cruz, Rogério Schietti Machado, *A inutilidade
atual da fiança*, Revista dos Tribunais, Volume 769,
novembro de 1999, Editora Revista dos Tribunais: São

Paulo, págs. 487-492.

Dabin, Jean, *El Derecho Subjetivo*, Editorial Revista de Derecho Privado: Madrid 1955.

Delmanto, Celso, *Código Penal Comentado*, 2ª ed., Rio de Janeiro 1988.

Dias, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo 2007.

Dotti, René Ariel, e Scandelari, Gustavo Britta, em *A exigência do exaurimento da via administrativa nos crimes de descaminho*, RT 877, São Paulo, Novembro de 2008.

Dotti, René Ariel, *Curso de Direito Penal Parte Geral*, 4ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo 2012.

Dotti, René Ariel, *Curso de Direito Penal Parte Geral*, 5ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo 2013, pág. 602, nº 51.

Engisch, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, Tradução de J. Baptista Machado, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

Faria, Antonio Bento de, *Código Penal I*, Livraria Francisco Alves, 3ª ed., 1919.

Faria, Antonio Bento de, *Anotações theorico-praticas ao Codigo Penal do Brazil*, 3ª ed. Vol. I, Rio de Janeiro 1919.

Ferreira, Francisco Luiz, *Código Criminal do Imperio do Brazil theorica e praticamente anotado*, Typ. de T. de Menezes: Maceió 1885.

Fragoso, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal: A nova Parte geral*, 9ª ed., Rio de Janeiro 1985.

Gemaque, Sívio César Arouck, *Dignidade da pessoa humana e prisão cautelar*, RCS Editora: São Paulo 2006.

Gomes Filho, Antonio Magalhães, *Medidas Cautelares e Princípios Constitucionais*, em Og Fernandes (coordenador), *Medidas Cautelares no Processo Penal, Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*, págs. 15-51, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo 2011.

Habib, Gabriel, *Leis Penais Especiais*, tomo II, 5ª ed., Editora Juspodium: Salvador (Bahia) 2014.

Hungria Nelson, *Comentários ao Código Penal*, Vol.1/1, 2a. ed., Editora Revista Forense: Rio de Janeiro 1953.

Jesus, Damásio Evangelista de, *Código Penal*

Anotado, Editora Saraiva São Paulo 1989.

Josserand, Louis, *De l'esprit des droits et leur relativité, Théorie de l'abus des droits*, Dalloz, 2^a ed. 1939, reeditada em Paris 2006.

Kaiser, Günther, *Introdução à Criminologia*, 7^a ed., Tradução de José Arturo Rodríguez Núñez (1^a ed. espanhola), Editorial Dykinson: Madrid 1988.

Kaufmann, Armin, *Teoria da Norma Jurídica*, Traduzido da edição de Verlag Otto Schwartz e Co., Göttingen 1954, Editora Rio.

Kerchove, Michel van de, *Droit et intérêt*, Bruxelles 1990.

Larenz, Karl, *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*, tradução de Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas: Madrid 1985.

Liszt, Franz von, *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tradução de José Hygino Duarte Pereira (única tradução autorizada pelo Autor), Tomo I, Rio de Janeiro 1899.

Leonardo, Thomas, *D. Pedro I e a Ordem Jurídica Brasileira*, Jurídica, N° 116, Rio 1972.

Lyra, Roberto, *Introdução ao Direito Criminal*, Rio de Janeiro 1946, p. 89, n° 6.

Lyra, Roberto, *Introdução ao Direito*

Criminal, Editora Nacional de Direito, Rio de Janeiro 1946, citando Clóvis Beviláqua em *Criminologia e Direito*, Baía 1896.

Machado, Alcântara, *Ante-projeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro*, Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais, São Paulo 1938.

Machado, Agapito, *Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal*, Editora Saraiva: São Paulo 2003.

Machado, Hugo de Brito, *A extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários na Lei 12.382/11* em <http://www.ipelfg.com.br/artigos/>

Madlener, Kurt, *Die Wiedergutmachung im Spiegel der Rechtsvergleichung, Überblick und Einführung in das Kolloquium Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg, em Albin Eser, Günther Kaiser e Kurt Madlener (organizadores), Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1990, Band S 18, págs. 9-42.

Madlener, Kurt, e Madlener, Silma Marlice, *The Past and Present State of Victim's compensation*

in Brazilian Law and the Need for Reform, em *Legal Protection, Restitution and Support*, editado por G. Kaiser, H. Kury e H. J. Albrecht, Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht 1991, Kriminologische Forschungsberichte, Bd. 51.

Madlener, Kurt, *A reparação do dano como medida de política criminal e a reforma do Código Penal brasileiro. Observações de Direito Comparado*, em *Ciência e Política Criminal em honra de Heleno Fragoso*, organizador João Marcello de Araújo Jr., Editora Forense: Rio de Janeiro 1992.

