

CARLOS EDUARDO DE MORAES DOMINGOS

**A FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA
CONDENATÓRIA PENAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019**

CARLOS EDUARDO DE MORAES DOMINGOS

**A FIXAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA
CONDENATÓRIA PENAL À LUZ DO DEVIDO PROCESSO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2019**

Catálogo da Publicação

Domingos, Carlos Eduardo de Moraes

A fixação do valor indenizatório na sentença condenatória penal à luz do devido processo / Carlos Eduardo de Moraes Domingos. - São Paulo: USP / Faculdade de Direito, 2019.

312f.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Dissertação (Mestrado), Universidade de São Paulo, USP, Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração, Direito Processual, 2019.

1. Sentença condenatória penal. 2. Fixação de valor mínimo indenizatório. 3. Devido processo. 4. Processo penal. I. Zilli, Marcos Alexandre Coelho. II. Título.

CDU

Nome: DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes

Título: A fixação do valor indenizatório na sentença condenatória penal à luz do devido processo

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Prof. Dr. Marcos Alexandre Coelho Zilli.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À memória de minha avó, Marina Ferreira de Moraes, com toda a gratidão pelo amor generoso e pela alegria inesgotável que ofereceu até o seu derradeiro momento. Sem você, viver não seria essa jornada cheia de curiosidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Marcos Alexandre Coelho Zilli, modelo de docente e estudioso, pela orientação dedicada ao longo do desenvolvimento deste trabalho, pelas inúmeras reuniões, conversas e valiosas lições em sala de aula.

Aos professores Marta Cristina Cury Saad Gimenes e Carlos Alberto de Salles pelas críticas e sugestões feitas no exame de qualificação, que tanto contribuíram para a elaboração desta pesquisa.

Aos professores Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, Antonio Magalhães Gomes Filho, Maria Thereza Rocha de Assis Moura, José Raul Gavião de Almeida, Maurício Zanoide de Moraes e Heitor Vitor Mendonça Sica, pelas brilhantes e engrandecedoras aulas ministradas no curso de Pós-Graduação.

Aos meus pais Eduardo e Ana Paula que me dedicaram o meio dia de suas vidas. À minha irmã Thamires, pela cumplicidade silenciosa. À minha companheira Tamara, pelos deliciosos anos vividos juntos, e que ainda viveremos, repletos de amor e lealdade.

DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. *A fixação do valor indenizatório na sentença condenatória penal à luz do devido processo*. 2019. 312f. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

RESUMO

A reforma processual promovida pela 11.719/08 introduziu no sistema processual penal a ampla possibilidade de fixação de valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória. Trata-se do ponto de chegada de um movimento de aproximação, separação e reaproximação entre responsabilidades civil e penal. Em nosso ordenamento jurídico, representa a crescente preocupação com uma política que integre um julgamento justo para vítimas e imputados. Contudo, a elencar tal possibilidade no Código de Processo Penal vigente, o legislador deixou de confeccionar qualquer disposição legal acerca de sua operacionalização. A regra traz insegurança jurídica quanto à forma de sua aplicação, pendendo questões tais como a necessidade de prévio requerimento para sua fixação pelo julgador, quem teria legitimidade para a formulação do pedido ressarcitório, qual o momento e o modo de sua dedução, dentre outros. A problemática essencial que envolve a fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória diz respeito ao seu modo de realização, à sua procedimentalização, muito mais do que seu conteúdo ou sua eventual repercussão no processo civil. A base para a resposta de tais problemas se encontra, primeiramente, na compreensão do fenômeno da múltipla incidência jurídica e do desenho da progressiva separação, posterior consolidação e final reaproximação das esferas de responsabilidades penal e civil extracontratual. A partir dessa noção é que se permite vislumbrar a existência de sistemas e mecanismos de corrdenação de jurisdições especializadas, campo em que se insere a fixação de valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória. Todavia, compreendidos tais pressupostos que dão razão de ser ao instituto, o desenho de sua procedimentalização, não revelado pelo legislador, somente pode ser construído a partir da garantia síntese do devido processo penal. Essa garantia processual, de força constitucional, desdobra-se em uma série de garantias que exercerão a função de filtragem e orientação de como o arbitramento do valor reparatório pode ser concretizado dentro do processo penal, sem a violação de seu sentido de unidade, de suas diretrizes básicas, e mesmo sem a mácula de sua principal finalidade.

Palavras-chave: Sentença condenatória penal. Fixação de valor mínimo indenizatório. Devido processo. Processo penal.

DOMINGOS, Carlos Eduardo de Moraes. *Setting damages in criminal sentencing in light of due process*. 2019. 312p. Dissertation (Masters Degree). Law School of the University of São Paulo, 2019.

ABSTRACT

The procedural reform set forth in Act 11.719/08 introduced into the criminal procedure system the distinct possibility of setting minimum damages in criminal sentencing. This is the culmination of a movement of convergence, divergence and reconvergence of civil and criminal liability. In our legal system, it represents the growing concern for a policy that incorporates a fair trial for the victims and the accused. However, when the lawmaker established this possibility in the current Code of Criminal Procedure, no provisions were made with regard to its application. There is legal uncertainty as to how the rule should be applied, with unaddressed questions such as whether there is a need of a prior motion for the court to set it, who has standing to file the damage claim, and at which stage and in which manner it should be done. The fundamental issue underlying the setting of damages in criminal sentencing has to do with how to apply it, i.e. the establishment of a procedure, much more than with its content or its resulting impact in civil procedure. The basis for addressing the abovementioned issues is, firstly, understanding the phenomenon of multijurisdiction and the structure of progressive divergence, subsequent consolidation and final reconvergence of the criminal and tort liability spheres. From this notion it is then possible to perceive systems and devices for coordination of specialized jurisdictions, a field which includes the setting of minimum damages in criminal sentencing. However, once these assumptions which form the basis for the establishment of the provision are understood, the establishment of its procedure, which was not formulated by the lawmaker, can only be determined based on the guarantee of criminal due process. From this procedural guarantee, provided by the Constitution, arise a number of guarantees designed to filter and provide guidance on how the awarding of damages can be conducted within the criminal procedure, without prejudice to its integrity, its basic guidelines, and even to its main purpose.

Keywords: Criminal sentencing. Setting minimum damages. Due process. Criminal procedure.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
-------------------------	---

PARTE I FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1 DISTINÇÃO ENTRE O ATO ILÍCITO CIVIL E O ATO ILÍCITO PENAL	17
1.1 A valoração jurídica do ato ilícito.....	17
1.1.1 Fundamentos da responsabilidade.....	17
1.1.2 Múltipla incidência normativa.....	25
1.2 A separação progressiva entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal	28
1.3 Critérios distintivos entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal.....	43
1.4 Reaproximação das responsabilidades civil e penal: revalorização da vítima e prevenção geral.....	56
1.4.1 Movimento de revalorização da vítima no processo penal.....	57
1.4.2 A prevenção geral pela responsabilidade civil	68
2 SISTEMAS DE COORDENAÇÃO DE JURISDIÇÕES ESPECIALIZADAS	75
2.1 Jurisdição: conceito, independência e coordenação	75
2.2 Distinção entre jurisdição civil e jurisdição penal	86
2.2.1 Objeto do processo penal e do processo civil.....	88
2.2.2 O conteúdo da pretensão processual e normas de competência	97
2.3 A sistematização da coordenação de jurisdições especializadas no julgamento da reparação do dano.....	102
2.4 Sistema da confusão ou identidade.....	106
2.5 Sistema da solidariedade ou cumulação de instâncias.....	108
2.5.1 Natureza jurídica e normas aplicáveis à pretensão civil cumulada no processo penal	115
2.6 Sistema da livre escolha ou cumulação facultativa	119
2.6.1 A autoridade da coisa julgada criminal no âmbito cível.....	123
2.7 Sistema da separação de instâncias ou independência	129
2.8 Coordenação de jurisdições especializadas e garantias processuais.....	133
3 O DEVIDO PROCESSO ENQUANTO PARADIGMA NECESSÁRIO À FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO CIVIL NO PROCESSO PENAL	135
3.1 A conceituação de princípio e sua função no sistema processual.....	135
3.2 O devido processo legal: garantia processual síntese.....	144
3.3 O devido processo penal.....	150
3.4 Imparcialidade do julgador.....	152
3.5 Contraditório	156
3.6 Ampla defesa.....	162
3.7 Igualdade e tratamento paritário dos sujeitos parciais.....	166
3.8 Devido procedimento legal	169

3.9 Acesso à justiça.....	174
3.10 Motivação das decisões penais	178
3.11 Razoável duração do processo penal.....	180
3.12 Segurança jurídica.....	183

PARTE II

A FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA À LUZ DO DEVIDO PROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

4 REPARAÇÃO CIVIL PELA INFRAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	189
4.1 Período Imperial: Código Criminal de 1830 e Código de Processo Criminal de 1832.....	189
4.2 O início do Período Republicano: o Código Penal de 1890 e o Código Civil de 1916.....	195
4.3 Códigos de Processo Penal Estaduais.....	196
4.4 Código de Penal de 1940.....	200
4.5 Código de Processo Penal de 1941.....	204
4.6 Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84).....	210
4.7 Reparação dos danos e extinção da punibilidade nos crimes previstos na Lei n. 8.137/90.....	211
4.8 Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95).....	213
4.9 A multa indenizatória no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97).....	217
4.10 A reparação do dano ambiental na Lei n. 9.605/98.....	218
4.11 Medidas cautelares reais na Lei n. 9.613/98.....	220
4.12 O Código Civil de 2002.....	222
4.13 A colaboração premiada na Lei n. 12.850/2013.....	224
4.14 Reformas setoriais do Código de Processo Penal e a Lei 11.719/08.....	226
5 A FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	229
5.1 Ausência de procedimentalização.....	229
5.2 Necessidade de pedido expresso e impossibilidade da fixação de valor indenizatório “ex officio”.....	233
5.3 A legitimidade do Ministério Público e sua atribuição constitucional.....	239
5.4 A legitimidade do ofendido e a extensão dos poderes do assistente de acusação.....	245
5.5 Requisitos formais e momento adequado à formulação do pedido indenizatório.....	252
5.6 Fase instrutória e prova da pretensão cível.....	256
5.7 Fixação de valor mínimo indenizatório e sistema recursal.....	264
5.8 Rediscussão do valor indenizatório fixado na sentença penal condenatória.....	266
5.9 Direito Intertemporal.....	268
CONCLUSÕES.....	271
REFERÊNCIAS.....	283

INTRODUÇÃO

O objeto da presente dissertação é o estudo da fixação do valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, introduzida pela Lei n. 11.719/08. Trata-se de mecanismo inovador no processo penal brasileiro, marcado pela predominante separação de instâncias, tendente a oportunizar a satisfação dos interesses civis do ofendido pela infração penal. Resulta de uma crescente preocupação com uma política que integre um julgamento justo para vítimas e acusados.

Seu fundamento reside no fenômeno da múltipla incidência normativa, pelo qual diversos segmentos especializados de um ordenamento jurídico valoram determinado ato e lhe atribuem diferentes significações jurídicas. Assim, um mesmo fato histórico pode ensejar, simultaneamente, a responsabilização penal e civil de um indivíduo,¹ pois esse único fato concreto pode representar um ilícito penal e, também, um ilícito civil.

A responsabilização penal somente pode ser efetivada por meio do necessário processo penal. Em razão do princípio da necessidade do processo penal, ou *nulla poena sine iudicio*, não é possível a aplicação de uma sanção penal por outra via que não o processo penal. A responsabilização civil, por sua vez, embora admita soluções extrajudiciais, como a autocomposição, arbitragem, ou mesmo o espontâneo cumprimento da obrigação, quando discutida judicialmente, em regra, ensejará a provocação da jurisdição civil.

Desse modo, um mesmo ato poderá provocar a jurisdição penal e, concomitantemente, a jurisdição civil. Nessas hipóteses, em que um ato ilícito qualifica-se como ato ilícito penal e também repercute no patrimônio moral ou material da vítima, há possibilidade de intervenções judiciais distintas, considerada a pluralidade de espécies de ilicitude incidentes. Surge, assim, um problema de coordenação de jurisdições especializadas.

Diversos sistemas foram desenvolvidos no intuito de racionalizar as atividades de persecução penal e de reparação civil à vítima. O nosso ordenamento processual adotou o sistema da independência, pelo qual determina-se a propositura das duas ações, cível e penal, de maneira independente, em juízos distintos. A razão desta separação se encontra

¹PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal. **Revista Jurídica de Castilla y Leon**, Valladolid, n. 14, p. 295, jan. 2008.

nas significativas “diferenças das duas ações, uma que versa sobre direito público, de natureza não patrimonial, e outra, tendo por objeto questão de direito privado, de natureza patrimonial, o que desaconselharia que corressem juntas.”²

Tal adoção, entretanto, fez-se de forma mitigada. Isto, pois o Código Civil, em seu art. 935, embora estabeleça que a responsabilidade civil é independente da criminal, posteriormente elenca hipóteses em que a sentença penal condenatória transitada em julgado produz efeitos na esfera cível. O art. 63 do Código de Processo Penal, por sua vez, parece sugerir o sistema da cumulação de instâncias ao determinar que, transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Contudo, o art. 64 do Código de Processo Penal deixa clara a adoção do sistema da independência de forma mitigada, ao determinar que, sem prejuízo do art. 63, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Anteriormente à reforma promovida pela Lei 11.719/08, a sentença penal condenatória constituía-se título executivo judicial necessariamente ilíquido. A alteração do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, com a expressa previsão de que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, trouxe como consequência a possibilidade de a sentença penal condenatória irrecorrível consubstanciar-se título executivo judicial líquido, embora parcialmente.

Essa fixação de valor indenizatório pelos danos decorrentes da infração penal na sentença penal condenatória insere-se dentre os instrumentos de coordenação entre as jurisdições cível e penal. Trata-se do ponto de chegada na linha de desenvolvimento de mecanismos de interação de jurisdições especializadas no ordenamento jurídico brasileiro. Sua efetivação implica a análise de pretensão cível, de interesse privado e disponível, pelo juízo criminal quando do exame e julgamento do caso penal.

A fixação de valor ressarcitório na própria sentença penal procura maior efetividade quanto à reparação dos danos suportados pelo ofendido, consequência imediata do movimento de revitalização da vítima e seus interesses no processo penal.

²BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 213.

Igualmente, representa mecanismo de incremento na persecução penal e na interação entre as jurisdições civil e penal.

Entretanto, a inserção de pretensão cível no processo penal enseja discussões acerca de sua compatibilidade com o devido processo legal, em especial, particularizado no âmbito de incidência da lei processual penal. Tanto mais se considerado que enxertada no processo penal sem qualquer procedimentalização, como o fez a reforma promovida pela Lei n. 11.719/08.

Disso, decorre o problema a ser enfrentado pela presente pesquisa. O panorama atual da relação entre responsabilização civil e responsabilização penal, síntese do estado do sistema de coordenação adotado, gera dúvidas e incertezas quanto à sua aplicação, uma vez que a lei processual não define como o valor indenizatório pode ser alcançado pelo juízo penal. Não se trata de um problema de direito material, mas, sobretudo, de procedimento. O que se pretende discutir não é o conteúdo do valor indenizatório estabelecido na sentença penal, ou “o que fixar”, mas, antes, a sua procedimentalização, ou o “como fixar”.

O ponto de partida do presente estudo é a responsabilização jurídica em sentido material.³ No primeiro capítulo busca-se, a partir da própria concepção de responsabilidade humana, examinar o movimento de consolidação teórica do ato ilícito civil e do ato ilícito penal. Percebe-se que, em um primeiro momento, são fenômenos que se confundem. Por isso é necessário analisar sua gradual separação histórica, o que permitirá falar-se em responsabilidades jurídicas, em segmentos distintos e concomitantes, decorrentes de um único ato, isto é, o fenômeno da múltipla incidência normativa.

Dentro dessa trajetória histórica é possível observar um primeiro movimento de separação e, após sua consolidação teórica, um posterior movimento de reaproximação entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal. Isto se explica tanto pela tendência de revalorização do ofendido no processo penal, como pelo gradual reconhecimento de

³E não poderia ser diferente. Conquanto superadas as teorias monistas acerca do direito material e processo, que nesses não viam dois planos distintos e inconfundíveis, inegáveis são suas relações. Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “a necessária processualização que deve passar o reconhecimento e a realização do direito material não impede o processo de guardar íntima relação com o direito material. (...) A mais evidente prova da relação entre ambos os campos consiste na natureza instrumental do direito processual, chamado a intervir ao se verificar alguma crise, efetiva ou virtual, no plano do direito material, inclusive em caráter preventivo e até abstrato. E assim é porque uma das suas finalidades precípua (além dos escopos políticos e sociais, tão bem ressaltados por Dinamarco em sua vitoriosa tese de titularidade na USP) consiste na efetiva realização do direito material, de modo a se alcançar a necessária justiça do caso concreto.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Escopo jurídico do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 203, p. 306, jan. 2012).

eficácia preventiva da indenização civil. É, pois, neste contexto de reaproximação que se insere o mecanismo de fixação do valor indenizatório na própria sentença penal condenatória.

Não obstante sua reaproximação, a autonomia entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, derivada da própria diferenciação entre ato ilícito civil e ato ilícito penal, permite sejam acionadas diferentes jurisdições especializadas. Daí a importância de se analisar, no segundo capítulo, os diferentes sistemas e mecanismos característicos que permitem a coordenação entre a jurisdição civil e a jurisdição penal na hipótese de concomitante responsabilização por um mesmo ato.

Assentado que a fixação de valor ressarcitório na sentença penal condenatória é um instrumento de coordenação entre jurisdição penal e civil, que atribui àquela o exame de objeto afeito a essa, torna-se imprescindível o exame do impacto que a normativa processual penal terá em sua realização. Isso, porque mantida a natureza jurídica de direito civil da reparação dos danos, haverá a incidência e influência recíproca de princípios e regras processuais penais, ao lado de normas civis e processuais civis. À pretensão civil aplicam-se as normas de processo civil, mas, necessariamente, também se submete às normas de processo penal, considerado que essas coordenam o procedimento e o objetivo principal do processo.

Consequentemente, no terceiro capítulo, busca-se definir o instrumental teórico para análise crítica do objeto deste estudo. Faz-se estudo doutrinário acerca das garantias processuais que servem de norte à reflexão sobre os principais aspectos despertados pela fixação da indenização civil na sentença penal condenatória. Dentre os referenciais teóricos analisados estão a imparcialidade, o devido procedimento legal, o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa, a igualdade entre os sujeitos parciais, a razoável duração do processo, a motivação das decisões e a segurança jurídica característica dos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos.

A segunda parte deste trabalho inicia-se com o resgate histórico das diferentes soluções empregadas pelo ordenamento jurídico nacional para a coordenação entre a coexistente responsabilidade civil e penal. O estudo terá início no período imperial, quando já lançadas as bases da disciplina da responsabilidade civil e da autonomia do direito penal. O texto das antigas Ordenações não será explorado neste tópico, uma vez que traz confusas as ideias de pena, multa, reparação e confisco.

A análise histórica desenvolvida neste quarto capítulo pretende-se descritiva, relegando as considerações críticas para o último capítulo da presente pesquisa. Dentro desse estudo descritivo objetiva-se ter em conta as condições sociais, políticas e jurídicas vivenciadas em cada época. Ao final, pretende-se mostrar que a Lei 11.719/08, ao instituir a fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória de forma generalizada, representa a conclusão de um longo desenvolvimento legislativo quanto à reaproximação entre responsabilização civil e responsabilização penal e mesmo quanto à revalorização da vítima no processo penal.

O quinto capítulo é o ponto de chegada da presente pesquisa. O problema de pesquisa surge na medida em que a Lei n. 11.719/08 concede ao juízo penal o poder de determinar valor reparatório civil na sentença penal, sem, contudo, definir qualquer forma de fazê-lo. As indagações decorrentes da ausência de sua procedimentalização são estudadas sob os paradigmas ofertados pelas conclusões extraídas na primeira parte do trabalho. Em especial, à luz do devido processo legal, garantia síntese da qual decorrem as demais garantias processuais.

Dentre os questionamentos suscitados pela fixação da indenização em sentença penal condenatória podem ser citados: a) a necessidade de pedido expreso e impossibilidade da fixação de valor indenizatório “ex officio” pelo juízo penal; b) a legitimidade ou não do Ministério Público para a formulação do pedido indenizatório; c) a legitimidade do próprio ofendido ou do assistente de acusação para requerer o ressarcimento civil no processo penal; d) os requisitos formais e o momento adequado à formulação do pedido indenizatório; e) os limites da instrução em relação à pretensão cível; f) recorribilidade do capítulo condenatório civil da sentença penal; g) possibilidade de eventual rediscussão do valor mínimo definido perante o juízo cível; e h) a aplicação da norma introduzida pela Lei n. 11.719/08 no tempo.

A pesquisa tem dimensão eminentemente prática, porque, ao final, pretende-se perquirir os limites e possibilidades da norma do art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Sob a perspectiva metodológica do devido processo legal e das garantias processuais decorrentes, de índole constitucional, o exame do tema procura oferecer respostas concretas para a efetivação da reparação civil em sede penal, nos termos do referido dispositivo legal.

PARTE I
FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1 DISTINÇÃO ENTRE O ATO ILÍCITO CIVIL E O ATO ILÍCITO PENAL

1.1 A valoração jurídica do ato ilícito

1.1.1 Fundamentos da responsabilidade

Em sentido comum, responsabilidade significa a aptidão de determinado indivíduo para responder pelas consequências decorrentes de um ato por si praticado. Em Direito, outrossim, a responsabilidade consiste na obrigação de responder por alguma coisa.⁴ Seja em sentido comum, jurídico ou moral, a responsabilidade se expressa pela “possibilidade de prever os efeitos do próprio comportamento e de corrigi-lo com base em tal previsão”.⁵ A possibilidade de escolha⁶, pressuposto da responsabilização, é diretamente conectada ao conceito de liberdade.⁷ O problema da responsabilidade, portanto, relaciona-se à questão da liberdade humana de decisão e ação.

O estudo da responsabilidade decorrente de determinada ação não é restrito ao exame dessa ação concreta, mas demanda a verificação da existência de condições necessárias e suficientes para a responsabilização. Trata-se do agir livre e consciente.⁸

⁴Nesse sentido: “Responsabilidade é a obrigação de responder por alguma coisa, e, assim, a responsabilidade delictual é a obrigação atribuída ao culpado de responder pelo delicto ou quase-delicto, reparando o damno causado.” (LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**. São Paulo: Saraiva, 1930. p. 28). “En efecto, *responder* viene del latín *respondere* y significa, en la acepción que nos importa: *estar obligado*.” (JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956. v. 5, p. 87).

⁵ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012. p. 1.009.

⁶Desde Aristóteles fala-se na possibilidade de escolha de agir e consequente correlação entre vício, virtude e ação humana: “Como existem três objetos de escolha e três de rejeição — o nobre, o vantajoso, o agradável e seus contrários, o vil, o prejudicial e o doloroso —, a respeito de todos eles o homem bom tende a agir certo e o homem mau a agir errado, e especialmente no que toca ao prazer.” (ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 32. (Coleção “Os Pensadores”, v. 2).

⁷“(…) a noção de responsabilidade baseia-se na de escolha, e a noção de escolha é essencial ao conceito de liberdade limitada.” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, cit., p. 1009). Conferir também: SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João Dell’anna. 35. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 109.

⁸“Quando se pode afirmar que um indivíduo é responsável pelos seus atos ou se pode isentá-lo total ou parcialmente da sua responsabilidade? (...) contamos com uma velha resposta a estas perguntas; nela se evidenciam duas condições fundamentais: a) que o sujeito não ignore nem as circunstâncias nem as consequências da sua ação; ou seja, que o seu comportamento possua um caráter consciente. b) que a causa

Inexistente a ação e vontade livres, o indivíduo não pode ser considerado sujeito de seu agir, mas sim subjugado à causalidade natural.

Diferentes teorias sobre a liberdade foram desenvolvidas a fim de fundamentar ou refutar a possibilidade de responsabilização. Estas teorias classificam-se em três grandes grupos: a) determinismo em sentido absoluto; b) livre arbítrio em sentido absoluto; c) uma noção de determinismo compatível com alguma liberdade e possibilidade de autodeterminação (compatibilismo).⁹ A referida classificação não ignora as diversas acepções¹⁰ e a evolução histórica do conceito de liberdade.¹¹ Entretanto, enquanto categorização teórica adota um referencial. Neste caso, trabalha-se com a liberdade enquanto possibilidade de autodeterminação e de escolha pelo indivíduo em cotejo com as necessidades naturais.

O determinismo em sentido absoluto fundamenta-se em um juízo extremado da relação de causalidade.¹² A vontade humana livre é excluída e explicada como exclusiva

dos seus atos esteja nele próprio (ou causa interior), e não em outro agente (ou causa exterior) que o force a agir de certa maneira, contrariando a sua vontade; ou seja, que a sua conduta seja livre.” (SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*, cit., p. 109-110).

⁹Id. *Ibid.*, p. 119.

¹⁰Cf. verbete “liberdade” em ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, cit., p. 1009. p. 699-755. Igualmente em ARNAUD, André-Jean. et al. (Coords.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. 2. ed. Tradução de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 466.

¹¹Dentro desta linha evolutiva, sabe-se, *e.g.*, que o conceito de liberdade entre os gregos e romanos antigos tinha conotação essencialmente política. Neste sentido: “(...) nem os atenienses, nem os romanos alcançaram o conceito jurídico de liberdade individual, como decorrência natural da personalidade, e foram levados a confundir ‘liberdade’ com ‘cidadania’ (...)” (REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 30). Por outra via, contemporaneamente, em um salto de mais de vinte séculos, sobre a noção de liberdade em uma sociedade de consumo, ensina o prof. Ferraz Jr.: “pode-se dizer, em síntese, que, com a sociedade de consumo, a aniquilação do sujeito como indivíduo livre, isto é, aniquilação do indivíduo como sujeito moral, quer em sua autonomia (pela objetivação estratégica), quer em sua liberdade negativa (pela substituição de igualdade por uniformização), o contrato passa a implicar riscos objetivos que não podem ser imputados a ninguém. (...). O que entra no lugar da liberdade/libre-arbítrio é, pois, a liberdade como uma espécie de atividade calculista enquanto uma capacidade suposta e pressuposta de fazer apostas com riscos mínimos. Não se trata de uma vontade de escolher que se guia pela razão, mas um conjunto de opções de cálculo, que pode ser implementado (e até substituído por um computador). Como essa liberdade – calculista – não está distribuída igualmente, entre todos os sujeitos, sua uniformização passa a ser legalmente garantida, o que explica a proteção aos hipossuficientes.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 142-143).

