ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www. esmarn.tjrn.jus.br/revistas

REPARAÇÃO DO DANO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

REPARATION OF THE CRIMINAL DAMAGE IN BRAZILIAN LAW

Wallton Pereira de Souza Paiva*

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

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

* Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (Ufersa). Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 JUSTIÇA RESTAURATIVA E OS MODELOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO PARA REPARAR O DANO; 2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: **um sistema fundamentado na ética da alteridade**; 2.2 MODELO DE MEDIAÇÃO DO CONFLITO PENAL**;** 2.3 MODELO DA CONCILIAÇÃO PENAL; **3 REPARAÇÃO POR MEIO DE FUNDOS ESTATAIS; 4 MODELO DE REPARAÇÃO DO DANO ADOTADO NO BRASIL;** 4.1 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*; **4.1.1 Aspectos gerais; 4.1.2 Objeto da ação civil *ex delicto;* 4.1.3 Legitimidade para a ação civil *ex delicto*; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

1 INTRODUÇÃO

A proteção à vítima e seu posicionamento no sistema penal tem sido um tema de política criminal bastante discutido em todo o mundo. A vitimologia trouxe consigo influências para os ordenamentos jurídicos, uma vez que põe a vítima como centro de atenção científica, principalmente na solução do dano social ocasionado pelo fato crime.

A reparação do dano é um tema antigo, vislumbrado desde o Código de Hamurabi (século XII a.C.), as leis judaicas e a Lei das XII tábuas, de modo que antecedeu as penas aflitivas, bem como a pena privativa de liberdade. Como lecionam Marques e Fernandes (1994), a reparação chegou a substituir a vingança privada e, posteriormente, evoluiu para a chamada *Vehrgeld*, que consistia no pagamento à vítima ou seus parentes pelo culpado de um delito de uma indenização pela conduta proibida. Esta começou a decair com o advento da Igreja Católica, quando a aproximação do crime com o pecado modificou a natureza da pena, que passou a satisfazer a divindade e não mais a vítima.

Nos últimos anos, há uma tendência para que o direito penal volte sua atenção para os interesses das vítimas, no sentido de oferecer ao delinquente a possibilidade de evitar uma pena privativa de liberdade. O chamado redescobrimento da vítima acarretou um novo tema, que, nos dizeres de Hirsch (apud ESER et al., 2008), se converteu no tema da moda dos estudos de política criminal; outrora voltados à ressocialização do autor, agora convergem para a necessidade de melhoria dos interesses de proteção à vítima de delito, em especial a reparação do dano ocasionado.

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

Dessa forma, a reparação do dano foi ganhando relevo nos estudos de política criminal e, seja qual for a corrente, há uma ampla defesa pela sua realização, uma vez que boa parte das tendências político-criminais procura uma maneira de considerar a reparação do dano frente à vítima no direito penal material, em especial no sistema das consequências jurídicas dela decorrentes. Nesse norte, também são discutidas, ao longo deste estudo, ideias defensoras da indenização estatal a vítimas de delitos, com base em fundos públicos estabelecidos com esse objetivo, ou outras possibilidades de subvenção estatal.

Daí surge um questionamento, feito por Roxin (2009), o qual é investigado ao longo deste estudo: é compatível com as funções do direito penal que um procedimento estatal renuncie total ou parcialmente a pena merecida quando o autor repara os danos causados e procura conseguir uma reconciliação com a vítima? Esse questionamento é apenas um dos que se deve tentar responder ao longo deste trabalho. Não obstante, são observadas a reparação do dano dentro de um panorama conciliatório e a mediação como forma de obtenção da reparação pelo dano causado pelo fato típico penal; finalmente, é observada a criação de fundos públicos com esse intuito.

Posteriormente a essas abordagens, em que são estudados aspectos de cada um dos modelos de reparação do dano anteriormente elencados, é observado o modelo de reparação do dano no Brasil, desde os aspectos penais

até as concepções processuais que visam à reparação, além da intervenção do Estado nesse processo. É importante frisar que vários ordenamentos jurídicos não utilizam um modelo em exclusividade, pois há uma tendência à adoção de modelos distintos para situações específicas. Por isso, faz-se o estudo de cada um dos modelos para, posteriormente, analisar o modelo brasileiro.

