

2 — DOCTRINA INTERNACIONAL

COMPENSAÇÃO, RESTITUIÇÃO, SANÇÃO PECUNIÁRIA E OUTRAS VIAS E MEIOS DE REPARAR O DANO ÀS VÍTIMAS DO CRIME ATRAVÉS DOS TRIBUNAIS

KURT MADLENER

2.^a Parte¹

Sumário: 3. Aspectos histórico-comparativos — 4. A reparação como um meio de obter a extinção da punibilidade — uma chance de descriminalização; 4.1 Reparação em lugar de punição numa sociedade culturalmente distinta: a África Negra tradicional; 4.2 Modelos ocidentais — 5. A integração da reparação no sistema e sanções penais: a Escola Positiva na América Latina — 6. O juízo da reparação no Processo Penal: o assim chamado Processo Adesivo; 6.1 A lei de letra morta: o caso da Alemanha; 6.2 Título judicial de tipo platônico: a tradição mediterrânea — 7. Uma idéia do Século XVIII volta à tona: os fundos de compensação — 8. Conclusão.

3. Aspectos histórico-comparativos

O problema da compensação à vítima do delito tem evoluído de maneira muito diferente em diversos países. Isso faz com que se torne interessante estudar a sua evolução baseando-se em análises comparativas.

No início a vingança foi a reação do lesado. Então a reparação e a restituição vieram a substituir a vingança. O ponto de partida é o que poderíamos chamar de princípio da restituição: depois de uma lesão ter sido cometida, a vítima ou os seus familiares obtinham a reparação pelo dano sofrido. Neste sistema, que no Direito histórico germânico se chama de *Kompositionensystem*, o pagamento de uma determinada quantia ou

a entrega de bens (por exemplo, bois) à vítima ou a sua família era a consequência legal do dano punível, e liquidava o assunto, restabelecendo desse modo a paz na comunidade.

O princípio da restituição era suplementado pelo princípio da retribuição, na medida em que a organização do Estado foi obtendo mais força e proveu-se de sanções penais. Já nos tempos de Merovíngos e dos Reis Francos o crime e a pena foram mais e mais considerados como noções de direito público, um ponto de vista hoje geralmente aceito como resultado de uma evolução que durou muitos séculos.²

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

⁽¹⁾ A primeira parte deste artigo foi publicada no número 10 (abril-junho 1995) p. 52/57.

⁽²⁾ Eberhard Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2.^a ed., Göttingen 1951, p. 23 e ss. (39).

esquecer de que no Direito Penal, por muito tempo, o princípio da restituição e o princípio da retribuição coexistiam. Isto pode ser observado em muitos sistemas legais.

Um exemplo é a Lei espanhola das *Siete Partidas*, a tão importante legislação do Rei Afonso X chamado "O Sábio" (Alfonso, el Sabio) decretada no século XIII. A *Septima Partida* deste estatuto enumera "Dos crimes, das sanções penais e das compensações". Além da obrigação de restituir há por exemplo no caso de roubo a obrigação de pagar danos múltiplos, o dobro ou inclusive mais, de acordo com as circunstâncias do dano e da espécie de participação, como uma sanção penal.³ Este empreendimento legal de Afonso, o Sábio, foi aplicado como lei subsidiária na Espanha e em alguns países da América Latina inclusive no século XIX.

Mas, em geral, o fortalecimento da organização do Estado conduziu ao enfraquecimento da posição legal da vítima. Sem embargo, uma reação contra esta evolução, já estava em vias de modificá-la há mais de 200 anos. Podemos observar em alguns países que comissões de reformas e legisladores se debruçaram na ânsia de desenhar novos caminhos de proteção à vítima. Na legislação italiana do século XVIII, realmente foi dispensada considerável atenção à vítima. O Estado inclusive cuidou da reparação que a vítima tivesse que receber. Como o réu freqüentemente

era incapaz ou sem vontade de reparar, o Estado organizou um fundo público o qual foi sustentado pelas multas e através do qual a vítima pode ser compensada.⁴

Esforços para assegurar a reparação à vítima podem também, ser encontrados nos primórdios do século XIX nos projetos legislativos brasileiros. A influência de Jeremias Bentham foi muito importante neste aspecto.⁵

Em tempos mais recentes, a partir da segunda metade do século XIX, a Escola Positiva Italiana tratou com importância a compensação da vítima no processo penal. Os principais proponentes da Escola Positiva, *Garofalo e Ferri*, não tiveram muito êxito nos seus ensinamentos sobre a reparação à vítima no Direito italiano. Todavia, a Escola Positiva teve uma longa e duradoura influência na América Latina. Mesmo nos códigos penais promulgados nos últimos anos, pode ser percebida esta influência.

(3) *Sétima Partida*, Título XIV "De los furtos", Lei XVIII e passim. Regulamentos similares podem ser encontrados no direito alemão; ver Heinrich Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2.^a ed., Berlin 1928, reimpressão 1958, p. 832 e ss. Sobre as Sete Partidas veja Benito Gutiérrez Fernández, *Exámen histórico del derecho penal*, Madrid 1866, p. 163 e ss.; Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 3.^a ed., Buenos Aires 1964, n.º 203-207.

(4) O Código Penal de Toscana, o *Codice Leopoldino* de 1786, assim intitulado depois de *Leopoldo, o Sábio*, instituiu tal fundo no art. XLVI (o texto deste código está reproduzido em *Carlo Paterniti*, Note al *Codice Criminale Toscano* del 1786, Padua 1985). Este fundo e um outro similar são encontrados no art. 35 do Código "per lo Regno delle Due Sicilie" de 1819 foram recomendados por *Bonneville de Marsangy* como modelos excelentes de legislação neste campo (*De l'amélioration de la loi criminelle*, Paris 1864, vol. II, p. 310 e ss.).

(5) A influência de *Bentham* no Brasil foi duradoura. Veja: Galdino *Siqueira*, *Direito Penal Brasileiro*, vol. I. Parte Geral, 2.^a ed., Rio de Janeiro 1932, pág. 717. Sobre a legislação brasileira do início do século XIX veja Kurt *Madlener e Silma Marlice Madlener*, *The Past and Present State of Victim's Compensation in Brazilian Law and the Need for Reform*, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.): *Victims and Criminal Justice, Legal Protection, Restitution and Support*, Freiburg i. Br. MPI 1991, *Kriminologische Forschungsberichte*, v. 51, p. 305-355.

De fato, há legislações na América Latina que mostram uma grande influência da Escola Positiva até os dias presentes.⁶

Observamos, porém, no século XIX e XX muitas tendências diferentes de evolução. Na Alemanha, a vítima tem sido removida de sua posição central no processo penal à uma posição marginalizada. Agora, o papel da vítima é somente a de testemunha, e, por isso, ela tem muitas obrigações e poucos direitos. No que se refere à reparação do dano no Código de Processo Penal de 1877, quase não se oferecia à vítima qualquer possibilidade de reaver o dano no processo penal, mas a obrigava ao procedimento civil, o que significava que em muitos casos ela deveria pagar as custas processuais e os honorários para poder prosseguir no assunto.

O que resultou desse tipo de procedimento, cuja evolução se arranca no século XIX, foi que o réu passou a ocupar o centro de interesses do direito moderno alemão. Isto se acentuou pelo fato de que a ressocialização do réu tornou-se mais e mais importante.

No período depois da Segunda Guerra Mundial, os Direitos Humanos obtiveram particular atenção no Processo Penal, em consequência da Declaração das Nações Unidas, em 1948, e de numerosas convenções internacionais. Mas estes direitos humanos são em primeiro lugar, e principalmente, os direitos humanos do réu e do acusado.

Na Alemanha, a vítima foi extremamente marginalizada no Processo Penal. O interesse pela vítima no Direito Penal é um fenômeno que aparece tardiamente, como se observa pelo aumento de publicações que somente foram registradas durante os últimos anos. O legislador alemão só recentemente fez alguns esforços para resguardar a reparação à vítima. A reparação foi instituída como

condição prévia para garantir certos benefícios como a suspensão da pena à prova (*Strafaussetzung zur Bewährung*), soltura do cárcere por meio da prova (*Aussetzung des Straftatigen bei zeitiger Freiheitsstrafe*), etc.⁷

Porém, esses esforços não têm surtido muito êxito. As estatísticas claramente mostram que o Ministério Público e os tribunais não empregam com muita frequência tais instrumentos desenhados pelo legislador. Há outras condições que podem ser impostas ao réu para obter esses benefícios e que são usadas muito mais, como, por exemplo, o pagamento de uma importância em dinheiro a uma instituição beneficente. Portanto, o requisito de pagar-se a reparação à vítima é raramente imposto.