Madlener, Kurt, *Compensation, Restitution, Sanción pecuniaria and other Ways and Means of Awarding damages to the Victims of Crime through the Courts*, em *Legal Protection, Restitution and Support*, editado por G. Kaiser, H. Kury e H. J. Albrecht, Freiburg i.Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1991, Kriminologische Forschungsberichte, Bd. 51.

Madlener, Kurt, e Madlener, Silma Marlice, *Friedensstiftung durch einverständliche Verfahrenserledigung in der Zivil- und Strafjustiz Brasiliens*, em *Brasilien - Land der Zukunft?*, Editado por Rafael Sevilla e Darcy Ribeiro, Editora Horlemann: Bad Honnef Alemanha 1995, págs. 311-325.

Marques, Raul José Cortes, *Diccionario Súmulas do Supremo Tribunal Federal*, 2ª ed., São Paulo 1984.

Mensagem n° 240, *Projeto de Lei do Código de Processo Penal*, 29 de julho de 1983.

Miotto, Armida Bergamini, *Estudos de Vitimologia, O binômio Delinqüente-Vítima e os atuais problemas da vitimologia*, Ministério da Justiça, *Revista do Conselho Penitenciário Federal*, 1974, p. 31/32.

Miranda, Pontes de, *A influência portuguesa no Direito Brasileiro*, Jurídica: Rio de Janeiro, 1972.

Mittermaier und Zachariä, *Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Kaiserthum Brasilien*, mitgeteilt von Dr. Hudwalker, Senator in Hamburg, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, Erster Band, Akademische Buchhandlung von J.C.B. Mohr: Heidelberg 1829, págs. 168-184 e 325-342.

Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Editions Garnier Frères: Paris 1973.

Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Ed. de la viuda de Perinat, Tomo I, Madrid 1856.

Paterniti, Carlo, *Note al Codice Criminale Toscano del 1786*, Ed. CEDAM: Padua 1985.

Pessoa, Vicente Alves de Paula, *Código Criminal do Império do Brasil comentado e anotado*, 2ª ed., Livraria Popular de A.A. da Cruz Coutinho: Rio de Janeiro 1885.

Pierangeli, José Henrique, *Código Penal, comentado artigo por artigo*, 1ª ed., São Paulo 2013 (o autor alterou o seu sobrenome de Pierangelli por Pierangeli).

Pierangelli, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*, Bauru 1980, 1ª ed.

Pierangelli, José Henrique, *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*, Bauru (São Paulo) 1981.

Pierangelli, José Henrique, *Processo Penal, Evolução Histórica e Fontes Legislativas*, Bauru (São Paulo) 1983.

Pimentel, Manoel Pedro, *O Crime e a Pena na Atualidade*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1983.

Pinho, Ruy Sérgio Rebello, *A reparação do dano causado pelo Crime e o Processo Penal*, São Paulo 1987.

Pinho, Ruy Sérgio Rebello, *História do*

direito penal brasileiro, Butshasky Editor: São Paulo 1973.

Pinho, Humberto dalla Bernardino de, e Alves, Tatiana Machado, *Novos desafios da mediação judicial no Brasil*, Revista de Informação Legislativa n° 205 janeiro - março de 2015, Impresso na Secretaria de Editoração e Publicações, Senado Federal: Brasília D.F. 2015.

Pinto, Sebastião da Silva, *Aspecto Subjetivo do Delito de Apropriação Indébita*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Vol. 88, São Paulo 31.

Pitombo, Sérgio M. Moraes, *Do Seqüestro*, Editor Butshasky, São Paulo 1973.

Reale, Miguel, e Almeida, Zélia de Araújo, *Constituição da República Federativa do Brasil e ante-projeto constitucional (elaborado pela Comissão provisória Constitucional) comparação*. Fabris Editor: Porto Alegre 1987.

Reis, Clayton, *Dano Moral*, 4^a ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro 1994.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Vol. n° 91, Recurso Criminal N° 31.937-3, novembro-dezembro de 1984, Lex Editora S.A. São Paulo, págs. 394 e 395.

Reale Jr. Miguel, *Penas e medidas de Segurança no Novo Código Penal*, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Vol. 104 (1985), págs. 235, 236 e 411.

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Vol. 125, julho-agosto de 1990, Lex Editora S.A. São Paulo 1990, págs. 471 e 472.

Revista dos Tribunais, n° 522, abril-maio de 1979, pág. 412/414, Recurso Criminal N° 6.950, Decisão de 14, set. 1978, Florianópolis Santa Catarina, Editora Revista dos Tribunais, 1978 São Paulo.

Roxin, Claus, *Hat das Strafrecht eine Zukunft?* Artigo publicado in (Gössel / Triffterer, editores), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf (Estudos em memória de Heinz Zipf)*, Heidelberg 1999, pág.135 e segs., tradução de Luis Greco: *Tem futuro o Direito penal?*, em Revista dos Tribunais, Vol.790, Agosto de 2001, São Paulo

Sá Pereira, Virgilio, Moraes, Evaristo de, e Pedreira, Mario Bulhões, Comissão legislativa, *Projeto do Código Criminal*, Imprensa Nacional: Rio de Janeiro 1933.