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

Um dos pontos centrais das novas correntes jurídico-penais consiste em encontrar soluções alternativas ao conflito originário da ocorrência de um fato típico delitivo. Para que se possa enxergar de maneira mais límpida a importância e a amplitude do tema, achou-se por bem subdividi-lo em três tópicos. O primeiro argumenta sobre a justiça restaurativa de maneira geral, como um sistema que se fundamenta em valores e propositor de uma nova forma de agir ante o fato crime; o segundo fala na mediação como primeira experiência alternativa em que se tenta chegar a um acordo satisfatório entre o ofensor e a vítima; o terceiro e último trata da conciliação como uma satisfação moral da vítima. De pronto, é possível afirmar, como leciona Barros (2008), que a distinção entre o modelo da mediação e o modelo da conciliação não se encontra nos fins alcançados por ambos, mas, sim, no papel do mediador e do conciliador ao longo da atuação de ambos no diálogo entre as partes.

2.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: **um sistema fundamentado na ética da alteridade**

Com inspiração abolicionista e forte influência dos movimentos vitimológicos, o modelo de justiça restaurativa surgiu nos Estados Unidos em meados da década de 1990 e em pouco tempo se expandiu para a Europa. Como instrui Konzen (2007), como fenômeno social, a justiça restaurativa foi concebida como uma tentativa de olhar o fenômeno delitivo e produzir justiça mediante outros meios que não a justiça retribucionista (justiça penal

tradicional). Aliás, é nesse ponto que se encontra a diferença fundamental entre a justiça restaurativa e a justiça retribucionista, pois a primeira, como leciona Pallamolla (apud BITENCOURT, 2008, p. 641):

> Pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, enquanto o segundo apenas busca decidir os conflitos, estendendo a margem de atos unilaterais de poder, solucionando meros conflitos e deteriorando a coexistência social.

Dialogando sobre justiça restaurativa, Sanz Hermida (2008) lembra que a natureza da reparação em seu sentido mais amplo não é pacífica, haja vista a influência de vários princípios, com o intuito de recuperar e reforçar o papel da vítima no processo penal, além de cumprir uma função pacificadora do direito penal material e contribuir para a ressocialização do delinquente. Além disso, a utilização de mecanismos mais rápidos, eficazes e de pouco custo, como a mediação, a reparação e a conciliação, consegue fazer frente à problemática social da criminalidade. Em muitos casos, esses mecanismos substituem um trabalhoso processo, pois possuem características de uma espécie de justiça negociada, produzindo um dinamismo procedimental entre a vítima e o delinquente, com vistas a chegar a um consenso e solucionar o conflito, relegando ao Estado um papel subsidiário, em prol do protagonismo das partes. Isso demonstra que não é aleatória a conclusão de McCold e Wachtel (2003, p. 2), que estabelecem a seguinte noção para justiça restaurativa: "É um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de 'partes interessadas principais', para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão".

A justiça restaurativa, como diz Sanz Hermida (2008), enfatiza a necessidade de que a vítima, o delinquente e a comunidade se observem como participantes da solução do conflito delitivo. Por isso, ganha relevo a ideia de McCold e Wachtel (2003), afirmando que a justiça restaurativa pode ser compreendida a partir de três estruturas conceituais distintas, porém relacionadas: a janela da disciplina social, o papel das partes interessadas e a tipologia das práticas restaurativas.

A primeira das estruturas conceituais é a chamada janela da disciplina social. Nela, os autores explicam que todos os indivíduos que possuem um cargo de autoridade na sociedade tomam decisões no sentido de manter a disciplina social, sejam pais criando filhos, sejam professores orientando os alunos, sejam, ainda, empregadores supervisionando seus funcionários. A justiça restaurativa, como bem lembra Konzen (2007), busca solucionar os problemas de forma colaborativa, por meio da oportunidade ofertada aos prejudicados por uma infração de se reunir e descrever como foram afetados pelo fato delitivo, de modo que desenvolvem um plano que visa não só à reparação dos danos, como também a evitar que isso aconteça de novo. Encorajando o envolvimento consciente e ativo do transgressor e da vítima no processo de reparação e prestação de contas, a justiça restaurativa cria o engajamento cooperativo que lhe é essencial.

A segunda estrutura conceitual consiste no papel das partes interessadas, relacionando o dano ocasionado pela transgressão às necessidades específicas de cada parte, de modo que as respostas restaurativas sejam essenciais ao atendimento dessas necessidades. Dessa forma, McCold e Wachtel (2003) diferenciam os interesses das partes interessadas principais – em geral, as vítimas e os transgressores, pois são os mais diretamente afetados – e dos indivíduos atingidos indiretamente – caracterizados pelos vizinhos, pessoas pertencentes a organizações religiosas, à sociedade, ou seja, pessoas cujas necessidades são coletivas e não individuais. É importante frisar que uma relação emocional significativa com a vítima ou transgressor acarreta uma afetação direta, de modo que os esposos, os filhos e os pais também são considerados partes interessadas principais que precisam da oportunidade de expressar seus sentimentos. Necessitam ter uma voz ativa no processo de reparação do dano, de modo que possam readquirir o sentimento de poder pessoal, fazendo-os superar o trauma. Já às partes interessadas secundárias cabe apoiar e facilitar os processos em que os interessados principais determinam o que deve ser feito.