Isto não seria particularmente de se preocupar se a tendência fosse aumentar o uso dessa condição. Porém, o fato é que decresce. O resultado é que a iniciativa legislativa na Alemanha em relação a isso não tem sido bem-sucedida.⁸

(7) Veja arts. 56b parágrafo 2.º n.º 1 e 57 parágrafo 3.º StGB. O Ministério Público ou Juiz podem também em certos casos arquivar o procedimento se o réu reparar o dano causado à vítima, total ou parcialmente; veja o art. 153a, § 1.º, n.º 1 StPO.

(8) Veja Peter Rieß, *Statistische Beiträge zur Wirklichkeit des Strafverfahrens*, in: Rainer Hamm (ed.), *Festschrift für Werner Sarstedt zum 70. Geburtstag*, Berlin 1981, p. 253 e ss. (317); Wolfgang Heinz, *Strafrechtsreform und Sanktionsentwicklung — Auswirkungen der sanktionsrechtlichen Regelungen des 1. und 2. StRG 1969 sowie des EGStGB 1974 auf die Sanktionspraxis*, ZStW 94 (1982), p. 632/668 (644 e ss.); Hans Jörg Albrecht, *Legalbewährung bei zu Geldstrafe und zu Freiheitsstrafe Verurteilten*, Freiburg i. Br. 1982, p. 167 e ss.; Peter Rieß, *Entwicklung und Bedeutung der Einstellungen nach § 153a StPO*, ZRP 1983, p. 93/99; Edwin Kube, *Systematische Kriminalprävention. Ein strategisches Konzept mit praktischen Beispielen*, 2.ª ed., Wiesbaden 1987, p. 128

(6) Mais detalhes sobre isso veja item n.º 5.

Nem em todos os países, esta evolução teve como consequência uma erosão tão grande da posição legal da vítima no processo penal como na Alemanha. Os países clássicos do chamado procedimento adesivo como Itália, Espanha, França e Grécia, e, também, os países escandinavos, nunca aceitaram a marginalização da vítima. A questão é saber se realmente as suas legislações dão efetivamente vantagens à vítima necessitada de reparação, ou se só a pagam da "boca para fora".⁹

4. A reparação como um meio de obter a extinção da punibilidade — uma chance de descriminalização?

Se tentarmos analisar qual o papel que a reparação à vítima do delito pode ter no processo penal, pensamos, não só no benefício à vítima, mas, também, na possibilidade de substituir parcial ou totalmente as sanções penais pela reparação. Propostas a esse respeito têm sido feitas durante os últimos anos por alguns autores alemães.¹⁰

A idéia, porém, não é nada nova: já os positivistas italianos, os proponentes da Escola Positiva, tentaram há mais de cem anos integrar o instituto da reparação à vítima do delito no sistema penal de modo a torná-lo até certo ponto um substitutivo da ação penal (... costituire un vero succedano della pena).¹¹

e ss.; Detlev Frehsee, *Schadenswiedergutmachung als Instrument strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Berlin, 1987, p. 305 e ss.

(9) Mais detalhes sobre isso veja subitem n.º 6.2.

(10) Veja Detlev Frehsee (nota n.º 19), p. 119; Claus Roxin, *Die Wiedergutmachung im System der Strafzwecke*, in: Heinz Schöckh (ed.), *Wiedergutmachung und Strafrecht*, München 1987, p. 37/55, e Roxin, *Die Stellung des Opfers im Strafsystem, Recht und Politik* 1988, p. 69/76.

(11) R. Garofalo, *Riparazione alle vittime del delitto*, Torino 1887, p. 42 e passim. Enrico

4.1 *Reparação em lugar de punição numa sociedade culturalmente distinta: a África Negra tradicional*

Quando pensamos nas sociedades que preferem a reparação à punição, a África Negra é o caso em questão. Há mais de quarenta países da África Negra, e conseqüentemente a variedade de soluções é impressionante.¹²

O que há de interessante é o diferente espírito que rege o assunto nestas civilizações quando o comparamos com os países ocidentais. A reparação é certamente muito mais importante para a África Negra do que a punição do réu. Uma minha assistente colocou tal espírito numa pequena história que ela inventou depois de leituras e conversações com colegas da África Negra:

Imagine que uma bicicleta tenha sido furtada. O proprietário é um estudante, que está aborrecido, já que a usa diariamente para ir à universidade e assistir as aulas. Ele e os seus amigos investigam o caso. Quem pode ter furtado a bicicleta? Uma velha senhora, que gasta o seu tempo espreitando e prestando

Ferri, op. cit. (supra nota n.º 5), p. 696: "Il risarcimento del danno sofferto dalle vittime del delitto può essere considerato (...) come sanzione da sostituirsi alla pena carceraria nei piccoli delitti commessi da delinquenti occasionali."

(12) Um aspecto particular de vitimização é tratado por Kwame Frimpong, *Victimising the Accused and the State Through Incarceration — The Experience of Botswana*, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), *Victims and Criminal Justice, Particular Groups of Victims*, Part 2, Freiburg i. Br., Freiburg i. Br. 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, v. 52/2, p. 733/745). Veja, também, Sekou Condé, *Selected Questions in Relation to Victimological Research in French Black Africa*, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), *Victims and Criminal Justice, Victimological Research: Stocktaking and Prospects*, Freiburg i. Br. 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, vol. 50), p. 207/217.

atenção no que passa na rua, viu o ladrão e pode descrevê-lo. O ladrão, de fato, também vive na vizinhança. O estudante e os seus amigos vão lá e lhe perguntam a respeito da bicicleta. Depois de alguma discussão ele admite ter furtado a bicicleta e a restitui ao pobre estudante. À noite, o estudante e os seus amigos, felizes com o resultado, organizam uma festa, para a qual toda a vizinhança é convidada — inclusive o ladrão e a sua família. Com isso se liquida o assunto.¹³

Este exemplo ilustra um conceito de lei e de justiça profundamente arraigado na África Negra tradicional. Restituição ou reparação é o decisivo. Através disso a paz pode ser restabelecida na comunidade. Punição, de outro lado, não é importante: nada de positivo resulta disso.

Não obstante, seria uma ilusão tentar transferir tais modelos de reparação e de fazer as pazes para as anônimas sociedades dos modernos Estados industrializados. Mas mostra claramente a importância da reparação do dano na África Negra. Quando eu, o articulista, fiz com um grupo de 12 estudantes e uma etnóloga uma pesquisa sobre a Administração da Justiça na República dos Camarões, também constatamos esse fenômeno.¹⁴ De fato, não importa à pessoa lesada que o réu vá à prisão, mas sim que o dano seja reparado. É óbvio que, na África Negra tradicional, o fazer

as pazes é sobretudo o objetivo do sistema da lei costumeira.

4.2 Modelos ocidentais

Hoje, a reparação à vítima, pelo réu, está praticamente em toda parte prevista como uma circunstância atenuante.¹⁵ Isso conduz, portanto, só a uma redução de punibilidade. Alguns países foram mais avante no uso da reparação.

Um desses países é a Áustria com a regulamentação do “arrependimento ativo”. É interessante notar nesta instituição austríaca, que existe, há muito tempo, que de fato é aplicada comumente na prática judicial. Já que recentemente foram publicados artigos sobre este tema,¹⁶ não vou entrar em maiores detalhes. Há de se evidenciar, porém, que podem ser encontradas regulamentações similares em outros sistemas legais, por exemplo no direito grego, português e brasileiro.

(15) Veja por exemplo o Art. 9 n.º 9 do Código Penal Espanhol, § 46 par. 2 StGB, § 34 n.º 14 e 15 do Código Penal Austríaco. Onde não haja expressamente determinação sobre isso (veja e. g. 1991 Código Penal Peruano, Livro I, Título I, Capítulo III), pode-se presumir que os tribunais levam em conta a reparação à vítima dentro dos limites de penalidade fixados pela lei.

(16) Veja os artigos de Frank Höpfel, Die strafbefreiende tätige Reue und verwandte Einrichtungen des österreichischen Rechts, e Klaus Krainz, Zur praktischen Bedeutung der Wiedergutmachung in Österreich, in: Albin Eser/Günther Kaiser/ Kurt Madlener (ed.): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i. Br. 1992 (reimpressão), págs. 171-196 e 197-217. Veja, também, Klaus Krainz, The position of Injured parties no Código de Processo Criminal Austríaco, First Results of an Empirical Investigation, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), Victims and Criminal Justice, Legal Protection, Restitution and Support, Freiburg i. Br. 1991 (Kriminologische Forschungsberichte, v. 51), p. 629/668.

(13) Christine Sottong, Schwarzafrikanische Rechte — Modelle der Wiedergutmachung, in: G. Kaiser/H. Kury/H.-J. Albrecht (ed.), O.s.c. (nota supra n.º 2), p. 419.