Segurado, Milton Duarte, *O Direito no Brasil*,

pág. 201, item n° 86, Editora da Universidade de São Paulo, José Butshasky Editor, 1ª ed., São Paulo, 1973.

Segurado, Milton Duarte, *História resumida do Direito brasileiro*, Editora Rio, 1ª ed., Rio de Janeiro 1973.

Sheicara, Sérgio Salomão, *Criminologia*, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo 2004.

Silva, Ivan Luis da, *Teoria da Insignificância do Direito Penal brasileiro*, Revista dos Tribunais, Vol. 841, novembro de 2005, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, págs. 420-437.

Siqueira, Galdino, *Direito Penal Brasileiro*, 2ª ed., Editora Jacyntho: Rio de Janeiro 1932.

Souza, Alexandre Araújo, *O abuso do Direito no requerimento de medidas cautelares típicas e atípicas no processo penal*, Revista dos Tribunais, N. 856, fls. 470-492, Editora RT: São Paulo 2007.

Suplemento do Boletim da Associação dos Advogados de São Paulo, n° 1673 de 16/22, janeiro de 1991, pág. 3.

Telles Jr., Goffredo, *O Direito Quântico*, 5ª ed., Editora Max Limonad: São Paulo, 1980.

Telles Jr., Goffredo, *O Direito Quântico*, 9ª

ed., Editora Saraiva: São Paulo 2014.

Toledo, Francisco de Campos Assis, *Princípios básicos de Direito Penal de acordo com a lei n° 7.209 de 11.7.1984*, Editora Saraiva, São Paulo 1986.

Tornaghi, Helio, *Compêndio de Processo Penal*, Tomo III, Rio de Janeiro 1967.

Tornaghi, Hélio, *Anteprojeto de Código de Processo Penal*, Rio de Janeiro 1963.

Tornaghi, Helio, *Comentários ao Código de Processo Penal*, Vol. I, Tomo II, Rio de Janeiro 1956.

Tourinho Filho, Fernando da Costa, *Processo Penal*, Vol. 2, 5ª ed., Editora Jalovi, São Paulo 1979.

Vasconcellos, Bernardo Pereira de, *Projeto do Código Criminal* apresentado em sessão de 4 de maio de 1827. Encontra-se em: Centro de Documentação e informação (Cedi), Arquivo da Câmara dos Deputados, Brasília, D.F.

Vianna, Paulo Domingues, *Direito Criminal*, segundo as prelecções professadas por Lima Drummond, 2ª ed., F. Briguiet e Cia. Editores: Rio de Janeiro, 1915

Viera, Iacir de Aguiar, *A Análise econômica*

da responsabilidade civil, viabilidade jurídica no sistema nacional e o princípio da reparação integral, Revista dos Tribunais, Volume 772, fevereiro de 2000, Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, págs. 128-143.

**Bibliografia consultada na elaboração da
Parte Segunda - Do Direito espanhol**

Alcubilla, Marcelo Martínez, *Códigos Antiguos de España*, J. López Camacho Impresor: Madrid 1885.

Alves Jr. Thomaz, *Anotações theoricas e prácticas ao Código Criminal*, Tomo I, Editora Pinto: Rio de Janeiro 1864.

Antón Oneca, José, *La Utopia Penal de Dorado Montero*, Editora Universidade de Salamanca: Salamanca 1951.

Antón Oneca, José, *História del Código penal de 1822*, Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales, (ADPCP), tomo XVIII, fâsc. 2, págs. 263-278, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos: Madrid 1965.

Alastuey Dobón, M. Carmen, *La Reparación a la Víctima en el Marco de la Ciencias Penales*, Tirant lo Blanch: Valencia 2000.

Altavilla Enrico, *Il Delinquente, Trattato di Psicologia Criminale*, Editora Morano: Nápoles 1949.

Aramburu y Zuloaga, Felix de, *La Nueva Ciencia Penal (exposición y crítica)*, Tipografía de Ricardo Fé: Madrid-Sevilla 1887.

Armengot Vilaplana, Alicia, *La incorporación de la mediación en el proceso penal español, Derecho Procesal penal, La Ley penal, Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario, N° 106, janeiro-fevereiro de 2014.*

Barona Vilar, Silvia, *Mediación Penal, Fundamento, Fines y Régimen Jurídico, Tirant lo Blanch: Valencia 2011.*

Barbero Santos, Marino, *Pedro Dorado Montero (Aportación a su biografía), em Revista de Estudios Penitenciarios, Tomo XXII, N° 173, Ministerio de Justicia: Madrid 1966.*

Boix Reig, Xavier, *Significación Jurídico Penal del Artículo 25, 2 de la Constitución, in José Ramón Casabó Ruiz (Editores), Escritos Penales, Valencia, 1979.*

Butrón Baliña, Pedro M., *La conformidad del acusado en el proceso penal, Editora Mc Graw-Hill: Madrid 1998.*

Cachon Cadenas, Manuel, e Cid Molina, José, *Conformidad del Acusado y penas Alternativas a la prision en los Juicios Rápidos(I), Revista Jurídica espanhola de jurisprudência e bibliografía, Tomo de jurisprudencia N° 3-2003, págs. 1827 - 1863, Diario La Ley Actualidad S.A.: Madrid 2003.*

Casabó Ruiz, José Ramón, *Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código Criminal de 1787*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP) 1969, Tomo XXII, Fasc. II, págs. 313 e segts.