A tipologia das práticas consiste no terceiro elemento conceitual estrutural da justiça restaurativa elencado por McCold e Wachtel (2003), no sentido de que esta teria características mais ou menos restaurativas na medida do

grau de envolvimento de cada uma das três partes: a reparação da vítima, a responsabilidade do transgressor e a reconciliação da comunidade de assistência. Dessa forma, como orienta Konzen (2007), somente seriam restaurativos os processos em que houvesse a participação dos três grupos. Nas palavras dos autores de *Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*:

> Quando as práticas da justiça penal envolvem apenas um dos grupos de partes interessadas principais, como no caso de compensação financeira do governo às vítimas, o processo só pode ser chamado de 'parcialmente restaurativo'. Quando a vítima e o transgressor participam de um processo de mediação sem a participação de suas comunidades, esse será 'na maior parte restaurativo'. Apenas quando os três grupos participam ativamente, como em conferências ou círculos, pode ser tido que o processo é 'totalmente restaurativo' (MCCOLD; WACHTEL, 2003, p. 3).

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

No âmbito da União Europeia, a justiça restaurativa mereceu destaque na decisão marco do Conselho da União Europeia de 2001 (2001/220/JAI), referente ao estatuto da vítima no processo penal, que, no art. 10, dispõe que os Estados-membros procuraram impulsionar a mediação nas causas

penais nas infrações que prestassem a esse tipo de medida, de modo que a indicam como um complemento do processo penal, e não como substituto dele. Entretanto, além da mediação, outras figuras representativas da justiça restaurativa vêm sendo reconhecidas nos distintos ordenamentos jurídicos[1].

2.2 MODELO DE MEDIAÇÃO DO CONFLITO PENAL

O modelo da reparação por meio de um processo de mediação tem origem em algumas experiências alternativas que, segundo Larrauri (apud ESER et al., 2008), vêm sendo desenvolvidas nos Estados Unidos (Institute for Mediation and Conflict Resolution, 1970), Canadá, Austrália e Inglaterra (Forum for Initiatives of Reparation and Mediation, 1984) e que se estenderam a outros países europeus. Aliás, no que tange à expansão da mediação para a União Europeia, há dois documentos que tratam do assunto. O primeiro é a Recomendação R(99)19 do Conselho da Europa (do ano de 1999), que versa sobre a mediação em matéria penal e estabelece recomendações para o seu desenvolvimento pelos Estados-membros. Entre elas, Pallamolla (apud BITENCOURT, 2008) destaca a exigência de ser a mediação livremente consentida por ambas as partes, a confidencialidade dos encontros e a possibilidade de fazer uso da mediação em qualquer estágio do processo penal. O segundo documento é a já falada decisão marco do Conselho da União Europeia de 2001 sobre o estatuto da vítima no processo penal, em que a mediação atua como um complemento do processo penal.

A mediação entre a vítima e o delinquente, na lição de Pallamolla (apud BITENCOURT, 2008), consiste basicamente em um encontro entre a vítima e o ofensor, orientado por um mediador, cujo objetivo é chegar a um acordo reparador. A base desses programas de mediação de conflitos consiste, como salienta Barros (2008), em questionar sobre a expropriação do conflito penal, algo também abordado por abolicionistas, que despersonaliza o conflito e impede sua solução por parte dos protagonistas do fato. Inclusive, o

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

trabalho dos centros de reparação e mediação consiste em mediar um acordo satisfatório para o autor e a vítima. Para alcançar seus objetivos, adotam uma série de premissas próprias de um modelo de cunho restaurativo.

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

A segunda premissa consiste na ênfase dada ao processo de resolução de todo conflito. Há um interesse na confrontação entre o infrator e sua vítima, para que se possam desfazer os estereótipos mútuos. Como argumenta Pallamolla (apud BITENCOURT, 2008), desse confronto objetivam-se o restabelecimento do diálogo entre as partes e a dissuasão. Dessa forma, a mediação atua de uma maneira diferente do procedimento penal tradicional, pois seu enfoque encontra-se nas informações que podem gerar uma aproximação entre as partes em conflito, para que possam chegar a um acordo. Dialogando sobre o assunto, Larrauri (apud ESER et al., 2008, p. 305) explica: "*[…] existe interés en recrear un sentimiento de vecindad, para que la gente se involucre en la resolución de los conflictos que la afectan, en lugar de dejarlos en manos de profesionales que se 'apropian' del conflicto*"[2].