(14) Veja Peter Bringer, Entwicklung und aktuelle Probleme der Strafrechtspflege in Kamerun, Yearbook of African Law, v. 1.º (1980), p. 25 ss. (48). Também: Hans-Heinrich Jescheck/Kurt Madlener (ed.), Strafrechtspflege in Kamerun, Part I: Peter Bringer, Stellung und Aufgabe des Richters in Kamerun, Baden-Baden 1981, p. 237 e ss.

O primeiro Código Penal Grego data de 1834. Foi publicado em Atenas nas duas línguas oficiais do Reino grego da época, quer dizer em alemão e em grego. No sétimo capítulo desse código, o art. 114 contém o princípio do "arrendimento ativo". De acordo com este artigo, um delito que, por definição foi consumado pela ocorrência de certo resultado, não é punível se o ofensor voluntariamente reparou o dano que ele causou, antes que ele de qualquer maneira tenha sido contatado pela autoridade, em relação a esse delito.

A parte especial do código define em que casos o princípio incorporado no art. 114 se aplicaria. O art. 378 determinava, por exemplo que, no caso de furto, o delito não seria punível e que de fato o caso não seria investigado se o ladrão fizesse a reparação ou a restituição do que ele havia pego, assim é que não restaria nenhum dano nem ao lesado e nem a nenhum terceiro como consequência do delito. A liquidação do assunto pela plena compensação isentaria o réu da investigação e da pena, somente se o ladrão tivesse reparado o dano antes da atuação da polícia ou de uma autoridade judicial no caso. Isso não se aplicaria quando a reparação ou a restituição fosse só parcial, porém, nesse caso a penalidade seria atenuada.

Este princípio do Código Penal de 1834 também é aplicado no caso de fraude, apropriação indébita, etc. Tanto o modo como esta instituição do arrendimento ativo foi projetado, como a sua história legislativa nos mostram que há estreitas relações com a regulamentação austríaca. Não se deve esquecer que o Rei da Grécia, Otto, o Primeiro, era filho do Rei da Baviera e que os seus conselheiros, em sua maioria, eram do Sul da Alemanha.¹⁷

⁽¹⁷⁾ Veja a influência do Código Penal da Baviera de 1813 e os projetos bávaros de 1822, 1827 e 1831 no primeiro Código

O atual Código Penal da Grécia, isto é, o Código de 1951, guardou esta instituição no art. 379, sem modificação material, no que se refere ao furto e à apropriação indébita. Neste código, também, esse princípio é estendido a outras ofensas, por exemplo, fraude, uso de veículo a motor sem habilitação, recepção de coisas furtadas, etc.¹⁸

Há regulamentações similares em outros sistemas legais. A lei portuguesa, por exemplo, possibilitava a isenção da punibilidade no art. 301, inc. 2 do Código Penal se a coisa furtada fosse restituída ou o dano fosse pago "antes de ser instaurado o procedimento criminal". Não obstante, isto era assim só se a coisa roubada fosse de "pequeno valor", se não a pena seria apenas reduzida. Contudo, este princípio se estendia a outros delitos, como alteração de marcos, burla (fraude), infidelidade (semelhante a *Untreue* del § 266 Código Penal alemão), auxílio material ao criminoso.¹⁹ Porém, tinha um alcance menor do que na legislação grega e austríaca, porque a sua aplicação ficava a juízo do Juiz e se referia só a assuntos de pequeno valor.

O novo Código Penal português, de 15 de março de 1995, modificou substancialmente tais disposições. Não se refere mais ao valor do prejuízo causado, e dá validade à reparação efetuada até ao início da audiência de julgamento

Penal do Reino da Grécia, o qual foi promulgado por Georg Ludwig von Maurer, veja: Telemachos G. Philippides, *Der Einfluß der deutschen Strafrechtswissenschaft in Griechenland*, ZStW 1958, p. 291 e ss. (295 e ss.). Estes projetos bávaros foram reeditados por Werner Schmidt (editor), Frankfurt 1988, em três volumes.

⁽¹⁸⁾ Art. 384, 393, 395, 402, 404 parágrafo 6.º, 405 parágrafo 2.º do Código Penal Grego de 1951.

⁽¹⁹⁾ Art. 312 n.º 4, 313 n.º 2, 315 n.º 3, 319 n.º 2, 330 do Código Penal Português.

em primeira instância. Porém, prevê só uma atenuante e não isenção da pena. Essa regulamentação é aplicável aos delitos de furto, abuso de confiança (apropriação indébita), delito de dano, alteração de marcos, burla (estelionato), infidelidade (a *Untreue* del § 266 Código Penal alemão) e abuso de cartão de garantia ou de crédito.²⁰

No direito brasileiro o Arrependimento Posterior está previsto no art. 16 do Código Penal que determina que “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”.

O direito penal brasileiro, também, prevê que em relação a certos delitos, não há punibilidade se o réu efetuar a reparação do dano.²¹ Um desses casos, se pode encontrar no art. 143 do Código Penal, o qual isenta o réu de punibilidade, no caso de calúnia ou de difamação, se ele se retrata cabalmente antes da sentença. Um outro caso se encontra em alguns artigos do Código Penal no que concerne à apropriação indébita por funcionários públicos. Segundo o art. 312 n.º 3 do Código Penal, se o funcionário público concorreu culposamente para o crime de peculato praticado por outrem (peculato culposos),²² extingue-se

a punibilidade se se reparar o dano antes da sentença irrecorrível. Se a reparação é posterior à sentença transitada em julgado, então a punibilidade é diminuída reduzindo-se de metade a pena imposta ao réu.

O projeto de 1984 da Parte Especial do Código Penal brasileiro conserva estas regras sem modificações especiais.²³ A aplicação deste conceito foi ampliada por lei e por Súmulas do Supremo Tribunal Federal ao crime de contrabando ou descaminho, extinguindo a punibilidade pelo pagamento do tributo devido, sendo que a sua aplicação posteriormente foi restringida tanto pelo legislador como pelo julgador.²⁴

Um outro exemplo de extinção da punibilidade em muitos países encontra-se em estatutos legais que determinam que a emissão de cheques sem fundos não será punida, se o cheque for pago num certo período de tempo antes de sua apresentação.²⁵ Isto, porém, é um assunto que depende muito da construção legal da natureza do cheque.

²³) Arts. 148 e 322 n. 3.º do Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, Brasília 1984.

⁽²⁴⁾ Art. 18 Decreto-lei n.º 157 de 2 de fevereiro de 1967; Coleção das Leis, Atos Legislativos do Poder Executivo, 1967, v. I, p. 177 e ss. (180). Súmula n.º 560 do Supremo Tribunal Federal, in: José Nunes Ferreira, Súmulas do Supremo Tribunal, 2.ª ed., São Paulo 1980, p. 319 e ss. A edição da Editora Atlas (Regimento Interno e Súmula do Supremo Tribunal Federal, São Paulo 1990) informa que a Súmula n.º 560 “Não tem mais aplicação” (p. 130).

⁽²⁵⁾ Por exemplo veja o art. 563 bis do Código Penal Espanhol (5 dias). No Direito Brasileiro a punição está determinada no art. 171 parágrafo 2.º n.º VI do Código Penal. Não se pune se o cheque for pago antes de que a denúncia seja oferecida; isto resulta da súmula n.º 554 do Supremo Tribunal Federal (Nunes Ferreira, O.s.c., nota n.º 25 supra, p. 314 e ss.). Veja, também, o projeto Italiano de 5 de outubro, de 1987 (L'Indice Penale 1988, p. 106 e ss.).

⁽²⁰⁾ Arts. 206, 209 inc. 3.º, 212 inc. 4.º, 213 inc. 3.º, 216 inc. 3.º, 217 inc. 4.º, 218 inc. 3.º, 219 inc. 5.º, 220 inc. 3.º, 221 inc. 5.º, 224 inc. 4.º, 225 inc. 6.º todos do Código Penal Português de 1995.

⁽²¹⁾ Sobre isto veja: Kurt Madlener, A reparação do dano como medida de política criminal na Parte Especial do Código Penal, in: João Marcello de Araújo Jr. (editor), Livro-homenagem a Heleno Cláudio Frago, Rio de Janeiro 1992, págs. 377-396.

⁽²²⁾ Quanto às diversas formas pelas quais este delito pode ser cometido veja Paulo José da Costa Jr., Comentários ao Código Penal, Parte Especial, v. 3.º, São Paulo-1989.