¹²Esse é o pensamento do físico Pierre Simon Laplace: “Present events are connected with proceeding ones by a tie based upon the evident principle that a thing cannot occur without a cause which produces it. This axiom, known by the name of principle of sufficient reason, extends even to actions which are considered indifferent; (...). We ought then to regard the present state of the universe as the effect of its anterior state and as the cause of the one which is to follow. Given for one instant an intelligence which could comprehend all the forces by which nature is animated and the respective situation of the beings who compose it – an intelligence sufficiently vast to submit these data to analysis – it would embrace in the same formula the movements of the greatest bodies of the universe and those of the lightest atom; for it, nothing would be uncertain and the future, as the past, would be present to its eyes.” (LAPLACE, Pierre Simon. *A philosophical essay on probabilities*. Translator Frederick Wilson Truscott e Frederick Lincoln Emory. New York: John Wiley & Sons, 1902. p. 2-3. Edição Digital.

consequência de necessidades causais. A ideia de ação humana livre torna-se incompatível com as necessidades que lhe dão causa. Liberdade de escolha é, assim, ilusória, pois sempre será resultado de uma série causal.¹³

A corrente determinista foi notabilizada pela escola criminológica positiva. O crime passou a ser explicado por uma multiplicidade de fatores naturais que, em uma relação de estrita causalidade, culminariam em sua prática.¹⁴ Dentro desta corrente, o conceito de culpabilidade, relacionado à responsabilidade, é substituído pela noção de periculosidade.¹⁵ Recentemente, o debate em favor das concepções deterministas foi retomado, tendo os estudos sobre neurociência como protagonistas.¹⁶

O libertarismo absoluto, por sua vez, afirma que há um âmbito do comportamento humano totalmente livre e excludente do princípio causal. Nossas ações não seriam determinadas nem pelo nosso caráter, razão pela qual é possível agirmos em desacordo com nossa personalidade.¹⁷ A ação livre tem em si mesma sua causa. Trata-se de uma relação de autocausalidade absoluta. Esta corrente, entretanto, faz das decisões e ações

¹³Em sua obra, fundamentado na idealização determinista, Friedrich Nietzsche desconstrói a imputação e responsabilização humanas: “Onde quer que responsabilidades sejam buscadas, costuma ser o instinto de querer julgar e punir que aí busca. (...) a doutrina da vontade foi essencialmente inventada com o objetivo da punição, isto é, de querer achar culpado. (...). Os homens foram considerados “livres” para poderem ser julgados, ser punidos-ser culpados: em consequência, toda ação teve de ser considerada como querida, e a origem de toda ação, localizada na consciência (...). Cada um é necessário, é um pedaço de destino, pertence ao todo, está no todo – não há nada que possa julgar, medir, comparar, condenar nosso ser, pois isto significaria julgar, medir, comparar, condenar o todo ... Mas não existe nada fora do todo!” (NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2008. p. 45-46).

¹⁴Conferir: LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007. p. 21-22.

¹⁵“Negata l’esistenza del libero arbitrio nell’uomo e ricondotto anche l’agire umano, compreso quello criminale, al piano del fenomeni naturelistici causalisticamente condizionati e dunque spiegabili sulla base esclusivamente di um rapporto di derivazione necessaria da fattori causali condizionanti (físico-biologici, psicologici o social che fossero), il concetto de colpevolezza non può che cederei il posto a quello di pericolosità sociale.” (PALAZZO, Francesco. **Introduzione al principi del diritto penale**. Torino: Giappichelli, 1999. p. 58).

¹⁶Nesse sentido, conferir: PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). **Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevideo e Buenos Aires: Editorial B de F, 2013. p. 106. Ainda a respeito, afirma Francisco J. Rubia: “La falta de libertad cambiará completamente la valoración que hacemos de nuestra propia conducta y de la conducta de los demás, especialmente si se trata de alabarla o castigarla. Sólo podemos castigar a personas que son responsables de sus actos, y el castigo está unido tanto a la culpa como la culpa a la libertad.” (RUBIA, Francisco J. **El fantasma de la libertad: datos de la revolución neurocientífica**. Barcelona: Crítica, 2009. p. 17).

¹⁷Cf. CAMPBELL, Charles Arthur. **In defence of free will**. Disponível em: <<http://www.informationphilosopher.com/solutions/philosophers/campbell/defence.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

humanas repercussões do acaso, motivo pelo qual careceria de qualquer sentido a responsabilização humana.¹⁸

Em oposição às duas posições incompatibilistas, em que o princípio causal e o livre arbítrio refutam-se necessariamente, constroem-se teorias compatibilistas. Nessas, noção de determinismo é compatível com um espaço de liberdade e possibilidade de autodeterminação.¹⁹ Isto significa, reconhece-se alguma determinação causal, contudo, essa não é caracterizada por uma rigidez tal que autorize tão somente uma única ação possível.²⁰ O princípio da causalidade reconhece a liberdade de decisão e ação humanas, uma vez que permite alternativas. Neste espaço de liberdade reside o fundamento da responsabilidade.²¹ Conquanto exista grande dificuldade prática na demonstração empírica da liberdade de decisão, é irrenunciável dela fazer uso como pressuposto de responsabilização.²²

Hans Kelsen, em sua teoria pura do direito, sustentou posição compatibilista ao afirmar que não é a indeterminação causal o fundamento do juízo de imputação, mas

¹⁸SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*, cit., p. 109.

¹⁹“A diferença entre a vontade livre e a vontade não-livre não deve residir, pois, no facto de a segunda ser causalmente determinada e a primeira não. Além disso, tanto no caso de acções livres como no caso de acções não-livres, nós costumamos encontrar determinações causais. (...) a diferença entre a vontade livre e não-livre como residindo no facto de que as acções derivadas da vontade livre são voluntárias, enquanto as acções derivadas da vontade não-livre são involuntárias, no sentido de se oporem à nossa vontade ou de serem independentes dela.” (COSTA, Cláudio. **Uma introdução contemporânea à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 267).

²⁰SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*, cit., p. 125.

²¹Id. *Ibid.*, p. 126-127. Também: “La voluntad humana es una fuerza creadora, y como tal actúa sobre un mundo en el que rigen leyes naturales, de las cuales en vano pretendería prescindir. La acción es creadora sólo y precisamente en la medida en que está inserta en un mundo dado. ‘Voluntad libre no es voluntad indeterminada’.” (SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1970. v. 2, p. 33).

²²Na doutrina jurídica nacional, o professor Lydio Machado Bandeira de Mello dedicou atenção à corrente compatibilista e seu reflexo no direito penal positivo: “Nosso corpo não se exime por completo ao determinismo que rege a matéria e os corpos organizados. De sorte que nos vemos mais ou menos obrigados a cumprir, de um modo ou de outro, os atos que visam a conservar-nos e dar-nos descendência. Nosso pensamento mesmo se vê condicionado pelo cérebro, tanto assim que não pensamos sempre o que queremos nem como queremos e em certos estados cerebrais, somos torturados por idéias inoportunas que só a custo conseguimos afastar. (...). Todo ser humano – escreveu Adolphe Prins (‘Science pénale et Droit positif’) – tem, em si, um elemento de liberdade e um elemento de necessidade. Tem de livre a possibilidade de escolher entre motivos e de querer; tem de determinado a tara que sua família, seu meio, sua época, dão a seu caráter, e que determina a direção de sua escolha. Em outros termos: somos dotados de uma liberdade interna, condicionada pelas leis gerais do universo e, nos limites dessas leis gerais, conservamos uma dose de espontaneidade ou de força de reação maior ou menor. O infeliz nascido em um meio deletério é pouco apto para resistir às influências malsãs; o privilegiado, rodeado desde o berço de todos os benefícios da educação moral, acha-se protegido contra a queda.” (MELO, Lydio Machado Bandeira de. **Tratado de direito penal: da responsabilidade penal e da isenção de pena**. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962. v. 2, p. 22/23). Também com inspiração nas noções compatibilistas, parte da doutrina jurídica penal desenvolve teoria da co-culpabilidade como circunstância atenuante inominada. Neste sentido, c.f.: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 715. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 100-101.

precisamente a determinação causal decorrente da norma jurídica. A liberdade está conectada à imputação, mas tal liberdade não exclui de modo algum a causalidade.²³ Antes, deve ser compatível com esta. E assim, até mesmo porque a ordem normativa somente atinge sua função social quando se insere no processo causal de determinação da conduta dos indivíduos que ela regula.²⁴

Para os fins deste estudo, o ponto de interesse encontra-se na conexão entre a responsabilidade e a possibilidade de escolha. Do examinado acima, conclui-se que o vínculo entre a vontade humana livre e o ato praticado consiste no fundamento da responsabilidade. Essa ligação recebe, pela doutrina jurídica, a denominação de culpa.²⁵

Encontrando-se em uma zona de liberdade de decisão e ação dentro do princípio da causalidade – entendido como necessidade – observa-se que a responsabilidade é um atributo humano. Isto, pois é uma peculiaridade do agir humano a previsibilidade e a voluntariedade, o que lhe permite a evitabilidade do ato.²⁶

Enquanto atributo humano, a responsabilidade é diretamente conectada à personalidade.²⁷ Essa se refere à representação da própria pessoa, conecta-se indissolúvelmente ao seu eu²⁸. Confere ao indivíduo qualidade para aquisição de direitos e deveres,²⁹ o que, por consequência, possibilita sua responsabilização.

Reflexo da personalidade, a relação entre o ato praticado e a vontade livre está presente nos seres humanos, mas não em outros seres.³⁰ Ressalva-se apenas que, em

²³KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Atlas, 2006. p.109-110.

²⁴Id. Ibid., p. 105.

²⁵MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 8. Especificamente no direito penal: “O fato injusto é sempre produto de uma pessoa individual, que será tida como seu responsável. Aos elementos que dão base a essa responsabilidade denomina-se culpabilidade. A culpabilidade, portanto, implica a atribuição ao sujeito da responsabilidade pela prática de um fato injusto.” (TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015. p. 18).

²⁶TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 219.

²⁷Assim: “A análise das relações de responsabilidade leva-nos, sem voltas e sem complicações metafísicas, objetivamente (digamos assim), ao conceito de personalidade.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 53, p. 6). “la colpevolezza si presenta come espressione della personalità dell'autore, nel senso cioè che essa può dirsi una sorta di presa di posizione del soggetto (...)” (PALAZZO, Francesco. **Introduzione al principi del diritto penale**, cit., p. 54).

²⁸“A personalidade surge como representação do sujeito. Sem conceito do eu, o homem é apenas indivíduo. Com êle e por êle será personalidade.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, cit., t. 53, p. 11).

²⁹Cf. AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 216. SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

³⁰“O fato punível é conduta humana. Os fatos puníveis, diz Meger, são sempre e em todas as partes uma conduta humana determinada (cf. Derecho penal; pane general, p. 78). Por outro lado, exige-se do autor do fato punível a capacidade de autodeterminação e de entendimento ético-jurídico, e somente o homem é que pode autodeterminar-se e ter discernimento ético-jurídico.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa.

decorrência da inteligência humana, a personalidade também se atribui a alguns entes abstratos, implicando na potencial responsabilização destes.³¹ A punição de animais, objetos inanimados ou mesmo de seres humanos, mas com fundamento na mera causalidade física, fez-se presente na história da humanidade. Tal juízo de responsabilização é, sem dúvidas, inócuo, uma vez que não proporcionará qualquer resultado prático quanto à evitabilidade do ato indesejado.³²

Enquanto atributo humano, a responsabilidade advém de interações sociais, constituindo-se também um fato social.³³ Os atos que lhe dão origem e a própria responsabilidade são fatos sociais relevantes, razão pela qual são passíveis de valoração moral e jurídica.³⁴ Seu regramento é necessário ao funcionamento equilibrado da vida em sociedade.³⁵

A responsabilização moral não é objeto do presente estudo, embora as bases da responsabilidade moral e da responsabilidade jurídica tenham pontos de contato.³⁶ O

Processo penal. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 560). Conferir também: SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, v. 2, p. 11.

³¹“Sem qualquer laivo de censura e apenas com o intuito descritivo, o que biológica, psicológica e etnologicamente podemos dizer é que a personificação é um dos expedientes do espírito humano em tôdas as idades. Atribuir nome a abstração, a conjunto, a uniformidade, constitui o primeiro passo para personificá-la. Certamente há personificações que correspondem a unidades funcionais e a realidades, como a do homem, mas outras existem que têm como conteúdo meras criações ou entidades abstratas.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, cit., t. 53, p. 6).

³²TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, cit., p. 218. Igualmente: “O que objetivamente de tudo isso nos fica é a tentativa de submeter os animais e as coisas ao expediente adaptativo, que fôra profícuo no homem e falhou nos demais seres.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, cit., t. 53, p. 8).

³³“A responsabilidade resulta de fatos sociais, de relações da vida, porque também ela é fato social, sujeito a tentativas de caracterização e de exame em estado bruto, ou purificado de elementos que o obscureçam.” (Id. *Ibid.*, p. 3).

³⁴Sobre o Direito e a Moral, Miguel Reale aponta a bilateralidade atributiva, nota essencial do direito, como critério de distinção (REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 711). Ainda sobre o tema, cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 356-359.

³⁵“A noção de responsabilidade é necessária à adaptação do homem à vida social, e tão imprescindível à vida comum como os órgãos humanos se fizeram necessários às funções que lhes cabem.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, cit., t. 53, p. 36).

³⁶Essa é a lição de Francesco Palazzo: “Abbiamo già avvertito che l'idea della retribuzione morale si presenta complessa di non poche implicazione decisamente essenziali per la comprensione del fenomeno punitivo. (...) Più precisamente, la colpevolezza si è tradizionalmente affermata nel sistema penale quale criterio di imputazione tipicamente derivante da premesse ispirate ala retribuzione morale.” (PALAZZO, Francesco. **Introduzione al principi del diritto penale**, cit., p. 53). Igualmente: “(...) é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral.” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**, cit., p. 356). Neste sentido, a exposição de motivos do Código Penal de 1940, cunhada por Francisco Campos, em seu tópico nº 04: “A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora nem sempre a responsabilidade

problema da responsabilidade aqui há de ser analisado enquanto juridicização de fatos sociais. Isto significa, enquanto fato social relevante, determinada ação lesiva terá significação jurídica, culminando em uma imputação e um juízo de responsabilização jurídica.

Sob valoração jurídica, a responsabilidade é relacionada a um dever jurídico, isto é, um dever de conduzir-se conforme a conduta prescrita pela ordem jurídica. Praticado um ato violador de um dever jurídico e, portanto, ilícito, surgirá, por consequência, a responsabilidade jurídica.³⁷

Diferentemente da responsabilidade moral, a sanção aplicável pela prática de determinado ato ilícito pode se dirigir àquele que agiu contrariamente ao ordenamento jurídico ou, por exceção, a terceiro que se encontre com aquele em uma relação jurídica determinada pela norma. Assim, é juridicamente responsável o indivíduo contra quem é concentrada a consequência do ato ilícito praticado, seja ato próprio, seja ato de terceiro.³⁸ Trata-se de situação excepcional que não afasta a culpa enquanto fundamento da responsabilidade, ao menos como regra geral. E isto, seja pela relação jurídica pressuposta pela norma sancionatória entre o agente e o terceiro responsável, seja por sua excepcionalidade.

Outras exceções são colocadas à culpa enquanto fundamento da responsabilidade jurídica. Em relação à responsabilidade civil fala-se na existência de responsabilidade objetiva, independentemente de culpa. Trata-se de modalidade fundamentada na teoria do

penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que essa possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*. A autonomia da vontade humana é um postulado de ordem prática, ao qual é indiferente a interminável e insulúvel a controvérsia metafísica entre o determinismo e o livre arbítrio. Do ponto de vista ético-social, a autonomia da vontade humana é um *a priori* em relação à experiência moral, como o princípio da causalidade em relação à experiência física. Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se um mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado. Rejeitado o pressuposto da vontade livre, o Código Penal seria uma congêrie de ilogismos. (...)” (BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.v. 1, t. 1, p. 204-205).

³⁷Assim: “Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2).

³⁸KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, cit., p. 133-134. *V.g.*, “a sanção civil pode recair sobre outrem: em várias e conhecidas hipóteses, a lei faz responsável pela reparação pessoa distinta daquela que cometeu o crime, ainda que tal responsabilidade não exclua a do infrator, mas seja com ela solidária (vide Código Civil, arts. 1.521 e 1.518, parágrafo único). Aquele que, não tendo praticado a infração, está contudo obrigado a reparar o prejuízo dela resultante costuma chamar-se responsável civil: sem embargo de possíveis objeções à sua propriedade técnica, vale registrar que a expressão é usada no art. 64, *caput*, do Código de Processo Penal”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 103).

risco³⁹ ou na “consideração de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina”.⁴⁰ Nos termos do artigo 927, parágrafo único do Código Civil, “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Tais hipóteses, excepcionais, não validam o argumento de que a culpa, como pressuposto da responsabilidade civil, retrata uma confusão histórica entre essa e a responsabilidade penal, uma vez que a culpa é sempre condição necessária desta.⁴¹ Embora a culpa não seja elemento indispensável para a responsabilização civil, como o era na doutrina tradicional, a liberdade de decisão e ação seja permanece fundamento da responsabilidade jurídica, como regra geral.⁴²

Tão imbricadas as noções de culpa e de responsabilidade que Orlando Gomes faz significativa observação quanto à impropriedade de falar-se em responsabilidade objetiva. Conforme o autor, somente nos casos em que a lei impõe consequências da prática de um ato ilícito, necessariamente culposos, em sentido amplo, é que deveria ser utilizada a expressão responsabilidade. Nos demais, o dever genérico de reparação de dano haveria de ser designado pelo vocábulo “garantia”, pois se trata de mecanismo legal destinado à segurança jurídica de determinada categoria de pessoas.⁴³

³⁹Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**, cit., p. 172-176.

⁴⁰GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Atualizador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 113.

⁴¹Nesse sentido: TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Ed. Economica, 1989. p. 100. GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 70. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 103. Como exceção, o Código Penal brasileiro prevê a possibilidade de aplicação de medida de segurança ao inimputável. Embora não se trate propriamente de hipótese de responsabilização, é postura inspirada nas doutrinas da escola criminológica positiva, em que se substitui a autodeterminação do indivíduo pela escala de periculosidade do delinquente. Neste sentido, a exposição de motivos do Código Penal de 1940, em seu item nº 05: “É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Êstes, isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia, senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.” (BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, cit., v. 1, t. 1, p. 204-206).

⁴²“Apesar da multiplicação dos casos submetidos ao princípio da responsabilidade objetiva, permanece, como regra geral, o preceito que condiciona a obrigação de reparar o dano à culpa do agente (...). O próprio Josseland proclama que o conceito de risco não expulsou o de culpa, que se conserva como a base normal e geral da responsabilidade. Seu primado continua a ser reconhecido nas legislações, perdidas, embora, a rigidez e a pureza da conceituação clássica.” (GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 88). No mesmo sentido: TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 12.

⁴³GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 88.

1.1.2 Múltipla incidência normativa

Delineados os fundamentos da responsabilidade jurídica, cabem considerações acerca da divisão do ordenamento jurídico em ramos diversos e o fenômeno da múltipla incidência normativa. Isto permitirá explicar a coexistência de responsabilidades jurídicas de natureza penal, civil ou administrativa decorrentes de uma mesma ação ou omissão.

Embora o ordenamento jurídico seja um todo unitário, a ciência do direito propõe sua divisão metodológica em ramos. Trata-se de compartimentação de ordem estrutural e funcional.⁴⁴ Por meio desta, permite-se “uma abordagem das especificidades de conteúdo ínsitas a cada ramificação”,⁴⁵ o que auxilia em seu estudo e aplicação. Consequência direta desta opção metodológica é a múltipla incidência de normas de ramos diversos. Assim, um mesmo fato pode ser valorado por setores diversos do ordenamento jurídico e ajustar-se ao suporte fático de uma ou mais normas.⁴⁶

Retomado o conceito de ato ilícito enquanto fato social relevante, a múltipla incidência normativa permite a repercussão desse ato em distintas esferas.⁴⁷ Assim, um mesmo fato histórico pode implicar responsabilidade penal, apurada em um oportuno processo penal, como também pode acarretar responsabilidade civil, ou mesmo a responsabilidade administrativa, todas formas distintas e independentes de valoração jurídica.⁴⁸ E isto, pois um único fato

⁴⁴“En lo que se refiere a los conceptos fundamentales, el Derecho se nos presenta como unidad, y su división en ramas, con sustantividad propia, por lo demás, no constituyen más que diferenciaciones de orden estructural y funcional, ya que desde el punto de vista de la finalidad, todas ellas tienen por objeto colaborar al bien común (...).” (SILVA MELERO, Valentin. Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 1, fasc. 1948, p. 246, 1948. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1948-0024600256_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Relaciones_entre_el_Derecho_civil_y_el_Derecho_penal>. Acesso em: 09 fev. 2017).

⁴⁵ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 17.

⁴⁶Nesse sentido: “Um mesmo e único fato ou comportamento humano pode surtir efeitos vários no mundo do direito. Basta, para tanto, que mais de uma regra jurídica o preveja como suporte de sua incidência, ou como elemento desse suporte.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 96). “Nada obsta ao mesmo fato ou complexo de fatos, como ensina a experiência comum, integrar elementos do suporte fático de duas ou mais regras. Consequentemente, entram no mundo jurídico mediante várias aberturas, criadas pela diversidade de normas, que, de seu lado, denotam as incontáveis opções axiológicas do ordenamento. Designa-se isto de incidência múltipla.” (ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17). Ainda, cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte especial, cit., t. 53, p. 27.

⁴⁷CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 302, 2010.

⁴⁸“Las responsabilidades penal y civil pueden predicarse en un momento dado respecto de un mismo hecho que es a su vez punible y causante de daño” (GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Responsabilidad

concreto pode representar um ilícito penal e, simultaneamente, um ilícito civil e um ilícito administrativo, punível nas três esferas. Conquanto tenham coincidente origem histórica, há no plano abstrato uma distinção quanto à causa jurídica de cada responsabilidade.⁴⁹

Como exemplo, tem-se a prática do crime de concussão, tipificado no art. 316 do Código Penal. Trata-se de um ilícito de natureza penal, porém, dada a sua repercussão na esfera patrimonial da vítima particularizada, é também um ilícito civil ensejador de uma pretensão ressarcitória. Mas não apenas, tratando-se de ilícito praticado por funcionário público, em descumprimento de seus deveres funcionais, tal conduta também tem o condão de ensejar a aplicação de uma penalidade de natureza administrativa.

É certo, igualmente, que o cometimento de infrações penais, cujo bem jurídico tutelado pela norma incriminadora atinja a coletividade do corpo social, sem a personificação da vítima, não concebe o nascimento de uma pretensão civil.⁵⁰ Assim, por exemplo, a prática do delito previsto no art. 12 da Lei 10.826/03, posse irregular de arma de fogo de uso permitido, não acarreta hipótese de ressarcimento pelo agente infrator. Por outro lado, é também certo que há atos ilícitos de natureza civil que não são tipificados enquanto ato ilícito penal. E tanto é assim que não produz coisa julgada no âmbito cível a sentença penal absolutória que reconhece que o fato imputado não constitui infração

civil y responsabilidad penal. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 26, n. 78, p. 33, 2005). Igualmente: COSTA, José da Silva. **Estudo theoretico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto**. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1867. p. 7. PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 295. TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 48. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 58. FERNANDES, Alceu Cordeiro. Da influência do julgado criminal sobre a ação civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 488. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1). CARVALHO, Milton Paulo de. Ação de reparação de dano resultante do crime: influência da sentença penal condenatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 80, p. 75, out./dez. 1995. ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 29.

⁴⁹ACERO, Julio. **Procedimiento penal**. 4. ed. Puebla: Editorial Jose M. Cajica, 1956. p. 60.

⁵⁰“Por un lado, porque existen sujetos responsables criminalmente de delitos que no tienen que responder civilmente de ellos: piénsese en los supuestos en que no se ha producido ningún perjuicio (en sentido amplio) a persona alguna, y en que, por tanto, no hay nada que restituir, reparar o indemnizar, que son las formas de cumplir con la responsabilidad civil” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Consecuencias jurídicas económicas del delito: naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. La reparación del daño como alternativa a determinadas penas. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 18, n. 27, p. 28, 1995/1996). Também conferir: DARRITCHON, Luis. Acción civil en el proceso penal. In: ALTERINI, Atílio; LÓPEZ CABANA, Roberto (Dirs.). **Enciclopedia de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 80. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 175.

penal.⁵¹ Portanto, a responsabilidade civil e a responsabilidade administrativa são independentes da responsabilização penal, assim como essa não pressupõe aquelas.⁵²

Nas hipóteses em que há a prática de ato ilícito tipificado como infração penal e que, ao mesmo tempo, representa repercussão lesiva no patrimônio moral e material da vítima, há a possibilidade de intervenções judiciais distintas, considerada a pluralidade de espécies de ilicitudes em que se enquadram os fatos.⁵³ Portanto, a eventualidade de simultânea responsabilização penal e civil implica um problema de coordenação de jurisdições.

Quanto a essa sincrônica responsabilização, deve-se fazer uma ressalva. Em regra, o direito à reparação surgirá ao sujeito passivo da infração penal. Esse será o titular de um direito de crédito em face do agente infrator, ocupando aquele a posição de sujeito ativo e esse a posição de sujeito passivo na relação obrigacional. Entretanto, também é possível a hipótese em que a pessoa alheia ao crime e não atingida diretamente atribua-se a condição de credor na relação civil estabelecida. É o que ocorre, v.g., no homicídio consumado, em que os herdeiros da vítima serão titulares do direito de crédito pela reparação em face do agente infrator.⁵⁴

Diante do quadro em que um mesmo fato é analisado por juízos distintos concomitantemente, é conveniente o estabelecimento de mecanismos de interação entre esses.⁵⁵ Nesse sentido, são exemplos de mecanismos de interação: a faculdade concedida ao juiz de suspender o processo civil, pelo prazo legal, até a solução do processo criminal (art. 64 do Código de Processo Penal e art. 313, V e §4º do Código de Processo Civil); a

⁵¹Código de Processo Penal. Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

⁵²Cf. GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Responsabilidad civil y responsabilidad penal, cit., p. 34.