A mediação, como explana Barros (2008), tem sido aceita tanto em crimes menos graves quanto em delitos mais violentos. Entretanto, a consequência em ambos é bastante distinta, pois, nos crimes de menor gravidade,

2 "Há interesse em recriar um sentimento de vizinhança, de modo que as pessoas envolvidas na resolução dos conflitos que as afetam, em vez de entregá-los a profissionais, se 'apropriam' do conflito" (tradução nossa).

a efetivação de um acordo entre as partes possibilita a solução definitiva do conflito, inibindo, via de consequência, a instauração do processo criminal; já nos delitos mais violentos, a mediação não tem a finalidade de evitar o processo, mas auxilia na recuperação da vítima e do acusado, exercendo uma atividade preventiva especial sobre este.

2.3 MODELO DA CONCILIAÇÃO PENAL

O que distingue o modelo da conciliação penal do modelo da mediação é, como já mencionado, a distinção entre os papéis do mediador e do conciliador. A conciliação, segundo Sanz Hermida (2008), pode ser entendida como um instrumento que serve para evitar ou pôr fim a um processo penal, sendo assim reconhecida em diversos ordenamentos jurídicos. Entre os diversos aspectos da conciliação no âmbito do direito penal, Barros (2008) enumera, entre os mais importantes: a função pacificadora, decorrente do fato de ser uma possível solução alternativa de conflitos; a concessão de um papel participativo da vítima na solução da controvérsia penal; a busca pela reparação do dano decorrente; a colocação do autor e da vítima frente a frente para que dialoguem e encontrem uma solução para o problema; o fato de possuir um forte caráter educativo-preventivo; o fato de a conciliação impedir o início do processo, bem como a imposição de pena privativa de liberdade; e o fato de ser uma forma de participação popular na administração da justiça.

A composição do conflito por via da autonomia privada é, até certo ponto, possível e também desejável, a partir de uma óptica político-social. Em geral, ocorre com delitos processáveis mediante queixa da parte ofendida. O procedimento conciliatório busca não só a conciliação entre as partes, como também a reparação do dano eventualmente provocado. Entretanto, Sanz Hermida (2008) lembra que, entre as críticas recebidas pelo modelo em análise, estão os casos cuja viabilidade fica ao arbítrio dos desejos conciliatórios da vítima. Para enfrentar essa problemática, a autora ressalta:

> *Como solución a los supuestos marginales en los cuales la víctima podría impedir injustificadamente su desarrollo se viene*

> *proponiendo la introducción de alguna previsión en la normativa que no haga depender en exclusiva de la voluntad de la víctima los efectos que derivarían de la conciliación, tomando en consideración el reconocimiento de hechos por parte del delincuente junto con la voluntad acreditada de proceder a la reparación del daño* (SANZ HERMIDA, 2008, p. 138).[3]

Em outras palavras, a conciliação torna-se uma via obrigatória para as partes, de modo a retirar dos tribunais um grande volume de processos que poderiam ser resolvidos por via alternativa, cuja solução se mostra mais eficaz que a pena prevista pelo delito cometido. Nessa linha, cabe ao conciliador, seguindo a argumentação de Barros (2008), intervir no diálogo das partes, auxiliando a formação do acordo, e, por meio de uma atuação ativa, convencer as partes da vantagem de uma solução consensual. Tendo, em linhas gerais, essa missão, o indivíduo conciliador foi introduzido em diversas legislações, como as legislações portuguesa, italiana, alemã e brasileira. Esses ordenamentos passaram a enfrentar a necessidade de solucionar os problemas do processo penal, principalmente no que tange à sua celeridade e efetividade, fora os questionamentos sobre o princípio da indisponibilidade. No entanto, a adesão do modelo ao panorama da oportunidade, além de sua capacidade de suspender ou encerrar antecipadamente o processo penal, fez com que superasse essas barreiras.

Dessa forma, a conciliação passou a ser tida como condição para aplicação de medidas alternativas à prisão. Na Espanha, por exemplo, o art. 88.1 do Código Penal afirma que a conciliação pode suspender a pena privativa de liberdade, bem como a execução da pena em determinados caso. No Brasil, o modelo conciliatório passou a ser adotado com o advento da Lei nº 9.099/1995, que pôs o autor e a vítima como protagonistas na composição civil do dano ou quando o autor transaciona com o Ministério Público, momento em que se contempla um modelo de justiça consensual.

3 "Como solução para os casos marginais, nos quais a vítima poderia injustificadamente impedir o desenvolvimento, está sendo proposta a introdução de alguma previsão na normativa em que não dependam apenas da vontade da vítima os efeitos que resultam da conciliação, levando em consideração o reconhecimento de feitos pelo infrator, além da disposição comprovada para prosseguir com a reparação de danos" (tradução nossa).