É interessante notar que as normas que prevêem a substituição de sanções penais pela reparação, geralmente só são aplicadas em certos tipos de danos. Este é o caso, como se viu, no Brasil, Grécia, Portugal e, também, na Áustria.²⁶

5. A integração da reparação no sistema de sanções penais: A Escola Positiva na América Latina

A *Scuola Positiva* iniciada no século passado deu impulso a uma nova visão do problema da vítima no processo penal e na reparação do dano por ela sofrido. No *sistema razionale di penalità* proposto por *Garofalo*, a reparação (*riparazione del danno*), está classificada como uma sanção penal independente tanto quanto a pena de morte, a de prisão, etc. Este sistema de reparações de *Garofalo* assume duas formas: de um lado pode ser a multa, que vai para o Estado, e de outro lado a indenização (*indennità*) que se destina à vítima. Em lugar do pagamento em dinheiro (*pagamento di una somma ou rilascio di parte del salario*) pode ser, também, execução de trabalhos (*lavoro coatto senza carcerazione*).²⁷ De qualquer modo, a reparação à vítima não deve cobrir só o dano causado: de acordo com *Garofalo* ela deve ser *larga e superiore al danno ricevuto*.²⁸

Ferri, também, considerou a obrigação do réu de reparar o dano causado como uma obrigação *essenzialmente e*

*sempre di diritto pubblico*²⁹ e como uma sanção, quer dizer parte do sistema penal de sanções, respectivamente se fosse em forma de multa ou de compensação.

O Código Penal italiano de 1930, não aceitou esta idéia. O *Codice Penale* contém, nos arts. 185 a 198, determinações sobre a reparação do dano causado pelo delito. Estes dispositivos, entretanto, encontram-se sob o título "*delle sanzioni civili*". No segundo Título "*Delle pene*" (art. 17 e ss.) do Livro Primeiro, da Parte Geral do *Codice Penale*, a reparação do dano não é mencionada.

Isto não significa que a idéia do positivismo italiano não tenha sido útil. Ela teve certamente profunda influência no direito penal e processo penal da América Latina,³⁰ de lá até nossos dias, e em muitos lugares foi introduzida pelo legislador, às vezes seguindo-a de maneira estrita, como por exemplo no direito mexicano. O modelo legislativo do positivismo é muito interessante para a discussão hodierna da integração da reparação à vítima do crime dentro do processo penal: de acordo com o direito mexicano, a reparação não é somente de

(26) Veja Kurt Madlener, Die Wiedergutmachung im Spiegel der Rechtsvergleichung, in: Albin Eser/Günther Kaiser/Kurt Madlener (Hrsg.): Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht, Freiburg i. Br.: MPI 1992, (reimpressão), S. 18. Nota n.º 2 supra p. 9/42 (35 e ss.).

(27) Veja a descrição esquemática do sistema de *Garofalo* em Ferri, O.s.c. (note n.º 5 supra), p. 682/683.

(28) R. *Garofalo*, Criminologia, 2.ª ed., Torino 1891, p. 457 e ss., p. 115/493.

(29) Veja a explicação preliminar do projeto de 1921 da Comissão Real de Reforma das Leis Penais, que foi presidida por Ferri (*Garofalo*, também, foi um dos membros da Comissão); Ministero della Giustizia, Relazione sul Progetto Preliminare di Codice Penale Italiano, Libro I/Denkschrift und Vorentwurf zu einem italienischen Strafgesetzbuch, Livro I, Roma, 1921, p. 126/324. Veja também Fernand Collin, Enrico Ferri et l'Avant-projet de Code pénal italien de 1921, Bruxelles 1925, p. 175.

(30) Esta influência se iniciou rapidamente com as traduções, por exemplo, do livro de *Garofalo* "Indemnización a las víctimas del delito", traduzido por P. Dorado Montero (Madrid, sem indicação do ano de publicação) e do seu livro de Criminologia, traduzido por Julio de Mattos (São Paulo 1893).

interesse público, mas, também, é assunto de ordem pública,³¹ e tem o caráter de uma sanção penal.³²

O art. 29, parágrafo 1.º, do Código Penal Federal Mexicano de 1931 (*Código Penal para el Distrito Federal, CPDF*) reza o seguinte:

“La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del dano”.

O legislador emprega aqui a noção de “sanção pecuniária”, que compreende duas subnoções, a saber: a multa e a reparação do dano. Ambas subnoções estão situadas no mesmo plano.

O art. 34, CPDC, caracteriza a natureza legal da reparação inequivocadamente:

“La reparación tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público.”

A reparação do dano causado pelo delito, conseqüentemente, tem o caráter de sanção penal. Porém, não é uma sanção penal privada: O legislador expressamente determina que a compensação é uma “pena pública”. Como tal, o promotor público a requer de ofício contra o acusado, o que, aliás, está em conformidade com o que ensina a *Scuola Positiva*.³³

Partindo deste conceito de reparação como uma sanção penal pública, seguem-se muitas conseqüências específicas. Uma é que o réu e o acusado não podem fazer um acordo quanto à reparação. Já que a reparação é uma sanção penal pública, o réu e a vítima não podem dispor de suas pretensões.³⁴ A vítima, também, não pode renunciar ao seu direito à compensação. Então, de acordo com o art. 35 parágrafo 3.º do CPDF, se ele não quiser aceitar a reparação, o valor correspondente será pago ao Tesouro Público. A obrigação de reparar é executada de acordo com o art. 37 do CPDF, como se fosse uma multa.

Este conceito de reparação como uma pena pública, nos possibilita expor, sem contradizer os princípios básicos do Direito Penal, que, de acordo com o art. 30, n.º III, CPDF, os servidores públicos têm que pagar em dobro os danos decorrentes dos delitos cometidos por eles contra o Estado no exercício de suas atribuições:³⁵ a reparação é uma sanção penal e pode por essa razão ser fixada acima do montante do dano causado. Danos múltiplos em matéria penal não são, de qualquer maneira, contrários à tradição jurídica hispano-mexicana: como podemos ver (supra n.º 3) houve precedentes na imposição de danos múltiplos com sanção nas “Siete Partidas”, o corpo legislativo espanhol do século XIII, o qual vigorou no México mesmo depois da independên-

(31) “La reparación no es sólo de interés público, sino de orden público” (Francisco Gonzáles de la Vega, *El Código Penal Comentado*, 8.ª ed., México 1987, p. 118).

(32) As idéias do positivismo influenciaram o Código Penal Federal Mexicano de 1929, o qual foi substituído em 1931 por um novo código que até agora está em vigor. Segundo Franco Sodi, não obstante, o autor do primeiro Código Penal Mexicano Federal, de 1871, Martínez de Castro, já considerou a reparação com um caráter penal (O.s.c. nota supra n.º 1, p. 40/41).

(33) Ferri, O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 700. No *Codice di Procedura Penale Italiano* de 1930 (art. 105) e no de 1988 (art. 77 parágrafo 4) isto é a exceção. O Promotor Público espanhol (o fiscal), de outro lado, como o seu colega mexicano tem a obriga-

ção de solicitar a reparação à vítima (art. 108 *Ley de enjuiciamiento criminal*). O “*Codice di Procedura Penale Italiano*” de 1865 resolveu o problema de um modo tecnicamente diferente: o juiz que decide sobre a reparação *ancorché non si fosse costituito parte civile* (art. 569).

(34) Gonzáles de la Vega, O.s.c. (nota supra n.º 38), p. 119.

(35) Isto também se aplica aos participantes do delito (art. 212 parágrafo 2.º Código Penal para el Distrito Federal).

cia, no século XIX, como uma legislação subsidiária.³⁶

Também, é digno de nota, tanto quanto concerne ao Direito mexicano, que a multa e a reparação estão inicialmente no mesmo plano, como subnoções da "sanção pecuniária". Mas, quando a multa ou a compensação tiverem que ser executadas, a reparação à vítima terá precedência. Isto, aliás, é também a regra em outros países da América Latina, por exemplo, no Brasil, já desde 1830.³⁷ E, também, o caso do Direito espanhol no art. 111 do Código Penal. A possibilidade de permitir-se o pagamento da multa em parcelas, caso o réu não tenha meios suficientes para o pagamento concomitante da multa ao Estado e da reparação à vítima, introduzida há poucos anos no Código de Processo Penal alemão (§ 459a, inc. 1.º, frase segunda) é fraca comparando-se com os dispositivos legais ibero-americanos.

O conceito positivista da multa e da reparação não é considerado antiquado no México. Mesmo os mais recentes códigos penais mexicanos seguem este conceito, por exemplo, os do Estado Guerrero (art. 34 e ss.), Sinaloa (art. 41) e Zacatecas (art. 25 e ss.), todos datados de 1986, o Código de Defesa Social do Estado de Yucatán (art. 33) e o Código Penal do Estado de Querétaro (art. 27), ambos de 1987.

Foram feitas algumas críticas a tal conceito,³⁸ que, no entanto, não prevaleceram.