⁵³“En cuanto a la responsabilidad por el delito (es decir, por el acto típicamente antijurídico y culpable), se diversifican en dos sus consecuencias jurídicas (y jurídicas son también las medidas consecuenciales, pero en vista del futuro, de la responsabilidad asegurativo-social): una penal, que supone que alguien debe recibir una pena como retribución por el hecho punible culpablemente perpetrado; y otra civil, que importa la indemnización que alguien debe abonar por el daño producido por el delito.” (JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, cit., v. 5, p. 87). No mesmo sentido: ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 28. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Acción civil y criminal (relaciones). In: ALTERINI, Atílio; LÓPEZ CABANA, Roberto (Dirs.). **Enciclopedia de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 88. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 175.

⁵⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 103.

⁵⁵CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 159. Ainda, “a afirmação, propugnada por Mortara, da unidade e da identidade da jurisdição, como função e manifestação da soberania do Estado, pareceu uma importante conquista; salientou-se a necessidade de evitar interferências, duplicidades e contradições nas atividades dos juízes penais e civis; e na hipótese em que uns e outros fossem chamados para conhecer o mesmo fato, sustentou-se o conceito da prevalência da jurisdição penal, como sendo aquela que se exerce no interesse da coletividade e que por isso também abarca o interesse do indivíduo lesado pelo fato delituoso.” (LIEBMAN, Enrico Tullio; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia da sentença penal no processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 772, p. 754, fev. 2000).

autoridade da coisa julgada da sentença penal condenatória no processo civil em determinados casos (art. 63 do Código de Processo Penal e art. 515, VI do Código de Processo Civil);⁵⁶ bem como a fixação de valor indenizatório civil na sentença penal condenatória (art. 387, IV do Código de Processo Penal), objeto do presente estudo.

1.2 A separação progressiva entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal

A responsabilidade penal e a responsabilidade civil constroem-se sobre bases distintas. Essa pressupõe a concretização de um dano que enseja medidas coativas para sua compensação. Aquela se edifica sobre a conceituação analítica de crime (fato típico, antijurídico e culpável),⁵⁷ ao qual se aplica uma sanção penal com finalidades retributiva e preventiva.⁵⁸

A responsabilidade civil define-se pela obrigação de reparar um dano decorrente do descumprimento de um primeiro dever jurídico. Em face da teoria da unidade da responsabilidade civil, essa pode ser contratual, isto é, decorrente do inadimplemento de uma obrigação negocial ou *ex lege*, ou extracontratual, decorrente de um ato ilícito, seja este infração penal ou não.⁵⁹ Para os fins deste estudo, é relevante a responsabilidade civil decorrente de um ato ilícito não contratual.

A responsabilidade penal, por sua vez, consiste na consequência da prática de um injusto penal, somada ao juízo de reprovação pessoal (culpabilidade) e pela presença das

⁵⁶Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 159-162. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**, cit., p. 461-462.

⁵⁷BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 278. Ressalva-se que no sistema funcionalista teleológico a noção de culpabilidade é ampliada. Soma-se a necessidade preventiva especial ou geral da sanção penal à noção de culpabilidade enquanto juízo de reprovação. A esta adição dá-se o nome de responsabilidade penal, desencadeadora da aplicação da sanção penal. Conferir: ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. 2. ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1, p. 204 e p. 791.

⁵⁸Nesse sentido: “La teoría de la responsabilidad penal se construye a partir de la noción de delito como conducta antijurídica, para de allí pasar a considerar la pertinencia de la pena como medio coactivo para solucionar el conflicto jurídico que aquél introdujo en la vida social (sin perder de vista el fin preventivo). La teoría de la responsabilidad civil se construye a partir de la realidad de un dano para determinar la procedencia de medidas coactivas tendientes a compensar al titular del bien la pérdida que aquel dano significó para el mismo.” (CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**. Santa. Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 1995. p. 11-12).

⁵⁹GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 84.

condições de punibilidade da conduta praticada.⁶⁰ Todos estes caracteres são cumulativos e necessários para que nasça a responsabilidade penal.⁶¹ Sua concretização ocorre por meio da aplicação de uma pena e se extingue pelo cumprimento desta ou por qualquer das causas extintivas da punibilidade arroladas no art. 107 do Código Penal.⁶²

O ponto de contato e fundamento comum de ambas as formas de responsabilização jurídica encontra-se no cometimento de um ato ilícito.⁶³ Esse ocorre quando existente uma conduta humana contrária à norma jurídica, imputável a alguém, que viole interesse ou prejudique outrem.⁶⁴ Entretanto, deve corresponder a ato antijurídico, pelo o que se exclui de seu conceito, v.g., a ação praticada em estado de necessidade.⁶⁵ Em sentido estrito, a fim de se distinguir de um ilícito contratual, exige-se que produza, por si só, originariamente, a responsabilidade em razão da lesão à esfera jurídica de outrem.⁶⁶

Trata-se de um conceito genérico de ato ilícito. Para a diferenciação entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal é necessária a exata discriminação entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal. Entre si, apresentam traços coincidentes. Consistem em fato humano imputável, doloso ou culposo e contrário à norma jurídica.⁶⁷ Embora semelhantes, todavia, assumem conteúdos e efeitos diversos.⁶⁸

⁶⁰JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, cit., v. 5, p. 88.

⁶¹Id. Ibid., p. 88.

⁶²PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Responsabilidade penal**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁶³AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J.H. Mizuno, 2005. p. 215.

⁶⁴ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 24.

⁶⁵“Os atos em estado de necessidade são subjetivamente permitidos; não são objetivamente contrários a direito, porque exatamente a respeito deles se pré-excluíra essa contrariedade.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, cit., t. 1, p. 89).

⁶⁶Nesse sentido: “É preciso, para ser ato ilícito (no restrito sentido) que produza obrigação independente, isto é, invada a esfera dos direitos que de modo geral competem a alguém. O ato ilícito estabelece, de si só e originariamente, o vínculo de obrigação. Quer dizer: excluem-se da matéria tudo quanto não produza aquela obrigação independente, oriunda de invasão da esfera jurídica de outrem. Assim, o conceito de ato ilícito não pode ser equiparado ao de violação de direito (sentido geral), de que nascem tôdas as ações e exceções; não pode ser assimilado ao de certas perdas de direitos, impostas como conseqüências de se haver infringido a lei (...)” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**, cit., t. 53, p. 97).

⁶⁷“No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são uma rebeldia contra a ordem jurídica. Consistem ambos num fato exterior do homem, antijurídico, imputável a título de dolo ou culpa.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 2, p. 27). “A diferença é mais extrínseca do que intrínseca, pois existe em ambas uma característica essencial comum: a existência de um fato contrário ao direito”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Anotações sobre a função da sentença penal condenatória no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 263, abr./jun. 1985).

⁶⁸AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**, cit., p. 215.

Historicamente, a separação entre o ilícito civil e o ilícito penal fez-se progressivamente.⁶⁹ No direito antigo, a reparação é vista como pena, ao menos como pena privada.⁷⁰ Não tem cariz meramente indenizatório, mas sancionatório. A separação entre ato ilícito civil e ato ilícito penal é uma ideia dos tempos modernos.⁷¹ A noção de responsabilidade civil somente se desenvolve entre o sec. XVI e XIX⁷² e, apenas quando se dissociou da responsabilidade penal, a função indenizatória da responsabilidade civil teve destaque.⁷³

Nas sociedades primitivas, a responsabilidade civil e penal são dois aspectos de um conceito unitário.⁷⁴ Suas origens encontram-se na vingança privada e coletiva, em que os indivíduos de uma família ou clã estão atados por um vínculo de solidariedade passiva e ativa. Nessa fase, se um indivíduo pertencente a determinado clã sofria algum mal, todo seu clã haveria de vingar-se, sendo que tal poderia recair sobre qualquer membro da família do ofensor.⁷⁵ A então administração de penas era instintiva e irrefletida, decorrente

⁶⁹MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 70, p. 160, abr./jun. 1981.

⁷⁰CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 40-41. GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Madrid: Editorial B de F, 2016. p. 22-23. Igualmente: “Nas diversas fases da Antiguidade, em que imperou a vingança privada – indeterminada, imposta pelo ofendido, sua família ou grupo – ou a justiça privada – regulada e com punição proporcional à ofensa – a sanção de caráter reparatório figurou como pena cumulativa ou substitutiva de punições mais rigorosas.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros Ed., 1995. p. 155).

⁷¹Nesse sentido: “A idéia de que a infração penal ofende contemporaneamente normas e interesses diversos, isto é, públicos de um lado e privados do outro, é uma idéia dos tempos modernos. No direito antigo, por muito tempo, a pena e a reparação, quando previstas para um só fato ilícito, eram confundidos e davam margem a uma única ação em favor do ofendido (dirigida conjuntamente ao ressarcimento e à pena), que podia ser exercida unicamente sob forma de acusação perante o juiz penal.” (LIEBMAN, Enrico Tullio; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia da sentença penal no processo civil, cit., p. 753). “(...) la distinction de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale est probablement la plus claire. La distinction, cependant, a été inconnue ou au moins obscure pendant des siècles. (...)Après des siècles, la distinction apparaît, sous une forme ou sous une autre, entre les actions orientées vers la punition et celles qui tendent vers l’indemnisation de la victime. La distinction, bien entendu, n’a pas été brutalement conçue avec clarté. Elle a été ressentie, en quelque sorte, longtemps avant d’être rationalisée. De plus, pendant une longue période, la punition et l’indemnisation, même quand elles étaient distinguées, étaient administrées par le même tribunal, parfois au cours de la même action.” (TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 47). Também, cf. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 21-22.

⁷²GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 750.

⁷³PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 93, maio 2005.

⁷⁴TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 47.

⁷⁵GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 42. Neste sentido, informa o professor Antonio Scarance Fernandes: “A vingança compreendia geralmente a imposição ao antagonista de males físicos, ou até da morte, para evitar outro atentado, e também a tomada de seus bens materiais. O problema contudo não ficava, normalmente, adstrito aos indivíduos envolvidos na ação criminosa, alcançando suas famílias, pois a ofensa a um membro da tribo repercutia em todos, o que gerava lutas sangrentas e indefinidas, responsáveis por eliminações de grupos inteiros.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 13). Igualmente: “Nos primeiros tempos, quem sofria ofensa desforçava-se

dos sentimentos da vítima e de sua família.⁷⁶

Assim, inicialmente, a responsabilização não assumia uma necessária individualização e representava, concretamente, episódios de violência entre clãs. A individualização da responsabilidade somente será possível com a consolidação de círculos sociais e a formação de sociedades mais complexas. Nesse momento, as composições voluntárias são substituídas pelas composições legais.⁷⁷

Em Roma, originariamente as noções de ilícito contratual e delito se confundem. Pouco a pouco, em sua evolução histórica, distinguem-se as violações contratuais das lesões praticadas entre pessoas não vinculadas por um contrato. Há, no Direito Romano, o germe da distinção entre a responsabilidade civil contratual, extracontratual e penal, mas sem jamais o estabelecimento claro de seus limites.⁷⁸

pessoalmente, agindo a seu arbítrio e sem medida contra o ofensor que, por sua vez, revidava em nova agressão a que sucedia outra repulsa e, assim, em alternada sucessão de atos ofensivos da outra parte. No geral dos casos, a luta não ficava restrita aos primeiros inimigos, pois os parentes próximos, os amigos e os dependentes aderiam à causa de cada um e os respectivos descendentes herdavam os ódios, e as contendas se eternizavam (...).” (PINTO, Estevam. Da ação privada no processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: teoria geral do processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1049. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1)).

⁷⁶KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental.** Tradução de Marylene P. Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 41. Jean Imbert e Georges Levasseur apontam que há, ainda que grosseiramente, uma racionalidade e controle da ordem por meio da vingança privada. Segundo os autores, “a vingança privada era um direito, mas também e sobretudo um dever para o vingador, designado segundo o costume entre os parentes mais próximos da vítima. A morte do ofensor é um acto justo e moral, cobrindo-se o seu autor de glória aos olhos dos concidadãos; morrer sem vingança é uma infelicidade e uma vergonha que só se deseja aos piores inimigos. O vingador negligente é considerado como um criminoso. Em tais condições, a morte do ofensor é uma garantia rudimentar da manutenção da ordem, pois sabendo-se que a ofensa será vingada todos se abstêm prudentemente de a cometer.” (IMBERT, Jean; LEVASSEUR, Georges. **O poder, os juízes e os carrascos: 25 séculos de repressão.** Tradução de Carlos Sampaio. Lisboa: Estúdios Cor, 1975. p. 14-15).

⁷⁷“Quando mais tarde os clãs se reuniram em tribos nômadas, e depois em comunidades sedentárias, o poder político não podia permitir que o grupo se enfraquecesse com lutas internas. Organiza-se então aquilo que é designado de justiça privada.” (Id. *Ibid.*, p. 15).

⁷⁸BRUN, André. **Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle.** Paris: Recueil Sirey, 1931. p. 15. No mesmo sentido: “Houve grande evolução no direito romano, mas era imprecisa a teoria da culpa e confundiam-se ainda pena e reparação, não se chegando a distinguir entre uma ação pública tendente a punir o infrator e outra, civil, destinada à reparação do dano.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal,** cit., p. 156). Manzini afirma encontrar indicativos da separação entre as modalidades de responsabilidade já no antigo direito babilônico, nas disposições do Código de Hamurabi: “Questa tutela giuridica, subordinata ma distinta dalla generale protezione religiosa, fu cosi perspicuamente concepita che potè arrivare persino a quelle specificazioni, che sono proprie soltanto delle leggi più evolute e delle civiltà più complesse. Intendo accennare alla distinzione della sanzione puramente patrimoniale, dalla sanzione penale, dicui si à esempio nei §§44, 53, 54 e nel § 232 in confronto ai precedenti. Il qual fatto non deve esser confuso com l’altro di reati, cioè, puniti soltanto com pena o com risarcimento pecuniario (...).” (MANZINI, Vincenzo. **Il diritto criminale nella piu antica legge conosciutta.** Disposizioni penali del codice babilosene di Hamurabi. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1903. Reimpressão: Kessinger Publishing, 2010. p. 21).

Em uma sociedade primitiva, a valoração penal se confunde com outras formas de valoração, v.g., a religiosa.⁷⁹ Não por outra razão, diz-se que a origem de toda experiência jurídica tem um forte caráter penalístico.⁸⁰ Dada à inexistência de construção abstrata prévia, a classificação de um fato enquanto penal ou de interesse privado faz-se no âmbito fático.⁸¹ Essa distinção, empregada a partir de parâmetros desenvolvidos pela experiência jurídica contemporânea, contudo, não permite concluir pela existência de um delimitado ramo jurídico penal e privado à época analisada.

Entre os romanos antigos jamais se conseguiu diferenciar completamente a pena expiatória da reparação pelos danos causados e, por consequência, nem a responsabilidade civil da responsabilidade penal.⁸² As distinções que lhes eram peculiares separavam, entretanto, delitos privados e delitos públicos.⁸³ Desta forma, as espécies delituosas compreendiam-se na esfera do direito público e do direito privado.⁸⁴

A dificuldade no estudo do direito romano consiste na precisa determinação das características de seus institutos jurídicos em cada estágio de sua evolução. A partir das formas de governo prevalentes em cada período, a história de Roma divide-se em período real, período republicano, período do principado e período do dominato.⁸⁵ Trata-se de percurso histórico que se estende por mais de milênio. Por tal percurso, os institutos jurídicos não permaneceram definitivos, inalterados, mas em constante mutação. Agrava-se

⁷⁹GIOFFREDI, Carlo. **I principi del diritto penale romano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970. p. 9. Nesse sentido, a aplicação de punição de cariz religioso contra atos ilícitos: “Non sempre un semplice *piaculum* è tuttavia sufficiente placare l’ira degli dei. Le colpe più gravi non ammettono espiazione (si paria allora di *scelus inextinguibile*), e lo stesso trasgressore è chiamato a rispondere con la sua persona, ed eventualmente con i suoi beni, alla divinità offesa.” (SANTALUCIA, Bernardo. **Diritto e processo penale nell’antica Roma**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998. p. 7).

⁸⁰GIOFFREDI, Carlo. **I principi del diritto penale romano**, cit., p. 10.

⁸¹Id. Ibid., p. 10.

⁸²“Il est certain, d’abord, que le droit romain n’a jamais complètement distingué la peine de la réparation (et par conséquent la responsabilité civile de la responsabilité pénale).” (VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: la responsabilité: conditions**. Paris: L.G.D.J., 1982. t. 4, p. 5).

⁸³Cf. SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960. p. 547.

⁸⁴MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogotá: Editorial Temis, 1991. p. 4-5.

⁸⁵José Carlos Moreira Alves ensina que a história de Roma, em seu aspecto interno divide-se em: “1º período real (vai das origens de Roma à queda da realeza em 510 a.C.); 2º - período republicano (de 510 a 27 a.C., quando o Senado investe Otaviano -o futuro Augusto - no poder supremo com a denominação de prínceps); 3º - período do principado (de 27 a.C. a 285 d.C., com o início do dominato por Diocleciano); 4º - período do dominato (de 285 a 565 d.C., data em que morre Justiniano).” Quanto ao aspecto interno, o autor ensina que a divisão histórica faz-se em três fases: “1ª - a do direito antigo ou pré-clássico (das origens de Roma à Lei *Aebutia*, de data incerta, compreendida aproximadamente entre 149 e 126 a.C.); 2ª - a do direito clássico (daí ao término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.); e 3ª - a do direito pós-clássico ou romano-helênico (dessa data à morte de Justiniano, em 565 d.C. - dá-se, porém, a designação de direito justinianeu ao vigente na época em que reinou Justiniano, de 527 a 565 d.C.).” (ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1-2).

a escassez de fontes para seu estudo na medida em que o direito romano desenvolveu-se baseado na casuística, e não em uma estrutura de conceitos previamente ordenada.⁸⁶

Em seu estágio arcaico, Roma foi uma comunidade rural. A pecuária e a agricultura foram suas bases econômicas. Esse período é caracterizado pela importância da sociedade familiar, constituída pela pequena família e por todos que estão submetidos ao poder do *paterfamilias*. Trata-se de uma associação de pessoas que vive e labora na propriedade rural do *paterfamilias*. Essa unidade é a base do direito arcaico romano.⁸⁷

Inicialmente, assim como nas demais sociedades primitivas, em Roma também vigorou a vingança privada. Deixava-se ao arbítrio do prejudicado vingar-se ou, se não fosse livre, tal caberia ao seu senhor.⁸⁸ A prática da retaliação privada conheceu inicial limitação na chamada Lei das XII Tábuas, principal fonte do direito aplicável ao período.⁸⁹

A Lei das XII Tábuas surge como transição e indicativo de evolução da sociedade romana. Desconhecem-se fontes jurídicas anteriores, produzidas no longo período da época primitiva.⁹⁰ Seu caráter progressista é constatado nos pontos em que se estabelecem penas pecuniárias ou possibilidade de remissão, o que pretere a vingança privada a um segundo plano.⁹¹ Em outros, entretanto, a normativa parece ainda tão somente regulamentar a vindita privada.⁹²

A Lei das XII Tábuas insere-se no contexto de justiça privada, subsequente à fase da vingança privada. Com o surgimento das primeiras organizações sociais mais estruturadas, percebeu-se que a retaliação desmesurada era desinteressante à sociedade. A fase da justiça privada refere-se à limitação e à regulamentação da represália pelo ofendido ou sua família. Esses haveriam de se dirigir a uma autoridade pública incumbida de verificar se obedecidas regras formais e limites materiais estipulados em norma jurídica.⁹³

⁸⁶KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011. p. 42.

⁸⁷Id. Ibid., p. 18.

⁸⁸“Como ya se he dicho, en Roma, en un principio, cuando se causaba daño o dolor a un particular, él mismo era quien había de tomar revancha, o, si no era libre, su señor había de vengarle. Y si no conseguía ejercer por sí la autodefensa, entonces había de pedir reparación con el auxilio de sus parientes, o habían de pedirla estos solos.” (MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 41).

⁸⁹Id. Ibid., p. 332. Também: KASER, Max. **Direito privado romano**, cit., p. 18.

⁹⁰Id. Ibid., p. 18.

⁹¹Id. Ibid., p. 193.

⁹²“La ley se limita, en efecto, en ciertos casos, a regular esta venganza. El ladrón, cogido en el hecho, era vapuleado e azotado y atribuido como esclavo al robado (Gayo, III, § 189). Para ciertas injurias pronunciaba la pena del talión (Gayo, III, §223).” (PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Tradução de José Fernandez Gonzales. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1972. p. 580).

⁹³FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 13-14.

Dentre suas previsões, a Lei das XII Tábuas permitia a remissão da vingança por meio do pagamento de multas. Isto significa, o agente causador do dano ou seus familiares ofereciam ao lesado o pagamento de uma prestação expiatória, de modo que deveriam renunciar à retaliação sobre o corpo do ofensor.⁹⁴ Entretanto, a par da possibilidade de remissão, as XII Tábuas ainda estabeleciam, em relação aos delitos mais graves o direito de matar sem possibilidade de remissão.⁹⁵ Trata-se de claro indicativo de que as multas estabelecidas para remissão do direito de vingança não tinham caráter meramente reparatório, mas também sancionatório.

A composição entre as partes é tão antiga quanto a própria vingança privada.⁹⁶ A fixação de indenizações são presentes desde os tempos mais antigos, seja no caso de delitos públicos ou privados. Nunca são estabelecidas como pena acessória, mas sempre como sanção principal.⁹⁷ Natural, portanto, que as XII Tábuas se propusessem a regulamentar a remissão por meio de multas no interesse da coletividade.⁹⁸ Entretanto, este sistema não foi tão bem incorporando pelo antigo texto normativo. São bastante restritas as hipóteses de autocomposição, de modo que eram muitos os casos em que restava vedada qualquer possibilidade de remissão do ofensor.⁹⁹

Embora tratasse tanto dos delitos públicos quanto dos delitos privados,¹⁰⁰ a Lei das XII Tábuas não o fez de forma sistematizada. Não é possível verificar o tratamento do direito penal como um todo jurídico unitário regido por princípios comuns.¹⁰¹ A disciplina jurídica da Lei das XII Tábuas passa de um objeto a outro sem a existência de relações materiais entre esses.¹⁰²

Referência do direito arcaico romano é também a chamada *Lex Aquilia*, promulgada em meados do século III a.C. Afirma-se que a origem da responsabilidade

⁹⁴PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**, cit., p. 192.

⁹⁵Id. Ibid., p. 193.

⁹⁶MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 42.

⁹⁷“Las Indemnizaciones, primero en animales, y más tarde en dinero – pues no es fácil que los tribunales romanos acostumbraran a servirse de otros objetos para obligar a indemnizar sino de aquellos que se empleaban generalmente como medida de los valores -, formaron parte, desde los tiempos antiguos, del derecho penal, así del público como del privado, y ni en el uno ni en el otro fueron consideradas jamás como pena accesoria, sino siempre, y sin excepción, como principal.” (Id. Ibid., p. 624).

⁹⁸KASER, Max. **Direito privado romano**, cit., p. 192.

⁹⁹MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 42.

¹⁰⁰A previsão de delitos públicos já na Lei das XII Tábuas é mais um indicativo do significativo marco de transição representado por esse documento legislativo. A existência de infrações perseguidas independentemente da intervenção do ofendido ou de sua família mostra progressiva superação da fase de revanche privada e paulatina submissão da família ou *gens* à lei. (cf. Id. Ibid., p. 41).

¹⁰¹Id. Ibid., p. 338.

¹⁰²KASER, Max. **Direito privado romano**, cit., p. 42.

civil, por vezes chamada responsabilidade aquiliana, está na *Lex Aquilia*, conquanto a noção moderna de responsabilidade civil somente tenha se desenvolvido entre os séculos XVI e XIX.¹⁰³

A *Lex Aquilia* tinha como objeto a punição de fato precisos, definidos como delitos de natureza privada, agrupados sob a nomenclatura de *damnum iniuria datum*.¹⁰⁴ Dentre suas disposições previa-se que aquele que havia matado escravo alheio, ou animal vivo em rebanho, deveria pagar ao proprietário o valor mais alto que havia alcançado o escravo ou animal no ano anterior ao da lesão.¹⁰⁵ Assim, versava sobre fatos específicos, tipificados.

Nos séculos seguintes à promulgação, por exercício dos pretores, a jurisprudência alargou a extensão da *Lex Aquilia* além dos fatos limitados previstos.¹⁰⁶ Deste modo, na hipótese de qualquer dano causado ao patrimônio alheio, seria possível a aplicação de uma sanção de caráter misto, *i. e.*, destinada à reparação de danos e à punição do ofensor.¹⁰⁷

Por sua vez, o período republicano da história de Roma caracteriza-se pela expansão do poder romano. A vida rural é substituída pela vida urbana. A base econômica do povo romano torna-se o comércio. Esses fatores determinam a ascensão da cultura jurídica romana e o início do período clássico do direito romano.¹⁰⁸ Observa-se o despontar da ciência jurídica romana e expansão do direito pela jurisprudência.¹⁰⁹ A jurisprudência tipicamente romana não foi responsável pela elaboração de teorias abstratas, mas prosseguiu em uma orientação prática para solução de casos a partir dos postulados científicos dos juristas.¹¹⁰

No período republicano consolida-se a distinção entre delitos privados (*delictum*) e delitos públicos (*crimen*). Sua punição ocorria por meio de penas públicas e penas privadas. As penas públicas constituíam-se por castigos sobre o corpo do ofensor ou sanções pecuniárias fixadas em favor do Estado. As penas privadas, por sua vez, consistiam no pagamento de multas revertidas em favor do ofendido.¹¹¹

¹⁰³GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 750.

¹⁰⁴Id. *Ibid.*, p. 751.

¹⁰⁵PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**, cit., p. 590-591.

¹⁰⁶Id. *Ibid.*, p. 590.

¹⁰⁷GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 751. No mesmo sentido: “A ‘Lex Aquilia’, que aparece provavelmente por volta do século III a. C., é apontada como a fonte da responsabilidade civil; tem de início caráter restrito, sendo depois ampliada pela jurisprudência, representando ao mesmo tempo pena e reparação do dano.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 156).

¹⁰⁸KASER, Max. **Direito privado romano**, cit., p. 19.

¹⁰⁹Id. *Ibid.*, p. 19.

¹¹⁰Id. *Ibid.*, p. 20.

¹¹¹ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**, cit., p. 579.