Assim, seja pela conciliação, seja pela transação, evita-se o cumprimento de uma pena privativa de liberdade, além de satisfazer a vítima pela busca da reparação do dano.

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

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

Seja como for, a Lei nº 9.099/1995 introduziu no Brasil o sistema de justiça restaurativa. Embora tenha um campo de atuação limitado – os delitos de menor potencial ofensivo –, a lei buscou uma solução que melhor satisfizesse os interesses das partes envolvidas na ocorrência do delito e, ainda, a comunidade, tanto por inibir a aplicação de uma pena privativa de liberdade quanto por retirar dos tribunais processos que se acumulariam nas varas e muito provavelmente acabariam prescritos.

3 REPARAÇÃO POR MEIO DE FUNDOS ESTATAIS

Nos últimos anos, vários países têm estabelecido fundos de compensação estatal com o intuito de aliviar as necessidades econômicas das vítimas de delitos violentos. Ao discorrer sobre o assunto, Marques e Fernandes (1994) explicam as ideias desenvolvidas por Margery Fry sobre uma compensação

do Estado dos danos resultantes do crime. Em seus diversos escritos, como *Arms of the law* (1951), *Justice for victimes* (1957) e *Compensations for victimes of criminal violence* (1959), defendem a previsão em sistemas legais de mecanismos que assegurem a efetiva reparação à vítima da infração penal, seja por meio da indenização estatal, seja mediante fundos.

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

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

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

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

Algumas ações afirmativas desse modelo podem ser destacadas em nível mundial; por exemplo, o Conselho da Europa aprovou a convenção europeia relativa à indenização de vítimas de crimes violentos em 1983, entrando em vigor no ano de 1988. No disposto sobre indenização, o tratado restringe-se às vítimas de crimes violentos que sofreram lesões no corpo ou saúde, bem como aos seus sucessores. Já o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, prevê em seu art. 79 a instituição de um fundo em favor das vítimas de crimes cuja competência é do referido tribunal, englobando, inclusive, a família das vítimas.

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

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

4 Hoje se encontra na Câmara dos Deputados, mais especificamente na Comissão de Constituição e Justiça, sob o número 3.503/2004.

> **I –** de homicídio (art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal);
>
> **II –** de lesão corporal de natureza grave de que resulta debilidade permanente de membro, sentido ou função, incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade in curável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função (art. 129, § 1º, III e § 2º, I, II e III, do Código Penal);
>
> **III** – contra a liberdade sexual cometido mediante violência ou grave ameaça (arts. 213 e 214 do Código Penal);
>
> **IV** – de homicídio ou lesão corporal de natureza grave provocados por projétil de arma de fogo, quando ignorado o autor e as circunstâncias do disparo, ainda que inexista dolo.
>
> **Parágrafo único.** A assistência de que trata o caput consistirá no pagamento de quantia única à vítima ou a seus herdeiros e dependentes carentes, dispensando-se, para esse fim, a com provação da autoria do crime ou o pronunciamento final das instâncias de persecução criminal.
>
> **Art. 5º** A quantia repassada a título de assistência às vítimas de crimes violentos é impenhorável e destinar-se-á ao custeio dos gastos funerários, tratamento e despesas médicas, alimentação ou outras despesas essenciais à manutenção da saúde e do bem-estar (BRASIL, 2003).

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

4 MODELO DE REPARAÇÃO DO DANO ADOTADO NO BRASIL

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

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

Como destacado em linhas anteriores, não há a necessidade de que nenhum ordenamento adote um modelo de reparação com exclusividade. Por isso, pode-se notar na legislação brasileira, a título exemplificativo, a presença do modelo conciliatório (Lei nº 9.099/1995), com a ação civil *ex delicto*, e do Projeto de Lei do Senado nº 269/2003, que pretende regulamentar o Funav, previsto no art. 245 da Constituição Federal, embora se trate de uma norma de eficácia limitada[5]. Nessa senda, é imperioso concluir que cada ordenamento jurídico possui um modelo distinto dotado de especificidade, e no Brasil não poderia ser diferente, o que dá relevo à explanação de Barros (2008, p. 121), a qual aduz:

> As críticas ao modelo de reparação do dano adotado no Brasil somente poder ser percebidas a partir da análise de outros modelos, sejam eles compreendidos como a combinação do processo penal como processo civil, o que soluciona no processo penal tanto a questão penal quanto a civil, os quais já vêm sendo aplicados em diversos ordenamentos há longo período, sejam modelos novos,

