

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

HENRIQUE BERBERT RIBEIRO DE ANDRADE

REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA E FINS DA PENA

**CURITIBA
2018**

HENRIQUE BERBERT RIBEIRO DE ANDRADE

REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA E FINS DA PENA

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Doutor Fábio André Guaragni

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

HENRIQUE BERBERT RIBEIRO DE ANDRADE

REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA E FINS DA PENA

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 REPARAÇÃO DO DANO.....	10
2.1REPARAÇÃO DO DANO COMO CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE.	16
2.2REPARAÇÃO DO DANO COMO CAUSA MINORANTE E ATENUANTE DE PENA.....	22
3 INCONGRUÊNCIAS DO INSTITUTO DA REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	23
4 REPARAÇÃO DO DANO, VÍTIMA E PROGNOSE DO DIREITO PENAL MODERNO.....	25
5 REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA.....	29
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	X

RESUMO

O presente trabalho aborda o crescente interesse do Direito Penal no que tange ao papel da vítima. Podendo-se dizer, segundo alguns autores, em outras palavras, da reaproximação do Direito Penal, propriamente dito, com o Direito Civil. Para tanto o instituto da reparação do dano ganha destaque especial. Tal fato é reafirmado com o atual contexto criminológico (crimes complexos, envolvendo além de grandes quantias de valores, a participação de agentes detentores de amplos poderes dentro da esfera estatal de direito); juntamente com esse contexto contemporâneo de crimes e de autores delituosos, a necessidade de buscar novas formas de prevenção; sopesado com a crise, se não falência, do sistema penitenciário/penas privativas de liberdade. Dentro deste cenário encontramos divergências doutrinárias abismais. Desde aqueles que defendem um sistema penal abolicionista até os que defendem a reaproximação do interesse/papel da vítima e sua necessidade de proteção (vedação proteção deficiente e a proibição do excesso na pretensão punitiva estatal – dentro da ideia da proporcionalidade). Dentro do sistema jurídico penal brasileiro temos escassos exemplos do instituto. Não obstante o Brasil seja signatário de importantes documentos internacionais que reservam especial atenção para a vítima e seus anseios frente ao resultado do crime. Não fosse somente a questão de tratados e convenções das quais o Brasil participa, há atualmente no cenário da OEA – Organização dos Estados Americanos importante diretriz sobre o tema sendo fomentada. Diante do atual contexto, é de substancial importância o estudo do conceito da reparação do dano dentro do direito penal brasileiro e os limites de sua incorporação. O presente artigo irá adotar como referência a doutrina do Professor catedrático da universidade de Munique Claus Roxin e sua concepção de terceira via do direito penal.

Palavras-chave: Reparação do dano. Função da pena. Vítima. Proporcionalidade. Subsidiariedade. Ultima Ratio.

ABSTRACT

This paper addresses the growing interest in criminal law in relation to the role of the victim. According to some authors, it may be said that, in other words, the rapprochement of Criminal Law, properly speaking, with Civil Law. For this, the Institute for the repair of the damage gains special prominence. This is reaffirmed by the current criminological context (complex crimes involving, in addition to large amounts of values, the participation of agents with broad powers within the state legal sphere); together with this contemporary context of crimes and perpetrators, the need to seek new forms of prevention; weighed against the crisis, if not bankruptcy, of the penitentiary system / custodial sentences. Within this scenario we find abysmal doctrinal divergences. From those who defend an abolitionist penal system to those who defend the rapprochement of the victim's interest / role and their need for protection (poor protection fence and prohibition of excess in state punitive pretension - within the idea of proportionality). Within the Brazilian criminal justice

system we have few examples of the institute. Notwithstanding Brazil is a signatory of important international documents that reserve special attention to the victim and their desires regarding the outcome of the crime. Were it not only the issue of treaties and conventions to which Brazil participates, there is currently an important guideline on the topic being promoted in the OAS - Organization of American States scenario. Given the current context, it is of substantial importance to study the concept of reparation of damage within Brazilian criminal law and the limits of its incorporation. This article will use as reference the doctrine of the Professor of the University of Munich Claus Roxin and his conception of third way of criminal law.

Keywords: Repair of damage. Pen function. Victim. Proportionality. Subsidiarity. Ultima Ratio

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a relação entre a reparação do dano e o direito penal, partindo dos ensinamentos do professor Claus Roxin. Vejamos:

La corriente orientada a la víctima habla de la necesidad de mejorar los intereses de protección de ésta. El punto de partida estaba conformado por la aspiración de que nuevamente se tome en cuenta la necesidad de justicia de la víctima, que había sido desatendida por la política criminal, solamente dirigida a la re-socialización del autor. Se trata, de este modo, de un contragolpe contra la política criminal de aquella época. Particularmente, se trata del reclamo de que se mejoren las posibilidades del ofendido de obligar a la realización del proceso penal y, también, de su participación activa en él. Junto a ésta ha aparecido, mientras tanto, una segunda corriente, que utiliza el giro de la mirada hacia la víctima para buscar otras respuestas al delito, después del fracaso de los conceptos fundados unilateralmente en el tratamiento. La compensación autorvíctima relativa a la reparación del daño, se encuentra allí en el punto central. (ROXIN, 1992, p. 55/56)

A reparacoo   tratada aqui como reparacoo ao bem jurídico ofendido e no ao direito de indenizacoo por ter tido o bem jurídico lesado.

O Direito Penal contemporâneo está cada vez mais preocupado com o papel da vítima. Alguns autores tratam do tema como sendo uma reaproxima o do Direito Penal com o Direito Civil. Sendo assim, o instituto da reparacoo do dano ganha destaque especial.

Tal fato   reafirmado com o atual contexto criminógeno (crimes complexos, envolvendo além de grandes quantias de valores, a participacoo de agentes detentores de amplos poderes dentro da esfera estatal de direito); juntamente com esse contexto contemporâneo de crimes e autores delituosos, a necessidade de buscar novas formas de preven oo; sopesado com a crise, se no falência, do sistema penitenciário/penas privativas de liberdade.

Segundo Bitencourt sobre o tema:

Quando a priso converteu-se na principal resposta penol gica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinqente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convic oo de que a priso poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condi oes, seria possível reabilitar o delinqente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude

pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exageros, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado. (BITENCOURT, 2011, p.162).

Há no mínimo uma antinomia. O ambiente, no qual o preso está inserido, pelo menos em tese, busca a função ressocializadora da pena, entretanto, ele, na verdade, representa o oposto da sociedade. Tudo que representa a prisão e quem nela está encarcerado sofre total repúdio/estigma por parte da comunidade “livre”. E mesmo após o cumprimento da pena, bem como do processo de “ressocialização” definitivamente encerradas, o indivíduo não consegue se inserir e exercer sua função social sem ter que ultrapassar barreiras difíceis.

No mesmo sentido entende Irene Batista Muakad quando trata das condições dos presídios brasileiros e do esforço das autoridades em torná-los melhores. Em suas palavras:

Muito pouco tem sido realizado nesse sentido; por consequência, não existem estabelecimentos penitenciários em números suficientes e são muitos os que necessitam de reformas, comprometendo-se seriamente a execução progressiva da pena privativa de liberdade. Por outro lado, uma realidade não pode também ser esquecida. A maioria dos Estados da Federação encontra-se em difícil situação financeira. O Ministério da Justiça, que poderia ajudá-los, possui uma dotação orçamentária muito aquém do que exige o complexo penitenciário, tendo em vista a má administração do dinheiro público. O que fazer? Fecha-se o círculo e percebe-se que correta é a afirmação de Ariel Dotti quando diz: “a transição da pena privativa de liberdade para outras espécies de sanções, que possam atender os objetivos inerentes às reações criminais, implica em uma reforma sistemática, cujas bases não podem subsistir quando o Estado se nega a lhe dar reconhecimento e proteção. Nenhuma reforma efetiva das estruturas sociais pode ser articulada sem as garantias de um regime político que se mostre capaz de amparar os direitos individuais e os interesses coletivos”. (MUKAD, 1996, p.55).