A tradição positivista é de fato muito viva em toda a América Latina. O art. 53 do Projeto da Nova Parte Geral do Código Penal Brasileiro de 1981 propunha a multa reparatória em favor da pessoa lesada. Ela seria fixada em dias-multa (reparatória). O número máximo de dias-multa (reparatória) corresponderia ao mesmo tanto do que o previsto para a fixação da multa (multa penitenciária) ou seja 360 dias-multa (art. 49 do projeto). O número de dias-multa a ser imposto deveria ser o resultado da soma a ser fixada pelo Juiz, para cada dia-multa, e do dano comprovado no procedimento penal. Esta proposta foi elaborada por uma comissão de juristas brasileiros eminentes (entre outros René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Miguel Reale Jr.), que, no entanto, não foi aceita pelo legislador.³⁹

Encontramos, também, idéias positivistas no Código Penal Tipo para a América Latina, que foi elaborado durante o período de pós-guerra por penalistas de muitos países Latino-americanos. O Código Penal Modelo, determina no art. 93 § 2.º, que a obrigação de ressarcir faz parte da ordem pública.

Qualquer discussão quanto à integração da reparação à vítima no sistema do Direito Penal deveria levar em conta os esboços legislativos elaborados na América Latina com base no Positivismo Italiano.

(36) Sobre a importância das Siete Partidas no México veja Juan N. Rodriguez de San Miguel, *Pandectas hispano-mexicanas*, vol. 171, I, Mexico 1980.

(37) Art. 30 Código Criminal do Império do Brasil. O texto deste famoso código está reproduzido em: José Henrique Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil, Evolução Histórica*, Bauru (São Paulo) 1980, p. 165/265.

(38) Veja por exemplo Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (*Derecho procesal mexicano*, v. II, 2.ª ed., México 1985, p. 542) que considera

ser um erro a classificação da reparação como uma sanção penal. O único autor que ele cita a favor disso é um espanhol, Silva Melero, e ele próprio é de origem espanhola, e está no exílio desde a Guerra Civil Espanhola. Censuras dos autores mexicanos referem-se mais propriamente aos detalhes da regulamentação, do que aos princípios; veja por exemplo Franco Sodi, op. cit. (nota supra n.º 1), p. 40/41.

(39) Sobre este projeto e sobre a Nova Parte Geral veja Kurt Madlener/Silma M. Madlener, O.s.c. (Nota n.º 5).

6. O juízo da reparação no Processo Penal: o assim chamado Processo Adesivo

6.1 A lei de letra morta: o caso da Alemanha

O primeiro Código Penal para toda a Alemanha, a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, tem alguns artigos sobre a reparação à vítima. Em consequência disso, formou-se o costume de requerer-se a reparação no processo penal. Com base nesta prática judicial desenvolveu-se o procedimento adesivo do direito comum (*gemeines Recht*) da Alemanha. Mittermaier o definiu como uma espécie de procedimento “pelo qual a pessoa que sofreu um dano causado por um delito participa no procedimento penal que se iniciou por causa desse delito, a fim de que apresente as suas reclamações cíveis”.⁴⁰

Este procedimento encontrava-se nas codificações de diversos Estados alemães até a metade do século XIX. Depois disso, ele foi progressivamente abolido. Quando no Império Alemão já se preparava um procedimento uniforme para todo o país, somente as leis processuais penais de Baden, Braunschweig, Hamburg, Lübeck, Sachsen e Thüringen ainda previam o processo adesivo.⁴¹

O projeto de 1872 do Código de Processo Penal alemão possuía uma secção intitulada: “Sobre a adesão da vítima como requerente civil” (“Von

dem Anschluß des Verletzten als Zivilkläger”, §§ 322-336).⁴² De acordo com o § 332 a decisão sobre as pretensões civis no processo penal deveria ser tomada sem a participação de juízes leigos, ou seja, só por juízes profissionais. Além disso, a combinação de assuntos penais e pretensões civis terminaria com a interposição de recurso de apelação. Uma apelação contra a decisão concernente à reparação seria exigida exclusivamente pela lei processual civil (§§ 333, 334): seria um assunto puramente civil.

Porém, o Código de Processo Criminal do Império de 1.º de fevereiro de 1877,⁴³ não seguiu este modelo: o procedimento adesivo desapareceu com o advento deste Código.

De acordo com o Código de Processo Penal (*StPO*) do Império, a vítima poderia, entretanto, participar como assistente da acusação (*Nebenkläger*) ou como queixosa (*Privatkläger*), segundo os §§ 444-446 *StPO*, e faria a petição para obter uma espécie de multa compensatória (*Buße*) imposta ao réu. Se a *Buße* fosse determinada judicialmente e se fosse necessária a sua execução judicial, então segundo o § 495 *StPO*, se procederia de acordo com o Código de Processo Civil. A *Buße* efetivamente foi considerada como “uma reparação exclusivamente de direito civil”,⁴⁴ a parte do procedimento dedicado à reparação como uma espécie de processo adesivo.⁴⁵ No entanto, só era possível requerer a concessão da *Buße*, no caso de alguns tipos de delitos (por exemplo insultos).

(40) C.J.A. Mittermaier, *Das Deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichts-Gebrauch und Landes-Gesetzbücher und in geriauer Vergleichung mit den englischen und französischen Strafverfahren*, v. II, 4.ª ed., Heidelberg 1846, p. 682.

(41) Peter Hill, *Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs im Strafverfahren*, Freiburger Dissertation bei Eduard Kern, Frankfurt 1935, p. III.

(42) *Ver Motive zu dem Entwurf einer Deutschen Strafprozeß-Ordnung*, Berlin 1872, p. 267 e ss.

(43) *Reichsgesetzblatt* 1877, p. 253/346.

(44) Ernst Heinrich Rosenfeld, *Der Reichs-Strafprozeß*, Berlin 1912, p. 308.

(45) Heinrich Gerland, *Der deutsche Strafprozeß*, Mannheim 1927, p. 458.

Só se admitiu de maneira geral que a vítima fosse compensada no curso do processo penal durante a Segunda Guerra Mundial e quando foram causadas muitas dificuldades à Administração da Justiça.⁴⁶ Isto foi incluído na terceira secção com o título "Reparação às Pessoas Lesadas", no Quinto Livro do Código de Processo Penal. A possibilidade de conceder a *Buße*, também, foi tratada nesta secção.⁴⁷

No período de pós-guerra um grande número de leis eliminou as idéias nazistas da legislação e as consolidou depois que as três zonas de ocupação ocidentais (americana, francesa e inglesa) foram unificadas. A "Lei sobre o Restabelecimento da Unidade legal no campo da Organização dos Tribunais, Processo Penal e Custas Judiciais" de 12 de setembro de 1950, manteve a secção "Reparação ao lesado" ("Entschädigung des Verletzten") no Código de Processo Penal.⁴⁸ A tão extensa Lei de Introdução ao Código Penal de 2 de março de 1974 suprimiu o § 406d sobre a concessão da *Buße*.

A par disso, no entanto, a secção "Reparação ao lesado" permaneceu praticamente inalterada.⁴⁹

O fato é que durante séculos o processo adesivo era corrente na prática; ele foi abolido pelo Código de Processo Civil do Império de 1877, por um período maior do que meio século, e

depois foi reintroduzido na lei há mais de cinquenta anos. No entanto, o restabelecimento pelo legislador não foi útil, pois, na prática do dia-a-dia dos tribunais, é muito pouco usado.

A razão desta abstinência parece ser em parte de natureza psicológica. Há, obviamente, resistência por parte daqueles que têm que tratar com o procedimento, quer dizer, pelos juizes, os quais na maioria são exclusivamente juizes criminais, e pelos promotores que, na Alemanha, geralmente não têm nada a ver com o direito civil, e, também, pelos advogados militantes.

No que se refere aos juizes e promotores, há uma portaria não muito favorável sobre a distribuição da carga de trabalho dentro dos tribunais e ofícios de persecução, que pode ter nisso, também, alguma importância. Efetivamente, a carga das causas dos juizes ou promotores não será aliviada, ao contrário, será aumentada porque, ao lado das decisões penais, têm que lidar, também, com os problema de reparação. Consequentemente, eles não estão muito desejosos em entrar nestas questões, que poderiam ser muito complicadas e um tanto difíceis de serem decididas por especialistas da área penal. No que se refere aos advogados militantes, poderíamos dizer que, também, há um ponto muito prático: os honorários advocatícios, que são fixados em lei, não levam muito em conta o fato de que dentro do procedimento penal a questão da reparação civil seja, também, decidida.⁵⁰

Uma outra razão do quase desuso do processo adesivo pode ser que a secção do Código de Processo Criminal que o regula foi introduzida no Código pelo Governo nazista durante a guerra, embora o processo adesivo certamente não

(46) Terceiro Regulamento para a Simplificação da Justiça Criminal de 21 de maio de 1943, Reichsgesetzblatt 1943 I, p. 342/345. Veja: Heinrich Henkel, Das deutsche Strafverfahren, Hamburg 1943, p. 482 e ss.