Castro y Orozco, José, e Ortiz de Zuñiga, Manuel, *Código Penal explicado para la comun inteligência y fácil aplicacion*, Tomo I, Imprenta y Libreria de Don Manuel Sanz : Granada 1848.

Cerezo Mir, José, *Curso de Direito Espanhol, Parte General II*, Tecnos: Madrid 2001.

Código Penal de España, Edición oficial reformada. Madrid: Imprenta Nacional 1850

Coll y Pujol, Juan, *Programa de Derecho penal en la Universidad de Barcelona*, Barcelona: Curso de 1901 á 1902.

Constituciones Españolas y Extranjeras, Edición de Jorge Esteban, Taurus: Madrid 1977.

Cuello Calón, Eugenio, *Derecho penal, Tomo I, Parte General*, 18^a ed., Bosch: Barcelona 1980.

Cunha, Sérgio Sérvulo da, *Embargos de Terceiro*, Revista de Processo n.º 44, págs. 248-263, out/dez/86.

Dorado Montero, Pedro, *El Derecho Protector*

de *Los Criminales*, Tomo I, Editora Suárez: Madrid 1916.

Dorado Montero, Pedro, *Naturaleza y Función del Derecho*, Obra póstuma de Pedro Dorado Montero, Prólogo de Constancio Bernaldo de Quirós, Vol. II, Editora Réus: Madrid 1927.

García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho Penal, Introducción*, Editora Universidad Complutense: Madrid 1995.

García Rodríguez, Manuel José, *Análisis del nuevo Estatuto de la víctima del delito: Retos y oportunidades* em *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Thomson Reuters, Pamplona 2015, n° 38, Janeiro a Junho 2015, págs. 23-61.

Garofalo, Raffaele, *Indemnización à las Víctimas del Delito*, Editora La España Moderna: Madrid ao redor de 1900.

Garofalo, Raffaele, *Riparazione alle vittime del delitto*, Editora Fratelli Bocca: Torino 1887.

Gil Gil, Alicia, e Lacruz Lopez, Juan Manuel, e Melendo Pardos, Mariano, e Nuñez Fernández, José, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson S.L.: Madrid 2011.

Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor e Cortés Domínguez Valentín, *Lecciones de Derecho*

Procesal Penal, Editorial Colex, 2001.

Gimeno Sendra, Vicente, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Colex Espanha 2010.

Gimeno Sendra, Vicente, *La conformidad „premiada“ de los juicios rápidos*, Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciário, Año 1, nº 5, págs. 1-34, La Ley: Madrid 2004.

Gimeno Sendra, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, 9ª ed., Universidade Nacional de Educación a Distância, Colex Editorial 2014.

Giner de los Ríos, Francisco, e Calderón, Alfredo, *Princípios de Derecho Natural*, Imprensa Clásica Española: Madrid 1916.

Giner de los Ríos, F., *Resumen de Filosofía de Derecho* (2 Tomos), em: *Obras Completas Tomo XIII e XIV*, Madrid 1926, Tomo II, pág. 201, citado por José A. Sainz Cantero, *La ciência del Derecho Penal y su Evolución*, Barcelona 1970.

Gómez de Liaño González, Fernando, *El Proceso Penal, Tratamiento jurisprudencial*, 5ª ed. corregida, Editorial Forum: Oviedo Espanha 1997.

Gómez Colomer, Juan Luis, *Los aspectos del proyectado Estatuto Jurídico de la Víctima*, em *Derecho y Proceso Penal* Nº 37, Janeiro-Março 2015, págs. 181-220, Thomson Reuters Aranzadi: Pamplona

Espanha.

Gordillo, Luis F., *La Justicia Restaurativa y la Mediación Penal*, 1a. Ed., Iustel Portal Derecho S.A.: Madrid 2007.

Gutiérrez Fernández, Benito, *Exámen Histórico del Derecho Penal*, Sánchez Editora : Madrid 1866.

Gutiérrez, Marcos, *Practica Criminal de España*, Imprenta de D. Fermin Villalpando, Madrid, Tomo I 1828, Tomo II 1826, Tomo III 1828.

Ihering, Rudolf von, *A luta pelo Direito*, tradução do alemão *Der Kampf um's Recht*, de Richard Paul Nieto, Editora Rio: Rio de Janeiro 1975.

Iñesta Pastor, Emília, *El Código Penal Espanhol de 1848*, Tirant lo Blanch: Reformas, Universidad de Alicante 2011.

Jiménez de Asúa, Luis, *Derecho penal*, 2ª ed., Editorial Réus: Madrid 1920.

Jimenez de Asúa, Luis, *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*, Editora Abeledo Perrot: Buenos Aires 1958.

Landrove Díaz, Gerardo, *Victimología*, Editora Tirant lo Blanch : Valencia 1990.