Um problema acaba por gerar e agravar outro. Como a carência de recursos é real no Brasil, além da não ressocialização do apenado, abre-se margem para aquele que está dentro da penitenciária possa ampliar sua zona de atuação.

Dentro deste cenário encontramos divergências doutrinárias abismais. Desde aqueles que defendem um sistema penal abolicionista até os que defendem a reaproximação do interesse/papel da vítima e suas necessidades.

Dentro do sistema jurídico penal brasileiro temos escassos exemplos do instituto. Não obstante o Brasil seja signatário de importantes documentos internacionais que reservam especial atenção para a vítima e seus anseios frente às consequências do crime.

Não fosse somente a questão de tratados e convenções das quais o Brasil participa, há atualmente, dentro dos países membros dos Estados Americanos, importante diretriz sendo fomentada quanto aos Direitos Humanos, notadamente no que diz respeito ao trato da vítima. Diante do atual contexto, é de substancial importância o estudo do conceito da reparação do dano dentro do direito penal brasileiro e os limites de sua incorporação.

O presente trabalho adotará o conceito de sistema apresentado por Kant. Tal conceito é norteado por uma ideia fundante, onde outros elementos orbitam ao redor do núcleo base. Dando, desta forma, coerência e unidade ao sistema¹.

O sistema, então, é o meio através do qual se dá o exercício de poder. É através do sistema que se abre as possibilidades comunicativas. O sistema serve tanto como meio de controle interno quanto externo. Caso alguma norma não se adeque, ela inevitavelmente não irá integrar tal sistema. Por outro lado, o legislador não pode criar subsistemas que não se adequam ao modelo da ideia fundante do sistema (teoricamente).

Podemos classificar o sistema jurídico como autopoietico, uma vez que nele ocorre uma autorregulação. A ideia fundante do sistema jurídico seria a sua

¹Nas palavras do Professor Dr. Rodrigo Régner Chemim Guimarães: “Em apertada síntese, é possível dizer ser a definição kantiana de “sistema” a melhor conceituação até hoje elaborada. E nem se diga que Kant possa estar ultrapassado nessa avaliação, pois, como lembra Jacinto Coutinho, neste tema Kant somente “seria ultrapassado se se tivesse algo para colocar no lugar dele (pensando como a base do fundamento do fundamento jurídico): mas não há! Seria o mesmo que dizer que Copérnico [1473-1543] é velho, ou melhor, ultrapassado... porque é do Século XV-XVI” [1]. Assim, seguindo a estrutura de pensamento de Christian Wolff [2], no que se refere ao conceito de sistema, Kant apresentou o entendimento de que todo sistema deve partir de uma “ideia fundante” e estar orientado por um “princípio da unidade sistemática” ou “princípio unificador”, à luz do que ele denominou ser a “arquitetônica” [3], consistente justamente em unificar o conhecimento mediante essa referida ideia fundante.” (GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. O conceito de “sistema” e sua importância para a reforma do processo penal. **Gazeta do Povo**. Curitiba. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/rodrigo-chemim-guimaraes/o-conceito-de-sistema-e-sua-importancia-para-a-reforma-do-processo-penal-d8d6yw585dmsewuumi3muljt9>>. Acesso em 01 maio. 2018.)

constituição, que, uma vez criada, influenciará todo o resto, que, necessariamente, deverá se adequar a ela.

Portanto, é de suma importância o detalhamento da abrangência maior ou menor do instituto da reparação do dano, uma vez que este deve coincidir com as finalidades adotadas pelo Direito Penal e ser coerente com o sistema sancionador.

Ainda, como espécie de pena, deve garantir a real aplicação dos expedientes que consubstanciam a função da pena.

Desde a Lei de Talião, até as hoje, adotadas Medidas de Segurança e Penas Privativas de Liberdade, percorreu-se um longo caminho.

Como, logicamente, é de se esperar, conforme a sociedade “evoluiu” seus dogmas seguiam o mesmo caminho, e conseqüentemente, àquelas penas, que usualmente baseavam-se única e exclusivamente no castigo físico, quando não na pena de morte, ou pior, da extensão da condenação para além da pessoa do malfeitor, foram modificando-se.

Em que pese a pena privativa de liberdade ser uma resposta estatal para alguns desvios de conduta dos indivíduos, e tentar, pelo menos teoricamente, garantir os direitos mínimos e a dignidade da pessoa humana, na prática, em relação a determinados crimes ela se torna inócua. Além de sua ineficiência, para determinados crimes, não gera resultado positivo significativo segundo a ótica de alguns doutrinadores.

2 REPARAÇÃO DO DANO

Atualmente, a reparação do dano é encontrada em várias passagens dentro do ordenamento pátrio. Em que pese o uso de tal recurso, nem sempre é tratado de forma uniforme e sistemática. Ora servindo como causa de extinção da punibilidade, ora como minorante penal e ora como atenuante penal.

É, ainda, de acordo com o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, diretriz que deve ser respeitada pelo juiz quando este profere sentença penal

condenatória. Deve ser estipulado, nesta ocasião, um valor mínimo da reparação, que considerará os prejuízos sofridos pelo indivíduo².

Também é encontrada como condicionante para o instituto da suspensão condicional da pena, previsto no artigo 696 e seguintes do Código de Processo Penal e também no artigo 81 do Código Penal³. A previsão da condição está insculpida no artigo 707 do mesmo diploma legal e determina que, caso o beneficiário frustrar, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetue, sem motivo justificado, a reparação do dano o juiz revogará a benesse⁴.

Outro benefício que é condicionado à reparação do dano é o livramento condicional, previsto no artigo 710 do Código de Processo Penal. Além de ter que

² Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

I - mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II - mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V - atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI - determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, § 1º, do Código Penal).

§ 1º O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.

§ 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.

³ Revogação obrigatória

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I - é condenado, em sentença irrecorrível, por crime doloso;

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III - descumpra a condição do § 1º do art. 78 deste Código

⁴ Art. 707. A suspensão será revogada se o beneficiário:

I - é condenado, por sentença irrecorrível, a pena privativa da liberdade

II - frustra, embora solvente, o pagamento da multa, ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano.

Parágrafo único. O juiz poderá revogar a suspensão, se o beneficiário deixa de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, de observar proibições inerentes à pena acessória, ou é irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade; se não a revogar, deverá advertir o beneficiário, ou exacerbar as condições ou, ainda, prorrogar o período da suspensão até o máximo, se esse limite não foi o fixado.

ser condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos; cumprir de mais da metade da pena, ou mais de três quartos, se reincidente o sentenciado; ausência ou cessação de periculosidade; bom comportamento durante a vida carcerária; aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto deve, também, providenciar a reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo⁵.

Aparece também no artigo nono do Código Penal. Lá, a sentença proferida no estrangeiro, pode produzir efeitos no Brasil caso for homologada, e se a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências. Os efeitos que poderão ser produzidos é sujeitar indivíduo à medidas de segurança, e, entre outros efeitos civis, obrigar a reparação do dano pelo condenado⁶.