(47) Art. 406 do StPO.

(48) Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts, Bundesgesetzblatt 1949/1950, p. 455 e ss. (498 e 499).

(49) Bundesgesetzblatt I 1974, p. 469 e ss. (513).

(50) Arts. 31 e 89 Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung. A Kostenrechtsänderungsgesetz 1994 melhorou a situação em algo.

deva ser considerado como sendo parte da ideologia nazista. O resultado líquido, em qualquer grau, é que o procedimento adesivo é muito pouco usado.

Deveria ser dito, também, que o processo adesivo apresenta um certo número de dificuldades iminentes porque em conformidade com a sua estrutura, a mesma situação fática, o acontecimento histórico a ser julgado, que causou a lesão, tem que ser analisado dentro do processo penal, de um lado de acordo com os princípios do direito penal, do direito processual penal, e de outro lado, também, em conformidade com as normas de direito civil e processo civil, que em grande parte são muito diferentes. Conseqüentemente, é duvidoso saber se por acaso se superasse a resistência psicológica e outras ao processo adesivo, se isso o conduziria à uma prática exitosa.⁵¹ Realmente, não parece que nos países, como por exemplo França, Itália e Espanha, em que a prática do procedimento adesivo tem sido ininterrupta praticamente durante séculos a reparação seja obtida através dele.⁵²

6.2 Título judicial de tipo platônico: a tradição mediterrânea

Como foi dito antes, a vítima nunca foi marginalizada na mesma extensão, por exemplo no Direito espanhol, tanto com o foi no caso do Direito alemão. De acordo com o art. 108 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM)* de 1882, ainda em vigor, o promotor tem a obrigação de requerer *ex officio* a reparação à vítima. Oferecer uma de-

núncia ao tribunal significa para o promotor, também, ter que requerer o dano. Isto está em conformidade como art. 112 da *LECRIM*, mesmo que não haja declaração expressa a esse respeito na denúncia apresentada pelo promotor. Assim é que o legislador espera assegurar que em cada julgamento criminal haja uma decisão sobre a reparação à vítima, que será proferida se houver razão para fazê-lo.

O oferecimento da denúncia na justiça bloqueia, de acordo com o art. 114, *LECRIM*, em qualquer procedimento civil em matéria de reparação.⁵³ Um processo civil para se requerer a reparação não pode ser iniciado enquanto o assunto criminal não for decidido, e, se foi proposto antes do início da causa penal, terá que ser suspenso. Por conseguinte, é importante que a vítima ofereça o seu pedido no processo penal. Caso contrário ela terá, talvez, que esperar muitos anos até que consiga uma oportunidade para apresentá-lo a um foro cível e, por sua vez, também, esse processo pode durar muito tempo até que finalmente a vítima venha a obter, ou não, o pagamento da reparação.

Há outro aspecto do processo adesivo espanhol que também se encontra nos regulamentos sobre o processo adesivo de outros países, e que é muito problemático. Se no procedimento do juiz de instrução (*sumario*) houver *indicios de criminalidad*, então o juiz de instrução

⁽⁵¹⁾ A opinião sobre isto está dividida na Alemanha. Veja: Kurt Madlener, *Die Wiedergutmachung im Spiegel der Rechtsvergleichung*, in: Eser/ Kaiser/ Madlener, op. cit. (nota supra n.º 2), p. 21, nota n.º 38.

⁽⁵²⁾ Veja as indicações na nota de rodapé n.º 56.

⁽⁵³⁾ Art. 114 parágrafo 1.º, *LECRIM*: "Promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; (...)". Veja, também, o Art. 44 *Ley Orgánica del Poder Judicial* de 1985: "El orden jurisdiccional penal es siempre preferente...". O art. 149 do Código de Processo Civil Alemão dá ao juiz civil somente a possibilidade de suspensão do procedimento se ele o considera apropriado. E o mesmo na legislação brasileira; veja o art. 64 Código de Processo Penal.

deve determinar *ex officio*, já que nesta fase do procedimento há o confisco de bens em conformidade com a legislação civil. Este confisco é para assegurar as responsabilidades pecuniárias contra o réu se ele for condenado. Estas são, de acordo com o art. 111 do Código Penal, as pretensões da reparação à vítima, as quais estão reguladas no art. 101 do Código Penal, bem como as custas judiciais e a multa. A fim de assegurar estas responsabilidades, o juiz determina que se preste uma fiança, que deve ao menos cobrir um terço do provável valor do pedido apurado contra o indiciado (art. 589, *LECRIM*). Se o réu não a prestar no mais tardar um dia depois da notificação da ordem judicial, então, segundo o art. 597 da *LECRIM*, se procederá à penhora dos bens do indiciado. De acordo com o art. 610, *LECRIM*, igualmente parte do salário do réu pode ser confiscada, atendo-se ao estipulado no art. 1.451 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Segue-se disso que a abertura do processo (*procesamiento*) é extremamente importante, já que podem resultar certas conseqüências muito negativas contra o réu. Ele é, ainda, considerado inocente, e pode inclusive estar em liberdade, mas parte dos seus bens ou todos eles encontram-se bloqueados. Isto pode causar-lhe muitas dificuldades em seus negócios e à sua família, bem como em contratar os serviços profissionais de

um advogado de defesa que lhe solicita o pagamento adiantado dos honorários.⁵⁴

O procedimento adesivo é bastante complicado. Inúmeros artigos do Código de Processo Penal, isto é, do art. 100 a 117 e 589 a 621, do *LECRIM*, tratam sobre el “ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y faltas” e as “fianzas y embargos (...) para asegurar las responsabilidades pecuniárias.”⁵⁵ Parte da complexidade é que não há só os confiscos contra o acusado, mas, também, contra terceiros, porque em certos casos criminais uma terceira parte é responsável pelo dano por alguma razão de direito civil.⁵⁶ Normas similares podem ser encontradas em muitos sistemas legais onde há um procedimento adesivo.

Há de perguntar-se se este tão complicado procedimento adesivo, que encontramos numa ou de outra maneira em muitos sistemas legais, conduz na prática à satisfação da reparação do dano sofrido pela vítima do delito. Infelizmente, são muito poucas as pesquisas empíricas sobre a eficiência do procedimento. Isto parece que dá ao lesado, de modo geral, de maneira simples e fácil, um título legal contra o réu. Mas, se a vítima realmente obtém a reparação, é uma questão aberta. Se acreditarmos no que os advogados militantes desses países nos contam e se considerarmos a estas poucas pesquisas sobre

(54) Na Itália o Estado tinha, até há pouco, de acordo com o art. 189 do *Codice Penale*, a hipoteca legal sobre os bens do acusado como condição para assegurar o pedido do lesado (como proposto por *Ferri*), multas, custas judiciais, e assim por diante. Esse artigo do *Codice Penale* foi revogado pelo art. 218 del D. Lgs. do 28 de julio 1989, n.º 271 “Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e regolamento per l'esecuzione”. Veja, também, art. 316 e ss. *Codice Penale* “Misure cautelari reali”.

(55) O novo Código de Processo Penal Modelo para a América Latina, também, dedica mais de vinte artigos sobre a “La reparación privada”; *Ministerio de Justicia* (ed.), *Códigos Procesal Civil y Procesal Penal*, Modelos para Iberoamérica, Madrid 1990, p. 286 e ss., p. 400/403.

(56) Veja art. 615 a 621, *LECRIM*: “De la responsabilidad civil de terceras personas”, e sobre isso Vicente Gimeno Sendra et al., *Derecho procesal*, vol. II, *Proceso Penal*, 3.ª ed., Valencia 1989, p. 181 e ss. (Victor Moreno Catena) e p. 398 e ss. (Valentín Cortés Domínguez).

o assunto como representativas, então não emergirá muito desse procedimento, a favor da vítima, exceto o título legal.⁵⁷ Realmente, parece que, não são muitas as vezes em que a vítima consegue obter a reparação do dano.

Esse resultado, ou seja, que o processo adesivo realmente só dá à pessoa lesada um título legal geralmente sem valor, não é novo: *Garofalo* já falava sobre a *platonica azione di danni ed interessi*.⁵⁸ *Ferri* não era menos franco quando se referia à *platonica dichiarazione di condanna generica ai danni ed alle spese, contenuta proforma in ogni sentenza*.⁵⁹

De fato na Itália, a prática corrente é que se houver um procedimento adesivo, o tribunal criminal só decidirá se a reparação deverá ser dada ou não, porém, não sobre o montante a ser pago. Consequentemente, este procedimento adesivo facilita à vítima a apresentação do seu pedido perante um tribunal civil, mas, isto não a poupa de ter que fazê-lo se quiser tentar obter a reparação.