Landrove Díaz, Gerardo, *La moderna Victimología*, Tirant lo Blanch: Valencia 1998.

Laget, Valdeson, e Laget, Louis, *Théorie du Code Pénal Espagnol, comparée avec la législation française*, Ed. Cosse et Marchal, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence: Paris 1860.

Lardizábal y Uribe, Manuel de, *Discurso sobre las penas, contrahido à las Leyes Criminales de España, para facilitar su Reforma*, Madrid: 1782, por Don Joachin Ibarra, Impresor de Camara de S.M., republicado em Madrid em 1967, contendo: *Estudio Preliminar de José Antón Oneca*. Publicado, também, com *Estúdio Preliminar El Derecho penal de la Ilustracion y D. Manuel de Lardizábal* por José Antón Oneca, na Revista de Estudios Penitenciarios, N° 174, julho-setembro de 1966, Vol. 22, págs. 593-746, Madrid.

Manzanares Samaniego, José Luis, *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*, en Estudios de Derecho Penal y Criminologia dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona, N° 88, Editorial Comares: Granada 2007.

Madlener, Kurt, *Wiedergutmachung im Kriminalrecht, Landesbericht Spanien*, em A. Eser e Susanne Walter (organizadores), Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg, Vol. 3, 2001, págs. 273-339.

Madlener, Kurt, *La Reparación del daño sufrido por la Víctima a y el derecho penal, en Estudios de Derecho penal y Criminología en (libro homenaje a Rodriguez Devesa - Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Tomo II: Madrid, 1989, págs 9-32.*

Madlener, Kurt, *El redescubrimiento de la Víctima por las Ciencias Penales, Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México, Enero-Abril, N° 10 Mexico 1989, págs. 47-66.*

Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito, 5ª ed., Civitas Thomson Reuters: Cizur Menor 2011.*

Moreno Catena, Víctor e Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal, 2ª Edição, Editora Tirant lo Blanch, Valencia 2005.*

Novíssima Recopilación de las Leyes de España, mandada formar por el señor Rey Don Carlos IV, Tomo V, Libros X, XI y XII, Título XLI, Ley XXI 5º, 1805, reimpressão, Boletín Oficial del Estado, Editora Rivadeneira: Madrid 1976.

Núñez Fernández, José, *Análisis crítico de la libertad condicional en el Proyecto de Reforma de Código Penal de 20 de septiembre de 2013, en La Ley*

Penal, N° 110, Septiembre-Octubre de 2014, Wolters Kluwer: Espanha.

Orts Berenguer, Enrique, em *Comentários al Código Penal de 1995*, organizado por Tomás S. Vives Antón, Tirant lo Blanch : Valencia 1996.

Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 2ª ed., Tomo I, Editora de la Viuda de Perinat: Madrid 1856.

Pacheco, Joaquín Francisco, *El Código Penal concordado y comentado*, 5ª ed., Tomo I, Editora de la Viuda de Perinat: Madrid 1881.

Pedraz Penalva, Ernesto, *Las medidas cautelares Reales en el Proceso Penal Ordinario Español*, 1ª ed., Editorial Trivium: Madrid 1985.

Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y Concliación en el Sistema Penal*, Granada, 1999

Portal Manrubia, José, *La tutela cautelar patrimonial en la jurisdicción penal*, en *Derecho y Proceso Penal*, N° 37, Enero-Marzo de 2015.

Quintiliano Saldaña, *Nueva Penologia (Penas y medidas de Seguridad)*, Editora Hernando: Madrid 1931.

Quintanar Diez, Manuel, e Ortiz Navarro, José Francisco, *Elementos de Derecho Penal, Parte*

General, Tirant le Blanch: Valencia 2014.

Reale, Miguel, *Filosofia em São Paulo*, 2^a ed., Editora Grijalbo: São Paulo 1976.

Repertório de Jurisprudência, Volume XI (2012), 1^a ed., TOMO LXXVIII, Thomson Reuters Aranzadi: Pamplona 2013.

Rifá Soler, José María, e Richard Gonzáles, Manuel, e Riaño Brun, Iñaki, *Derecho Procesal Penal*, Instituto Navarro de Administración Pública, Editora Gobierno de Navarra, Colección Pro Libertate: Pamplona 2006.

Rifá Soler, José Maria, e Valls Gombau, José Francisco, e Richard González, Manuel, *Medidas Cautelares en El Proceso Penal Práctico*, 6^a ed., La Ley, Grupo Wolters Kluwer: Madrid 2009.

Rivacoba y Ricacoba, Manuel de, *Krausismo y Derecho*, Editora Castellvi: Santa Fé, Argentina 1963.

Röder, Carlos David Augusto, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, traducción de Francisco Giner, Ed. Suárez: Madrid 1877.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo, e Jorge Barreiro, Agustin, *Comentários al Código penal*, Editora Civitas: Madrid 1997.

Rodríguez Ramos, Luis, e Martínez Guerra, Amparo, *Código Penal concordado y comentado con Jurisprudencia y Leyes Penales Especiales y Complementarias*, 4ª Edição, Grupo Wolters Kluwer: Madrid 2011.