Os delitos públicos, expandidos no último século da República e início do Principado, adquiriram forte conteúdo ético, abrangendo fatos que em época anterior tão somente tinham conteúdo patrimonial ou não eram compreendidos na esfera do direito.¹¹² Em especial, durante o Principado, o Estado passa a tutelar a moralidade pública e os chamados bons costumes, de modo que passam a figurar como delitos o atentado ao pudor e o adultério.¹¹³

A consequência prática da distinção entre delitos privados e delitos públicos reside, primordialmente, na diferença entre os dois principais modelos de processo penal romano.¹¹⁴ Duas eram as formas fundamentais de procedimento, quais sejam, a modalidade inquisitiva e o juízo arbitral.¹¹⁵

O juízo arbitral era aplicável apenas aos delitos privados. Nesse caso, o Estado intervia como árbitro na contenda jurídica entre a parte lesada e o ofensor. Exigia-se a presença de partes que expusessem seus interesses, cabendo ao Estado decidir.¹¹⁶

Em relação ao direito penal público aplicava-se um procedimento, globalmente considerado desde sua forma mais antiga, de cariz inquisitivo.¹¹⁷ Nesse, o Estado instruía o processo espontaneamente, inexistindo partes no sentido jurídico.¹¹⁸ Em sua forma mais primitiva, denominada *cognitio*, caracterizada pela ausência de formas estabelecidas em lei, um magistrado, dotado de *imperium*, não submetido a qualquer limitação, instruía o processo na qualidade de representante da comunidade.¹¹⁹

Em reação ao arbitrário poder dos magistrados, detentores do *imperium*, instituiu-se um novo procedimento penal denominado *anquisitio* ou processo penal comicial, uma vez que se previa a intervenção dos comícios.¹²⁰ Nesse, embora não revogada a cognição espontânea dos magistrados, fixava-se previamente, a citação do imputado, determinados prazos e admitia-se a autodefesa e a defesa por terceira pessoa.¹²¹ Permitia-se também a revisão das decisões do magistrado por resoluções de comícios.¹²²

¹¹²MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 333-334.

¹¹³Id. Ibid., p. 334. No mesmo sentido: GIOFFREDI, Carlo. **I principi del diritto penale romano**, cit., p. 20.

¹¹⁴TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1976. p. 21.

¹¹⁵MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 223.

¹¹⁶Id. Ibid., p. 223.

¹¹⁷Id. Ibid., p. 336.

¹¹⁸Id. Ibid., p. 223.

¹¹⁹Id. Ibid., p. 224-225.

¹²⁰TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**, cit., p. 117.

¹²¹MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 226.

¹²²Id. Ibid., p. 227.

Embora tivesse características diversas dos delitos públicos e ensejasse procedimento diverso, a classificação de determinado fato como delito privado não se confunde com a atual noção de ato ilícito civil. Um determinado ato ilícito, à época, jamais poderia ser classificado como delito privado e como delito público ao mesmo tempo, diversamente da atual concepção de atos ilícitos penais e civis. Ademais, embora se referisse a um interesse particular, os delitos privados mantinham características penais.

Os delitos privados eram perseguidos por ações penais, embora seguissem procedimentos diversos.¹²³ Submetia-se, ainda, a princípios tipicamente penais, comuns aos delitos públicos, dentre eles o princípio da pessoalidade.¹²⁴ Assim, em relação aos delitos público e privados, a sanção tão somente pode recair sobre a pessoa culpada, sendo extinta com seu falecimento. Diferentemente, nos fatos não definidos como delitos, as consequências podem ser transmitidas aos herdeiros.¹²⁵

A sanção pecuniária, por sua vez, não tinha caráter indenizatório. “Aos romanos é estranho tanto o conceito geral da indenização de prejuízos como o dever geral de indenizar. Conhecem apenas casos particulares de danos, diversamente apreciados.”¹²⁶ Sua natureza era muito mais punitiva do que propriamente reparatória. Tanto é assim que a sanção pecuniária aplicável a um delito privado de furto, v.g., era muito superior ao da coisa furtada.¹²⁷

O período pós-clássico do direito romano caracteriza-se pelo esgotamento da força criativa da jurisprudência clássica.¹²⁸ A partir do Império de Diocleciano, a submissão dos órgãos estatais à vontade absoluta do imperador sufocou a ciência e a prática livre do direito.¹²⁹ Não por outras razões, diz-se que se perdeu a técnica jurídica de pensamento e expressão dos juristas clássicos, sendo o destino do direito romano a vulgarização.¹³⁰

¹²³Cf. PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**, cit., p. 584. SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**, cit., p. 547.

¹²⁴GIOFFREDI, Carlo. **I principi del diritto penale romano**, cit., p. 33. Cf. SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**, cit., p. 40-42.

¹²⁵“El principio dominante en ambas categorías de delitos era el de la personalidad de la pena (p. 46-47), supuesto que los procesos de esta clase, tanto públicos como privados, siguen a la persona del culpable y cesan en el momento que esta desaparece, mientras que aquellos otros, que no se refieren a hechos considerados en principio como delitos, se transmiten a los herederos.” (MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 330).

¹²⁶KASER, Max. **Derecho privado romano**, cit., p. 209.

¹²⁷SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**, cit., p. 40.

¹²⁸KASER, Max. **Derecho privado romano**, cit., p. 20.

¹²⁹Id. *Ibid.*, p. 20.

¹³⁰Id. *Ibid.*, p. 20-21.

Nesse período, há uma forte tendência de valoração dos atos ilícitos conforme critério único.¹³¹ Enfraquece-se a noção de delitos privados e delitos públicos. Por outro lado, acentua-se a tendência à expansão do direito penal, já iniciada no fim do período republicano e início do Principado.¹³²

Quanto às ações penais, o direito pós-clássico é, na definição de Schulz, bastante obscuro. É certo que não foram abolidas por Justiniano, mas seu caráter se aproxima muito mais da finalidade de obtenção de uma compensação pela ofensa.¹³³ Neste período, identifica-se nas ações penais um caráter misto, prestando-se também a veiculação de pretensão de natureza reipersecutória.¹³⁴ Max Kaser, atento a estas tendências, sustenta o desaparecimento das ações puramente penais no período do direito romano pós-clássico.¹³⁵

Em que pese à vulgarização do direito romano em sua fase final, sua influência perpassa o fim da sociedade romana. Desde antes do século XIII, o direito romano exerce influência na formação de costumes na Europa medieval ocidental. A partir do século XIII, o direito romano tem progressivo reconhecimento pelo direito medieval ocidental e, em determinado momento, é reconhecido como direito subsidiário.¹³⁶

Em razão da aplicação do princípio da pessoalidade do direito, *i. e.*, aplicação do direito romano aqueles de origem romana pelos povos bárbaros, esse sistema jurídico teve contínua aplicação na Europa ocidental mesmo após a queda do Império Romano Ocidental.¹³⁷ Há verdadeira interação entre os costumes próprios das populações germânicas invasoras e os textos legais romanos. E tanto o é que, frequentemente, reis germânicos determinaram a elaboração de compilações de direito romano.¹³⁸

O direito germânico, fundamentado em costumes, pouco conhecia a responsabilidade individual. Utilizava-se da concepção da vingança privada, à semelhança do direito arcaico, supondo a solidariedade dos grupos familiares. É possível afirmar que os povos germânicos desconheciam a distinção entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade delitual.¹³⁹ Exemplificativamente, tem-se a chamada Lei Sállica, em vigor

¹³¹TUCCI, Rogério Lauria. **Lineamentos do processo penal romano**, cit., p. 22.

¹³²Cf. MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**, cit., p. 334-335.

¹³³SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clássico**, cit., p. 548-549.

¹³⁴Id. *Ibid.*, p. 41.

¹³⁵KASER, Max. **Direito privado romano**, cit., p. 211.

¹³⁶GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 18.

¹³⁷Id. *Ibid.*, p. 169. No mesmo sentido: ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Lições de história do direito romano, peninsular e português**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 123.

¹³⁸GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 169.

¹³⁹Id. *Ibid.*, p. 751.

no século V,¹⁴⁰ pela qual se impunham as mesmas medidas jurídicas na hipótese de restituição de objeto roubado e na restituição de soma emprestada.¹⁴¹

Dentre as compilações bárbaras de textos da época clássica romana destacam-se o *Codex Theodosianus*, *Codex Euricianus* e a *Lex Romana Visigothorum*, de aplicação aos súditos romanos dos Estados germânicos sucessores do Império do ocidente.¹⁴² Esta última, também denominada de *Breviarium Alarici*, exerceu influência não só no território ocupado pelos visigodos, mas por toda Europa ocidental, tendo vigência em Portugal até a promulgação das chamadas *Siete Partidas*.¹⁴³ Em seu livro VIII, “*de inlatis violentis et damnis*”, trata da responsabilidade individual, na esteira dos textos clássicos romanos. Previam-se formas de composição atendendo critérios de idade e sexo dos agentes envolvidos, bem como da natureza da infração. A ausência de sistematização, contudo, impede o reconhecimento da independência entre as esferas de responsabilidade civil e penal.¹⁴⁴

A Idade Moderna trará, por seu turno, a tendência a unificação do direito. Trata-se de consequência imediata da formação dos Estados absolutistas.¹⁴⁵ Neste sentido, vigeram em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil, as Ordenações Afonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603).¹⁴⁶

As antigas Ordenações eram claramente defeituosas. Além de linguagem confusa, frequentes contradições e prolixidade, seus textos eram bastante lacunosos. Por essas

¹⁴⁰Conforme ensinamento de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, primitivamente os direitos dos povos germânicos era de origem consuetudinária. Contudo, ao perder seu nomadismo e o influxo da civilização romana, o direito consuetudinário tornou-se insuficiente, de modo que surgiram as primeiras leis escritas. (SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 63).

¹⁴¹GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 751.

¹⁴²KASER, Max. **Direito privado romano**, cit., p. 22. Em sentido contrário, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva afirma que tais compilações eram de aplicabilidade geral, asseverando a inexistência de fonte histórica segura que aponte para a aplicação de um suposto princípio da pessoalidade. (Cf. SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**, cit., p. 67-70).

¹⁴³CAETANO, Marcello. **História do direito português: das origens ao séc. XVI**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992. p. 102-103.

¹⁴⁴GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 185. Igualmente: AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente de. **Crime – dano – reparação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934. p. 30. FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 157. PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**. São Paulo: Atlas, 1987. p. 28. CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939. p. 10.

¹⁴⁵GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 247.

¹⁴⁶Nilo Batista anota que as Ordenações Afonsinas, em vigência na época da descoberta, “não tiveram qualquer influência na nova colônia”. As Ordenações Manuelinas, por sua vez, tiveram impacto “nas delegações de jurisdição penal que os soberanos portugueses fizeram, especialmente na primeira metade do século XVI, a autoridades colonizadoras, segundo um modelo com evidentes traços feudais”, uma vez que perceptíveis as estruturas burocráticas desenhadas nas Ordenações. Não obstante, o poder punitivo foi exercido desregulada e privadamente, em especial pelos senhores contra seus escravos. (cf. BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 15-18).

razões, era comum o recurso ao direito romano como direito subsidiário. Tal era autorizado pelas próprias Ordenações, que ao direito romano remetiam na hipótese de casos omissos.¹⁴⁷

De maior período de vigência, as Ordenações Filipinas limitaram-se a rever e atualizar as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, ambas anteriores, razão pela qual a mesma sistemática foi mantida.¹⁴⁸ O objeto de interesse da presente pesquisa encontra-se no Livro V das Ordenações Filipinas, atinente ao direito material e processo de natureza criminal.¹⁴⁹

Entretanto, não obstante seja possível constatar embrionária distinção entre responsabilização civil e penal, as antigas Ordenações não atingiram tal grau de cientificidade. Primeiramente, pois a pena civil não representava reparação de danos, mas pena pecuniária, *i. e.*, não tem a finalidade de reparação, mas predominantemente sancionatória.¹⁵⁰ Embora mencione a existência de pena civil, essa não somente é apurada em processo penal, mas é também prevista como consequência de ato valorado enquanto ilícito penal, e não ilícito civil. Trata-se, portanto, de categoria diversa da atual indenização. A bem da verdade, o texto das Ordenações portuguesas reproduz ideias bastante confusas de reparação dos danos, penas e multas.¹⁵¹

Ademais, o texto das Ordenações sequer diferenciou a noção de ilícito penal da concepção de pecado. Mais além, embora seu texto tenha predomínio da responsabilização individual, seu baixo patamar científico permitiu aplicação de medidas de natureza sancionatória à família do condenado. Nesse sentido, o Título XIII do Livro V qualifica a

¹⁴⁷CRUZ, Guilherme Braga. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 50, p. 35-36, 1955. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66222/68832>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹⁴⁸ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Lições de história do direito romano, peninsular e português**, cit., p. 233.

¹⁴⁹Dentro do Livro V, os Títulos XIII, XLII e LXXXV falam expressamente na aplicação de pena crime e pena civil às condutas que preveem. O Título XIII, por exemplo, denominado “dos que cometem pecado de sodomia, e com alimarias”, previa a pena de morte em fogueira e confisco de bens de todo aquele que praticava a conduta à época delituosa descrita. Os termos “pena crime” e “pena civil” são utilizados expressamente em seu parágrafo 5º, quando diz daquele que tem ciência da prática do delito e não a informa às autoridades do Estado. Os Títulos CXVII, parágrafo 21, e CXXVII abordam aspectos processuais relevantes da questão. O Título CXVII prevê o instituto da querela no procedimento penal vigente à época. Em seu parágrafo 21 possibilita a demanda da reparação de danos simultaneamente à condenação criminal. O Título CXXVII, por sua vez, prevê o procedimento de anotação de bens, no caso de condenação que implique pena de confisco ou sanção pecuniária.

¹⁵⁰E tanto é assim que, por vezes, a aplicação da pena pecuniária, ou pena civil, não revertia em favor da vítima, mas destinava-se ao rei. Exemplificativamente, o Título XXXV do Livro V das Ordenações Filipinas previa que, na hipótese de homicídio por dinheiro, o condenado perderia seus bens para a Coroa do Reino, não havendo reserva de qualquer parte para reparação dos herdeiros da vítima (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 158-159).

¹⁵¹AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**, cit., p. 299. AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente de. **Crime – dano – reparação**, cit., p. 34-35.

conduta delitativa que descreve como pecado e prevê sanções aos descendentes do condenado.¹⁵²

Embora a responsabilidade individual seja preponderante na Europa ocidental já a partir do séc. XII,¹⁵³ a responsabilidade puramente civil somente surgirá no fim da Idade Moderna, no séc. XVIII.¹⁵⁴ Até então, excepcionais são as hipóteses de indenização por fatos não delituais. Somente no séc. XVIII, sob a influência de doutrinas de liberdade individual, a responsabilidade civil terá condições de se desenvolver.¹⁵⁵

Na Idade Contemporânea, os sistemas jurídicos sofrem influência das ideias políticas dos pensadores dos séculos XVII e XVIII. Em especial, prossegue-se a tendência à unificação do direito dentro do quadro estatal,¹⁵⁶ todavia, em patamar científico superior ao observado na Idade Moderna. Trata-se do movimento de codificação do direito.

A codificação atende à exigência da sistematicidade, não se restringindo à mera compilação de textos legais. Esse movimento sujeita o direito ao pensamento sistemático. Isto significa, os Códigos formam um conjunto ordenado e coerente a partir de fundamentos gerais claramente estabelecidos.¹⁵⁷ Não se trata de um sistema abstrato, a exemplo de modelizações atinentes apenas à ciência do direito, mas assume uma forma substantiva definida, qual seja, o próprio Código.¹⁵⁸ As normas, dentro desta forma arquitetônica, não estão deligadas ou meramente colacionadas, mas estão em uma recíproca conexão multimoda.¹⁵⁹ Somente se alcançou o estágio de cientificidade necessário para tal tarefa na França, nos finais do século XVIII.¹⁶⁰

¹⁵²“Toda pessoa, de qualquer qualidade que seja, que peccado de sodomia per qualquer maneira commetter, seja queimado, e feito per fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memoria, e todos seus bens sejam confiscados para a Corôa de nosso Reinos, postoque tenha descendentes; pelo mesmo caso seus filhos e netos ficarão inhabiles e infames, assi como os daquelles que commettem crime de Lesa Magestade.” (PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru-SP: Ed. Jalovi, 1983. p. 26).

¹⁵³Ressalte-se que por consequência da formação progressiva dos Estados modernos, os muitos sistemas jurídicos coexistentes na Europa ocidental não se desenvolveram da mesma maneira (GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 130 e p. 239-241).

¹⁵⁴Id. Ibid., p. 752.

¹⁵⁵Id. Ibid., p. 752.

¹⁵⁶Id. Ibid., p. 131.

¹⁵⁷GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 114.

¹⁵⁸Id. Ibid., p. 115.

¹⁵⁹LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 7. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 621.

¹⁶⁰CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. LXXXV.

O Código Civil francês de 1804, marco inicial do movimento de codificação,¹⁶¹ é o ponto de chegada do processo de autonomia da responsabilidade civil extracontratual.¹⁶² Embora a matéria tenha sido tratada em apenas cinco artigos (1382 a 1386), adotou-se sistemática racional de extensão bastante ampla,¹⁶³ aplicável a casos não tipificados. Isto, em razão da expressão *faute*, que abrange a noção de infração e de capacidade e censura ao agente.¹⁶⁴

O direito penal, por sua vez, no século XVIII, é edificado como ciência independente. Trata-se de consequência imediata dos trabalhos dos pensadores iluministas no desenvolvimento sobre os fundamentos, os objetos, as medidas típicas e as penas atinentes apenas ao direito penal.¹⁶⁵ A persecução de infrações consolida-se como atividade vinculada ao interesse público e exerce-se no âmbito de nascente instrumento estatal, qual seja, o direito penal. Nesse contexto, a reparação privada da vítima é definitivamente relegada ao plano do direito civil.¹⁶⁶

A diferenciação conceitual então adotada caracterizou a responsabilidade no direito moderno. Enquanto o Código Civil francês de 1804 passou a tratar da responsabilidade civil também em matéria extracontratual, distinguindo-a da responsabilidade contratual,¹⁶⁷ as infrações criminais, sujeitas a sanções distintas, são objeto do Código de Processo Criminal de 1806 e do Código Penal de 1810.¹⁶⁸ Há uma clara separação entre as finalidades de punir e de reparar danos.¹⁶⁹ A ação civil alcança autonomia na matéria de

¹⁶¹CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa, cit., p. LXXXVI.

¹⁶²LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 23.

¹⁶³GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**, cit., p. 753.

¹⁶⁴ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**, cit., p. 42. Também, cf. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1, p. 51-52.

¹⁶⁵KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**, cit., p. 386. Marcelo Ferrante explica, neste sentido, que a reforma iluminista, ainda que dentro de um movimento de humanização, consolida conceitos sobre os quais se apoia o direito penal estatal, quais sejam, interesse público na aplicação da lei penal, persecução oficial e objetividade dos mecanismos de produção de verdade. Cf. FERRANTE, Marcelo. El convidado de piedra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal. **Lecciones y ensayos**, Buenos Aires, v. 63, p. 100-101, 1995. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/63/el-convidado-de-piedra-sobre-el-rol-de-la-victima-en-el-proceso-penal.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

¹⁶⁶Id. *Ibid.*, p. 100.

¹⁶⁷VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: la responsabilité: conditions**, cit., t. 4, p. 13.

¹⁶⁸TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 48.

¹⁶⁹Cf. MACHADO, Máira Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 320, mar./abr., 2007.

responsabilização extracontratual.¹⁷⁰ A distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal é, assim, inquestionável após as codificações napoleônicas.¹⁷¹

A subsequente evolução da responsabilidade civil tornou ainda mais distante a sanção civil das antigas finalidades punitiva e preventiva, que a aproximavam, senão a confundiam, com a sanção penal.

Posteriormente, inserida na linha evolutiva da responsabilidade civil, há o desenvolvimento da teoria do risco. Por meio desta, passa-se a permitir a responsabilização objetiva do agente. Isto significa, o agente responde civilmente pelos danos causados, independente de culpa. Assim, é seguro dizer que a culpa perde parcela de sua importância original na estrutura da responsabilidade civil.¹⁷² A consequência direta é também o equivalente distanciamento entre a sanção civil e a sanção penal.

1.3 Critérios distintivos entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal

Não há distinção ontológica entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal.¹⁷³ A separação entre as modalidades de ilícito não é um pressuposto, mas uma construção histórica. A definição de qual ato consubstancia um ilícito civil ou um ilícito penal faz-se conforme critérios de oportunidade pelo legislador.¹⁷⁴ Trata-se, em seu íntimo, de uma escolha política.¹⁷⁵

¹⁷⁰“A autonomia da ação civil para a reparação do dano afirmou-se nos códigos franceses pela faculdade reconhecida ao ofendido de propor a ação, à sua escolha, no juízo penal, ou então de forma separada no juízo cível. Mas do antigo liame e da tradicional dependência da ação civil da penal derivou diretamente o dispositivo que prevê a suspensão do processo civil à espera da conclusão do penal (art. 3.º, code d'instr. crim.), em que se traduzia o antigo princípio de que *le criminel tient le civil en état* (...).” (LIEBMAN, Enrico Tullio; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia da sentença penal no processo civil, cit., p. 754).

¹⁷¹GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 59.

¹⁷²ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. 2003. Tese (Doutorado). 2003. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. p. 47.

¹⁷³Nesse sentido: “Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 26). “Não há diferença em substância entre ilícito penal e ilícito civil. que os distingue é antes questão de grau que de essência. Todo ilícito é uma contradição à lei, uma rebelião contra a norma, expressa na ofensa ou ameaça a um bem ou interesse por esta tutelado. A importância social atribuída a esse bem ou interesse jurídico é, em grande parte, o que determina a uma questão de hierarquia de valores.” (BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1). “Basta lembrar que *o ilícito penal não difere em substância do ilícito civil*, sendo diferente apenas a sanção que os caracteriza (...).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 159).

¹⁷⁴MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal, cit., p. 173-174.

¹⁷⁵QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 67.

Embora sua diferença não seja intrínseca e *a priori*, mas extrínseca e legal,¹⁷⁶ o discernimento entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal é necessário. Isso, pois as características do ilícito cometido indicarão a espécie de responsabilidade jurídica incidente.¹⁷⁷ A responsabilidade civil e a responsabilidade penal são concebidas para prevenir ou remediar violações ao ordenamento jurídico.¹⁷⁸ São, entretanto, independentes e possuem características diversas.

Comumente, diz-se que o ilícito penal constitui lesão de norma de direito público, enquanto o ilícito civil é violação de norma de direito privado.¹⁷⁹ Trata-se de critério insuficiente. É certo que as normas de direito penal são sempre normas de direito público. Entretanto, são facilmente identificáveis normas de direito civil que, da mesma forma, visam tutelar interesse público.¹⁸⁰ Nesse sentido, as normas de tutela do meio-ambiente, do consumidor, da ordem econômica, da ordem urbanística, dentre outras que buscam resguardar interesses transindividuais.¹⁸¹

Muitas foram as tentativas de desenvolvimento de critérios de distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal que atualmente são considerados insatisfatórios pela doutrina.¹⁸² Há entendimento de que, se violado um direito subjetivo, tem-se um ilícito

¹⁷⁶MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal, cit., p. 173.

¹⁷⁷NUÑEZ, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal**. Córdoba: Ed. Córdoba, 1948. p. 13.

¹⁷⁸ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**, cit., p. 20.

¹⁷⁹Cf. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 25-26. GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1982. p. 18.

¹⁸⁰Nesse sentido: “Em realidade, se analisarmos o ‘outro lado’ da distinção, veremos que a dita vinculação necessária entre proteção a interesses privados e direito civil tem dificuldade de explicar as hipóteses, hoje admitidas pelo nosso ordenamento jurídico, de responsabilidade civil por danos a interesses difusos. Afinal, trata-se de direitos transindividuais, cujos titulares são pessoas que não se pode determinar. Além disso, os direitos difusos são indivisíveis, o que significa que não podem ser quantificados ou divididos entre os membros da coletividade interessada. Direitos difusos como o direito ao meio ambiente (CF, art. 225, § 3º.) não podem ser considerados interesses privados. O ato do qual resulta a poluição de um rio ou a destruição de uma floresta prejudica não apenas as pessoas diretamente atingidas em sua saúde ou em seus bens, mas a todos e até mesmo as gerações futuras. O direito brasileiro prevê a responsabilidade civil pela lesão a interesses difusos, por meio de ação civil pública (L. n. 7347/1985), com possibilidade de condenação do responsável a cumprir obrigação de fazer ou não fazer ou a reparar o prejuízo em dinheiro. Trata-se, portanto, de exemplo em que a responsabilidade civil protege diretamente um interesse social e não um interesse privado.” (PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_dogmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017).

¹⁸¹Somado à dificuldade imanente ao discutido critério, Nelson Hungria também sustenta que “tôda norma jurídica é ditada no interesse público e impõe, como observa BINDING, ‘um dever para com o Estado’, e, assim, no fundo, tôda norma é de direito público.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 28).

¹⁸²Estes critérios são sintetizados por Alceu Cordeiro Fernandes: “Para uns o ilícito civil caracteriza-se pela violação de um direito subjetivo, ao passo que o ilícito penal constitui quebra de um direito objetivo. Há quem sustente que a diferença está em que o ilícito penal constitui lesão de norma de direito público e o ilícito civil constitui lesão de norma de direito privado. Para outros o ilícito penal é positivo, infringindo

civil, mas, se violado o direito objetivo, haverá um ilícito penal. O argumento carece de razão, pois “é inconcebível a existência de um direito subjetivo sem a correspondente norma do direito objetivo.”¹⁸³ Inegavelmente o direito objetivo e o direito subjetivo revelam-se como dois aspectos de uma mesma realidade.¹⁸⁴

Menciona-se também posição que sustenta um caráter puramente negativo imanente ao ato ilícito civil, enquanto o ato ilícito penal seria fatalmente positivo. Argumenta-se que o ato ilícito civil encontraria seu remédio em uma execução forçada ou no constrangimento à reparação. O ato ilícito penal, por sua vez, conteria um especial desprezo à ordem jurídica aliado ao seu aspecto externo (ação). Todavia, “existem delitos penais de pura omissão e delitos civis mediante comissão e, além disso, o desprezo do direito não é privativo do ato ilícito positivo, pois existe também no ilícito negativo.”¹⁸⁵ Ademais, nem todo ato ilícito civil resolve-se por meio de uma prestação ou execução forçada.