Segundo o novo *Codice de Procedura Penale* de 1988, o juiz penal está apto

a admitir o que se chama de *provisionale*, uma concessão provisória da petição, que será final e definitivamente fixada pelo juiz civil.⁶⁰ Na prática, isto é particularmente usado em casos de acidentes de trânsito, e é só esta nova legislação que conduziu a uma certa, mas até agora modesta, importância para o procedimento adesivo. A vítima, todavia, tem que se dirigir ao tribunal civil depois de terminar o processo penal, se quiser a completa indenização e não estiver satisfeita com a *provisionale*.

O novo *Codice di Procedura Penale* de 1988 regula nos arts. 74 a 88, o processo adesivo em detalhes, exatamente como no caso do *Codice di Procedura Penale* de 1930. Não obstante, há a tendência no novo código de que as petições da vítima de índole cível sejam julgadas por um juiz civil. O legislador tenta obter esse resultado para tornar procedimento mais rápido.⁶¹

Se observarmos as legislações que prevêm o processo adesivo e não só isso, mas que de fato se ocupam da vítima dentro do processo penal, temos que admitir que a efetividade deste procedimento é pelo menos duvidosa.

7. Uma idéia do século XVIII, volta à tona: os fundos de compensação

Há uma outra evolução que também se originou na Itália. Refiro-me aos fundos públicos para a reparação à vítima do delito. Tais fundos foram instituídos em muitos países no decurso

(57) Cifras dadas sobre a França por René Zaubermann (veja Kurt Madlener, O.s.c. nota supra n.º 56, p. 26, nota n.º 49) e sobre a Espanha por Antonio Beristain et al. (Estudio criminológico de sentencias en materia penal, Datos de las sentencias dictadas en San Sebastián en 1975, Juzgados de Instrucción y Audiencia Provincial, Madrid 1983, ps. 63, 94/96, 117/119), e por Pedro Larranaya Mugica (La indemnización en las víctimas del delito, un estudio basado en las sentencias dictadas en la Audiencia Provincial de Guipuzcoa durante el año 1986, em: Eguzkilore 1988, p. 139/224), são desafortunadas. Veja, também, Martine Méridgeau, Überblick über die neuen Wege einer opferbezogenen kriminalpolitik in Frankreich, em: Eser/ Kaiser/ Madlener, O.s.c. (nota supra n.º 2), p. 325/342.

(58) Riparazione alle vittime del delitto, Torino 1887, p. 10.

(59) O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 699.

(60) Art. 489 parágrafo 2.º, 489 bis do CPP de 1930; arts. 539, 540 do CPP de 1988, em vigor desde 24 de outubro de 1989. Essa regulamentação baseia-se numa legislação suplementar ao *Codice di Procedura Penale* de 1930.

(61) Ennio Amodio, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetz, ZStW 102 (1990), p. 171 e ss. (192).

de décadas passadas, com o fim de assegurar o pagamento da reparação à vítima se o réu não tivesse a possibilidade de efetuá-lo, ou ao menos não se pudesse executar a sua obrigação de pagar. Em geral, estes fundos são somente para indenizar vítimas de certos delitos (geralmente crimes de violência),⁶² e o pagamento está a cargo do Estado. Nestes casos não há conseqüentemente a reparação pelo ofendido, mas sim pelo Estado.

No entanto, desde o século XVIII, estavam previstos fundos públicos na Itália, e mais recentemente foram desenhadas caixas de ressarcimento sob a influência do positivismo italiano, com outras características.

Um desses fundos é a *Caja de Resarcimiento de Cuba*. Este fundo é diferenciado de outros fundos à vítima, pois não substitui simplesmente o pagamento que não foi efetuado pelo réu, ao menos não de um modo geral: é tarefa do fundo de pagar à vítima e recobrar do réu a importância paga.

Este fundo foi introduzido na lei cubana pelo *Código de Defensa Social* (CDS), de 1936, arts. 121 a 126. Parece que essa é uma idéia que foi aproveitada da Escola Positiva, mas os positivistas a formularam com os precedentes dos velhos códigos penais italianos. Já o Código Penal Toscano, o *Codice Leopoldino* de 1786, assim intitulado depois de *Leopoldo, o Sábio*, definiu a criação de um fundo para a reparação no art. XLVI. O famoso penalista francês do século XIX *Bonnevillle de Marsangy*⁶³ recomendou este fundo do *Codice Leopoldino*. Houve, também, um

fundo semelhante previsto no art. 35 do *Codice per lo Regno delle Due Sicilie* de 1819, que foi chamado *Casse delle amende*. Certamente estas realizações estavam em conformidade com as teorias de *Bentham*.

A *Caja de Resarcimientos de Cuba*, do Código de Defesa Social, não só intervém se o réu for insolvente ou se os danos forem resultado de delitos dolosos contra a vida e a saúde. É uma agência governamental que sempre tem que pagar a reparação se a sentença penal impuser um certo pagamento. O seu papel é, por assim dizer, o de um intermediário entre o réu e a vítima. A *Caja* paga à vítima, com base na sentença proferida contra o réu a favor da vítima. Conseqüentemente, a vítima não tem que se aborrecer para tentar obter alguma coisa do réu. De outro lado, a *Caja* recobra do réu o montante pago.

A este propósito a *Caja* deveria, de acordo com os arts. 123, 125, CDS, requerer à vítima em seu próprio nome e poderia executar a sentença contra o réu. Se não fosse possível obter dele o pagamento, então ele, de acordo com o art. 125, letra E, CDS, teria que ser internado em um *establecimiento, taller o reclusorio criminal de labor*, para que trabalhasse dentro do estabelecimento, a fim de que satisfizesse a sua obrigação para com a *Caja* do que ele ganhasse com o seu trabalho. Se isto não fosse possível, o tribunal deveria determinar a prisão subsidiária (art. 125 letra F CDS). Esta prisão substitutiva não poderia ser de mais do que seis meses.⁶⁴

A *Caja* deveria ser financiada, ou ao menos deveria ser financiada, quando foi criada, *inter alia*, através de multas e através do produto dos bens confis-

⁽⁶²⁾ Por exemplo veja Ulrike Weintraud, Staatliche Entschädigung für Opfer von Gewalttaten in Großbritannien und der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1980.

⁽⁶³⁾ De l'amélioration de la loi criminelle, Paris 1864, v. II, p. 310 e ss.

⁽⁶⁴⁾ O Art. 125 F CDS é algo surpreendente, porque *Ferri* pensou que aqueles que estivessem impossibilitados de pagar (gli insolubili) deveriam ter só a obrigação de trabalhar. O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 701.

cados,⁶⁵ e além disso por um numero de outros pagamentos, especialmente o pagamento da reparação pelos réus, na medida do que foi paga por eles, e naturalmente, também, através de subsídios do Tesouro Público.

O Código de Defesa Social permaneceu em vigor até 1978, portanto, até muito tempo depois da Revolução Cubana de 1959, quando então foi substituído pelo primeiro Código Penal da Revolução Cubana,⁶⁶ que manteve a *Caja* nos arts. 72 a 75.

As mudanças feitas pelo legislador não são, comparadas com o Código de Defesa Social de 1936, nada revolucionárias. Não há mais uma disposição permitindo que o réu seja compelido a trabalhar num estabelecimento, caso falte o pagamento. A *prisión subsidiaria* de acordo com o art. 22, inciso 3, do CP, só é admissível se ele se recusar a realizar atos que foram a ele impostos com o fim de reparar um dano não material (isto parece que se refere a apresentar justificação, ou retratação, etc.). Essa disposição permite uma prisão subsidiária de três a seis meses. A prisão nestes casos tem o caráter de uma medida coercitiva. Isto torna-se claro pelo fato de que o réu se livra solto tão logo ele satisfaça as suas obrigações. Se ele não pagar à *Caja* a soma a que está obrigado, aí só podem ser confiscadas as suas entradas (*sueldo, salario o cualquier otro ingreso económico*) conforme determina o art. 73, parágrafo 5.º, CP.

Nesse meio tempo, o primeiro Código Penal da Revolução Cubana foi substituído pelo novo Código Penal, o qual foi promulgado em 1987 e que entrou em vigor em 1988.⁶⁷ Este código manteve, também, a *Caja de Resarcimientos*. A reparação à vítima e à *Caja* são tratadas nos arts. 70 e 71 do novo Código Penal, com algumas poucas modificações quando comparadas com a legislação anterior.