Sanz Hermida, Ágata, *Víctimas de delitos, Derechos, Protección, y asistencia*, Editora Iustel, Madrid, 2009.

Sainz Cantero, José A., *La ciência del Derecho Penal y su Evolución*, Editora Bosch: Barcelona 1970.

Serrano Gómez, Alfonso, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Universidad Nacional de Educación a Distancia: Madrid 1981, Rugarte, S.L.

Serrano Gómez, Alfonso, *Problems Relating to Compensation for Victims in Spain* em *Legal Protection, Restitution and Support*, editado por G. Kaiser, H. Kury e H. J. Albrecht, Freiburg i.Br.: Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht 1991, *Kriminologische Forschungsberichte*, Bd. 51

Serrano Gómez, Alfonso e Serrano Maíllo, Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6ª ed., Dykinson: Madrid 2001.

Serrano Gómez, Alfonso, e Serrano Maíllo,

Alfonso, *Derecho Penal, Parte Especial*, 16^a ed., Dikynson: Madrid 2011.

Serrano Maíllo, Alfonso, *La Compensación en el Derecho Penal*, Dikynson: Madrid 1996.

Silvela, Luis, *El Derecho Penal estudiado en Principios y en la Legislación Vigente en España*, 2a ed., Parte primera, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé: Madrid 1903.

Soto Nieto, Francisco, *Ajudas a las victimas de los delitos violentos. Su relación con el proceso penal*, Tomo de Jurisprudencia 2, La Ley: Madrid 1998.

Tamarit Sumalla, Josep M., *La Víctima en el Derecho penal De la víctima-dogmática a una dogmática de la víctima*, Aranzadi Editorial: Pamplona 1998.

Tomás y Valiente, Francisco, *Manual de Historia del Derecho Español, Fuero Juzgo*, 2^a ed., Editora Tecnos: Madrid 1980.

Varona Martínez, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social Una perspectiva criminológica*, en Estudios de Derecho Penal y Criminología dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona, Editorial Comares: Granada 1998.

ABREVIATURAS

AASP - Associação dos Advogados de São Paulo

AMB Associação dos Magistrados brasileiros

Art. - Artigo

BD - Band

BR - Brasil

CC - Código Civil

CCI - Código Criminal do Império

CF - Constituição Federal

CEDI - Centro de Documentação e informação da
Câmara dos Deputados

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CONIMA - Conselho Nacional das Instituições
de Mediação e Direito Penal

CP - Código Penal

CPE - Código Penal espanhol

CPP - Código de Processo Penal

ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente

Ed. - Edição

ed. - edição

FDD - Fundo de Defesa de Direitos Difusos

Fls. - Folhas

FONGAVID - Fondo Nacional de Garantías para Víctimas de Delitos

FUNAV - Fundo Nacional às Víctimas de Crimes Violentos

LEC - Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím - Ley de Enjuiciamiento Criminal

op.s.c. - obra supra citada

RJ - Repertório de Jurisprudência

RT - Revista dos Tribunais

Pág. - Página

Págs. - Páginas

PL - Projeto de Lei

PR - Paraná

segts. -seguintes

sigts. -siguientes

S.P. - São Paulo

TC - Tribunal Constitucional

TJDPT - Tribunal de Justiça do Distrito

Federal e dos Territórios

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TS - Tribunal Supremo

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

VOL. - Volume

Trim. - Trimestral

ÍNDICE

PARTE PRIMEIRA

"Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro"

- I. Introdução: princípios filosóficos sobre a
reparação do dano -** pág.22
- II. Do Direito brasileiro** pág.36
- A. Da reparação do dano: Do descobrimento a
independência** pág.36
1. O Direito Aborígene pág.36
2. O Direito português e o Direito espanhol que
vigoraram no Brasil: as Ordenações Afonsinas, as
Ordenações Manuelinas e as Ordenações Filipinas
pág.37
- B. Da Reparação do dano da Independência à República**
1. A primeira Constituição brasileira (1824) pág.40
2. Reparação dos danos por Ministros e Secretários
de Estado pág.41
3. Juízes de Paz: conciliação de pequenas demandas
pág.41

4. O famoso Projeto do Código Criminal do Império de Bernardo Pereira de Vasconcellos pág.42
- a. Reparação dos danos através dos cofres públicos pág.42
- b. A pena de multa nos projetos do Código Criminal do Império pág.43
5. Pena de multa aos Juizes que não comparecessem perante o Júri pág.44
- C. A reparação do dano no Brasil imperial** pág.44
- 1. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830** pág.45
- a. Da satisfação do dano no Código Criminal de 1830 pág.45
- b. O dia multa, criação do Código Criminal do Império do Brasil pág.52
- 2. A reparação do dano no Direito Processual** pág.60
- a. Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 29.1.1832 pág.60
- b. A jurisdição somente civil para todos os casos de indenização (1841) pág.62