Outro critério igualmente insuficiente consiste em uma suposta irreparabilidade do ato ilícito penal. Isto significa, enquanto o ato ilícito civil é sempre reparável, o ilícito penal nunca o será. Trata-se de critério dissociado do direito positivo. Isto, pois “se este deixa fora da órbita penal grande número de fatos antijurídicos reparáveis, comina pena a outros que também o são (v. g., os crimes patrimoniais) e até mesmo a alguns que nenhum dano efetivamente ocasionam (crimes materialmente frustrados, crimes formais ou de mero perigo, contravenções).”¹⁸⁶ Ademais, esse entendimento é incompatível com a atual tendência de inserção de mecanismos autocompositivos na jurisdição penal,¹⁸⁷ a exemplo da composição dos danos prevista para as infrações de menor potencial ofensivo.¹⁸⁸

Câmara Leal assinala o dolo como um possível critério distintivo. Segundo o autor “o dolo, a intenção directa de lesar (*animus nocendi*), é condição essencial do delicto civil, e, no entanto, muitos delictos penais são punidos pela lei sem que tenha havido, parte do

uma proibição, e o ilícito civil é negativo. Outros afirmam que a distinção está em que o dano causado pelo ilícito civil é reparável ou individual, ao passo que o ilícito penal produz um dano social e irreparável.” (FERNANDES, Alceu Cordeiro. Da influência do julgado criminal sobre a ação civil, cit., v. 1, p. 485).

¹⁸³HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 28.

¹⁸⁴MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal, cit., p. 171.

¹⁸⁵HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 29.

¹⁸⁶Id. Ibid., p. 29.

¹⁸⁷Cf. AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 135-162.

¹⁸⁸Cf. Art. 71, 72 e 74 da Lei 9.099/95 e art. 11, parágrafo único da Lei 10.259/01.

delinqüente, a intenção dolosa.”¹⁸⁹ Tal critério também não se ajusta ao ordenamento jurídico. É de conhecimento comum que a culpa na responsabilidade civil não se refere apenas ao dolo, mas também à imprudência, negligência ou imperícia. Neste sentido, o art. 186 do atual Código Civil dispõe que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Errado, portanto, cogitar que somente a intenção direta de lesionar possa resultar ilícito civil.

Há, por fim, critério distintivo que enxerga nos sujeitos envolvidos uma possível distinção entre ato ilícito civil e ato ilícito penal. De acordo com este entendimento, somente a pessoa natural pode praticar o ato ilícito penal, restando à pessoa jurídica apenas o ilícito civil.¹⁹⁰ Esse posicionamento não subsiste quando confrontado com o ordenamento jurídico brasileiro. Desde a Constituição Federal de 1988 admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica.¹⁹¹ Com fundamento constitucional, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido a aplicação de sanção penal à pessoa jurídica, compatível com sua natureza, independentemente da punição de seus dirigentes.¹⁹²

Em realidade, determinados postulados doutrinários tornam-se de difícil sustentação científica diante da evolução legislativa e acadêmica. Esse processo de transformação obriga o estudioso à revisão da sistematização doutrinária, “afinal, em qualquer ramo do conhecimento, ao cientista é proscrito acomodar-se sob a sombra das conquistas dos estudiosos que o precederam”.¹⁹³ Assim, deve-se perquirir por características distintivas entre o ilícito civil e o ilícito penal, ainda que se trate de dessemelhanças extrínsecas, que não representem uma visão reducionista do tema e, simultaneamente, harmonizem-se com o atual estágio do ordenamento jurídico.

O direito penal não cria um sistema exclusivo de ilicitudes, até porque “a ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico.”¹⁹⁴

¹⁸⁹LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 26.

¹⁹⁰“Solo las personas naturales pueden responder penalmente, al paso que las jurídicas solo responden civilmente, y responde penalmente por ellas quien intervino en el acto” (GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Responsabilidad civil y responsabilidad penal, cit., p. 33).

¹⁹¹Cf. art. 173, §5º e art. 225, §3º da Constituição Federal. No mesmo sentido, art. 3º da Lei 9.605/98.

¹⁹²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 48.085/PA**. Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 48.379/SP**. Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 12/11/2015.

¹⁹³SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 443.

¹⁹⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 26.

Contudo, em um Estado Democrático de Direito, o direito penal deve ser a *ultima ratio* do sistema de coibição de ilicitudes.

Por Estado Democrático de Direito entende-se aquele que encontra em seu ordenamento jurídico limites intransponíveis ao seu poder.¹⁹⁵ Adota sistema político-cultural que valoriza o indivíduo perante o Estado em todos os seus âmbitos de relação Estado-particular.¹⁹⁶ O poder do Estado organiza-se, limita-se e exerce-se conforme o ideal democrático.¹⁹⁷

Enquanto meio extremo e excepcional de intervenção estatal na esfera do indivíduo, o ilícito penal deve ser, necessariamente, no Estado Democrático de Direito, mais grave do que o ato ilícito civil.¹⁹⁸ Nesse contexto, a eleição de um ato enquanto ilícito penal, subjugado ao controle sancionador do direito penal, não se justifica se o ordenamento jurídico dispõe de mecanismos menos gravosos oriundos de outros ramos jurídicos.¹⁹⁹ Significa dizer, o direito penal é a última das medidas protetoras do sistema jurídico e somente poderá intervir quando falharem os outros meios de solução do problema, sob pena de violar-se o princípio da proporcionalidade, ínsito ao Estado de Direito.²⁰⁰ Assim, uma das principais características distintivas entre o ilícito civil e o ilícito penal é a subsidiariedade desse.

Na medida em que o direito penal é um ramo jurídico de proteção subsidiária, somente alguns bens jurídicos²⁰¹ são tutelados e apenas algumas formas de lesão são

¹⁹⁵Cf. MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 31-34.

¹⁹⁶LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 35.

¹⁹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 98.

¹⁹⁸Nesse sentido: “A única diferença entre êles está na maior gravidade do delito penal, que, por isso mesmo, provoca mais extensa e difusa perturbação social. Diferença puramente de grau ou de quantidade. A êste critério relativo, e somente a êle, é que atende o direito objetivo do Estado na diversidade formal de sua ação defensiva contra a sublevação da vontade individual.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 27). “Entre ambos, também é correto afirmar que, numa escala crescente da ilicitude, o ato ilícito civil é menos grave que o crime. Assim, no conjunto do ato ilícito em sentido amplo, considera-se o crime como a espécie mais grave de todas, presente no núcleo do sistema” (ELIAS, Cristiano. *Dos efeitos civis gerais da sentença penal*, cit., p. 65).

¹⁹⁹QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**, cit., v. 1, p. 65.

²⁰⁰ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**, cit., t. 1, p. 65. Igualmente: “O Estado só deve recorrer à pena quando a conservação da ordem jurídica não se possa obter com outros meios de reação, meios próprios do direito civil (ou de outro ramo do direito que não o penal).” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 26). “A missão do direito penal não é uma qualquer proteção, mas, sim, uma que seja subsidiária sobre os bens jurídicos, isto é, somente se podem punir as lesões contra bens jurídicos se tal for indispensável para a vida comum ordenada. Isso se percebe quando os meios de sanção não penais se revelam insuficientes para tutelar certos bens jurídicos, fazendo surgir a necessidade de uma tutela de maior força nutrida pelo seu maior poder de intimidação.” (AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**, cit., p. 43).

²⁰¹Sobre o conceito de bem jurídico, explica Winfried Hassemer: “O conceito de bem jurídico deve-se à idéia de bem do Iluminismo. Ele foi formulado e fundamentado por *Paul Johann Anselm Feuerbach* por volta do

qualificadas como ato ilícito penal.²⁰² Desse modo, a proteção oferecida pelo direito penal não é contínua, como o é a proteção do direito civil, mas fragmentária.²⁰³ Mais ampla, portanto, a abrangência dos atos ilícitos civis.

Não só quanto à seletividade, mas também quanto à estrutura diferem-se.²⁰⁴ A configuração do ato ilícito civil reflete-se na fórmula genérica descrita no art. 186 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”²⁰⁵ Os componentes analíticos da infração penal são, por sua vez, a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.²⁰⁶

O tipo penal consiste na descrição do fato criminoso pela lei penal. Consequentemente, a tipicidade é o primeiro juízo de valor da estrutura analítica do crime

século XIX, como arma contra uma concepção moralista do Direito Penal. A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente ‘bens jurídicos’, Com isso foi introduzida a mudança para um sistema do Direito Penal orientado empiricamente, mesmo que ainda necessitasse de muitas lutas para atrair a atenção do legislador penal e dos juristas sobre as conseqüências dos seus procedimentos.” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005. p. 56).

²⁰²Assim, “o direito penal deve ser seletivo, incriminando apenas algumas condutas lesivas a determinado bem jurídico, as de maior grau de ofensividade” (ELIAS, Cristiano. Dos efeitos civis gerais da sentença penal. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 65, 2012). Igualmente: MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**, cit., p. 159. TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**, cit., p. 11. TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**, cit., p. 16.

²⁰³Nesse sentido: “En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza ‘fragmentaria’ del Derecho penal”. (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., t. 1, p. 65).

²⁰⁴“El ilícito civil y el ilícito penal no tienen la misma estructura: no sólo diferencian por la tipicidad y la punitividad, también por la antijuridicidad – que no siempre es determinante en el terreno civil – y por la culpabilidad – muy distinta en ambos os casos.” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 2004. p. 24).

²⁰⁵A doutrina clássica aponta quatro elementos componentes da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa em sentido amplo (em regra), relação de causalidade e dano provocado. Cf. TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 11.

²⁰⁶Trata-se do entendimento majoritário sobre o conceito analítico de crime: “De tudo se infere que o crime, como conceito formal de um fato a que se liga, como conseqüente, a sanção penal cominada em lei, é constituído por três elementos: a) fato típico; b) antijuridicidade; c) a culpabilidade.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, cit., v. 1, p. 8). “Embora a inicialmente confusa e obscura definição desses elementos estruturais, que se depuraram ao longo do tempo, o conceito analítico predominante passou a definir o crime como a ação típica, antijurídica e culpável.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, cit., v. 1, p. 278). Alguns autores também incluem a punibilidade no conceito analítico de infração penal. Essa, contudo, não é a melhor orientação. Isto, pois a punibilidade é consequência jurídica da infração penal, e não seu pressuposto. Conforme Nelson Hungria “não se como se tem pretendido, de um elemento componente do crime: é a particularidade, que êste apresenta, de estar sob a ameaça do, ‘pena’ (em sentido estrito). (...). Um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado com pena (in thesi), isto é, criminoso, e, no entanto, anormalmente, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena. Por considerações de oportunidade ou de política criminal, a lei, não obstante a existência de um crime (com todos os seus elementos e caracteres), determina, em certos casos, a não aplicação da pena, ou a extinção da punibilidade.” (HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 26).

e corresponde a parcial concretização do princípio da legalidade.²⁰⁷ Requisito da infração penal, a correlação entre a conduta praticada e a conduta descrita na lei penal não existe para formação do ato ilícito civil.²⁰⁸ Diferente do ato ilícito penal, o ato ilícito civil não é taxativo, bastando a violação de direito e prejuízo à esfera de outro indivíduo para a sua existência.

A antijuridicidade, por sua vez, define-se pela contrariedade entre ação e norma. Trata-se de conceito universal, incidente em todos os ramos jurídicos e não somente ao direito penal.²⁰⁹ Nessa disciplina, contudo, corresponde a um segundo juízo de valor a fim de determinar se a ação típica, indiciária de antijuridicidade, confirma-se em razão da ausência das causas de justificação.²¹⁰ Há, nesse caso, divergência quanto aos efeitos das causas de justificação no ato ilícito penal e no ato ilícito civil. O estado de necessidade, *e.g.*, forçosamente afasta a infração penal. Contudo, assim não o faz quanto à responsabilidade civil.²¹¹

A imputabilidade também é discordante no ato ilícito civil e no ato ilícito penal. Em direito penal, a culpabilidade se expressa por um juízo de reprovação da conduta praticada. Trata-se de conceito normativo “que se funda em que o sujeito podia fazer algo distinto do que fez, e que, nas circunstâncias, lhe era exigível que o fizesse.”²¹² Entende-se a imputabilidade como capacidade de culpabilidade. Neste ponto, em razão de determinação constitucional,²¹³ a menoridade penal do agente exclui a infração penal. Assim, se menor

²⁰⁷D’AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 100 e p. 106, jul. 2016.

²⁰⁸GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 65. Também: “Para que haja o delicto civil é suficiente o acto lesivo praticado com a intenção de lesar ao passo que, para a existencia do delicto penal, se faz mister uma lei especial que o puna – nulla poene sine lege - donde resulta poder haver delictos civis que não constituem delictos penaes, como acontece com a sonegação de bens nos inventarios.” (LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 26).

²⁰⁹BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, cit., v. 1, p. 395.

²¹⁰Id. *Ibid.*, p. 389.

²¹¹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**, cit., p. 479. Nesse sentido, em referência ao estado de necessidade e à legítima defesa em favor de terceiro, dispõe os artigos 929 e 930 do atual Código Civil: Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

²¹²ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, cit., p. 549.

²¹³Constituição Federal. Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. Código Penal. Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

de dezoito anos o agente, sua conduta não estará sujeita à aplicação da lei penal.²¹⁴ A privação de discernimento, igualmente, somente permite a submissão do agente a medida de segurança, vedada a aplicação de uma pena.²¹⁵

Situação diversa ocorre no âmbito civil. Caso o agente que tenha menos de dezoito anos ou seja privado de discernimento pratique ato que resulte dano a alguém, será cabível ação cível para reparação da lesão.²¹⁶ Em regra, será obrigado à reparação dos danos provocados o indivíduo capaz, responsável pelo incapaz. Contudo, excepcionalmente, algumas legislações admitem hipóteses de responsabilidade civil da pessoa privada de discernimento,²¹⁷ o que inexistente no direito penal moderno.²¹⁸ Em nosso direito civil pátrio, o incapaz responde pelos prejuízos que causar se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Nesse caso, a indenização será equitativamente arbitrada e não poderá privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.²¹⁹

À imputabilidade soma-se o princípio da culpabilidade aplicável ao direito penal, corporificado pela indissolubilidade do vínculo entre culpa e responsabilidade penal.²²⁰ É sempre necessário que exista uma relação de causalidade psíquica que una o fato ao agente, isto é, “o agente deve ter querido livremente a ação ou omissão e o resultado

²¹⁴“A imputabilidade, por presunção legal, inicia-se, no âmbito do Direito Penal de adultos, aos 18 anos (que ora se pretende reduzir para os 16). Para definir a maioridade penal, a legislação brasileira seguiu o sistema biológico, ignorando o desenvolvimento mental do menor de 18 anos, considerando-o inimputável, independentemente de possuir a plena capacidade de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se segundo esse entendimento, desprezando, assim, o aspecto psicológico.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, cit., v. 1, p. 479).

²¹⁵Código Penal. Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

²¹⁶Nestes termos, dispõe o art. 932 e 933 do Código Civil: Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; (...). Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

²¹⁷GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 90-91.

²¹⁸Não refuta tal afirmação a previsão constante dos artigos 112 e 116 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), no sentido de que o adolescente que praticar ato infracional poderá sofrer medida socioeducativa de obrigação à reparação do dano. Isto, pois o sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente não se confunde com a aplicação do Direito Penal.

²¹⁹Código Civil. Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

²²⁰O princípio da culpabilidade é, na conceituação de Jorge de Figueiredo Dias, aquele “segundo o qual, como se sabe, em caso algum pode haver pena sem culpa ou a medida da pena ultrapassar a medida da culpa.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: as consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 73).

(dolo), ou, pelo menos, a ação ou omissão (culpa *stricto sensu*).²²¹ Essa constatação se traduz pelo brocado *nulla poena sine culpa*.²²² Uma das consequências dessa constatação é o caráter personalíssimo das penas e impossibilidade de imposição de uma sanção penal por ato de terceiro.²²³ Isto significa, no direito penal moderno não se admite a responsabilidade por fato de terceiro ou a responsabilidade objetiva.²²⁴

Diferentemente, uma das características do direito civil atual é a possibilidade da responsabilização independentemente de culpa.²²⁵ Trata-se da responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco, assumido ou integral. Nesse contexto, o agente responde, não tendo qualquer relevância sua culpa para a causação dos danos cuja reparação pretende o lesado.

A noção da extensão da culpa em sentido estrito é também diferente no ato ilícito civil e no ato ilícito penal. Nesse, a punição de ato culposos *stricto sensu* é excepcional,

²²¹HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v. 1, t. 2, p. 22.

²²²“La afirmación del principio *nulla poena sine culpa* es la culminación de un largo proceso histórico de dignificación del ser humano del reconocimiento de su calidad de persona ante el derecho. Por tal principio queda colocado el hombre en el plano de la cultura como ser espiritual, participante del mundo de valores que constituye el derecho, cuya suprema sanción, esto es, la pena, sólo puede encontrar fundamento y razón suficiente en aquella subjetividad.” (SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, v. 2, p. 2).

²²³Nesse sentido: “La responsabilidad penal, por ser personalísima, implica que solo puede hacerse efectiva en cabeza del penalmente responsable, al paso que la civil, en la medida en que persigue la indemnización de perjuicios, puede pretenderse del que causó el daño o de sus herederos o sucesores.” (GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Responsabilidad civil y responsabilidad penal, cit., p. 33). Consequentemente, tão somente o autor do delito poderá sofrer a imputação em ação penal, diversamente do que se verifica no campo civil: “a ação penal pôde ser exercida sómente contra os autores ou cúmplices do crime ou contravenção por ser a responsabilidade penal exclusivamente pessoal (...), ao passo que a ação civil pôde ser exercida também contra os herdeiros de delinquentes e contra as pessoas que a lei declara civilmente responsáveis.” (SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livr. Magalhães, 1937. p. 68).

²²⁴Nesse sentido: “O Direito Penal primitivo caracterizou-se pela responsabilidade objetiva, isto é, pela simples produção do resultado. Porém, essa forma de responsabilidade objetiva está praticamente erradicada do direito Penal contemporâneo, vigindo o princípio *nullum crimen sine culpa*”. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., v. 1, p. 63). “Da mesma forma que as outras garantias penais, ou quiçá mais, este princípio é, também, uma conquista moderna ignorada pela maioria dos ordenamentos primitivos. Na fase arcaica e jusprivatista do direito penal, quando a pena era considerada ‘vingança de sangue’, encomendada como direito-dever à parte ofendida e ao seu grupo familiar, a responsabilidade penal equiparava, solidariamente, o ofensor e seus parentes, como consequência quase exclusiva do elemento objetivo da lesão, e não da imputação direta a seu autor, nem sequer das suas intenções. Assim, no primitivo direito grego, a punição prescinde da voluntariedade do delito e, em razão de uma necessidade fatal que não distingue culpáveis de inocentes, pode alcançar não somente o ofensor, como, também, outros membros de seu círculo de parentes.” (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 447).

²²⁵Cf. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**, cit., v. 1, p. 61. De acordo com Orlando Gomes, trata-se de impropriedade falar-se em responsabilidade nos casos em que a obrigação de reparação civil surge de dano causado sem culpa do agente. Para o autor, melhor seria o emprego do vocábulo garantia, uma vez que responsabilidade decorre de uma ideia moral inseparável da imputabilidade. Afirma que o vocábulo somente é utilizado por razões de conveniência para diferenciação da responsabilidade subjetiva. (Cf. GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**, cit., p. 88 e p. 113).

somente permitida quando expressamente houver previsão em lei.²²⁶ Nesse caso, há sempre uma sensível diferença entre a pena prevista para a infração penal dolosa e a pena cabível para a infração penal culposa.²²⁷

Já no ato ilícito civil, o dever de reparação desponta seja o ato culposo ou doloso, independente de previsão legal específica. A própria ideia de culpa pode ser amplificada. Neste sentido, o Código Civil anterior previa a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*.²²⁸ No âmbito do ilícito civil a gradação da culpa somente terá relevância na hipótese de redução equitativa da indenização quando desproporcional a relação entre a culpa e o dano.²²⁹

Quanto às consequências, o ato ilícito civil sempre implica em dano, ainda que exclusivamente moral. A infração penal, por sua vez, não acarretará fatalmente dano concreto de consequências patrimoniais.²³⁰ Nesse sentido, veja-se, *e.g.*, a relevância da tentativa nos atos ilícitos civis e nos atos ilícitos penais. A tentativa somente terá repercussão no ato ilícito civil quando ensejar alguma lesão à vítima. Diferentemente, na infração penal, ainda que se trate da chamada tentativa branca, o ato será punido.²³¹ Ainda, em algumas hipóteses excepcionais, como nos casos do art. 352 do Código Penal²³² e do art. 309 do Código Eleitoral,²³³ em razão de previsão legal expressa, a tentativa é punida com a mesma pena aplicável à infração penal consumada.²³⁴ Igualmente, nas hipóteses de crimes formais, em que a consumação ocorre com a mera realização da ação típica, e de

²²⁶Código Penal. Art. 18. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

²²⁷SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, v. 2, p. 468.

²²⁸PRADO, Maria das Graças P. A reparação do dano "ex delicto" no Brasil - uma questão de vinculação de normas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 681, p. 301, jul. 1992.

²²⁹Código Civil. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²³⁰LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 26.

²³¹"No delito doloso não se pune apenas a conduta que chega a realizar-se totalmente ou que produz o resultado típico, pois a lei prevê a punição da conduta que não chega a preencher todos os elementos típicos, por permanecer numa etapa anterior de realização." (ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**, cit., p. 623).

²³²Art. 352. Reconhecer, como verdadeira, no exercício da função pública, firma ou letra que o não seja, para fins eleitorais: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular.

²³³Art. 309. Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu: Pena - detenção, de um a três anos, e multa. Parágrafo único. Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

²³⁴Trata-se da adoção da chamada teoria subjetiva para explicação da punibilidade da tentativa. Segundo Bittencourt, "A teoria subjetiva fundamenta a punibilidade da tentativa na vontade do autor contrária ao Direito. Para essa teoria o elemento moral, a vontade do agente é decisiva, porque esta é completa, perfeita. Imperfeito é o delito sob o aspecto objetivo, que não chega a consumir-se. Por isso, segundo essa teoria, a pena da tentativa deve ser a mesma do crime consumado. Desde que a vontade criminosa se manifeste nos atos de execução do fato punível, a punibilidade estará justificada." (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., v. 1, p. 539).

crimes de mera conduta, em que o tipo penal não se refere a nenhum resultado, é possível a ausência de dano patrimonial ou mesmo moral, o que não refutará a existência da infração penal.

Quanto às sanções, a responsabilidade penal culmina em uma restrição de liberdade, ressalvadas as penas de multa e as penas alternativas à prisão, enquanto a responsabilidade civil envolve tão somente restrição de patrimônio.²³⁵ O crédito decorrente desta sanção civil imposta é renunciável e transmissível, enquanto o poder-dever de aplicação da pena está fora da esfera de disponibilidade dos sujeitos envolvidos.²³⁶ Ressalte-se que as sanções penais são, ao menos formalmente, mais severas que a obrigação indenizatória do direito civil.²³⁷

A pena e a satisfação do dano são consequências distintas de responsabilidades jurídicas distintas. Em linhas gerais, são concebidas e se relacionam com o fim de prevenir ou remediar violações ao ordenamento jurídico.²³⁸ Essa visão reducionista, contudo, não é capaz de especificar as finalidades de cada instituto e no que se diferem.

Desde que historicamente separou-se da concepção de infração penal, entende-se que a principal finalidade da responsabilidade civil é a reparação dos danos.²³⁹ Isto significa, a doutrina da responsabilidade civil é primordialmente construída sobre a ideia de ressarcimento dos danos causados, até porque se preveem hipóteses de responsabilização independentemente de culpa. Nessa construção, eventual prevenção de danos é efeito colateral e não o objetivo primordialmente perseguido. A finalidade da responsabilidade civil é essencialmente reativa ou retributiva, não se prestando, em um primeiro exame, a fins preventivos.²⁴⁰

²³⁵Excepciona-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a prisão do devedor de alimentos, prevista no art. 528 do Código de Processo Civil. A prisão civil do depositário infiel, embora permitida no texto da Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, já não mais se admite desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466343, em 02 de dezembro de 2008, e edição da súmula vinculante n. 25, ambos pelo Supremo Tribunal Federal. O fundamento para tal vedação encontra-se no artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporado pelo sistema jurídico nacional com *status* supralegal.

²³⁶SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, v. 2, p. 469.

²³⁷ELIAS, Cristiano. Dos efeitos civis gerais da sentença penal, cit., p. 65.

²³⁸COSTA, José da Silva. **Estudo teorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto**, cit., p. 7-8.

²³⁹PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil, cit., p. 93. Igualmente: LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 26.

²⁴⁰“Quanto ao fim, a reparação penal persegue fins preventivos, isto é, tendem a evitar delitos futuros. Ao contrário, a responsabilidade civil busca unicamente reparar o dano causado aos prejudicados. Trata-se de fins essencialmente distintos.” (AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**, cit., p. 219).

As teorias científicas desenvolvidas para o estudo das finalidades da sanção penal, diferentemente, defrontam-se com cenário mais complexo e oferecem três interpretações fundamentais e combinações entre estas.²⁴¹ Fala-se em teorias retributivas ou absolutas e teorias relativas, estas subdivididas em modelos de prevenção geral e modelos de prevenção especial.

As teorias retributivas não encontram na pena uma finalidade socialmente útil, mas fundamentam sua aplicação na concepção de que a retribuição de um mal equilibra e expia a culpabilidade do infrator.²⁴² Trata-se de interpretação que, em seu âmago, consagra o princípio de Talião.²⁴³ Leciona Jorge de Figueiredo Dias que a congruência entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos deslegitimam as finalidades absolutas de retribuição e expiação enquanto justificativa da intervenção do sistema penal.²⁴⁴ No mesmo sentido, Roxin explica que não é possível sustentar cientificamente qualquer teoria meramente retributiva, uma vez que a finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos pelo direito penal exige que a reprimenda tenha fins sociais.²⁴⁵

As teorias relativas da pena, por sua vez, vislumbram finalidades de caráter preventivo. Parte-se de concepções de utilitarismo penal que enxergam na sanção penal meios de correição do réu, sua neutralização, dissuasão da ação criminosa e afirmação da ordem jurídica mediante reforço de seus valores lesados.²⁴⁶ Diametralmente opostas às teorias retributivas, essas teorias interpretam a pena como mecanismo destinado a evitar futuras práticas delitivas²⁴⁷ e não mera reação estatal a atos ilícitos penais pretéritos.