Em virtude do art. 71, inc. 3, *in fine* CP, no caso de não pagamento da reparação, qualquer bem (*toda clase de bienes e derechos*) está sujeito a confisco na medida que isto for possível no procedimento civil. O código, também, admite *prisión subsidiaria*, porém, somente é concedida como aprisionamento coercitivo: o tribunal pode determinar a prisão subsidiária, só se o réu se recusar a cumprir com a obrigação que lhe foi imposta a fim de reparar o dano moral (art. 70, inc. 2, CP).

As autoridades cubanas insistem em que a *Caja* funciona muito bem na prática. A única dificuldade noticiada e que é mencionada, consiste no fato de que as corporações podem, também, requerer a reparação perante a *Caja*, e de acordo com o art. 71, inciso 1.º, CP, se iguala àquele que não sofreu o dano diretamente, mas só indiretamente pela infração (por exemplo, que pagou o dano e agora requisita a reversão do pagamento por ele efetuado). A opinião é que esta possibilidade das corporações de recobrar da *Caja* é supérflua, porque geralmente estão na posição de apresentar os seus pedidos diretamente. Parece, também, que esta possibilidade de apresentação dos pedidos pelas corporações à *Caja* conduz a um importante escoamento financeiro da *Caja*.

Uma outra mudança a ser observada no novo Código Penal é que as multas

⁽⁶⁵⁾ Isto já era contido no art. XLVI do Código Leopoldino de 1786 e no art. 35 do Codice per la Regno delle Due Sicilie de 1819. Na Alemanha esta idéia era uma proposta de *lege ferenda* de Albin Eser (Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum, Tübingen 1969, p. 116/118, e p. 381).

⁽⁶⁶⁾ Veja Kurt Madlener, Die Entwicklung des kubanischen Strafrechts nach der Revolution, in: Rafael Sevilla/ Clemens Rode (ed.), Kuba. Die isolierte Revolution, Bad Honnef 1993, págs. 278-303.

⁽⁶⁷⁾ Gaceta Oficial de la Republica de Cuba, edição especial de 30 de dezembro de 1987.

já não são utilizadas para o financiamento da *Caja*, como era o caso conforme o art. 73, inc. 2 b, CP de 1978. É uma questão aberta se esta modificação faz as finanças da *Caja* consideravelmente mais difíceis ou não.

Caixas similares têm sido criadas nos sistemas legais de outros países latino-americanos, por exemplo na Bolívia⁶⁸ e no Peru.⁶⁹ Porém, elas intervêm só no caso de que o réu não tenha capacidade de pagar, e usualmente elas só pagam pelo dano sofrido em consequência de alguns danos específicos.⁷⁰ Uma instituição que tenha um certo total de competência em benefício da vítima do delito como a *Caja de Resarcimientos* da lei cubana, não parece existir em nenhum outro lugar. É lamentável que nesse ponto não haja sido feito até agora qualquer estudo empírico sobre o funcionamento da *Caja de Resarcimientos* cubana. Seria certamente altamente inte-

ressante estudar esta instituição, que vem funcionando há mais de meio século, para determinar-se o que se poderia adaptar a outros sistemas legais.

8. Conclusão

Há de fato um número de idéias interessantes de como a vítima pode ter mais chance para conseguir uma reparação ao dano por ela sofrido. Entretanto, tem que ser levado em conta que para a reforma legal é necessário, não ter somente teorias brilhantes, mas idéias práticas que funcionem. Aqui estão as dificuldades que têm que ser superadas. Há muitos conceitos teóricos que não funcionam nada ou defeituosamente. Nós vimos acima que o processo adesivo é um deles. Em muitos países, através dele, a vítima obtém um título judicial contra o réu, mas depois dificilmente o pode executar. O motivo disso é principalmente que o réu, muitas vezes, não tem nada como que pagar.

Há, também, de ser levado em conta que nos países industrializados, e mesmo em certo grau nos assim chamados países do Terceiro Mundo, as leis sobre a reparação pelo réu não são a coisa mais importante para a vítima. A Seguridade Social e os seguros privados se responsabilizam em muitos casos pelos danos sofridos pelas vítimas. O resultado líquido é que na maioria dos casos de danos causados por negligência não é o réu que paga indenização, mas um seguro, e mesmo em muitos casos de delitos intencionais pelo menos uma parte da reparação é paga pelos seguros ou por outras instituições.

Provavelmente a reparação poderia ser usada como um instrumento de política criminal só para um número relativamente pequeno de casos. Possivelmente estes casos são os mesmos que a *Scuola Positiva* considerava quando se requeria a reparação como *sanzione da*

⁽⁶⁸⁾ Art. 94 Código Penal Boliviano de 1973: *Caja de Reparaciones*.

⁽⁶⁹⁾ Arts. 47, 77, 403, 404 Código Penal Peruano de 1924: *Caja de indemnización a las victimas del delito*. Alcântara Machado propôs a organização de um fundo, tomando esse código peruano como modelo; veja o seu Anteprojeto da Parte Geral do Código Criminal Brasileiro, São Paulo 1938, p. XXIII. Sobre este projeto veja Kurt Madlener/ Silma M. Madlener, O.s.c. (nota n.º 5), p. 523/524. O Código Penal peruano de 1991 não mantém esta instituição; veja o n.º 3 das Disposições Finais e Transitórias desse código.

⁷⁰ Assim, no direito brasileiro, a Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, instituiu em seu art. 13 um fundo aos quais se destinariam indenizações por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990) também utiliza esses fundos (art. 100, parágrafo único). Veja Kurt Madlener/ Silma M. Madlener, O.s.c. (nota n.º 5), p. 346/347.

*sostituirsi alla pena carceraria nei piccoli delitti commessi da delinquenti occasionali.*⁷¹ Atualmente, deveríamos pensar mais na possibilidade de aplicar a reparação como um substitutivo da pena de multa, pois que em muitos países, por exemplo na Alemanha, em um grande número de casos a multa já passou a ocupar o lugar da pena de prisão, que anteriormente se aplicava em casos de pequena criminalidade. Uma possibilidade seria que se introduzisse uma espécie de *sursis* para a pena de multa com a condição de que o réu sentenciado pague a reparação à vítima. Realmente é necessário que seja reconsiderada a relação entre a pena e a reparação, pelo menos nestes países como a Alemanha que em geral ainda dão preferência ao pagamento das multas do Tesouro, à reparação das vítimas.⁷²

Ferri já viu as dificuldades que existiam no fato de que o réu freqüentemente não possui qualquer bem, e ele por essa razão sugeriu a *sostituire al risarcimento pecuniario l'obbligo del lavoro a favore del danneggiato, individuo o società*.⁷³

Problemas que nós encontramos no que se refere à reparação à vítima do crime são assim questões longamente assentadas e bem conhecidas. Muitas soluções interessantes que foram desenhadas desde o século XVIII na legislação italiana, no século XIX na Áustria, no Brasil e na Grécia e no século XX na legislação cubana, só para mencionar algumas, são tão importantes que justificam estudos mais aprofundados a respeito.

Não obstante deve ficar claro que qualquer esforço para introduzir uma idéia compreensiva de política criminal neste campo tem que ser precedida de uma decisão sobre o objetivo de tal política criminal. De um lado, há a vítima que em muitos casos está numa situação patética, já que ninguém se importa com o dano que ela sofreu. De outro lado, há o réu que tem que ser reintegrado na sociedade. Se colocarmos a reparação à vítima em primeiro lugar, então a reintegração do réu pode sofrer. Uma carga financeira que é muito pesada para ele pode conduzi-lo a reincidir. De outro lado, se só pequeninas reparações forem feitas à vítima que sofreu grandes danos, isto pode dar a impressão, além do mais, que se a ridiculariza pela pouca ajuda que lhe é prestada. Assim não é fácil reconciliar estes interesses tão contraditórios.

A solução pode ser encontrada em instituições similares à *Caja de Resarcimiento* cubana, que vem operando de maneira bem-sucedida desde 1936. Com certeza esta solução custa dinheiro, quer dizer o dinheiro do contribuinte. Mas valeria a pena pesquisar sobre esta solução de maneira mais detida: compensação plena à vítima paga por um fundo estatal, e compensação pelo réu segundo as suas possibilidades econômicas, revertendo ao fundo importância paga por eles. Uma vez, que já existem em alguns Estados instituições que têm a seu cargo determinados casos de reparação à vítima, uma ampliação cuidadosa deste sistema, levando em conta evidentemente as limitações do Tesouro Público, poderia ser uma solução prática do problema. O financiamento de tal fundo não deveria ser muito difícil se, entre outras coisas, o resultado das multas e da venda dos bens embargados fossem utilizados para isso.

71. Ferri, O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 696.

72. Veja § 459a inc. 1.º StPO.

73. O.s.c. (nota supra n.º 5), p. 697. Nota na parte I.