Continuando com a análise, encontramos o artigo 33-A, parágrafo 4 do Código Penal. Aborda, o presente dispositivo, das diferenciações dos regimes aberto, semi-aberto e fechado e suas características⁷. Em seu controverso parágrafo

⁵ Art. 710. O livramento condicional poderá ser concedido ao condenado a pena privativa da liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que se verifiquem as condições seguintes:

I - cumprimento de mais da metade da pena, ou mais de três quartos, se reincidente o sentenciado;

II - ausência ou cessação de periculosidade;

III - bom comportamento durante a vida carcerária;

IV - aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto;

V - reparação do dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

⁶ Eficácia de sentença estrangeira

Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis

II - sujeitá-lo a medida de segurança.

Parágrafo único - A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

⁷ Reclusão e detenção

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º - Considera-se:

a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;

b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

4º condiciona a progressão do regime, ao condenado por crime contra a administração pública, à reparação do dano provocado, ou a devolução do produto do ilícito praticado.

Inúmeras discussões doutrinárias surgiram a respeito do tema e de sua constitucionalidade. Finalmente, em 2014, o STF julgou EP 22 ProgReg-AgR/DF e considerou constitucional tal dispositivo. O informativo constitucional de número 772 da corte explicita tal entendimento, conforme segue:

É constitucional o § 4º do art. 33 do CP, que condiciona a progressão de regime de cumprimento da pena de condenado por crime contra a administração pública à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, facultado o parcelamento da dívida. Com base nessa orientação, o Plenário, por maioria, negou provimento a agravo regimental interposto em face de decisão que indeferira pedido de progressão de regime a condenado nos autos da AP 470/MG (DJe de 22.4.2013) pela prática dos crimes de peculato e corrupção passiva. O Colegiado, inicialmente, rejeitou assertiva segundo a qual seria ilíquido o valor devido pelo sentenciado a título de reparação do dano causado em decorrência do crime de peculato, dado que, em sucessivos pronunciamentos do Plenário, teria sido demonstrado que o valor devido, para fins do art. 33, § 4º, do CP, seria de R\$ 536.440,55. Quanto à alegada inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, a Corte destacou que, em matéria de crimes contra a administração pública — como também nos crimes de colarinho branco em geral —, a parte verdadeiramente severa da pena, a ser executada com rigor, haveria de ser a de natureza pecuniária. Esta, sim, teria o poder de funcionar como real fator de prevenção, capaz de inibir a prática de crimes que envolvessem apropriação de recursos públicos. Por outro lado, a imposição da devolução do produto do crime não constituiria sanção adicional, mas, apenas a devolução daquilo que fora indevidamente apropriado ou desviado. Ademais, não seria o direito fundamental à liberdade do condenado que estaria em questão, mas, tão somente, se a pena privativa de liberdade a ser cumprida deveria se dar em regime mais favorável ou não, o que afastaria a alegação quanto à suposta ocorrência, no caso, de prisão por dívida. Outrossim, a norma em comento não seria a única, prevista na legislação penal, a ter na reparação do dano uma importante medida de política criminal. Ao contrário, bastaria uma rápida leitura dos principais diplomas penais brasileiros para constatar que a falta de reparação do dano: a) pode ser causa de revogação obrigatória do “sursis”; b) impede a extinção da punibilidade ou mesmo a redução da pena, em determinadas hipóteses; c) pode acarretar o indeferimento do livramento condicional e do indulto; d) afasta a atenuante genérica do art. 65, III, b, do CP, entre outros. O Colegiado destacou que, na espécie, o sentenciado fora condenado, individualizadamente, ao pagamento de R\$ 536.440,55. Apesar da existência de corrêus — devedores solidários —, o valor integral da dívida poderia ser exigido de cada um, nada a impedir que, eventualmente, rateassem entre

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

§ 4º O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

eles o pagamento devido. Embora se devesse lamentar a não instauração da execução pela Fazenda, ocorre que, sendo do sentenciado o interesse de quitar a dívida para o fim de progressão de regime, caberia a ele, espontaneamente, tomar as providências nesse sentido. A este propósito, e como regra, decisões judiciais deveriam ser cumpridas voluntariamente, sem necessidade de se aguardar a execução coercitiva. Não haveria impedimento, contudo, a que o agravante firmasse com a União acordo de parcelamento, nos moldes adotados para outros devedores, aplicando-se, por analogia, o art. 50 do CP. A celebração do acordo e o pagamento regular das parcelas ajustadas importariam em satisfação da exigência de reparação do dano. Eventual descumprimento de ajuste sujeitaria o sentenciado à regressão ao regime anterior. O Ministro Dias Toffoli, ao assentar a constitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP, ressaltou seu entendimento quanto à admissão da possibilidade de progressão de regime, desde que aquele que pleiteasse o benefício viesse efetivamente a comprovar a total impossibilidade de reparação do dano, numa leitura conjugada do dispositivo em análise com o inciso IV do art. 83 do CP. No ponto, foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski (Presidente). Vencido o Ministro Marco Aurélio, que assentava a inconstitucionalidade do art. 33, § 4º, do CP. Ressaltava não ser possível condicionar a progressão no regime de cumprimento da pena à questão alusiva à reparação do dano, isso porque seria impróprio mesclar a pena — que envolveria a liberdade de ir e vir —, com a reparação do dano — que envolveria o patrimônio. EP 22 ProgReg-AgR/DF, rel. Min. Roberto Barroso, 17.12.2014. (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#Progressão_de_regime_e_reparação_do_dano_em_crime_contra_a_administração_pública_1.)

Ainda, a reparação do dano também é condicionante para a reabilitação penal. Prevista no artigo 93 do Código Penal, estipula que é requisito para a reabilitação ter o condenado ter ressarcido o dano, salvo impossibilidade de assim o fazer⁸.

Para além da distonia quanto a sua natureza jurídica, o momento de sua aplicação também não é uníssono. Provocando consequências diversas, muitas vezes em casos análogos.

Sendo sua aplicação possível, a depender do caso, em momentos diferentes: até o recebimento da denúncia (arrependimento posterior – artigo 16º do

⁸ Reabilitação

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado:

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

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

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

Parágrafo único - Negada a reabilitação, poderá ser requerida, a qualquer tempo, desde que o pedido seja instruído com novos elementos comprobatórios dos requisitos necessários.

Código Penal); antes do julgamento (atenuante genérica - art. 65, III, b do Código Penal); antes de sentença irrecorrível (peculato culposo – art. 312, parágrafo 3º do Código Penal); antes do advento de ação fiscal (sonegação de contribuição previdenciária – art. 337-A parágrafo 1º); sendo admitida também, em certos casos após sentença irrecorrível, reduzindo em metade a pena imposta (peculato culposo – art. 312, parágrafo 3º do Código Penal) e antes do recebimento da denúncia nos casos de crimes contra a ordem tributária, de acordo com o artigo 34 da Lei 9.249/1995.

Uma vez admitida a possibilidade da ampliação do instituto da reparação do dano em nosso ordenamento é necessário que se garanta a eficácia da sentença que assim o determinar.

Ademais, aplicam-se as diretrizes do novo CPC, no que couber e respeitando os princípios do Direito Penal, pois o artigo 3º do Código de Processo Penal é expresso ao dizer que a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Atualmente, o artigo 91 do Código Penal elenca as consequências gerais e específicas da condenação. Tendo como efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Além de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime ocorrera a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé dos instrumentos do crime, na medida em que consistam em objeto cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito.