Os modelos preventivos dividem-se em função preventiva geral positiva e negativa e função preventiva especial. A prevenção geral representa influência da lei penal a toda comunidade. Em seu aspecto negativo exprime intimidação, representa um desestímulo a práticas delitivas em razão da ameaça de uma pena. Em sua vertente positiva, a prevenção

²⁴¹ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., t. 1, p. 81.

²⁴²Id. Ibid., p. 81-82.

²⁴³“La idea eclesiástico-religiosa del talión (ojo por ojo, diente por diente), da al instinto de venganza una medida y un objeto. El talión no es pena, como creyó Lardizabal que lo incluye entre los géneros de ésta. talión es, según San Isidoro: ‘ La similitud en la venganza, a fin de que cada uno padezca talmente como lo hizo’, y puede ser material o simbólico. Una forma de éste es el castigo en la persona de los siervos.” (JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**, cit., v. 1, p. 209).

²⁴⁴DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: as consequências jurídicas do crime, cit., p. 72.

²⁴⁵“No obstante, la teoría de la retribución ya no se puede sostener hoy científicamente. Pues, si, como se puso de manifiesto en los párrafos anteriores, la finalidad del Derecho penal consiste en la protección subsidiaria de bienes jurídicos, entonces, para el cumplimiento de este cometido, no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescindiera de todos los fines sociales.” (ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., t. 1, p. 84).

²⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, cit., p. 244-245.

²⁴⁷ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., t. 1, p. 85.

geral constitui-se na reafirmação da vigência, da eficácia e dos valores de um ordenamento jurídico.²⁴⁸ Já a prevenção especial tem como destinatário o agente infrator e busca por meio de sua ressocialização inibir o cometimento de futuras infrações penais.²⁴⁹

Por fim, como última diferença, não propriamente entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal, mas entre a responsabilização jurídica decorrente desses, tem-se a necessidade do processo penal, representada pelo brocardo *nulla poena sine iudicio*.²⁵⁰ No campo do direito civil, o direito envolvido é, em regra, disponível. Salvo excepcionais hipóteses, não há necessidade da tutela jurisdicional para a adjudicação do direito.²⁵¹

A responsabilidade penal, diferentemente, dado o seu caráter público, somente pode se efetivar por meio do devido processo penal, de modo que a vontade das partes ou a execução voluntária da pena não tem qualquer idoneidade prática.²⁵² Nesse contexto, a necessidade do processo penal possui um duplo aspecto; significa tanto um limite para a atuação estatal, quanto um limite à vontade do acusado.²⁵³ Não por outras razões é impossível falar em lide no processo penal, uma vez que “pouco importa que haja qualquer atuação e resistência, ou insatisfação” no processo penal, basta a ocorrência da infração penal.²⁵⁴

Em resumo, o ato ilícito civil e o ato ilícito penal não são diferentes em sua essência. Atos concretos são definidos como um ou outro mediante valoração e escolha política pelo legislador. Conseqüentemente, toda disparidade entre ambos será extrínseca e decorrente do sistema positivo de coibição de violação ao direito em que estão alocados. Em última análise, a distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal exprime a diferença de seleção de valores, condutas, finalidades e mecanismos de funcionamento

²⁴⁸Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito, cit., t. 1, p. 91.

²⁴⁹HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**, cit., p. 374.

²⁵⁰“Existe uma íntima e imprescindível relação entre delito, pena e processo, de modo que são complementares. Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 51).

²⁵¹Faz-se ressalva às hipóteses em que o direito é indisponível, como nos casos de destituição do poder familiar, em que o processo é necessário, independente da voluntariedade das partes no cumprimento da lei, e nas hipóteses de jurisdição voluntária, em que a participação do Poder Judiciário é necessária para a liberação de eficácia jurídica do negócio pretendido pelas partes. (Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 202-204).

²⁵²FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934. p. 16.

²⁵³BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**, cit., p. 204.

²⁵⁴TUCCI, Rogério Lauria. Visão do direito processual penal moderno. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal, 7**: críticas e sugestões: justiça criminal moderna, proteção a vítima e a testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 14.

entre sistema do direito penal e o sistema do direito civil em um determinado contexto histórico.

1.4 Reaproximação das responsabilidades civil e penal: revalorização da vítima e prevenção geral

Conforme estudado, a distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal, com a consequente consolidação da separação entre as responsabilidades jurídicas decorrentes, é o produto resultante de um processo histórico iniciado no século XVIII e concluído no século XIX.²⁵⁵ Atualmente, entretanto, é possível observar novos movimentos de reaproximação entre as duas esferas, reforçando os pontos de contato entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil. O desenvolvimento gradativo de aspectos de contiguidade representa verdade crise paradigmática aos tradicionais critérios distintivos estudados.

Tal reaproximação explica-se, primordialmente, por dois fatores. No âmbito penal, a crescente preocupação com as vítimas, sua participação no processo e na solução da questão penal conduz a reflexões e discussões sobre temas de conciliação e reparação dos danos dentro do processo penal.²⁵⁶ Nesta linha, mecanismos conciliatórios e reparatórios têm se desenvolvido, em especial, com finalidade de superar os insucessos da ressocialização ou reinserção dos condenados à sociedade pelo cumprimento de pena carcerária.²⁵⁷

²⁵⁵PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**, cit.

²⁵⁶“A antiga alocação da reparação exclusivamente no campo do Direito civil vem sendo relativizada, na medida em que ela vem sendo introduzida no sistema penal seja por meio da atenuação de parcela da pena ensejada pela reparação do dano pelo autor, seja por meio de acordos reparatórios, causas de extinção da punibilidade e até mesmo como sanção autônoma.” (Id. Ibid.).

²⁵⁷CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Alternativas a la pena privativa de libertad: sistemas de conciliación delincente-víctima. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 18, n. 23, p. 25, 1995/1996. Igualmente: “Nos últimos anos, tal visão, associada ao claro desejo de modernização da Justiça Penal, levou a significativas mudanças que foram materializadas com o aprimoramento dos mecanismos alternativos de solução do conflito. São exemplos a composição civil e a suspensão condicional do processo. Ambas, contudo, ainda focam a vítima sob uma perspectiva preponderantemente patrimonial. Mais recentemente, esta dimensão atingiu o seu clímax com a possibilidade de fixação, na própria sentença condenatória, de um valor mínimo a título de reparação civil. Todos estes fenômenos, note-se, refletem o anseio por uma maior eficiência da Justiça mediante a redução das distâncias entre as esferas civil e penal.” (ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Mulheres de Atenas, meninos do Brasil. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 220, mar. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4305-Mulheres-de-Atenas-meninos-do-Brasil>. Acesso em: 20 maio 2016).

Por outro lado, na área do direito civil, tem se resgatado um caráter preventivo à responsabilidade civil,²⁵⁸ e não apenas reparatório. Não por outras razões, a criminologia crítica tem considerado determinadas características e mecanismos do direito civil adequados à solução do caso penal.²⁵⁹ Somado a isto, observa-se a crescente tendência em se atribuir um caráter repressivo à responsabilidade civil,²⁶⁰ como no caso da chamada responsabilidade civil punitiva.

1.4.1 Movimento de revalorização da vítima no processo penal

A construção do direito internacional dos direitos humanos, resultante do panorama pós-guerra, materializado pelo alastramento de documentos internacionais e pela fundação de sistemas regionais de proteção, carrega, em sua essência, a preocupação com as vítimas do conflito penal. Trata-se de uma tendência internacional, em superação de um modelo unidirecional do Direito Penal, orientado somente ao agente criminoso.²⁶¹

Essa tendência internacional acarreta a revalorização do ofendido nos diversos cenários processuais penais de caráter nacional. Há a expectativa de que a vítima represente função de maior relevo na justiça penal. Isto promoverá a exasperação da legitimidade das decisões judiciais e a redução dos níveis de tensão decorrentes de uma sensação de ausência de respostas.²⁶²

²⁵⁸PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**, cit.

²⁵⁹MACHADO, Máira Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil, cit., p. 327-328. Também: “In modern criminology reparation is one of the well established theories of punishment which provides opportunity to the victim of a crime to recover the loss or damage created by the crime either under the concept of restitution or compensation.” (NIRIELLA, Jeeva. Restitution or compensation to the victim of crime. **Sri Lanka Journal of International Law**, Colombo, v. 15, p. 140, 2003).

²⁶⁰MACHADO, Máira Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil, cit., p. 327-328.

²⁶¹Nesse sentido: “Actualmente puede decirse que el tema del rol de la víctima en el Derecho Penal, en general – esto es, incluyendo al Derecho Procesal Penal – es un tema de moda, surgido como reacción a una historia de unidireccionalidad del Derecho Penal, orientado sólo hacia el “delincuente”. Em general, esta moda puede caracterizarse como una tendencia a la “revalorización” del papel del interés de la víctima del hecho punible dentro de las prácticas penales estatales (...).” (FERRANTE, Marcelo. El convidado de piedra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal, cit., p. 85). No mesmo sentido, conferir: HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. Tradução de Elena Carranza. In: MAIER, Julio B. (Org.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 55.

²⁶²ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A participação das vítimas perante o tribunal penal internacional. Uma análise à luz do caso Lubanga Dyilo. In: AMBOS, Kai; STEINER, Christian (Eds.). **Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014. p. 140. No mesmo

A revalorização da vítima do conflito penal dentro dos mecanismos oficiais de persecução penais implica duas consequências diretas. Primeiramente, tornam-se dignos de maiores considerações os interesses extrapenais da vítima lesionados pela infração penal praticada. Isto significa, os interesses extrapenais titularizados pelo ofendido, ainda que sejam de caráter essencialmente privado, passam a receber mais profundas ponderações dentro do próprio processo penal. Em segundo lugar, a participação da própria vítima assume relevância, entendida agora como significativa para a pacificação do conflito penal.²⁶³ Assim, aliada à satisfação de seus interesses privados, a cooperação do lesionado demanda a elaboração de mecanismos processuais de autocomposição entre vítima e imputado.²⁶⁴

O estudo do resgate histórico da importância da vítima dentro do processo penal pressupõe o estabelecimento de seu conceito jurídico. Originariamente, na Antiguidade, o conceito de vítima é relacionado à pessoa cuja vida é oferecida em um ato de sacrifício de caráter religioso. A palavra, entretanto, no decorrer histórico, assumiu diferentes significados até culminar em sua atual concepção.²⁶⁵

Relevantes, nesse ponto, são as contribuições da vitimologia. A teoria criminológica da vítima desenvolveu-se durante a segunda metade do século passado.²⁶⁶ Surgiu a partir da necessidade de considerar a participação da vítima e sua interação com o sujeito delituoso na ocorrência do crime. Buscou-se superar a perspectiva ingênua de que o

sentido: “The injured citizen, the convicted felon and the justice system benefit from the involvement of the victim in the judicial process. Bringing the victim into the criminal process removes some of the crime's emotional impact as the citizen sees his injury vindicated through the legal process. Including the victim also removes his fear of the unknown, the courtroom and the trial process, as a doctor quiets a patient's fears about pending surgery. A victim who is involved in the prosecution from the first complaint to sentencing is more likely to feel justice has been served and is more likely to have a favorable impression of the justice system.” (PIERSON, Frances L. Victim compensation through sentencing. *Colonial Law*, v. 14, n. 19, p. 20, 1984-1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?filename=7&article=1022&context=wmcl&type=additional>>. Acesso em: 20 maio 2017).

²⁶³CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 146. Igualmente: “Salienta-se que a preocupação com a vítima e sua efetiva atuação no procedimento e processo criminais é uma importante medida de política criminal, uma vez que, para a elucidação de diversas infrações penais, depende-se, muitas vezes, da contribuição efetiva da vítima, que, se for menosprezada pelo Estado, jamais noticiará o ilícito penal.” (SILVA, Ivan Luiz da; SANTOS, Gustavo Ataíde Fernandes. A contribuição da vítima para a solução do conflito criminal nos processos de competência dos juizados especiais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 207, p. 60, jul./set. 2015).

²⁶⁴SILVA, Germano Marques da. A mediação penal: em busca de um novo paradigma? In: PELIKAN, Christa et al. **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 104.

²⁶⁵“The concept of victim dates back to ancient cultures and civilizations, such as that of the ancient Hebrews. Its original meaning was rooted in the idea of sacrifice or scapegoat - the execution or casting out of a person. Over the centuries, the word 'victim' came to have additional meanings.” (NIRIELLA, Jeeva. Restitution or compensation to the victim of crime, cit., p. 139).

²⁶⁶HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**, cit., p. 111.

ofendido em nada contribuiria para prática do delito, bastando o estudo social ou biopsicológico do criminoso para sua compreensão.²⁶⁷

Inicialmente, quando ainda se tratava de uma ciência nova, utilizavam-se conceitos próximos aos empregados pela linguagem comum. A evolução do estudo da vitimologia e a perquirição pelo rigor terminológico culminaram em um significado mais amplo do vocábulo. A noção de que toda pessoa que sofre alguma lesão por causas alheias ao seu controle passou a ser compreendida pelo conceito de vítima.²⁶⁸ Nesse raciocínio, a concepção de vítima abrange as ideias de vitimização primária e de vitimização secundária. Aquelas se referem às pessoas que diretamente suportam o dano, enquanto essas dizem respeito os indivíduos que, conectados à vítima primária, indiretamente sofrem as consequências do ato criminoso.²⁶⁹

Quanto à conceituação jurídica de vítima, Antônio Scarance Fernandes aponta duas principais dificuldades para sua determinação. A primeira consiste na possibilidade de desenvolvimento de um conceito amplo e de um restrito, reduzido ou não à vítima penal. O segundo obstáculo advém da diversidade de papéis que a vítima pode desempenhar dentro do processo penal.²⁷⁰

Em uma acepção ampla, “seriam vítimas as pessoas que, em razão de da ofensa a uma norma jurídica substantiva, viessem a sofrer algum prejuízo, algum dano, alguma lesão”.²⁷¹ Em conceituação restrita, a vítima restringe-se aquela que sofre lesão decorrente da prática de ato definido enquanto ato ilícito penal.

A Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das

²⁶⁷SILVA, Ivan Luiz da; SANTOS, Gustavo Ataíde Fernandes. A contribuição da vítima para a solução do conflito criminal nos processos de competência dos juizados especiais, cit., p. 47. Do mesmo modo, valiosa a lição de Jorge de Figueiredo Dias: “(...) já no fim da década de 50 se levantava um clamor geral no sentido de uma mais extensa e aprofundada consideração e investigação do papel, dos interesses e da protecção da vítima no universo penal: tanto ao nível do direito penal substantivo, como do direito processual penal, como da criminologia, como, em suma, da política criminal global; e se reclamava mesmo a criação ed uma disciplina autónoma no conjunto das ciências penais, a vitimologia, como única forma de prestar justiça ao relevo, à multiplicidade, à diversidade, mas também à especificidade das questões científicas que neste âmbito se suscitam.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: as consequências jurídicas do crime**, cit., p. 75-76).

²⁶⁸NIRIELLA, Jeeva. Restitution or compensation to the victim of crime, cit., p. 142.

²⁶⁹Id. Ibid., p. 142-143. Nesse sentido, há posição de que o próprio alijamento dos interesses da vítima dentro do processo penal seja uma forma de vitimização secundária: “A crime victim in America is victimized twice: first, by an attacker and second, by a system which ignores crime victims and their needs. The criminal justice system designed to prevent crime and punish violations ignores the very citizens the system is designed to protect.” (PIERSON, Frances L. Victim compensation through sentencing, cit., p. 19).

²⁷⁰FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 41.

²⁷¹Id. Ibid., p. 41.

Nações Unidas, em novembro de 1985, por meio da Resolução nº 40/34, inserida no movimento de construção do direito internacional dos direitos humanos, por sua vez, define a vítima no artigo 1º e no artigo 2º de seu Anexo:

1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proibem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e qualquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo vítima, inclui, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.²⁷²

Limitada à análise dentro do processo penal, o embaraço na conceituação da vítima refere-se às diferentes posições que assume dentro do próprio processo. Nesse sentido, o Código de Processo Penal utiliza-se dos vocábulos vítima, ofendido e lesado. Embora o faça sem precisão terminológica ou científica, Antônio Scarance Fernandes afirma que é possível depreender certa coerência em seu emprego.²⁷³ O termo vítima é utilizado pelo diploma processual penal nos artigos 13-A²⁷⁴, 13-B, *caput*,²⁷⁵ e §4º²⁷⁶, 185, §2º, III²⁷⁷, 187,

²⁷²NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução nº 40/34**. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. 29 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclPrincBasJusVitCrimAbuPod.html>>. Acesso em: 20 maio 2017.

²⁷³FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 50.

²⁷⁴Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no § 3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos.

²⁷⁵Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.

²⁷⁶Art. 13-B. § 4º. Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

²⁷⁷Art. 185. § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código.

§2º, V²⁷⁸, 240, §1º, alínea g²⁷⁹ e 530-F.²⁸⁰ De modo geral, a aplicação da expressão vítima liga-se preponderantemente ao sujeito passivo da infração penal. Não há, propriamente, referência à vítima em um sentido processual.²⁸¹ Veja-se que o art. 13-B, *caput*, e §4º fala em “localização da vítima”. Igualmente, o art. 240, §1º, alínea g, refere-se a busca e apreensão de vítima.

Quanto ao vocábulo lesado, este é empregado pelo Código de Processo Penal nos artigos 119,²⁸² 122, parágrafo único,²⁸³ e art. 133, parágrafo único.²⁸⁴ Seu uso concentra-se nos dispositivos que tratam de formas de reparação de dano.²⁸⁵ E não poderia ser diferente, haja vista que o termo lesado evoca aquele que sofreu um dano civil e, não necessariamente, coincide com a vítima do delito.²⁸⁶

O termo ofendido, por sua vez, tem utilização mais ampla. Refere-se ao titular do direito de ação penal de iniciativa privada, ao legitimado à representação nos casos de ação penal condicionada, ao legitimado para habilitar-se enquanto assistente de acusação e para requerer medidas cautelares de natureza real e mesmo de natureza pessoal.²⁸⁷ Também tem seu depoimento regulamentado enquanto meio de prova no artigo 201 e seguintes, sendo certo que não se confunde com a prova testemunhal.²⁸⁸ Assim, a utilização do vocábulo dá-se em dimensão extensa, não apenas substantiva, mas também processual.

²⁷⁸Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. § 2º Na segunda parte será perguntado sobre: V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas;

²⁷⁹Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: g) apreender pessoas vítimas de crimes;

²⁸⁰Art. 530-F. Ressalvada a possibilidade de se preservar o corpo de delito, o juiz poderá determinar, a requerimento da vítima, a destruição da produção ou reprodução apreendida quando não houver impugnação quanto à sua ilicitude ou quando a ação penal não puder ser iniciada por falta de determinação de quem seja o autor do ilícito.

²⁸¹FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 50.

²⁸²Art. 119. As coisas a que se referem os arts. 74 e 100 do Código Penal não poderão ser restituídas, mesmo depois de transitar em julgado a sentença final, salvo se pertencerem ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

²⁸³Art. 122. Sem prejuízo do disposto nos arts. 120 e 133, decorrido o prazo de 90 dias, após transitar em julgado a sentença condenatória, o juiz decretará, se for caso, a perda, em favor da União, das coisas apreendidas (art. 74, II, a e b do Código Penal) e ordenará que sejam vendidas em leilão público. Parágrafo único. Do dinheiro apurado será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

²⁸⁴Art. 133. Transitada em julgado a sentença condenatória, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado, determinará a avaliação e a venda dos bens em leilão público. Parágrafo único. Do dinheiro apurado, será recolhido ao Tesouro Nacional o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé.

²⁸⁵FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 50.

²⁸⁶“Há que se distinguir o ofendido do lesado. O ofendido é a vítima do crime, no sentido de que é o titular dos interesses que a lei penal visa proteger. O lesado é quem sofre os prejuízos.” (MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 137). Tal conceituação, entretanto, não é precisa, na medida em que não apreende a dimensão processual do conceito de ofendido.

²⁸⁷FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 51.

²⁸⁸“Que o ofendido não deve ser equiparado às testemunhas já ensinava o Direito romano (...). O depoimento do ofendido diverge do da testemunha não só pela diversa atitude intelectual como pela disposição da

Historicamente, vítima e acusação se confundiam.²⁸⁹ Desde a fase de justiça privada, competia ao ofendido o exercício da imputação contra o criminoso.²⁹⁰ Sua importância no processo penal começa a esmorecer na Idade Média, época em que os senhores feudais, reis e Igreja tornam-se responsáveis pela iniciativa dos procedimentos e responsabilização dos culpados.²⁹¹ O alijamento da vítima do processo penal afirma-se com a formação do Estado moderno, a elaboração do consequente direito penal estatal²⁹² e o assentamento da ação penal pública.²⁹³

A consolidação da separação penal e civil torna a vítima mero objeto do processo penal. O ofendido deixa de protagonizar o papel de parte e converte-se em mero informante do procedimento apuratório.²⁹⁴ Com esta definição, “a vítima e a solução privada, negociada e disponível, são definitivamente afastadas do sistema penal e passam a

vontade. Sob o primeiro aspecto, o ofendido estaria até mais capacitado para dizer a verdade que a testemunha: o interesse com que presencia a ação é, em geral, muito maior e daí a maior atenção que lhe permite perceber minúcias que à testemunha passam despercebidas. É verdade que a paixão e a emoção podem turbá-lo e neste caso, ao contrário, a atenção dêle será menor do que a dos terceiros. Quanto à vontade, o ofendido é sempre um depoente inferior à testemunha. O sentimento de que está possuído, a justa indignação, a dor da ofensa, não o deixam livre para determinar-se com serenidade e frieza.” (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 4. p. 445-446).

²⁸⁹SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. Tradução de Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coords.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 117.

²⁹⁰“Remitiéndose a la historia se apunta que la persona de la víctima estaba presente en la solución del conflicto cuando ‘reinaba la composición (...) y el sistema acusatorio privado’ (CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 21). No mesmo sentido: GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 30, n. 37, p. 39, 2009.

²⁹¹FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 15. “La víctima, como anota Maier, fue desalojada de este pedestal, abruptamente, por la inquisición que expropió todas sus facultades al crear la persecución penal pública.” (p. 95-96).

²⁹²“O Direito penal estatal surge com a neutralização da vítima. A luta dos historiadores do Direito apoia-se no fato de que o Direito Penal germânico deve qualificar-se como um ‘precedente’, um ‘início’ ou como algo completamente diferente do Direito penal estatal; em todo caso, está claro que um sistema jurídico-penal somente pode se desenvolver se a vítima for afastada de sua posição natural em face do autor.” (HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**, cit., p. 113).

²⁹³“O controle do crime passa das ações privadas da vítima, socialmente toleradas, para o órgão estatal. O Estado é o detentor do monopólio de reação jurídico-penal, somente ele pode impor à força o interesse da vítima. À vítima é proibido impor uma pena como castigo ao autor pela lesão de seu interesse.” (Id. Ibid., p. 114). “El modelo mismo de proceso penal, como proceso de actuación de una ley penal – o de coacción estatal -, se estructura a partir de la exclusión del interés personal de la víctima.” (FERRANTE, Marcelo. El convidado de piedra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal, cit., p. 94). “al erigirse la persecución penal en pública y aparecer la ‘pena estatal’ como coacción (en verdad como ‘amenaza preventiva’), ‘el conflicto se estatiza’, la víctima y el interés en su reparación pasan a ocupar un lugar secundario en el sistema.” (CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 21). Ainda, cf. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Alternativas a la pena privativa de libertad: sistemas de conciliación delincuente-víctima, cit., p. 24.

²⁹⁴CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 21. FERRANTE, Marcelo. El convidado de piedra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal, cit., p. 102-103.

ser vistas como categorias reservadas aos assuntos do Direito civil.”²⁹⁵ Trata-se, em verdade, de um segundo plano de vitimização, na medida em que o tratamento que lhe é reservado pelas instâncias oficiais do Estado, desde sua apresentação em sede de investigação, caracteriza-se pela extrema impessoalidade e distância. Desse modo, experimenta a sensação de mera instrumentalização, perda de tempo e recursos.²⁹⁶

Recentemente, entretanto, como já afirmado, há forte movimento de revitalização do papel da vítima e tutela de seus direitos dentro do processo penal. Trata-se de tendência internacional desenvolvida junto da construção do direito internacional dos direitos humanos. Nesta dinâmica, diversos ordenamentos jurídicos nacionais têm fortalecido os direitos do lesionado pelo ato ilícito penal.²⁹⁷ Não faltam, inclusive, doutrinadores que defendam a reestruturação do Ministério Público para que, de ofício, passe atuar em favor do ofendido.²⁹⁸ Em sentido bastante próximo, o art. 245 da Constituição Federal de 1988 determina que a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

O direito penal crítico e a criminologia crítica são, igualmente, fatores de reconquista de espaço no processo penal pela vítima. Preconiza-se a necessidade de que o sistema penal atenda e resolva o conflito estabelecido entre autor vítima, decorrente da prática do delito.²⁹⁹ Nesse sentido, pensadores da criminologia crítica elegem a definição dos fatos tal como afirmados pelo ofendido, bem como suas necessidades expressas originadas pela prática do ato ilícito, como ponto de partida de qualquer intervenção pública.³⁰⁰

²⁹⁵PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**, cit.

²⁹⁶AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**, cit., p. 136. Em sentido contrário, para quem a vítima nunca deixou de ter seus interesses tutelados pela justiça penal, cf. CÓRDOBA ÂNGULO, Miguel. *Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano. Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, v. 24, n. 75, p. 75-76, 2003.

²⁹⁷SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas, cit., p. 118.

²⁹⁸SOUZA, Juarez de. Fundamentos para uma política de acesso a reparação civil por danos criminais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 197, p. 23, jan./mar. 2013.

²⁹⁹CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 42.

³⁰⁰HULSMAN, Louk. **Pensar en clave abolicionista**. Tradução de Alejandra Vallespir. Buenos Aires: CINAP, 1997. p. 110.