c. O Regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842	pág.63
3. Teixeira de Freitas e a Consolidação das Leis Civis de 22.12.1858	pág.64
D. A proclamação da República	pág.66
1. A reparação do dano causado pelo delito no Direito Penal no Brasil republicano	pág.66
a. O Código Penal de 1890	pág.66
b. A Consolidação das Leis Penais de 1932	pág.72
c. Projetos para um novo Código Penal	pág.74
c.1. O projeto de Virgílio de Sá Pereira	pág.74
c.2. O projeto Alcântara Machado	pág.76
2. A reparação do dano no Código Penal de 1940	pág.80
a. A Parte Geral	pág.81
a.1. Da suspensão condicional da pena	pág.82
a.2. A Lei n. 6.416 de 24 de maio de 1977	pág.83
a.3. Da reabilitação	pág.84
b. A Parte Especial do Código Penal	pág.84
3. Projetos para um Código de Processo Penal	pág.84

a. O Projeto Vicente Ráo	pág.84
b. O Anteprojeto Helio Tornaghi do Código de Processo Penal	pág. 85
4. A reparação do dano no Código de Processo Penal de 1941	pág.87
a. Da Liberdade Provisória	pág.89
b. Do Livramento Condicional	pág.90
c. Medidas Assecuratórias no Código de Processo Penal	pág.93
c.1. Do seqüestro de bens	pág.93
c.1.1. Seqüestro dos bens do proveito do crime	pg.95
c.2. Da Hipoteca Legal	pág.97
c.3. Perdimento de bens na Lei nº 3.502 de 21.12.1958	pág.99
c.4. Do Arresto de bens	pg.100
c.5. Fiança	pg.101
E. Reformas durante o último Governo Militar (1964- 1985)	pág.102

1. A reparação do dano causado pelo delito no Direito Penal	pág.102
a. O chamado Código Penal de 1969	pág.102
b. A Lei nº 6.416 de 24 de maio de 1977	pág.106
c. O projeto do Código Penal de 1981	pág.107
c.1. A multa penitenciária	pág.108
c.2. A multa reparatória	pág.108
2. A Nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº7.209 de 11.7.1984)	pág.109
a. Eficácia da sentença estrangeira	pág.112
b. A Reparação do dano como condição imposta ao condenado	pág.113
b.1. Da Suspensão Condicional da pena	pág.113
b.1.1. Sursis especial	pág.115
b.1.2. Sursis simples	pág.116
c. Da Liberdade Provisória	pág.117
3. O Anteprojeto do Código Penitenciário de autoria de Roberto Lyra (1978)	pág.117

- 4. Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210 de 11.7.1984**
pág.119
- a. Livramento condicional
pág.119
- b. Reabilitação
pág.121
- 5. A reparação do dano no Direito Processual Penal**
pág.124
- a. O Anteprojeto do Código de Processo Penal de autoria do Prof. José Frederico Marques (1970)
pág.124
- b. Anteprojeto de lei do Código de Processo Penal de 1983
pág.125
- c. Reparação do dano como condição para a progressão do regime do cumprimento da pena
pág.126
- F. Evolução da reparação do dano após a volta a democracia (1985) e situação atual**
pág.127
- 1. Da reparação do dano causado pelo delito no Direito penal**
pág.127
- a. Das circunstâncias atenuantes no Código Penal brasileiro
pág.127
- b. Das circunstâncias atenuantes no Anteprojeto da Parte Especial do Código penal (1987)
pág.128

b.1.Furto	pág.128
b.2. Da apropriação indébita	pág.130
b.3. Do Estelionato	pág.131
b.4. Casamento do agente com a vítima	pág.131
b.5. Falso testemunho ou falsa perícia	pág.132
2. A Constituição Federal de 1988	pág.134
a. Assistência às vítimas de crimes dolosos	pág.136
b. Dano Moral	pág.138
3. Aspectos atuais do Direito Processual Penal referentes à indenização	pág.144
a. Fixação de valor mínimo para a reparação do dano no processo penal	pág.144
b. Medidas Cautelares no Processo Penal - Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011	pág.149
c. Projeto de Lei do SENADO FEDERAL N°156, de 2009, a reforma do Código de Processo Penal	pág.151
c.1. Da adesão da vítima no processo penal	pág.151
G. A reparação do dano em leis especiais	pág.152
1. Lei nº 7.913 de 7 de dezembro de 1989 dispõe sobre a ação civil pública	pág.152

2. A Lei nº 8.078 de 11.9.1990 -Código de Defesa do Consumidor. Pág.154
3. Penas restritivas de direitos - Lei nº 9.714 de 25 de novembro de 1998 pág.158
4. A multa reparatória no Código de Trânsito Brasileiro - Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997 pág.160
5. Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei nº8.069 de 13 de julho de 1990 pág.163
6. Juizados Especiais Cíveis e Criminais pág.168
- a. Juizados Especiais Cíveis - Lei nº 7.224 de 7 de novembro de 1984 pág.168
- b. Juizados Especiais Cíveis e Criminais na Justiça Comum pág.171
- c. Juizados Especiais Federais - Lei Nº 10.259 de 12 de julho de 2001 pág.178
7. Crimes Ambientais- Lei nº 9.605 de fevereiro de 1998 pág.183
8. Juizados de Violência doméstica e Familiar Contra a Mulher - Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, (Lei Maria da Penha) pág.186