O agente também será privado do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que tenha auferido com a prática do fato.

Poderá, ainda, ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

O sequestro, hipoteca legal ou arresto, poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda, nos casos de bens não encontrados ou localizados no exterior. Tais hipóteses de medidas assecuratórias estão estipuladas no Código de Processo Penal dos artigos 125 ao 144-A.

Ainda o artigo 387 do Código de Processo Penal, em seu inciso IV, estipula que o juiz, ao proferir a sentença condenatória deverá fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Além de prejudicar a sociedade, a prática de crime causa danos diretos à vítima, sendo obrigação do infrator sua reparação, razão pela qual a sentença penal condenatória deve determinar um valor mínimo que servirá como título executivo na esfera cível.

Ademais, a absolvição não faz coisa julgada na esfera cível quanto aos pleitos de indenização.

As medidas assecuratórias, por sua vez, garantem a eficiência da condenação e afasta um ressarcimento meramente ilusório por parte da vítima⁹.

Tamanha a importância de se assegurar o direito da vítima de ter sua pretensão resguardada que o artigo 127 do Código de Processo Penal admite que o sequestro seja ordenado de ofício pelo magistrado¹⁰.

Já a hipoteca legal, elencada no artigo 134 do supracitado dispositivo legal, recai sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria.

Outra forma de se garantir os interesses da vítima, bastando apenas que haja certeza da infração e indícios suficientes de autoria, em outras palavras, justa causa.

Da mesma forma, o Código faz uso do termo “indiciado” denotando que já é resguardado o direito da vítima desde a fase inquisitória do inquérito policial.

Para além das duas medidas já abordadas o legislador faz uso do arresto.

O arresto pode recair tanto em bens imóveis quando móveis e esta disciplinado nos artigos 136 ao 143 do Código de Processo Penal. É espécie de garantia real se recair sobre imóveis, pois, ao final dos trâmites é convertido em

⁹ AQUINO, José Gonçalves Xavier de. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: RT, 2013, p.207.

¹⁰ Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.

hipoteca. O intuito é de não deixar que o delinquente, possuidor de bens lícitos, se torne insolvente com uma possível condenação penal¹¹.

Será abordada, em seguida, a reparação do dano como causa extintiva de punibilidade e a reparação como minorante e atenuante penal.

2.1 Reparação do dano como causa extintiva de punibilidade

Como causa de extinção da punibilidade, a reparação do dano, aparece em diversas hipóteses dentro do ordenamento jurídico, tanto em leis especiais como em nosso Código Penal.

Em algumas hipóteses aparece como causa de diminuição da pena e excludente de punibilidade no mesmo tipo penal, mas em situações diferentes (como é o caso do artigo 312, parágrafo 3º do Código Penal).

O primeiro exemplo a ser abordado é o do artigo 171, parágrafo 2º, inciso IV do Código de Penal, que trata do estelionato na modalidade fraude no pagamento por meio de cheque, que o sujeito ativo emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento. Em que pese o dispositivo não prever a excludente de punibilidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assim o fez, com a edição do verbete de número 554 da súmula de jurisprudência do STF¹². Onde assevera que, uma vez ressarcido o dano causado pelo lançamento de cheque sem provisões de fundos, antes do recebimento da denúncia, exclui a punibilidade do autor.

Há, no referido caso de uma orientação jurisprudencial sumulada, um entendimento *contra legem*, considerando o estelionato praticado mediante o emprego de cheque, sem provisões, merecedor de tratamento mais brando¹³ em detrimento de outros tipos que tutelam o mesmo bem jurídico em situações similares.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.351.

¹² “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=554.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>> Acesso em 01 maio. 2018

¹³ AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005, p. 312.

Assevera PRADO AMARAL ser de difícil explicação tal posicionamento do Supremo Tribunal Federal ao trato ímpar do delito em análise, e não de outros similares, como, por exemplo, de delitos contra o bem jurídico patrimônio, sem o uso da violência e da grave ameaça, onde a reparação do dano seja feita antes do recebimento da denúncia¹⁴.

Evidente, neste caso (e em geral, em vários outros em nosso ordenamento; fruto do trabalho do legislador, em sua maioria), o escandaloso conflito de, por um lado, um *suposto* bem jurídico a ser protegido/tutelado pela confecção do tipo e, de outro ponto, os interesses do Estado.

Apesar de estar evidenciado tal falta de *cientificidade*¹⁵ no trato do instituto, fica ainda mais claro o conflito quando da análise dos crimes tributários e ambientais. Constituirão alvo de apontamentos em momento oportuno, sem, contudo, aprofundamento, por não ser esse o foco do presente trabalho.

O artigo 34 da Lei 9.249 de 1995, por sua vez, é uma verdadeira excludente de punibilidade abrangente. Determina que, em caso de o agente promover o pagamento dos tributos ou contribuições sociais, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia, terá sua punibilidade extinta¹⁶.

O seguinte exemplo em nosso Código Penal é o peculato culposo. Figura elencada no artigo 312, parágrafo 3º do supracitado diploma legal, traz que, quando o funcionário incorre culposamente no crime de outrem, caso haja a reparação do dano, ocorrerá a extinção da punibilidade, caso esta se de antes de sentença penal irrecorrível. Caso a reparação seja feita posteriormente a sentença penal condenatória haverá a redução da pena imposta pela metade.

Ainda, temos a hipótese do crime de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal – inserido pela Lei nº 9.983/00). Ocorre quando o agente deixa de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. Tendo como sanção pena de reclusão de dois a cinco anos ou multa. Também, incorre nas mesmas penas o gente que: 1) recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados,

¹⁴ AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005, p. 312.

¹⁵ PRADO, Luis Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, vol. 02**. São Paulo: RT, 2001, p. 529.

¹⁶ Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

a terceiros ou arrecadada do público; 2) recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; 3) pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.

No caso da apropriação indébita previdenciária o legislador optou por elencar uma hipótese taxativa de extinção de punibilidade e outra a critério do juiz. Respectivamente, no parágrafo 2º e parágrafo 3º.

Para ser beneficiário da excludente de punibilidade prevista no parágrafo 2º o agente deve, espontaneamente, declarar, confessar e efetuar o pagamento das contribuições, importâncias ou valores. Além de prestar as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei especial ou regulamentos, antes do início da ação fiscal.

Em seu parágrafo 3º o legislador deixou à faculdade do juiz, caso o agente seja primário e de bons antecedentes, respeitando o cumprimento de dois critérios estabelecidos (discricionariedade do magistrado, portanto, e não arbitrariedade), quando ele pode deixar de aplicar a pena (perdão judicial, com a consequência necessária da extinção da punibilidade do fato) ou ainda, aplicar somente a pena de multa. Os requisitos estão dispostos nos incisos I e II do parágrafo 3º, quais sejam: 1) desde que o agente tenha promovido após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórios; 2) o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento das execuções fiscais.

Em tempo, o parágrafo 4º do referido artigo restringe o uso desta faculdade. Não sendo cabível aos casos de parcelamento cujo valor do débito principal e dos acessórios seja superior ao estabelecido, administrativamente, como sendo o mínimo para o ingresso das respectivas execuções fiscais.

Conforme sustenta PRADO AMARAL, apesar do legislador utilizar o termo “poderá” no artigo 168-A, parágrafo 3º do Código Penal, o que suscita margem a interpretação de que seja uma mera faculdade do magistrado, em verdade, trata-se de direito subjetivo público do réu se preenchidos os requisitos supratranscritos¹⁷.