A reconciliação é colocada como alternativa ao modelo penal tradicional, chave para o combate efetivo à criminalidade³⁰¹ e adequada tutela dos direitos das vítimas.³⁰² Trata-se de procedimento cuja efetividade depende da concretização de duas principais etapas. A primeira delas consiste na definição de uma compensação para as vítimas do ato ilícito penal. A solução do conflito exige a reparação dos danos provocados. A segunda etapa relaciona-se à mediação entre ofendido e ofensor em busca do restabelecimento da paz.³⁰³

A adoção de instrumentos de reconciliação dentro do processo penal tem origem em um longo processo ideológico que compreende o direito repressivo penal tradicional enquanto mecanismo lento, ineficaz e estigmatizante. Entretanto, remanescem posições doutrinárias que resistem a tais inovações e alertam para um suposto perigo na adoção da reconciliação e ferramentas de mediação dentro do processo penal. Afirma-se que a composição entre ofensor e ofendido sem a clara definição de quem agiu ilicitamente e a imposição de um castigo a este enfraquece o efeito preventivo da justiça penal.³⁰⁴ Em última análise, trata-se de embate acerca dos fundamentos do direito penal.

De qualquer forma, a gradual aceitação e implementação de mecanismos autocompositivos entre vítima e ofensor pressupõe uma reformulação das atribuições da vítima dentro do processo penal.

A participação no processo e o direito de ação não podem ser atribuídos a qualquer pessoa, mas somente àquele que se afirme titular de um interesse legitimamente passível de tutela estatal.³⁰⁵ Isto significa, o direito de ação e o direito de participação, distintos entre si, somente podem ter operatividade nos campos jurídicos em que as pessoas tenham interesses materiais protegidos pelo ordenamento jurídico.³⁰⁶

³⁰¹Afirma-se que não apenas a conciliação entre ofendido e ofensor produz resultados mais benéficos que a aplicação do direito repressivo tradicional, mas também que a participação ativa e efetiva da vítima é um mecanismo oportuno de combate à cifra negra de criminalidade. Neste sentido, cf. CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Alternativas a la pena privativa de libertad: sistemas de conciliación delinciente-víctima, cit., p. 26.

³⁰²“Justamente há sido esta preocupación por la efectividad de la protección a la víctima la que há inspirado las normas corrientes de la doctrina penal para insistir en la integración sistemática de la reparación dentro de las modalidades propuestas por la nueva penología.” (CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 17).

³⁰³Cf. CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**, cit., p. 146.

³⁰⁴Cf. SILVA, Germano Marques da. A mediação penal: em busca de um novo paradigma?, cit., p. 104-105.

³⁰⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011. p. 114. BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La acción penal y la víctima em el derecho chileno. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 37, p. 519, 2011.

³⁰⁶Id. Ibid., p. 520.

O reconhecimento deste espaço ao ofendido conduz, forçosamente, à conclusão de que seus interesses, ou, ao menos alguns deles, admitem tutela jurisdicional dentro do processo penal. Trata-se, portanto, de indicativo de reaproximação entre o ato ilícito penal, cuja sanção tradicionalmente se compreende de interesse público, e o ato ilícito civil, cuja reparação entende-se de interesse privado desde a formulação da teoria da responsabilidade civil.

No âmbito supranacional, Tribunais de direitos humanos têm reconhecido o direito de participação das vítimas na persecução penal.

Dentro do sistema regional americano de proteção de direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve a oportunidade de manifestar-se sobre a questão no caso *Blake v. Guatemala*.³⁰⁷ Dentre as violações suscitadas e submetidas à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, concerne a esta pesquisa a transgressão ao artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos.³⁰⁸

Segundo a Comissão IDH, o Estado réu descumpriu com sua obrigação de propiciar um recurso judicial simples, de forma rápida e eficaz aos familiares da vítima Nicholas

³⁰⁷Os fatos retratados no caso referem-se ao desaparecimento e assassinato dos cidadãos americanos Nicholas Blake, jornalista, e Griffith Davis, fotógrafo, por uma patrulha civil da aldeia de El Llano no ano de 1985. Consta que os corpos das vítimas somente foram encontrados em 1992, sendo que, durante seu desaparecimento, os familiares de Blake iniciaram uma série de ações judiciais, infrutíferas, a fim de localizá-lo. O caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 03 de agosto de 1995, sendo a sentença de mérito proferida em 24 de janeiro de 1998. Alegou-se violação aos artigos 4º, 5º, 7º, 8º, 13, 22 e 25, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ao final, a Corte IDH condenou o Estado da Guatemala a investigar os fatos narrados no caso, a fim de identificar e punir seus responsáveis. Igualmente, o Estado réu foi condenado ao pagamento de indenizações aos familiares das vítimas. (Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CORTE IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Sentencia de 24 de enero de 1998. Série C, n. 36. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017).

³⁰⁸CADH. Artigo 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal; b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Blake, executado por agentes de policia do Estado réu da Guatemala. Soma-se a isto o fato de que as autoridades estatais negaram o conhecimento das circunstâncias do caso, de modo que impediram aos familiares de Blake o direito a um processo judicial independente, em prazo razoável, destinado à apuração dos fatos e recebimento de uma justa reparação.³⁰⁹

A Corte IDH decidiu que o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos deve comportar interpretação ampla, de modo que também deve tutelar garantias judiciais aos familiares da vítima, incluído seu direito de participação nos processos judiciais de natureza penal.³¹⁰ O reconhecimento da violação ao referido dispositivo contou com o voto divergente do juiz Alejandro Montiel Argüello. Segundo entendimento deste, não houve transgressão ao dispositivo concernente às garantias judiciais da vítima ou de seus familiares na medida em que estes optaram por realizar investigações de forma privada.³¹¹ O direito de participação na persecução penal, entretanto, permanece reconhecido.

O Tribunal Penal Internacional, por sua vez, fundamentado em precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, reconheceu, no caso Lubanga Dyilo, um direito de participação das vítimas no processo penal.³¹² Sua participação dá-se por meio de manifestações e arrazoados, sendo-lhes, contudo, vedada a participação ativa na produção da prova, seja quanto à prova oral em audiência, seja na produção de novas provas relacionadas a novos aspectos fáticos pertinentes à acusação. Isto, porque as vítimas não detém o domínio da tese acusatória, de modo que não lhes podem ser autorizada a intervenção apta a alterar o substrato da acusação.³¹³

³⁰⁹CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CORTE IDH. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Sentencia de 24 de enero de 1998. Série C, n. 36, cit., cf. parágrafo 91.

³¹⁰Id. Ibid., cf. parágrafos 96 e 97.

³¹¹“1. He votado en contra del número 1 de la parte resolutive de la sentencia sobre el fondo en el caso Blake porque a mi juicio el Estado de Guatemala no ha violado el artículo 8.1 de la Convención. 2. En efecto, esa disposición consagra el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente, y en el caso que ahora se resuelve no encuentro que ese derecho haya sido negado a persona alguna. 3. Los familiares del señor Blake optaron por hacer investigaciones en forma privada y no han participado en el proceso que se sigue ante los tribunales guatemaltecos para investigar las personas responsables de la desaparición y muerte del señor Blake.” (Id. Ibid. cf. voto disidente do juiz Alejandro Montiel Argüello).

³¹²Cf. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A participação das vítimas perante o tribunal penal internacional. Uma análise à luz do caso Lubanga Dyilo, cit., p. 111.

³¹³Id. Ibid., p. 117-118.

Os reflexos deste movimento de revalorização do papel da vítima no processo penal e da reaproximação entre a persecução penal e a reparação dos danos suportados pelo ofendido também se fizeram presentes em recentes alterações no ordenamento jurídico nacional. Inicialmente, houve a promulgação da Lei 9.099/95, cujo texto transparece intensa preocupação com a vítima. Em especial, dispõe sobre a composição dos danos civis, cuja homologação pelo juiz constitui título executivo judicial, e acerca da reparação dos danos na suspensão condicional do processo.³¹⁴

Mais recentes exemplos desta assertiva também podem ser encontrados na reforma processual promovida pela Lei n. 11.690/08.³¹⁵ Essa alterou o art. 201 do Código de Processo Penal e impôs: a) a oitiva do ofendido sempre que possível (art. 201, *caput*); b) a intimação do ofendido acerca de atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (art. 201, §1º); c) a reserva de espaço separado ao ofendido antes do início da audiência e durante sua realização (art. 201, §4º); d) o encaminhamento do ofendido para atendimento multidisciplinar, sempre que o juiz entendê-lo necessário, às expensas do ofensor ou do Estado (art. 201, §5º); e) a adoção das providências necessárias, pelo juiz, à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação (art. 201, §6º).

Sobre o mesmo eixo, a Lei nº 11.719/08, também integrante da grande reforma processual ocorrida no ano de 2008 sobre Código de Processo Penal em vigor, alterou a redação do art. 387, IV deste diploma. Com as modificações impostas, o citado dispositivo passou a prever que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará o valor mínimo para

³¹⁴“A preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação civil da reparação dos danos na suspensão condicional do processo. No campo penal, a transação civil homologada pelo juiz em grande parte dos casos configura causa extintiva de punibilidade, o que representa outra inovação do nosso sistema.” (FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flavio; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 15).

³¹⁵Nesse sentido: “As inovações introduzidas pela Lei 11.690/2008 no Capítulo V, do Título VII, do Código de Processo Penal não dizem propriamente respeito à disciplina da prova, mas à tutela do ofendido no processo penal. (...) As novas previsões, certamente influenciadas pela moderna tendência de conferir maior proteção à vítima, dizem respeito à sua participação em atos processuais (§§ 2º, 3º e 4º do art. 201), a medidas de atendimento pessoal (§5º) e à preservação de direitos da personalidade (§6º).” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 281.

reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.³¹⁶

1.4.2 A prevenção geral pela responsabilidade civil

Dentre os paradigmas diferenciadores entre a sanção penal e o dever de recompor os danos civis provocados pelo ato ilícito está o caráter eminentemente preventivo daquela. Esse cariz preventivo refere-se tanto ao agente infrator, quando então se fala em prevenção especial, quanto à generalidade das pessoas que se submetem a dado ordenamento jurídico, quando então classifica-se como prevenção geral.

A destinação da reprimenda à prevenção geral comporta efeitos positivos e negativos. Seus efeitos positivos decorrem da reafirmação de validade e eficácia da norma violada pelo agente sancionado. Seus efeitos ditos negativos decorrem da capacidade intimidatória representada pela sanção penal. Isto significa, os atributos aflitivos da pena, e tanto mais se considerada a pena preventiva de liberdade, possuem a aptidão de coibir práticas delitivas pela ameaça de sua aplicação.

Esse referencial distintivo entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal, contudo, é colocado em xeque na medida em que significativas linhas de pensamento inserem ou reconhecem os mesmos efeitos preventivos ao dever de reparação civil do danos.³¹⁷

Já a escola criminológica positiva apontava a reparação patrimonial decorrente de ilícito penal como assunto de direito público.³¹⁸ Para a escola positiva, existia uma diferença essencial entre as indenizações civis e o dever de reparação civil decorrente da infração penal. Isto, porque nesta há interesse público na restauração da norma jurídica violada pela conduta do agente infrator, na qual se inclui não apenas a punição deste, mas

³¹⁶No sentido de que tal inovação legislativa constitua clímax do movimento de mudanças operadas desde a revalorização da vítima no processo penal, Cf. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Mulheres de Atenas, meninos do Brasil*, cit.

³¹⁷“Estudando as instituições complementares do regimen penitenciário, vê Bonneville na satisfação um meio poderoso, que eficazmente concorre para que se devolvam os fins ethicos e juridicos das penas.” (COSTA, José da Silva. *Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto*, cit., p. 8).

³¹⁸NUÑEZ, Ricardo. *La acción civil en el proceso penal*, cit., p. 21.

também à restituição do estado anterior.³¹⁹ Trata-se do reconhecimento da função de prevenção geral positiva ao dever de reparação civil.

Enrico Ferri, em sua obra “Sociologia Criminal”, desenvolveu a teoria dos substitutivos penais. Esses consistem em medidas que antecedem a repressão penal, último mecanismo de defesa social, a fim de minorar os fatores sociais do crime.³²⁰ Dentre esses substitutivos, Ferri menciona a utilização do direito como mecanismo de prevenção, incluindo aqui sanções tipicamente de direito civil ou de direito administrativo. Pugna-se pela formação de um único sistema, dotado de medidas jurídicas de direito civil ou penal, mas que eficazes à prevenção e repressão de atos antissociais.³²¹

A criminologia crítica e, em especial, o abolicionismo penal, defendem que a reparação civil seja concebida como medida substitutiva, relativa ou absoluta, à sanção penal.³²² Os argumentos favoráveis à solução propugnada são de três ordens. Primeiramente, assevera-se que o interesse da vítima é melhor acolhido por meio da reparação do que pela aplicação de uma sanção penal ao agente ofensor. Segundo, afirma-se que, em relação à pequena ou à média criminalidade, a responsabilização civil e composição dos danos bastam à reafirmação de vigência da norma violada. Por fim, sustenta-se que a reparação, diferentemente da sanção penal, tem aptidão ressocializadora, na medida em que o criminoso pode observar de perto as consequências de seus atos, conduzindo-o a um processo de empatia e reconciliação com o lesionado.³²³

³¹⁹FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 17. No mesmo sentido: “Reconhecem todos a necessidade de tornar mais segura e mais pronta a reparação (*lato sensu*) do dano causado pelo crime. (...) Bem se conhecem as tentativas, brotadas do seio da Escola Positiva, no sentido de equiparar à própria pena, imprimindo-lhes o caráter de medidas repressivas, as providências tendentes à satisfação da vítima, em particular o ressarcimento do prejuízo suportado. O próprio Estado deveria, segundo alguns, tomar a iniciativa de promovê-las, inclusive adiantando ao ofendido (...)” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 113).

³²⁰FERRI, Enrico. **Sociologia criminale**. 4. ed. Torino: Fratelli Rocca, 1900. Edição digital disponível para Kindle (formato ePub). Disponível em: <<https://archive.org/details/sociologiacrimin00ferr>>. Acesso em: 19 mar. 2017. Localização 9258.

³²¹“(...) per le quali ragioni, come dissi, la scuola positiva propugna la necessità, teoria e pratica, di organizzare in un solo sistema di strumenti atti alla funzione sociale dell’ordine, i mezzi preventivi e repressivi, civili e penali, di cui la società può giustamente disporre.” (Id. *Ibid.*, Localização 15351).

³²²CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 15.

³²³DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português: as consequências jurídicas do crime**, cit., p. 78. Igualmente: “A reparação também pode contribuir para o fim preventivo especial da pena. A obrigação de se ocupar pessoalmente do dano produzido e de se esforçar para uma reconciliação com a vítima, diz Roxin, pode influir de maneira muito positiva na atitude social do autor. (...) a obrigação de reparar o dano sofrido pela vítima é capaz de criar na generalidade o sentimento de que a fratura ao Direito foi curada e que a perturbação da paz jurídica produzida pelo delito está superada. Seria, portanto, compatível com uma função de prevenção geral positiva.” (PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**, cit.).

Claus Roxin propõe, com fundamento em argumentos próximos, uma terceira via ao direito penal por meio da reparação civil. Nesta concepção, a recomposição do dano não é também limitada às repercussões meramente civis, mas contribui essencialmente à consecução dos fins da pena. Ademais, não atende somente aos interesses da vítima, que poderia obter o ressarcimento dos danos pelo processo civil, mas acarreta vantagem à própria Administração da Justiça. Acrescenta, ainda, que a legitimação político-jurídica para adoção desta terceira via por meio da reparação é proporcionada pelo princípio da subsidiariedade.³²⁴

A preocupação com o caráter altamente aflitivo das penas privativas de liberdade e o seu insucesso na ressocialização do condenado são argumentos recorrentes na doutrina criminológica crítica.³²⁵ Por essa razão, ao lado da proposta de substituição de sanções penais por sanções de natureza civil, como a reparação do dano, há constante recomendação ao uso de sanções penais alternativas à prisão privativa de liberdade.³²⁶

Também, a pena de prestação pecuniária, estabelecida no art. 45, §1º do Código Penal, representa mais um passo na aproximação entre a reprimenda penal e a reparação

³²⁴Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, cit., t. 1, p. 108-110.

³²⁵Por todos, confira-se; “O conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Este tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 132). “Observe-se, outrossim, a natureza do processo de socialização, a que vive submetido o prisioneiro. Trata-se de um processo negativo dos mais nefastos, que flagelo o indivíduo aprisionado. É incontraível que a adaptação ao mundo prisional equivale à desadaptação à vida, em liberdade, uma vez que o apenado adapta-se, em verdade, é a uma subcultura carcerária.” (TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. p. 59).

³²⁶Nesse sentido: “Dado el propio carácter altamente afflictivo de las penas privativas de libertad y las penurias que desgraciadamente han ido y van unidas a las mismas, dado que dichas penas plantean grandes dificultades para conseguirla resocialización del delincuente, sobre todo si son demasiado cortas o demasiado largas, es normal que exista una preocupación por sustituir en cuanto sea posible esas penas por medidas que no tengan sus inconvenientes.” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Consecuencias jurídicas económicas del delito: naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. La reparación del daño como alternativa a determinadas penas, cit., p. 35-36). Não se pode deixar de mencionar aqui que esta posição encontra resistência e críticas na doutrina. Por todos, Hirsch sustenta que: “Si no se quiere regresar a la ‘cárcel por deudas’, entonces la concepción representada por Roxin termina por resultar solamente beneficiosa para el autor. A éste le corresponde como consecuencia jurídica por el delito cometido, ya no más la condena a la pena de multa o, también, a la pena privativa de la libertad. sino sólo la condena a una reparación exigible civil- mente. Se habla, por tanto. de protección a la víctima en un primer plano, pero. en realidad, se persigue una mayor restric- ción de la reacción penal frente al autor. La víctima constituye, para esta corriente, un punto de referencia que posibilita la construcción, pero ontológicamente se trata sólo de un aboli- cionismo parcial encubierto. La propagada ‘tercera vía’ no sólo es una consecuencia jurídica ajena al Derecho penal. sino también desacertada en sus consecuencias.” (HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material, cit., p. 67). Igualmente: SANTANA, Selma Pereira de. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 159, 2008.

civil. Conquanto possua natureza jurídica de sanção penal, seu caráter é eminentemente indenizatório. Destina-se ao pagamento ao ofendido, aos seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de valor estabelecido entre um e trezentos e sessenta salários mínimo, a ser fixado pelo juiz. O cálculo do valor condenatório deve seguir os parâmetros estabelecidos para fixação do valor da pena de multa.³²⁷

Especificamente quanto à sanção civil, a doutrina civilista também aponta a sua potencialidade para desencadeamento de efeitos preventivos. Neste sentido, a professora Flavia Portella Püschel leciona que “a responsabilidade civil pode ter dois tipos de efeitos preventivos. Um efeito preventivo específico, decorrente da ameaça da sanção de reparação. E um efeito preventivo geral, consistente na eliminação de certas atividades perigosas como consequência da imposição de responsabilidade em uma economia de mercado.”³²⁸

André Tunc, por sua vez, entende que o desenvolvimento dos seguros ressaltou a função preventiva da responsabilidade civil. Isto, porque a finalidade de indenização à vítima de um dano, tradicionalmente atribuída à responsabilidade civil, restaria suplantada pelo sistema de seguros que cobriria progressivamente as hipóteses de lesão. Assim, restaria fortalecida a convergência entre as finalidades da sanção penal e da sanção civil.³²⁹

Assim como a revalorização da vítima no processo penal, o reconhecimento da finalidade preventiva da sanção civil implica a proposição de mecanismos autocompositivos para a solução do conflito penal. A mediação surge como proposta de alternativa ao processo penal,³³⁰ também sob o argumento de que é mais eficaz à

³²⁷Embora tenha conteúdo pecuniário, a pena de prestação pecuniária distingue-se da pena de multa. Aquela se destina ao pagamento de valor ao sujeito passivo da infração penal. Esta, diferentemente, não tem caráter indenizatório e é paga ao Fundo Penitenciário Nacional, não comportando qualquer transferência ou vantagem ao ofendido. A prestação pecuniária distingue-se também da mera reparação civil, pois sua natureza jurídica de sanção penal determina seu caráter personalíssimo, portanto, intransferível aos herdeiros do condenado.

³²⁸PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil, cit., p. 94.

³²⁹“Quant à la responsabilité civile, elle vise essentiellement à indemniser une victime du dommage souffert et, secondairement, à dissuader les comportements anti-sociaux par la menace d'une action en dommages-intérêts. Dans la mesure, pourtant, où assurance directe et sécurité sociale assurent de plus en plus l'indemnisation des dommages corporels, la prévention resterait en ce domaine la seule fonction du droit de la responsabilité civile. Celle-ci rejoindrait donc la responsabilité penale.” (TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 50).

³³⁰“O principal instrumento de que se serve a Justiça restaurativa é a mediação penal. A mediação entre vítima e ofensor pode ou não incluir seus familiares como suporte para ambos, tanto no momento da mediação como no comprometimento com as propostas que possam dela advir.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 82-83).

ressocialização do imputado e à pacificação do conflito.³³¹ Neste contexto, há quem sustente que a persecução penal alheia à possibilidade de composição entre as partes viola o princípio da subsidiariedade, uma vez que o escopo social da jurisdição destina-se imediatamente à paz social, sendo o processo penal o último e mais gravoso mecanismo para tanto.³³²

Embora diversas sejam as correntes de pensamento que pugnam pela substituição da pena, ou pela atenuação desta, pela reparação civil, enxergando nesta a eficácia de prevenção geral, há majoritária corrente crítica a tal concepção. Neste sentido, Bernd Schünemann afirma que a admissibilidade da composição entre ofendido e autor como substituto total ou parcial da sanção penal somente se teria sentido em duas hipóteses. A primeira delas, no caso de a prestação de indenização ao lesionado representar verdadeira expiação ao infrator. Assim, dificilmente haveria de se limitar pelos danos provocados. A segunda refere-se a situações em que o adequado seria tão somente a descriminalização da conduta tipificada e entrega do conflito ao campo do direito civil.³³³

Por fim, dentro do próprio campo de aplicação do direito civil, merece referência a denominada responsabilidade civil punitiva. Nesse caso, a imposição da sanção civil aproxima-se da sanção penal, pois reflete finalidades punitiva e preventiva. Percebe-se um caráter repressivo, uma vez que o valor da condenação é quantificado conforme gravidade da conduta, resultando em montante superior aos danos causados. Quanto à finalidade preventiva, essa decorre da perspectiva de coibição de condutas ilícitas, conforme a lei civil, diante da ameaça de condenação ao pagamento de relevante quantia pecuniária.

De alguma forma, a responsabilidade civil punitiva tem sido aplicada no direito brasileiro, em específico, nas hipóteses de reparação de danos morais.³³⁴ Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assevera que a aplicação irrestrita da responsabilidade civil punitiva encontra óbice na vedação ao enriquecimento sem causa,

³³¹Cf. ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A mediação perante os objetivos do direito penal. In: PELIKAN, Christa. et al. **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 40-41.

³³²Nesse sentido: “Aliás, a violação do princípio da subsidiariedade atenta contra o escopo social da jurisdição. Como bem ensina Dinamarco (1990), o escopo da jurisdição não é exclusivamente jurídico, também é social e político. Assim, do ponto de vista social, a prestação jurisdicional objetiva imediatamente a paz social, isto é, a pacificação de conflitos mediante o devido processo legal. Se o conflito já foi resolvido no litígio civil, isto é, as partes estão satisfeitas, a persistência de um processo penal somente serviria para reavivar o conflito.” (ELIAS, Cristiano. Dos efeitos civis gerais da sentença penal, cit., p. 65).

³³³Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas, cit., p. 122.

³³⁴ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**, cit., p. 96.

previsto no art. 884 do Código Civil.³³⁵ Contudo, entende que “a indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos.”³³⁶ Assim, reconhece-se a aproximação entre as finalidades da responsabilidade civil e penal, antes um de seus inquestionáveis traços distintivos.

Em conclusão, a consolidação do ato ilícito civil e do ato ilícito penal enquanto categorias jurídicas distintas permite a responsabilização concomitante do agente em ambas as esferas. Trata-se da múltipla incidência normativa. Contudo, considerado que a classificação de um ato humano como ilícito penal ou ilícito civil decorre de mutável conveniência política, bem como os fatores apontados como indicativos da reaproximação entre essas categorias, mais complexa se torna a questão da responsabilização simultânea. Diversos mecanismos são desenvolvidos para sua compatibilização, tratando-se de tema diretamente associado aos chamados sistemas de coordenação de jurisdições.

³³⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 850.273/BA**. Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), quarta turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010.

³³⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1440.721/GO**. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

2 SISTEMAS DE COORDENAÇÃO DE JURISDIÇÕES ESPECIALIZADAS

2.1 Jurisdição: conceito, independência e coordenação

O estudo de sistemas de coordenação de jurisdições especializadas, tema diretamente relacionado à múltipla incidência normativa e à simultânea responsabilização em esferas jurídicas distintas, por certo, pressupõe a conceituação de jurisdição. Conquanto não seja possível uma definição atemporal,³³⁷ a ideia de jurisdição é vinculada à consolidação do Estado moderno.³³⁸ Enquanto período histórico, a modernidade³³⁹ erige-se sobre ideais liberais, rompe com o modo de produção feudal e com a estrutura política do *ancien régime*. Traz em seu apogeu o monopólio estatal da produção normativa, a sobrevalorização das fontes formais do Direito e a autorreferibilidade do Direito como sistema.³⁴⁰ Em suma, a modernidade funda o império da legalidade.³⁴¹

Esse modelo de legalidade, característica da dinâmica do Direito moderno, possui íntima relação com o desenvolvimento do Estado liberal ou Estado legislativo de direito.

³³⁷Nesse sentido, leciona Piero Calamandrei: “Del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juicio tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento histórico. Hoy, en las principales Legislaciones de la Europa continental, el contenido de la función jurisdiccional no puede ser comprendido sino en relación com el sistema de la legalidad.” (CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1973.v. 1, p. 114).

³³⁸Isto, pois “o poder jurisdiccional aparece nos Estados antigos em confusão com o Legislativo e o Executivo (...). Mais adiante, o princípio da divisão dos poderes fez que o de jurisdição fosse considerado com absoluta independência do Legislativo e do Executivo.” (TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 99-100). Em sentido contrário, para quem o Poder Judiciário, ainda que de forma embrionária, já existia desde as organizações sociais da Antiguidade e, assim, independentemente da noção e organização de Estado Moderno, cf. MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1976. p. 19-20.