9. Extinção da punibilidade em legislação especial
pág.188
- a. Extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária
pág.188
- b. Extinção da punibilidade por débitos previdenciários
pág.190
- c. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo no crime de contrabando ou descaminho pg.196
- H. A reparação do dano no anteprojeto do Código Penal de 2011**
pág.201
- I. Alterações das disposições do Código de Processo Penal**
pág.206
1. A fiança
pág.206
2. A hipoteca legal
pág.207
- J. O Estatuto da vítima (Projeto de Lei 2013)**pág.209
- K. A Lei de Mediação N° 13.140 de 26 de junho de 2015**
pág.210
1. Mediador Extrajudicial e Judicial
pág.212
- a. Procedimento de Mediação e a suspensão do processo
pág.214
- b. Organização de centros judiciais para a Mediação Judicial
pág.215

3. A era da codificação	pág.250
a) O Código Penal de 1822	pág.252
b) O Código Penal de 1848 e Joaquín Francisco Pacheco	pág.255
c) A influência do Código Criminal do Império do Brasil de 1830 no Código Penal Espanhol de 1848	pág.257
4. O correccionalismo espanhol, Krausismo e positivismo	pág.265
a) A influência filosófica de Giner de los Rios	pág.266
b) A correção ao entendimento de Concepción Arenal e Luis Silvela	pág.267
c) Correccionalismo, positivismo e a ideia abolicionista de Pedro Dorado Montero	pág.269
d) O Código Penal de 1870	pág.275
5. A Origem do Desenvolvimento da Moderna ciência do Direito Penal Espanhol	pág.276
a) O Código Penal de 1928	pág.277
6. A Situação atual após a volta à Democracia	pág.281
II. Direito Vigente	pág.283
A. A reparação do dano no direito penal material	pág.283

1. Restituição, reparação e indenização de prejuízos materiais e morais pág. 287
2. A suspensão da execução das penas privativas de liberdade e da liberdade condicional no Código Penal de 1995 pág.293
3. A liberdade condicional na Lei Orgânica N° 1 de 30 de março de 2015, que modificou a Lei Orgânica 10/1995, de 23 de novembro, do Código Penal pág.294
 - a) Da prisão permanente revisável como uma hipótese de liberdade condicional ou de suspensão da execução da pena pág.297
 - b) Liberdade condicional nos delitos de corrupção pág.298
 - c) A reparação do dano como condição para a concessão da suspensão da execução das penas privativas de liberdade pág.299
 - d) Acordo alcançado através da Mediação pág.301
4. A Reparação do dano como circunstância atenuante pág.309
5. A isenção da responsabilidade penal em casos de fraude tributária pág.317

B. Efeitos da reparação do dano no processo penal pág.318

1. O papel da reparação no contexto de decisões gerais e especiais do processo pág.318

2. As Medidas cautelares pág.323

a) Das fianças pág.325

b) "Embargo de bienes" pág.327

3. O papel da reparação na imposição das decisões judiciais pág.330

4. A "conformidad" do acusado no processo penal pág.334

5. "Juicios rápidos" pág.337

6. A revogação da suspensão da execução da pena pág.339

C. Das ajudas públicas às vítimas carentes por parte do Estado pág.340

1. Fundos Públicos pág.340

a) Subrogação do Estado nos direitos da vítima pág.342

b) Fundos públicos para a ajuda às vítimas carentes pág.344

D. Responsáveis civis subsidiários 346

E. O Estatuto da Vítima do delito	pág. 351
1. Dos Direitos básicos da Vítima	pág.355
2. Os serviços de Justiça Restaurativa	pág.359

PARTE TERCEIRA: RESUMOS pág 362

I. Resumo da parte primeira em português:

Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro	pág.362
---	---------

A. A legislação vigente	pág.362
--------------------------------	---------

1. Normas básicas constitucionais sobre a reparação do dano	pág.364
2. Normas do Código Penal	pág.365
3. Normas do Código de Processo Penal	pág365
4. Normas referentes a danos causados por Menores	pág.368
5. A Justiça Restaurativa	pág.372

B. Necessidade de reformas	pág.373
-----------------------------------	---------

1. O combate contra a morosidade da Justiça	pág.373
2. A necessidade de um fundo de compensação	pág.376

II. Resumo da Parte Segunda em português:

PARTE QUARTA:

Considerações e sugestões pág.405

Da reparação do dano causado pelo delito no Direito brasileiro pág.405

1. Considerações gerais pág.405

2. Sugestões pág.411

PARTE QUINTA: CONCLUSIONES pág.418

Finalização - Clausura pág.425

Bibliografia consultada para a elaboração da Parte Primeira - Do direito brasileiro pág.427

Bibliografia consultada para a elaboração da Parte Segunda - Do direito espanhol pág.443

Índice com numeração das páginas pág.459