¹⁷ AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005, p. 312.

Outra hipótese semelhante é a do artigo 337-A do Código Penal que trata da sonegação de contribuição previdenciária com pena de reclusão de dois a cinco anos e multa. Ocorre a ilicitude quando o agente suprime ou reduz contribuição social previdenciária e qualquer acessório através das seguintes condutas: 1) omissão de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; 2) quando deixa de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; e finalmente, 3) se omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Neste caso, conforme o artigo 1º do referido diploma legal, é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declarar e confessar as 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.

A mesma faculdade prevista no artigo 168-A aparece, também, no parágrafo 2º do artigo 337-A, ambos do Código Penal. Entretanto, no caso da sonegação de contribuição previdenciária não se exige o pagamento como requisito para que se promova a extinção da punibilidade.

Já no tocante aos crimes ambientais (Lei número 9.605/98), em especial seu artigo 28, determina que os crimes ambientais de menor potencial ofensivo, previstos na Lei 9.605/98, serão aplicados respeitando as disposições do artigo 89 da Lei número 9.099/95¹⁸.

¹⁸ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

Ainda, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa esta condicionada a prévia composição do dano ambiental (levando em conta os artigos 74¹⁹ e 76²⁰ da Lei 9.099/95), salvo comprovado caso de impossibilidade.

De mais a mais, nos casos de crime ambiental que não seja de menor potencial ofensivo, desde que o agente promova a reparação do dano de forma espontânea, ou ainda, caso haja a restrição significativa da degradação ambiental causada, o infrator será beneficiado com a atenuante prevista no artigo 14, inciso II da Lei 9.605/98.

A reparação do dano aparece com maior força, em que pese sua aplicação em outros diplomas do ordenamento pátrio, na Lei dos Juizados Especiais, abordada em alguns aspectos acima referente aos crimes ambientais.

Na lei 9.009/95 a reparação aparece como verdadeiro princípio diretriz, facilmente perceptível, quando da análise do seu artigo 62²¹, modificado pela lei

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

¹⁹ Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

²⁰ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

²¹ Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 13.603, de 2018)

13.603 de nove de janeiro de 2018, onde foi acrescentada a palavra “simplicidade” como critério orientador do processo perante os Juizados Especiais Criminais.

A composição em sede de juizado especial será homologada pelo juiz mediante sentença irrecurável com eficácia de título executivo cível.

Para além de servir como meio de garantir os anseios da vítima do delito, a reparação do dano proporciona espécie de garantia para o acusado (direito público subjetivo do réu²²), qual seja, a suspensão condicional do processo. Uma vez preenchidos os requisitos do artigo 89, *caput*, da Lei número 9.099/95 e do artigo 77 do Código Penal (suspensão condicional da pena) o membro do ministério público com atribuição criminal deverá propor a suspensão condicional do processo por dois a quatro anos.

A reparação não tem lugar apenas caso o acusado demonstre que há real impossibilidade de fazê-lo (artigo 89, parágrafo 1º, inciso I da Lei 9.099/95)²³.

2.2 Reparação do dano como causa minorante e atenuante de pena

A outra maneira de aparição da reparação do dano é como causa de redução da pena.

²² AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005, p. 329.

²³ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

Aparece primeiro no artigo 16 do Código Penal, onde o agente, por ato voluntário²⁴, repara o dano ou restitui a coisa, nos delitos praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, até o recebimento da denúncia (Ação Penal de Iniciativa Pública) ou da queixa (Ação Penal de Iniciativa Privada). A pena, nestes casos, será minorada de um a dois terços.

Além da hipótese do artigo 16 do Código Penal, há também os pressupostos traçados no artigo 65²⁵ do mesmo diploma legal, denominadas atenuantes genéricas.

Quando o agente por sua espontânea vontade e com eficiência, logo em seguida ao cometimento do delicto, age para evitar ou atenuar as consequências, ou ter, anteriormente ao julgamento, reparado o dano.

Ao contrário das minorantes, as atenuantes não apresentam uma orientação de diminuição da pena traçada pelo legislador.

3. INCONGRUÊNCIAS DO INSTITUTO DA REPARAÇÃO DO DANO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Para que haja a possibilidade da reparação do dano mister a existência de uma ofensa a um bem jurídico. Por sua vez, a missão precípua do Direito Penal é a de prover a proteção desses bens jurídicos²⁶. Ao seu turno, os bens jurídicos são

²⁴ Mesma ideia de Roxin quando trata sobre o tema.

²⁵ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;

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;

c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

²⁶ Nas palavras de Roxin: "De tudo isso resulta: em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídicos-penais, devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídicos-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de

finalidades, ou circunstâncias reais necessárias para uma vida digna, segura e livre, bem como para o devido funcionamento da máquina estatal que se preste a assegurar uma vida para seus cidadãos dessa forma²⁷.

Mais uma vez, a reparação é tratada aqui como reparação ao bem jurídico ofendido e não o direito de indenização por ter tido o bem jurídico lesado.

Ora pois, é o caso do Brasil. Onde sua constituição diligente de 1988 tem por finalidade, frente a seus cidadãos, dentre outros, mas, principalmente, a garantia dos direitos sociais elencados em seu artigo 6º.

Por mais que Muños Conde defenda que, em verdade não há preponderância entre desvalor da ação e desvalor de resultado e que, muito embora, trata-se de política criminal²⁸, a conduta *post factum* positiva deve ter uma importância anotada. Pois, por meio desta o agente pode reparar o dano causado e assim ficar livre de pena ou tê-la diminuída²⁹. Sendo assim, atenuado o desvalor do resultado.

Ainda, o tempo adotado pelo legislador e a forma aceita de reparação são cruciais para a proteção adequada ou deficiente do Direito Penal frente a este instituto.

No mesmo sentido, a reparação do dano usada de forma correta, no intuito de garantir a efetiva proteção ao bem jurídico, é garantia da prevenção do conceito que se tem atualmente das finalidades da pena. Caso contrário, estaríamos protegendo apenas o respeito às leis, servindo a pena apenas para punir o indivíduo que não agiu conforme as expectativas da sociedade. Conceito muito semelhante à ideia defendida por JAKOBS³⁰. O que pode dar ensejo a um Direito Penal autoritário.

impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos.” (ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009, p. 17/18.)

²⁷ ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009, p. 18/19.

²⁸ CONDE, Muñoz, **Derecho Penal, Parte General**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998 p. 322

²⁹ Ideia de Claus Roxin para integrar a reparação como uma terceira via do direito penal, ao lado das penas e das medidas de segurança, e que será cotejada ao seu tempo mais a frente. “La idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales como sustituto para la pena o, cuando menos, para su aminoración, no es, según se conoce. extraña al Derecho vigente” ROXIN, Claus. **De los delitos y de las Víctimas**. Buenos Aires: AD HOC, 1992, p. 131.

³⁰ Segundo o autor: “la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa concreta de la sociedad. (...) Se previene algo, pero no un delito futuro cualquiera, sino que los delitos ya no se conciben como delitos; lo que se previene, por lo tanto, es la erosión de la configuración normativa real de la sociedad.” (JAKOBS, Günther. **Sobre la Teoría de la Pena**. Bogotá: CARGRAPHICS S. A., 1998, p. 15/16).

De uma simples análise fica evidenciado que há uma discrepância normativa referente ao instituto da reparação do dano.