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

> de aplicação esparsa e pontual, como aqueles de mediação, de conciliação e o denominado 'terceira via', ou, ainda, como aqueles que instituem fundos estatais.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 garante ao ofendido a participação no processo penal como querelante ou assistente, não prevendo uma atuação como parte civil. Dessa forma, nos moldes da própria codificação, para que a vítima possa requerer a reparação do dano, é necessário que ela promova a execução civil da sentença penal condenatória, nos moldes do art. 63. No entanto, a separação entre ação civil e ação penal com o objetivo de pleitear a reparação do dano, hoje tão facilmente compreendida no ideário dos operadores do direito, ocorreu, no Brasil, como lecionam Marques e Fernandes (1994), com a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Essa lei revogou o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código de Processo, estabelecendo a independência das ações civis e criminais, além da influência da coisa julgada no processo criminal sobre a ação cível. No entanto, o artigo que merece relevância especial da supracitada lei é o art. 68, que claramente determinava: "[...] que a indenização somente poderá ser pleiteada por meio de ação civil e não se podendo, porém, questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja o seu autor, quando estas questões já se achassem decididas no crime" (FERNANDES; MARQUES, 1994, p. 27).

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

As legislações posteriores à Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, mantiveram a independência entre as ações civis e penais, haja vista serem processos de natureza diversa. Entretanto, como bem observa Oliveira (2011), a sistemática brasileira é de uma independência relativa, visto a existência de uma subordinação temática de uma instância à outra. Muito embora a reparação seja de natureza civil, a organização processual brasileira, com o intuito de dar unicidade ao ordenamento jurídico, vincula parte da decisão do processo civil à do processo penal. Aliás, toda sistemática relativa à reparação do dano se encontra esparsa em disposições dos Códigos Civil, Penal, de Processo Civil e de Processo Penal, o que torna possível afirmar que, mesmo sendo de natureza civil, a reparação possui aspectos penais.

Entre os aspectos penais da reparação do dano, pode-se observar a frustração da reparação do dano sem motivo justificado como causa obrigatória da revogação do *sursis* (art. 81, inciso II, do Código Penal) ou, ainda, como impeditivo da concessão do livramento condicional (art. 83, inciso IV, do Código Penal), bem como do requerimento de reabilitação (art. 94, inciso III, do Código Penal). Entretanto, o assunto não se esgota nesses pontos, pois, como lecionam Marques e Fernandes (1994), a reparação pode funcionar como causa de extinção da punibilidade, seja anterior à sentença, seja afastando a propositura da ação penal.

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

Aliás, a reparação voluntária também é citada no art. 16 do mesmo diploma legal, pois, quando o autor do fato delitivo, cometido sem violência

ou grave ameaça, a realiza antes do recebimento da denúncia ou queixa, tem sua pena reduzida de um a dois terços. Não se pode olvidar de que o art. 91, inciso I, do referido diploma legal torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, como um dos efeitos da condenação, bem como o art. 186 do Código Civil, assegurando que aquele que comete um dano está praticando um ato ilícito, e o art. 927 do mesmo diploma, que prescreve a obrigação de reparação dos danos por parte do autor.

4.1 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

4.1.1 Aspectos gerais

O Código de Processo Penal fornece os mecanismos em prol da reparação do dano em favor das vítimas de delitos, principalmente após a reforma que a Lei nº 11.719/2008 imprimiu no sentido de aflorar as pretensões indenizatórias dessas vítimas. Ora, muitas vezes a conduta criminosa pode repercutir no patrimônio da vítima, atingindo o campo da responsabilidade civil. Ciente disso, o ordenamento processual penal brasileiro criou a chamada ação civil *ex delicto*, que consiste basicamente em um procedimento judicial voltado à recomposição do dano civil causado pelo crime.

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

A Lei nº 11.719/2008 alterou o art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal no sentido de que o juiz deve, com base nos prejuízos sofridos pelo ofendido, fixar um valor mínimo a título de reparação pelos danos causados. Esse valor, como determina o art. 63, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pode ser executado desde logo no juízo cível, como parcela mínima reparatória, sem prejuízo de prosseguir a apuração do montante

efetivamente devido. Como observa Oliveira (2011), a via judicial escolhida pela vítima para obter a reparação pelos danos sofridos pode ser a executória ou a do processo de conhecimento, devendo ser encaminhados ambos os pedidos para o juízo cível, como prevê o art. 63 do referido código.