Não há justificativa jurídica plausível para que ora seja adotado como atenuante, minorante e ora como excludentes de punibilidade. Em tempo, seu uso é desmedido quando da análise de crimes que tutelam bem jurídicos múltiplos e tem uma abrangência supra individual.

De fácil conotação quando do exame dos crimes contra a ordem tributaria e dos crimes contra o meio ambiente. Onde os bens jurídicos tutelados são múltiplos (direitos sociais, meio ambiente preservado tanto para a presente como para futuras gerações, direito à água, desenvolvimento sustentável, dentre inúmeros outros), também quanto sua abrangência, não há como individualizar o sujeito alvo que irá se beneficiar com tal tutela jurídico penal, ou melhor, há, a coletividade.

Em que pese sua importância, tais delitos apresentam hipóteses onde a “reparação do dano”, mesmo que não evidenciado a efetiva reparação ao bem jurídico atingido (se é que se pode mensurar o real alcance da lesão a esse tipo de bem jurídico), é tida como excludente de punibilidade.

Ao passo que, a regra geral do artigo do Código Penal (artigo 65 e artigo 16), aplicável a delitos, em tese, com “menor grau de reprovabilidade” (onde há como individualizar o ofendido, bem como ser, o volume de bem jurídicos protegidos menor) o agente é processado e caso condenado, terá benefício a uma redução de pena de até dois terços, em que pese agir de forma espontânea e com eficiência para evitar ou minorar as consequências do fato delituoso, ou ainda reparado o dano.

4. REPARAÇÃO DO DANO, VÍTIMA E PROGNOSE DO DIREITO PENAL MODERNO

O Estado sempre teve papel decisivo e em destaque no direito penal. Tutelando a “paz social” e usando a vítima/ofendido apenas como instrumento para que se alcançasse tal intento. Desse modo o instrumento que o Estado usa para castigar o infrator é moldado para seus interesses (via de regra, a pena privativa de liberdade), esquecendo os anseios da vítima. Com a recente “redescoberta” da

vitima dentro do contexto do crime, em uma visão macroestrutural, as penas também, que originariamente voltavam-se exclusivamente para os anseios do Estado, e em certa medida do ofensor (penas com o decorrer do tempo “humanizadas”), passam a também atender os interesses da vitima³¹.

Parte dessa nova visão se deve à deslegitimação gradual sofrida pelo Direito Penal, dos seus institutos, dos fins perseguidos e dos meios usados para atingir tais finalidades. Da falta de sintonia e reflexo com a realidade, da falta de preocupação das autoridades de medir, de forma responsável, as consequências no mundo ôntico de certas condutas concernentes ao Direito Penal e da insistência da adoção de medidas reconhecidamente fadadas ao fracasso, com a ilusão da esperança de que, o que estão a tirar sua efetividade é algo passageiro³².

Em verdade, a vítima sempre foi alvo de preocupações (bem ou mal) quanto aos seus direitos em nosso sistema jurídico.

Como exemplos temos a figura do assistente de acusação, que ao lado do ministério publico, na acusação, tem espaço de atuação garantido na lei para assegurar as pretensões da vitima no processo penal.

Ainda, na Lei 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal, em seu artigo que trata sobre a destinação dos valores auferidos pelo condenado em virtude de seu trabalho, é expressa em dizer que o produto da remuneração deverá atender à indenização pelos danos causados pelo crime³³.

No que se refere à Lei 8.009 de 1990, lei que trata da impenhorabilidade do bem de família, notadamente em seu artigo 3º, IV³⁴, novamente, temos uma hipótese

³¹ AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005, p. 121/124

³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 1998, p. 15/20

³³ Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

a) à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
b) à assistência à família;
c) a pequenas despesas pessoais;
d) ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

³⁴ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

~~I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;~~ (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

em que a vítima é consagrada. Há uma mitigação de um dos institutos mais caros de nosso ordenamento a favor da vítima.

Além disso, os próprios princípios norteadores da Ação Pública de Iniciativa Privada denotam uma atenção ao ofendido. Apesar de estar consubstanciado o fato delituoso o Estado ausentasse e não pode atuar senão com a representação do ofendido para tanto. O princípio que concretiza essa postura é o da oportunidade, efetivado pelo instituto da renúncia. Ademais, o ofendido pode, no decorrer do processo penal perdoar o querelado. Além do perdão, há também a perempção, onde, por qualquer hipótese ou falta de interesse do ofendido na persecução penal, este deixa de promover os atos devidos para o devido andamento processual por 30 dias seguidos.

São princípios mais flexíveis daqueles previstos para a Ação Penal de iniciativa Pública, onde o estado, na figura do Ministério Público é o titular.

Nesta nova sistemática do Direito Penal a reparação do dano ganha lugar de destaque. Apesar de ser, originariamente, instituto de direito civil, ou melhor, de direito privado, pois se considera como sendo imediato e tendo como prevalência o interesse particular e relação de coordenação, ao passo que, o direito penal, ou direito público, seria regido por relação de subordinação e tem o interesse geral como finalidade principal e imediata³⁵, atende aos fins da pena quando da atuação voluntária do agente na reparação do dano³⁶, é alternativa para o atual cenário do Direito Penal, atende os anseios da vítima de maneira mais abrangente, além de respeitar o instituto dos efeitos preventivos da pena.

A reparação do dano produzido em ilícito penal não tem caráter exclusivamente privado, em que pese satisfazer os interesses privados. Há o caráter

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

~~III - pelo credor de pensão alimentícia;~~

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação

³⁵ BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal: atualizado conforme a reforma processual**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13, nota de rodapé 40.

³⁶ Assim defende Roxin. Adiante será abordada sua conceituação em tópico próprio.

pedagógico da reparação do dano e o caráter pedagógico da pena. Neste diapasão, vale lembrar que o ilícito penal e o civil é uno³⁷.

A reparação do dano com tal relevância tem despertado o interesse dos juristas na sua aplicação de forma coesa e homogênea. Prova disso é a proposta de mudança do artigo 16 do Código Penal (arrependimento posterior) formulada pelo IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais no denominado “Caderno de propostas legislativas: contra a violência do sistema penal brasileiro”, para também ser uma causa de extinção de punibilidade³⁸.

Da mesma forma como no âmbito nacional a reparação do dano tem destaque nos estudos teóricos e na sua consequência quando da aplicação prática, também é princípio norteador como diretriz adotada a ser alcançada pelos Estados Membros da Organização dos Estados Americanos.

No seu quadragésimo oitavo período ordinário de sessões, realizado nos dias 4 a 5 de junho de 2018, em Washington, D.C., Estados Unidos da América do Norte, elencou algumas diretrizes para a concretude da proteção e promoção dos direitos humanos. Dentre as várias orientações para os Estados Membros esta a importância da reparação do dano e a efetiva participação da vítima nos processos³⁹.

A reparação, muito longe de servir unicamente para atender os interesses da vítima também reflete um tratamento mais adequado para o próprio infrator.

³⁷ BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal: atualizado conforme a reforma processual**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17/25.

³⁸ Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até a sentença condenatória, por ato voluntário do agente, extinguir-se-á sua punibilidade. (NR) Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf> Acesso em 01 maio. 2018

³⁹ RESOLVE:

1. Instar os Estados membros a que, em conformidade com suas obrigações em matéria de Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Direitos Humanos, e levando em consideração a jurisprudência na matéria, continuem a adotar progressivamente medidas, inclusive a aprovação de leis, protocolos, diretrizes e outras disposições nacionais de caráter normativo e institucional, destinados a:

(...)

f) garantir a participação e a representação das vítimas e seus familiares nos processos pertinentes, além do acesso à justiça e a mecanismos que lhes possibilitem obter uma reparação integral, justa, pronta e efetiva; do mesmo modo, garantir, ante os tribunais penais e em outros mecanismos da justiça transicional, disposições para a proteção das vítimas e das testemunhas cuja segurança e integridade pessoal sejam afetadas em consequência de suas denúncias sobre o crime de desaparecimento forçado. Disponível em: <<http://www.oas.org/consejo/pr/AG/resoluciones%20y%20declaraciones.asp>> Acesso em 10 jul. 2018

Levando-se em conta, tanto os fins da pena, como também atual panorama do sistema carcerário⁴⁰.

Atualmente, o encarceramento é a principal forma que o Estado moderno tem para conter e combater a criminalização. Basta um simples passar de olhos em nosso Código Penal para perceber que a grande maioria dos tipos penais são sancionados pela pena de prisão (exceção aqueles que podem ser substituídos por penas alternativas, ou pelo pagamento de multa).

Desde o século XIX a prisão tornou-se ferramenta para a tentativa da reforma do condenado. Acreditando ser meio idôneo para atingir as finalidades da pena, sendo possível, com seu uso adequado, possibilitar a reforma do apenado. Contudo, com o passar dos anos a visão frente à questão penitenciária foi mudando gradativamente de panorama. Hoje, admite-se que a pena privativa de liberdade está em crise. Não sendo possível afirmar que ela concretiza o caráter ressocializador, pior, afirmar-se que além de não surtir o efeito desejado no acusado, é questionável se há algum tipo de efeito positivo⁴¹.

Há no mínimo uma antinomia: um ambiente busca a função ressocializadora da pena, sendo que ele representa o oposto de uma sociedade. Tudo que representa a prisão, e quem nela está encarcerado, sofre total repúdio por parte da comunidade “livre”.

Como a carência de recursos é real no Brasil, além da não ressocialização do apenado, abre-se margem para aquele que está dentro da penitenciária possa ampliar sua zona de atuação.

Neste contexto a “escola do crime” nasce. Além de continuar na atividade criminosa, controlando de dentro das celas os atos que são praticados fora delas, o preso tem a condição real de ampliar o seu “negócio” criminoso dentro da penitenciária.

Isso se dá, principalmente, pela falta de recursos e infraestrutura, tanto humana quanto física.

Importante salientar que, pelos dados do próprio Departamento Penitenciário Nacional, o Brasil, atualmente, tem a 3ª maior população carcerária do mundo com 726.712 detentos. Ficando atrás somente de Estados Unidos da

⁴⁰ AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005, p. 121.

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.162

América, em primeiro, e China em segundo.⁴² Em 2016, a taxa de ocupação dos detentos brasileiros era de 197%⁴³.

Nesse aspecto, a discussão ultrapassa a seara jurídica e entra no campo da psicologia, FOUCAULT assevera que: “Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil”. E, entretanto, não “vemos” o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”⁴⁴

A reparação do dano como terceira via pode mudar tal panorama pessimista, em certos casos de delitos, como será visto adiante.

5 REPARAÇÃO DO DANO COMO TERCEIRA VIA

O Direito Penal, como já apresentado, deve orientar-se de forma legítima em seu direito de punir. Ou seja, na real necessidade da punição, ou aplicação da pena criminal, para a tutela de bens jurídicos. Ademais, a finalidade da punição, dever guardar restrita ressonância com a prevenção, e encontrar no princípio da culpabilidade seu limite⁴⁵.

Para que o Direito possa atingir sua finalidade é necessário o uso de modelos racionais e proporcionais de exercício de poder⁴⁶.

O uso da reparação do dano, conforme apresentado, inclusive com diversos exemplos, não é estranho ao Direito Penal, da mesma forma defende ROXIN⁴⁷.

⁴²Infopen: divulgado novo relatório sobre população carcerária brasileira. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/leitura/infopen-divulgado-novo-relatorio-sobre-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁴³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN – JUNHO DE 2016. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

⁴⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 2009, p.218.

⁴⁵RODRIGUES, Anabela Miranda. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002, p. 179.

⁴⁶ Neste sentido ZAFFARONI: “En tanto que la privacion de algun bien o derecho a titulo juridico sirva para la reparacion, para compeler a alguien a la realizacion de un acto debido, para la nulidad de actos realizados o para interrumpir un proceso lesivo en curso o impedir su inminencia, nos hallaremos con sanciones que corresponden a modelos racionales de ejercicio del poder, pese a que, por muchas y variadas razones (selectividad en el acceso a la justicia, defectos del mecanismo operativo, etc.) puede no ser satisfactorio su funcionamiento. De cualquier manera, se tratara siempre de modelos que, a nivel abstracto, son de solucion de conflictos, pese a su operar concreto defectuoso.”⁴⁶ (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal**. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 1998, p. 209/210).

Entretendo, defende que a reparação do dano deve ter lugar como sanção inovadora, ao lado das penas e das medidas de segurança, concretizando uma “terceira via” do Direito Penal. Ampliando, por conseguinte, sua utilização e garantindo o interesse das vítimas. Aponta que com a utilização da pena privativa de liberdade, ou mesmo da multa, os anseios da vítima não são alcançados, o que em verdade ocorre, é a impossibilidade de realizá-los pelo autor⁴⁸.

Estando legitimada pelo princípio da subsidiariedade do direito penal, a reparação do dano, como terceira via, atende aos fins da pena. Possui efeito ressocializador por obrigar delinquente a atuar de forma ativa, propiciando o conhecimento dos direitos legítimos da vítima e as consequências do delito. Ademais a reparação influencia de maneira positiva o instituto da prevenção integradora por promover a paz jurídica. Pois, em verdade, somente com a efetiva reparação do dano, a vítima e a sociedade, consideram eliminada a perturbação social decorrente do delito, pouco importando o castigo que o autor do delito irá sofrer⁴⁹.

ROXIN afirma, ainda, que a reparação do dano poderia substituir completamente a pena, ou, atenuar seus efeitos, respeitando as necessidades da vítima e atendendo de forma tão bem o melhor os fins da pena⁵⁰.

Dentro deste aspecto, reparado integralmente o dano e de forma voluntária, o autor do delito poderia ser ver livre de sanção penal, respeitando-se assim o princípio da culpabilidade e a teoria dos fins da pena, pois a regulação social estaria estabilizada⁵¹.

A culpabilidade é o que atribui a certa conduta de um agente, autorização do Direito Penal de dizer que o indivíduo agiu com dolo ou culpa. Ela é estudada em três principais pontos, vista como fundamento da pena, como elemento de determinação ou graduação da pena e delimitadora da responsabilidade individual. Como ensina Bitencourt:

⁴⁷ “La idea de utilizar la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales como sustituto para la pena o, cuando menos, para su aminoración, no es, según se conoce. extraña al Derecho vigente” ROXIN, Claus. **De los delitos y de las Víctimas**. Buenos Aires: AD HOC, 1992, p. 131.

⁴⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general, tomo I**. Madrid: Civitas, 2006, p. 108/109.

⁴⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general, tomo I**. Madrid: Civitas, 2006, p. 109.

⁵⁰ Nas palavras de Roxin: “la reparación substituiría o atenuaría complementariamente a la pena, en aquéllos casos en los cuales convenga tan bien o mejor a los fines de la pena y las necesidades de la víctima, que una pena sin merma alguna”. ROXIN, Claus. **De los delitos y de las Víctimas**. Buenos Aires: AD HOC, 1992, p.155.