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

Um ponto que vem sendo bastante discutido sobre a inserção da imposição de um valor mínimo na condenação consiste em, segundo a lição de Oliveira (2011), saber se há necessidade ou não de um pedido expresso na denúncia ou queixa para a obtenção do título quanto à parcela mínima. Discorrendo sobre o assunto, Távora e Alencar (2010) acreditam que o magistrado não pode reconhecer o pleito indenizatório sem que tenha havido requerimento nesse sentido, pois não poderia julgar *extra petita*, de sorte que só poderia estabelecer o valor da indenização se esse requerimento lhe for apresentado. Ainda sobre o tema, Oliveira (2011) ressalta que, antes da alteração trazida pela Lei nº 11.719/2008, já existia a obrigação de indenizar pela prolação da sentença penal condenatória, mas caberia ao juízo cível liquidá-la; argumenta que a nova legislação deve ser compreendida em termos estritos, pois se trata apenas da especificação de um valor mínimo, devidamente demonstrado no desenvolvimento da ação penal.

A demonstração probatória do valor da indenização no desenvolvimento de uma ação penal é um assunto que gera um pouco de dificuldade, não só para o magistrado, como também para as partes. Como argumentam Távora e Alencar (2010), não se sabe se há necessidade de colheita de provas com o intuito de vincular a pretensão indenizatória ou, ainda, se a instrução deve abarcar a pretensão cível, embora os autores defendam uma

interpretação voltada à celeridade, haja vista a Constituição Federal assegurar a razoável duração do processo (art. 5º, inciso LXXVIII). No entendimento dos autores:

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

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

Como o ordenamento jurídico procura dar uniformidade às decisões judiciais para casos idênticos ou quando o mesmo caso é submetido a competências distintas – no caso, um juízo criminal e um cível –, prevê o art. 64 do Código de Processo Penal, em seu parágrafo único, que o juiz pode suspender o curso da ação civil até o julgamento em definitivo da ação penal. Mesmo que a ação penal ainda não tenha se iniciado, a ação civil pode ser suspensa, estabelecendo-se um prazo de 30 dias, contados da intimação do sobrestamento, para que a ação penal seja deflagrada, caso contrário, o feito prossegue nos termos do art. 110, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Discorrendo sobre a suspensão do curso da ação civil, Oliveira (2011, p. 186) explica que:

> A *ratio essendi* do apontado dispositivo legal pode ser facilmente identificada. Tratando-se de julgamento de um mesmo fato e da mesma causa de pedir, a busca de uma única solução para

> ambas as instâncias deve passar necessariamente pelo modelo processual para o qual sejam previstas as menores restrições à prova e em que o grau de certeza a ser obtido na reconstrução dos fatos seja elaborado a partir de provas materialmente comprovadas. Por isso, o caminho a ser escolhido deve ser o do processo penal.

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

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

Se a sentença for concessiva do perdão judicial, ela é considerada meramente declaratória, de sorte que, conforme a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça, ela não pode ser executada. Entretanto, o entendimento de Mirabete (2003) mostra-se atraente, pois o perdão judicial só é concedido nos casos em que não há necessidade de aplicação de pena, mas o dano

subsiste e, ainda, é reconhecido judicialmente, o que permite a execução também da sentença declaratória do perdão judicial. Se a sentença declarar a extinção da pretensão punitiva, não haverá o que falar sobre título executivo, mas, se for declaratória da extinção da pretensão executória, permanecerão os efeitos secundários de cunho indenizatório.

A subordinação temática fica bastante evidenciada quando se trata de uma sentença absolutória, que, muitas vezes, inviabiliza a ação civil reparatória – nos casos do art. 386, incisos I, IV e VI, do Código de Processo Penal – ou permite o manejo da ação rescisória para anular o procedimento reparatório. Na hipótese de revisão criminal julgada procedente, o título judicial da sentença penal condenatória transitada em julgado desaparece, impedindo a execução no âmbito civil e abrindo a possibilidade para ação de regresso, caso a indenização já tenha sido paga.

Um último ponto sobre a breve análise dos aspectos gerais da ação civil *ex delicto* que merece destaque é o prazo prescricional. De acordo com o art. 200 do Código Civil, não haverá prescrição antes da sentença definitiva quando a ação civil se originar de fato que deva ser apurado pelo juízo criminal. Com o advento da sentença penal condenatória, o art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil determina que prescreve em três anos o prazo para a ação civil começar a correr.

4.1.2 Objeto da ação civil *ex delicto*

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

A mais simples dessas espécies de composição é a restituição. Essa modalidade é prevista no próprio Código de Processo Penal (art. 118 e seguintes) e compreendida como a hipótese em que se repara o *status* anterior à realização

do delito, geralmente utilizada quando se trata de um bem subtraído ou apropriado indevidamente. É uma hipótese de composição econômica, que, embora seja cabível no juízo cível, pode ser proposto na justiça criminal, por meio do incidente de restituição de coisas apreendidas, na hipótese de o bem já ter sido apreendido e for indubitável a quem pertence sua propriedade.

A segunda modalidade digna de análise é o ressarcimento, que, segundo Oliveira (2011), possui o intuito de satisfazer aquilo que o ofendido deixou de receber com a fruição do bem, além do dano ocasionado pelo delito.

Quando o dano ocasionado pelo fato típico delitivo atinge a moral da pessoa ofendida, ou seja, valores inerentes à dignidade, personalidade e individualidade do indivíduo, a modalidade compositiva do dano utilizada é a reparação. É o que ocorre nas chamadas ações por danos morais, que podem (e devem) ser protegidos pelo próprio indivíduo ou, em caso de morte dele, por seus herdeiros.

Se o dano a ser compensado relaciona-se ao patrimônio e decorre da responsabilidade por ato ilícito cometido pelo Estado, Barros (2008) instrui que o instrumento utilizado é a indenização.

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

4.1.3 Legitimidade para a ação civil *ex delicto*

A legitimidade, tanto para a propositura da execução da sentença penal condenatória transitada em julgado quanto para o ajuizamento da ação de conhecimento no juízo civil, é regulamentada pelo art. 63 do Código de Processo Penal. Segundo versado no referido dispositivo, a titularidade é da vítima e, se esta é incapaz, passa para seu representante legal; na hipótese de ausência ou morte, passa para os herdeiros da vítima. Como ressaltam Távora

e Alencar (2010), o rol é mais extenso no caso de sucessão, pois não se limita ao cônjuge, ascendente, descendente e irmãos, haja vista a contemplação legal de todos os herdeiros, não se restringindo ao rol do art. 31 do Código de Processo Penal.

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

Não fosse suficiente a argumentação trazida, o art. 127 da Carta Magna encarrega o Ministério Público da missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis, o que limitou o âmbito de atuação do *Parquet.* Nas palavras de Oliveira (2011, p. 201):

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

Na medida em que as Defensorias Públicas vão se estruturando nos estados da Federação, a tese de revogação do referido art. 68 do Código de Processo Penal ganha força. No entanto, isso não impediu que deixasse de

enfrentar críticas, como a de Marques e Fernandes (1994), cujo entendimento ratifica uma propositura de interpretação extensiva nas normas que visam à proteção da parcela carente da população. Seguindo essa argumentação, o disposto no referido artigo deveria ser mantido, de modo que o Ministério Público trabalharia em conjunto com a Defensoria Pública, patrocinando os interesses das vítimas de crimes destituídas de condições financeiras.

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

Quanto à legitimidade passiva, fica ela a cargo do autor do fato delitivo, sem prejuízo do processamento do responsável civil. Entretanto, como este não participou da persecução penal, só poderá ser atingido por meio de um processo de conhecimento, com o intuito de obter a reparação do dano. Nesse processo, ser-lhe-á assegurada a ampla defesa, invocando toda argumentação que lhe é conveniente, pois não poderia se prejudicar por uma decisão emanada pelo juízo penal, do qual não foi parte. Importa frisar que, no âmbito do Juizado Especial Criminal, o responsável civil é notificado a comparecer à audiência preliminar, momento em que pode realizar acordo, cuja sentença homologatória constituirá um título executivo judicial.

5 CONCLUSÃO

É perceptível que o Brasil não adota um modelo único de reparação do dano. Uma breve leitura da Lei nº 9.099/1995 permite a observância do modelo conciliatório de reparação do dano, bem como uma vista sobre o Código de Processo Penal ressalta a ação civil *ex delicto*; futuramente, com

a regulamentação do Funav, o Estado atuará diretamente na reparação, por meio desse fundo público.

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek; FERNANDES, Antonio Scarance. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678, p. 1, 1994.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. Em busca de um paradigma: uma teoria da justiça restaurativa. In: CONGRESSO MUNDIAL DE CRIMINOLOGIA, 12., 2003, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: [s.n.], 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19.rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2003.

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

ROXIN, Claus**. Estudos de direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Pasado, presente y futuro del derecho procesal penal**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2009.

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

_____. **Víctimas de delitos**: derechos, protección e assistência. Madrid: Iustel, 2009.

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

Correspondência | Correspondence:

Wallton Pereira de Souza Paiva
Rua Júlio César de Andrade, 75, Condomínio Vila dos Lagos, casa 019, Ponta Negra, CEP: 59091-190. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 9987-3822.
Email: wallton.paiva@ufersa.edu.br

Recebido: 03/09/2014.
Aprovado: 07/02/2015.

Nota referencial:

PAIVA, Wallton Pereira de Souza. Reparação do dano penal no direito brasileiro. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 2, p. 195-223, maio/ago. 2015. Quadrimestral.