⁵¹ ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, que precisa ser liminarmente esclarecido. Em primeiro lugar, a culpabilidade - como fundamento da pena - refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos - capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme a norma - que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal. Em segundo lugar, a culpabilidade - como elemento da determinação ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como limite desta, impedindo que a pena seja imposta além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros fatores, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc. E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade - vista como conceito contrário à responsabilidade objetiva, ou seja, como identificador e delimitador da responsabilidade individual e subjetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição da responsabilidade penal objetiva, assegurando que ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível e se não houver agido, pelo menos, com dolo ou culpa. (BITENCOURT, 2010, p.437).

Nada mais é que a reprovação de determinado ato praticado. Nas palavras de Busato:

Assim, para a afirmação do crime, não basta que o sujeito tenha praticado dolosa ou culposamente um tipo de ação ou omissão, e que esse tipo de ação ou omissão seja ofensivo a um bem jurídico e não esteja, de algum modo, justificado ou permitido. É necessário, ainda, que o sujeito em questão seja passível de reprovação pelo sistema jurídico, coisa que somente ocorrerá se ele reunir características básicas dessa capacidade genérica de sofrer a reprovação, ao que se denomina imputabilidade, e possa, nas condições dadas em que o fato ocorre, perceber a ilicitude de sua ação. . (BUSATO, 2015, p.521).

Ela é, antes de tudo, um conceito subjetivo. É a medidora de conduta de sujeitos livres para decidir entre o bem e mal.

A reparação então estaria concretizando principalmente o princípio da *ultima ratio*, além de respeitar o princípio da proporcionalidade, da fragmentariedade

(nos casos de reparação voluntaria), e subsidiariedade do Direito Penal, ou seja, apenas em último caso se aplicaria a pena privativa de liberdade⁵².

Em que pese os pontos positivos elencados pelo autor sobre a questão da inclusão da reparação do dano como terceira via no Direito Penal, há de se atentar que ela não é passível em todos os tipos de delitos.

É necessária a ponderação da proibição da proteção deficiente e a proibição do excesso quando da análise da aplicabilidade da reparação do dano.

Pois alguns delitos, notadamente os mais graves, mesmo em caso de reparação, não seria possível reconstituir novamente a paz jurídica outrora afetada pelo ato danoso⁵³.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teve como tema a aplicação da reparação do dano, conforme preconiza Claus Roxin, e suas consequências frente a atual crise do direito Penal e os novos anseios no que tange a figura da vítima no processo penal.

Tal crise é fruto de adoção de medidas que, em certa forma, deslegitimam o Direito Penal, por não atentarem com as consequências produzidas na sociedades e a real proporção de seus impactos, tanto no que diz respeito ao acusado como em relação as vítimas.

Ademais, a reparação do dano é tida como alternativa para as penas restritivas de direito, tanto no caráter pratico (reduzir o numero de apenados), como também quando aos fins propostos da pena, e novas formas de tratar e conciliar, em certa medidas, as necessidades da vítima e do acusado.

⁵² Nas palavras de Roxin: "La punición es, conocidamente, la última ratio de la política criminal. El principio de subsidiariedad allí expresado se prolonga únicamente de manera consecuente desde el punto de vista de la política jurídica. desde la sanción del precepto penal, a la que se lo refiere solamente casi siempre. hasta el caso individual, allí donde se utiliza la reparación como sustituto de la pena o para su atenuación, cuando se puede obtener con ello el mismo efecto o uno mejor". ROXIN, Claus. **De los delitos y de las Víctimas**. Buenos Aires: AD HOC, 1992, p.152.

⁵³ De acordo com Roxin: "Aun en el caso de una recepción de la reparación en el sistema de sanciones jurídico-penales quedaría un ámbito muy amplio de aplicación para la pena privativa de libertad y la de multa, puesto que, según el estado actual de nuestra ciencia. ya en todos los casos de los delitos más graves, todavía no es posible reconstituir nuevamente la paz jurídica únicamente por intermedio de la reparación. de tal manera que ella sólo podría provocar efectos atenuantes de la pena". ROXIN, Claus. **De los delitos y de las Víctimas**. Buenos Aires: AD HOC, 1992, p.156.

Além de se mostrar eficaz quanto ao problema do encarceramento em massa, e da sintonia com o princípio da proporcionalidade e *ultima ratio* a reparação do dano atua também no que tange aos delitos patrimoniais. Obriga o agente a restituir todo proveito que teve com a prática do delito, prevenindo, portanto, o enriquecimento ilícito.

Está em sintonia com a nova direção na qual o Direito Penal moderno caminha, visivelmente quanto à preocupação do papel da vítima dentro do processo penal, e a garantia de sua restituição patrimonial e a efetiva proteção ao bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, que é em última análise, sua função precípua.

Deve haver um trato sistemático na utilização da reparação. Pois, tendo ela lugar no Direito Penal e servindo para atuar na busca de seus fins, deve ser tratada com a mesma natureza jurídica, tendo momentos concretos de atuação e justificados cientificamente, além de uma uniformidade quanto aos delitos que serão alvo de sua abrangência.

Por conseguinte, o agente que não conseguir sua satisfação integral, em que pese demandar esforços para a reparação do dano, deve ter sua conduta considerada, e atenuada sua pena, por se tratar de uma conduta *post factum* positiva.

Apesar da sua importância, a reparação do dano não deve ser aplicada em delitos nos quais sua aplicação não é suficiente para restaurar a paz social. Tampouco nos delitos graves, ou aqueles ainda onde não se pode mensurar a real abrangência dos fatos delituosos, por passar as consequências do delito da esfera individual da vítima.

Deve-se, ao utilizar, estabelecer o liame da proporcionalidade entre a vedação de proteção deficiente pelo Estado e a proibição do excesso.

Neste sentido, é crucial que se observe o memento e a forma como ela se dará, pois pode desvirtuar todo o conceito penal que a doutrina levou séculos para consolidar. Dando aso a uma guerra invisível entre o real bem jurídico que a norma buscou preservar e o interesse estatal, ou pior, o interesse de certo grupo detentor do poder em determinado momento histórico.

A aplicação da reparação do dano no Direito Penal não faz com que este deixe de ter suas características, enfraquecendo-o. Pelo contrário, ao estabelecer as fronteiras de sua aplicação, onde é ou não aplicável, sua justificativa é forma integralizar e fortificar o Direito Penal Moderno.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio Prado. **Despenalização pela Reparação de Danos – A terceira via**. 1ª ed. São Paulo: J.H. Mizuno – EPP, 2005.
- AQUINO, José Gonçalves Xavier de. **Manual de Processo Penal** 2ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- BRASIL. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS INFOPEN – JUNHO DE 2016**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal: atualizado conforme a reforma processual**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015
- CONDE, Muñoz, **Derecho Penal, Parte General**. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 40ª ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- JAKOBS, Günther. **Sobre la Teoría de la Pena**. 1ª ed. Bogotá: CARGRAPHICS S. A., 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 02**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Problemas fundamentais de direito penal**. 1ª ed. Lisboa: Universidade Lusíada, 2002.
- ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda., 2009.
- _____. **Derecho Penal – parte general, tomo I**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 2006.
- _____. **De los delitos y de las Víctimas**. 1ª ed. Buenos Aires: AD HOC, 1992.
- _____. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas – Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal**. 2ª ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anonima Editora, 1998.