³³⁹Eduardo Bittar conceitua e esclarece o que é o período histórico denominado modernidade: “A modernidade, para designar o período histórico pós-renascentista, é a expressão do próprio espírito de um tempo ansioso pela superação dos dogmas e das limitações medievais. O século XVII é, portanto, o momento de eclosão de vários destes anseios, que, sob condições peculiares, permitiu o florescimento de uma nova dimensão social e econômica, especialmente na Europa, onde o espírito da modernidade vem associado à ideia de progresso.” (BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 28).

³⁴⁰Id. *Ibid.*, p. 46.

³⁴¹“O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito: o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 25).

Isto, pois é o ordenamento jurídico que previamente define a estrutura burocrática do Estado e sua estabilização. Determina competências, atribuições, funções e limitações impostas aos exercentes do poder.³⁴²

A estruturação do Estado moderno e a limitação do exercício do poder estatal trouxe, como particularidade, a divisão de poderes.³⁴³ Sob influência ideológica do pensamento iluminista liberal, Montesquieu idealiza a teoria da separação de poderes que definirá o Estado Liberal. Segundo o autor, “há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil.”³⁴⁴ Ao explicar cada um desses poderes, Montesquieu afirma que “pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”³⁴⁵

Assim, a jurisdição, prestada por meio da atuação do Poder Judiciário, corresponde a uma das três principais funções do Estado.³⁴⁶ Entretanto, durante o período de formação do Estado moderno, também denominado Estado liberal ou Estado legislativo de direito, há nítida hegemonia do parlamento. Os Poderes Executivo e Judiciário assumem posições de subordinação,³⁴⁷ uma vez que a criação do Direito é tarefa exclusiva do Poder Legislativo, competindo aos demais a sua aplicação.³⁴⁸

Essa concepção liberal da tripartição de poderes influenciará as clássicas conceituações de jurisdição. Destarte, conforme Giuseppe Chiovenda, “pode definir-se a

³⁴²BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**, cit., p. 46.

³⁴³“O Estado de direito se consolida na Europa ao longo do século XX, com a adoção ampla do modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais. Na fase imediatamente anterior, prevalecia a configuração pré-moderna do Estado, fundada em premissas teóricas e em fatores reais diversos.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265).

³⁴⁴MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 156. (Coleção “Os Pensadores”, v. 21).

³⁴⁵Id. *Ibid.*, p. 157.

³⁴⁶MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 151.

³⁴⁷“O Estado legislativo de direito, por sua vez, assentou-se sobre o monopólio estatal da produção jurídica e sobre o princípio da legalidade. A norma legislada converte-se em fator de unidade e estabilidade do Direito, cuja justificação passa a ser de natureza positivista. A partir daí, a doutrina irá desempenhar um papel predominantemente descritivo das normas em vigor. E a jurisprudência se torna, antes e acima de tudo, uma função técnica de conhecimento, e não de produção do direito.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 266).

³⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, cit., p. 25.

jurisdição como a função do Estado que tem por escôpo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”³⁴⁹ Igualmente, Pimenta Bueno afirma que “a jurisdição pode ser definida como a função estatal de aplicar as normas da ordem jurídica em relação a uma pretensão.”³⁵⁰

A conceituação de Giuseppe Chiovenda, seguida por Pimenta Bueno, implica afirmar que a atividade jurisdicional resume-se tão somente à aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, a norma concreta nasce antes e independentemente do exercício da jurisdição.³⁵¹ De modo algum vislumbra-se que o juiz possa criar a norma individual ou a norma do caso concreto. A lei é o marco substantivo e o marco adjetivo sobre os quais se desenvolve a função judiciária.³⁵² A jurisdição assume feição essencialmente secundária.³⁵³ Trata-se, portanto, de conceito inspirado nos valores iluministas de extrema separação

³⁴⁹CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. t. 2, p. 3.

³⁵⁰BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959. p. 136.

³⁵¹CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 149.

³⁵²ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**. 7. ed. México: Editorial Porrúa, 1998. p. 337.

³⁵³Sobre a aludida feição secundária do Poder Judiciário no Estado Liberal, anota Mauro Cappelletti: “Não é a coisa mais surpreendente, quando se imagina que a Revolução Francesa encontrou em Rousseau e Montesquieu seus grandes ideólogos e precursores: para Rousseau, a ideia central era aquela da supremacia, na verdade da ‘infalibilidade’ de lei como expressão da vontade geral; para Montesquieu, o poder judiciário deveria, na realidade, permanecer ‘nulo’ como poder, devendo limitar-se à mecânica, inanimata (inanimada) aplicação da lei. Faltava, portanto, um verdadeiro e próprio ‘terceiro poder’ – uma ‘terceira garra’ investida do poder de assegurar o respeito à Constituição por parte do grupo ‘político’. Cumprir lembrar que um dos documentos mais importantes e famosos da época revolucionária foi a própria Lei de 16– 24.8.1790, no bojo da qual existia severo dispositivo proibindo aos Juizes de interferir de qualquer modo com o poder legislativo (como também com o poder executivo), a tal ponto que afinal a interpretação das leis – no caso de sua obscuridade – deveria estar ‘referida’ ao Juizes o corpo legislativo (uma ideia demonstrada de forma ‘irrealista’, no que diz respeito à *référé obligatoire* (referência obrigatória), abolida poucos anos mais tarde). O ideal da separação dos poderes veio, assim, assumir um significado, segundo o qual o judiciário podia ver-se como uma ‘autoridade’, e não como um verdadeiro e próprio *pouvoir* (poder). A justificativa era dupla: histórica e ideológica. Historicamente, os juizes do Antigo Regime, tendo indubitavelmente merecido a desconfiança popular, por terem eles refutado e boicotado qualquer modernização ao Regime – um regime baseado não sobre igualdade, mas sobre a ideia do privilégio de nascimento, dos grupos, das profissões, um privilégio do qual amplamente e descaradamente gozava também a magistratura, a nobreza de toga (vestimenta usada por magistrados e advogados no exercício de suas funções). Ideologicamente, o ideal triunfante era aquele, ‘rousseauiano’ (de Rousseau), segundo o qual o poder legislativo era exercido, através de seus representantes, do povo soberano, onde aos juizes nada mais poderia esperar, senão a aplicação passiva, seca e ‘inanimada’ da lei.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea**. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-111, out./dez. 1990).

entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, competindo a esse tão somente a aplicação do direito criado por aquele.³⁵⁴

Em análise crítica, observa-se que o conceito apresentado esquece-se de que a lei em sentido formal não é a única fonte de direito em que se pode fundamentar uma decisão judicial. Igualmente, é incapaz de precisar a construção da norma aplicável ao caso controvertido, hoje reconhecida característica da função jurisdicional.³⁵⁵ Ademais, no plano fático, inexistente a figura real de um juiz que seja um mero autômato, o chamado juiz asséptico, que aplique a lei conforme regras puras e lógicas, de forma padronizada.³⁵⁶

Historicamente, tal concepção é conforme o pensamento das escolas do formalismo jurídico, à época em voga, cujos principais expoentes são a Escola da Exegese e a Jurisprudência dos Conceitos. Essas escolas reduzem a interpretação jurídica à mera subsunção acrítica dos fatos à norma estatal positiva. Valoriza-se a literalidade da lei e veda-se a atividade criativa do Poder Judiciário, cuja atuação é encarada com desconfiança.³⁵⁷

Paulatinamente, reações antiformalistas suplantam a vetusta teoria, de modo que se rejeita um papel meramente declaratório ao Poder Judiciário. Atribui-se-lhe a função de conceber a norma aplicável ao caso concreto, bem como se confere importância aos fatos sociais existentes. Desta maneira, a interpretação jurídica não pode ocorrer sem qualquer vinculação a esses mesmos fatos sociais.³⁵⁸

Na esteira dos movimentos antiformalistas, Carnelutti enriquece o conceito de jurisdição e acentua a criação da norma particular ao caso concreto por meio da sentença. O autor desenvolve seu sistema teórico processual sobre o conceito de lide.³⁵⁹ Esse conceito, conquanto seja de cariz sociológico, é fundamental para sua definição própria de

³⁵⁴MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, cit., p. 34. Sobre o papel do Poder Judiciário sob os influxos de tal concepção liberal positivista, escreve Luís Roberto Barroso: “Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial. A interpretação jurídica é um processo silogístico de subsunção dos fatos à norma. O juiz – la bouche qui prononce les paroles de la loi – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refêem da separação de Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo.” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 252).

³⁵⁵ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**, cit., p. 337.

³⁵⁶BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 39.

³⁵⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 297.

³⁵⁸Id. *Ibid.*, p. 299.

³⁵⁹“Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del outro.” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Uthea, 1944. v. 1, p. 44).

jurisdição, uma vez que entende que essa tão somente haverá quando da justa composição da lide.³⁶⁰

Não obstante seja noção insuficiente, porquanto implica dizer que o processo penal, os processos executivos,³⁶¹ cautelares e de jurisdição voluntária não comportem atividade jurisdicional,³⁶² Carnelutti destaca a criação da norma concreta pelo julgador. E assim o faz, ao passo que caracteriza a atividade jurisdicional pela solução da lide mediante a coordenação dos resultados de inspeção, apreciação e interpretação das provas.³⁶³ Adiante da concepção de Chiovenda, avança ao também reconhecer, além da lei formal proveniente do parlamento, outras fontes de direito como fundamento do provimento jurisdicional.³⁶⁴

Igualmente sobrelevando a pacificação do conflito e a criação da norma aplicável ao caso controvertido, contudo, sem as limitações impostas pelo pensamento de Carnelutti, Enrico Tullio Liebman conceitua a jurisdição como a “atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.”³⁶⁵ De modo semelhante, para Cândido Dinamarco, a jurisdição pode ser conceituada como a “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos.”³⁶⁶

³⁶⁰CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, cit., v. 1, p. 155 e ss.

³⁶¹“No me preocupa que en el transcurso de la historia e incluso en la ley actual la palabra ‘jurisdicción’ se use, fuera de los límites de su significado natural, para indicar cualquier función procesal. Dicho uso se debe a la preponderancia que ha tenido el proceso jurisdiccional en la lenta elaboración del pensamiento acerca de los fenómenos procesales. El proceso ejecutivo y, en general, los otros tipos de proceso han permanecido hasta ayer mismo en la sombra, y de ese modo la noción de jurisdicción ha absorbido íntegra la noción del proceso. (...) La sinonimia entre función procesal y función jurisdiccional implica una imperfección del lenguaje y del pensamiento, que la ciencia del proceso debe corregir, si la primera exigencia de su progreso es la pureza de los conceptos y la propiedad de los vocablos.” (Id. Ibid., p. 156).

³⁶²Essa é a aguçada crítica de: CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943. p. 103-105.

³⁶³CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, cit., v. 2, p. 190.

³⁶⁴Id. Ibid., p. 190.

³⁶⁵LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 23.

³⁶⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2016. v. 1, p. 453. Neste mesmo sentido, Eduardo Couture define a jurisdição como “función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”. (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 40). É possível também identificar tal concepção no pensamento de Rivera Silva, para quem “la actividad jurisdiccional, en términos generales, consiste en declarar el Derecho en los casos concretos. (...). Mas la simple declaración del Derecho, no informa la actividad jurisdiccional; sólo se puede hablar de tal actividad cuando la declaración del Derecho, en los casos concretos, tiene fuerza ejecutiva en virtud de haber sido hecha por alguien a quien el Estado há investido de poder para ello.” (RIVERA SILVA, Manuel. **El procedimiento penal**. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1978. p. 81).

Essa concepção de jurisdição fundamentada na criação da norma no caso concreto opõe-se à imagem do juiz que atua mecanicamente, como a “boca da lei”. A verdade é que não só é insuficiente a lei formal, tal como posta, para solução de todos os casos concretos, como também inexistente o juiz que atue tal qual uma máquina calculadora, e não como um homem vivo. Seus valores são predeterminantes em sua forma de compreensão de mundo e, por consequência, refletem-se em suas decisões.³⁶⁷

Conquanto sejam conceituações progressistas, reconhecendo ao julgador a criação da norma incidente ao caso concreto, não mais apreendem a íntegra do fenômeno na atualidade. A linha evolutiva do ordenamento jurídico processual resultou no reconhecimento de diferentes mecanismos não contemplados pelas tradicionais conceituações de jurisdição.³⁶⁸

Dentro da expansão de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, a edição da Lei n. 9.307/96 instituiu a possibilidade de solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis mediante arbitragem. Por meio desse instituto permite-se que árbitros particulares resolvam os casos a eles submetidos, atuando como juízes de fato e de direito, em expressão utilizada pelo próprio art. 18 do referido diploma. A própria existência de convenção de arbitragem, conforme art. 485, VII do atual Código de Processo Civil, é hipótese de extinção do processo judicial sem resolução do mérito.³⁶⁹

³⁶⁷É o que se deduz do valoroso ensinamento de Piero Calamandrei: “A verdade é que o juiz não é um mecanismo, não é uma máquina calculadora. É um homem vivo, e aquela função de especificar a lei e de aplicá-la no caso concreto – que, *in vitro*, pode-se representar como um silogismo – é, em realidade, uma operação síntese, que se realiza a quente, misteriosamente, em um cadinho fechado pelo espírito, onde a meditação e a soldagem entre a lei abstrata e o fato concreto necessitam, para completarem-se, da intuição e do sentimento ardente de uma consciência laboriosa. Em suma, o sistema da legalidade e, em geral, a teoria normativa do direito, é um esquema didático, útil para os juízes; mas esta composição lógica da sentença se assemelha às análises dos químicos, que, mesmo quando conseguiram individualizar todas as substâncias elementares que compõem um organismo vivo, não foram bem-sucedidos, no entanto, em enclausurar em uma fórmula aquela centelha que, pela misteriosa combinação destes elementos, resultou na própria vida.” (CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2017. p. 47).

³⁶⁸Ressalte-se que a própria noção de processo enquanto procedimento em contraditório é apto a ensejar, por si só, o alargamento do conceito de jurisdição, uma vez que abrange, sem divergências conceituais, o processo judicial, administrativo, e até mesmo processos não estatais. Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil, cit., p. 430-466.

³⁶⁹A constitucionalidade da Lei de arbitragem, em especial de seu art. 18, que determina que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”, e de seu art. 31, que dispõe que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”, diante da garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), foi reconhecida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do agravo regimental em sentença estrangeira n. 5.206, rel. Min. Sepúlveda Pertence, em 12 de dezembro de 2001. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SE 5.206 AgR**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004.

Assim, embora seja função do Estado, decorrente do próprio poder estatal, o exercício da jurisdição não mais se dá exclusivamente pelos seus órgãos.³⁷⁰

Pondera-se, também, a crescente submissão de questões jurídicas em tese aos tribunais, em diferentes graus de abstração, por vezes comparáveis à atividade legislativa.³⁷¹ Veja-se que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade têm caráter vinculante, nos termos do art. 102, §3º da Constituição Federal. Reconhecida a generalidade e abstração dos efeitos da decisão, o Tribunal atuará de forma semelhante ao legislador positivo.³⁷²

Igualmente, tem-se a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a observância obrigatória, por juízes e tribunais, dos acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, no âmbito estadual ou regional, e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. O mesmo se aplica aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e à orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.³⁷³

Todos esses mecanismos extrapolam os conceitos tradicionais de jurisdição. Não por outras razões, atualmente entende-se que os esforços destinados ao estabelecimento de diferenciação entre os três poderes estatais não são precisos. “A perspectiva moderna de separação de poderes é informada pela ideia de preponderância, e não propriamente pela exclusividade.”³⁷⁴

Com fundamento nesses pressupostos, Ada Pellegrini Grinover propôs verdadeira revolução conceitual. Segundo a autora, a “jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia de

³⁷⁰Sobre essas razões, conferir: ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**, cit., p. 337. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 30. Cândido Dinamarco, que em seu conceito de jurisdição, como visto, coloca a jurisdição como função estatal, mas não exclusivamente exercida por órgãos estatais, assevera que a conciliação e a mediação não implicam o desempenho de atividade jurisdicional, pois os conciliadores e mediadores tão somente “atuam mediante uma atividade de indução e são apenas facilitadores empenhados em que as partes encontrem por si próprias a solução de seus conflitos.” Contudo, quanto aos árbitros, assevera que estes “decidem imperativamente com apoio em um poder que não vem da soberania como sucede com os juízes estatais, mas é um autêntico poder pelos litigantes outorgado a eles quando manifestam a vontade de valer-se dos caminhos da arbitragem. É indiscutivelmente jurisdicional a atividade do árbitro, como vem sendo reconhecido pela doutrina moderna.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 488).

³⁷¹ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**, cit., p. 337.

³⁷²YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1, p. 143.

³⁷³Cf. art. 927 do Código de Processo Civil de 2015.

³⁷⁴YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 143.

acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça.”³⁷⁵ Trata-se de entusiasmada renovação na medida em que sobreleva o caráter garantidor de jurisdição em detrimento de sua natureza de poder estatal.

Não cabe dentro dos limites do presente trabalho a definitiva conceituação da jurisdição, nem mesmo discutir se esta deve ou não continuar definida como aspecto do poder estatal. Basta, para os fins deste estudo, a consideração de seus aspectos fundamentais, isto é, sua tríplice dimensão, tradicionalmente afirmada como poder, função e atividade,³⁷⁶ sem, contudo, descuidar de sua índole garantidora.

Enquanto poder, ou, precisamente, manifestação do poder estatal, afirma-se que a jurisdição não admite qualquer fracionamento.³⁷⁷ É, assim, tão “indivisível quanto o próprio poder soberano”³⁷⁸, uma vez que consubstancia dimensão deste. Por tal razão, a doutrina fala em unidade de jurisdição como princípio impeditivo de sua segmentação.³⁷⁹

Em outra leitura, a formulação da noção de unidade expressa a identidade do poder jurisdicional. A jurisdição é única, exercida somente por juízes integrantes do Poder Judiciário,³⁸⁰ quer ocorra na solução de controvérsias de natureza cível ou penal.³⁸¹ Sob este enfoque, a definição de unidade de jurisdição a diferencia dos demais poderes

³⁷⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo, cit., p. 20.

³⁷⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 440. MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 136.

³⁷⁷Sobre a indivisibilidade do poder estatal: “La jurisdicción, como potestad dimanante de la soberanía del Estado, es necesariamente única; es imposible conceptualmente que un Estado tenga más de una jurisdicción.” (MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**, cit., p. 28). “A ‘comunis opinio’ dos publicistas é, hoje em dia, no sentido de que as expressões ‘Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário’ são impróprias. O poder do Estado é um só, as funções é que variam.” (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, cit., v. 1, p. 226).

³⁷⁸CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 158. “A jurisdição não só é una, como indivisível (...)” Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 225.

³⁷⁹Cf. TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 17. Enrico Tullio Liebman afirma que a eventual existência de jurisdições especiais, v.g., o reconhecimento de jurisdição administrativa e jurisdição eclesiástica, representa limite à jurisdição ordinária e, assim, menor efetividade da unidade de jurisdição. (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 33 e p. 43).

³⁸⁰Nesse sentido: “A unidade da jurisdição estatal, a qual no Brasil é exercida exclusivamente por juízes do Poder Judiciário, inexistindo aqui o contencioso administrativo, que é um sistema de órgãos verdadeiramente jurisdicionais integrados na Administração Pública e encarregados dos processos em que esta seja parte.” (DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2016. p. 38). “Tale principio sta a significare che identica è la funzione giurisdizionale, per quanto rivolta a decidere controversie civili, amministrative e penali (...)” (RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**. 3. ed. Padova: Cedam, 1957. p. 91).

³⁸¹“A jurisdição penal e civil, como funções, são, portanto, idênticas”. (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, cit., t. 2, p. 126). No mesmo sentido, cf. MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**, cit., p. 28.

estatais.³⁸² Essa concepção aufere maior substrato no agrupamento das diversas jurisdições especializadas sob a autoridade de uma Corte Constitucional.³⁸³

A divisão de tarefas é, entretanto, sempre uma necessidade em qualquer organismo complexo. Embora como funções sejam idênticas, a diversidade dos interesses tutelados demanda a especialização de jurisdições com distinções entre si. A classificação da jurisdição em diferentes espécies atende, portanto, a uma conveniência de trabalho.³⁸⁴ Trata-se de opção metodológica fundamentada na diversidade dos interesses que provêm de cada espécie de jurisdição e dos meios específicos de que se valem para tanto.³⁸⁵

Assim, em que pese sua unidade e indivisibilidade, por razões de comodidade lexical, usualmente emprega-se o vocábulo “jurisdição” para expressar a variedade de órgãos encarregados do exercício da jurisdição em suas diversas manifestações.³⁸⁶ Fala-se, desse modo, em jurisdição civil e jurisdição penal,³⁸⁷ autônomas e infungíveis entre si.³⁸⁸

O juízo criminal e civil são espécies de jurisdição inteiramente distintas e independentes.³⁸⁹ Cada qual detém suas especificidades e submete-se a diferentes

³⁸²LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. 1, p. 275.

³⁸³Id. *Ibid.*, p. 275-276. Igualmente: ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. v. 1, p. 199-200. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure pénale**. 2. ed. Paris: Litec, 2002. p. 346.

³⁸⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 159.

³⁸⁵“Por una razón de especialización y de división de tareas entre los organismos judiciales, se há ordenado el conocimiento de los distintos tribunales por materias.” (DARRITCHON, Luis. *Acción civil en el proceso penal*, cit., p. 80). “Para efetuar essa distribuição, o legislador vale-se de determinados critérios científicos, elaborados e aperfeiçoados pela doutrina. Sem querer aprofundar no estudo do tema, verifica-se que tais critérios levam em consideração, basicamente, dados da relação substancial.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**, cit., p. 94).

³⁸⁶MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**, cit., p. 28-29. Igualmente: “quando nella legge si trovano indicate varie specie di giurisdizione, o si distinguono varie specie di giudici, ciò va inteso nel senso, non già di diversità della potestà giurisdizionale, ma di diversità degli organi ai quali ne è devoluto l’esercizio.” (RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 91).

³⁸⁷“Pode-se falar em jurisdição penal? Ora, ao se estabelecer específica atividade estatal – exercício de poder-se dever e atendimento de função -, voltada à aplicação do direito penal material -, tem-se a jurisdição penal. Observe-se: não se aplica o direito objetivo, mas unicamente, o positivo. Não compõe litígio, porém, soluciona conflito de mor relevância política e social. O aspecto político do processo penal principia na Constituição da república e se adia presente, até, o interesse popular que ele provoca.” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Teoria do processo penal**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 201).

³⁸⁸“La jurisdicción penal, la civil, la administrativa y hoy la constitucional, la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial, se diferencian por la diversidad de los intereses a que proveen y de los medios y dispositivos de que se valen; por tanto, cada una de ellas, aun dentro de cuadro de la unidad tal como ha sido anteriormente descrita, reivindica su autonomía y la consiguiente infungibilidad. A consecuencia de ello, la sentencia emitida por un juez en materia civil o administrativa, o en materia de competencia de un juez especial, y viceversa, es inesistente por defecto de jurisdicción.” (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 276).

³⁸⁹CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 41.

princípios reitores,³⁹⁰ apresentando divergências no exercício de poderes processuais, em matéria de ônus de prova, modelos decisórios, etc.³⁹¹ Tratando-se de jurisdições independentes, um mesmo objeto submetido a cada qual dessas jurisdições especializadas pode desembocar em resultados distintos, uma vez que regem-se por lógica própria.

Veja-se que uma mesma conduta pode constituir substrato fático para incidência de norma penal, pois tipificada como crime, e de norma civil, pois causadora de lesão de caráter patrimonial. O ato penal pode provocar, portanto, consequências penais e extrapenais.³⁹² Surge, assim, questão consistente em definir perante qual jurisdição deduzir-se-ão as pretensões punitiva ou acusatória e ressarcitória decorrentes da infração penal,³⁹³ ou se tal infração penal ensejará a distribuição de ações distintas perante a jurisdição penal e perante a jurisdição civil.³⁹⁴

³⁹⁰Nesse sentido: “(...) apesar de estruturalmente identificadas, evidente mostra-se a diversidade entre a jurisdição penal e a extrapenal, especialmente a jurisdição civil, nas suas respectivas essencialidades.” (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático), cit., p. 46). “El delito supone algo distinto del conflicto civil y, consecuentemente, el proceso penal no puede estar regido por los mismos principios que informan el proceso civil.” (MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. p. 44).

³⁹¹Em razão de tais especificidades, determinados ordenamentos jurídicos extrapolam a independência entre juízos, muito além do que se constata no ordenamento jurídico brasileiro. Exemplificativamente, prevê-se no ordenamento jurídico peruano que “ni siquiera los hechos declarados probados en una sentencia penal vinculan al Juez civil, ya que los principios que rigen la prueba son diferentes.” (ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal**: el salvataje financiero. Lima: Ara Editores, 2010. p. 44-45).

³⁹²Nesse sentido: “Il reato, oltre a costituire un'offesa ad un bene giuridico, può aver provocato in concreto un danno. In tal caso colui che há commesso il reato è obbligato a risarcire il danno e, se del caso, a restituire la cosa sottratta (art. 185 c.p.). L'illecito penale e l'illecito civile derivano dal medesimo titolo, e cioè dal fatto di reato. Il danno risarcibile può manifestarsi nelle forme del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale. Ad esempio, nel reato di lesioni personali (art. 582 c.p.) l'offesa consiste nella lesione dell'integrità fisica di una persona; il danno risarcibile consiste nelle perdite patrimoniali, nelle sofferenze e nel pregiudizio alla salute subiti dalla medesima persona.” (TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010. p. 150). “El delito no solamente da nacimiento a la acción penal, sino que, también, cuando causa un dano que pueda ser apreciado pecuniariamente, da origen a la obligación de repararlo, para lo cual existe, además de la acción penal, la acción civil” (SOLER, Sebastian. **Derecho penal argentino**, v. 2, p. 467). Igualmente, cf. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 154-156. MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**. 13. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949. v. 1, p. 305. DARRITCHON, Luis. *Accion civil en el proceso penal*, cit., p. 80.

³⁹³NUÑEZ, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal**, cit., p. 23.

³⁹⁴Nesse sentido: “Duas são as acções que nascem do delicto ou contravenção, quando são causas determinantes de um dano: a. penal e a civil. Pela penal se pede a repressão do delicto pela imposição de uma pena ao culpado; pela civil se pede a reparação do dano pela condenação do culpado ao seu resarcimento. Ambas essas acções apresentam pontos de contacto e pontos de diferenciação, pelos quaes se relacionam e se separam.” (LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 153). “Assim, surgem do delicto duas acções – a penal e a civil. Embora, tenham uma única origem, visam metas diversas.” (CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 15). “De um mesmo fato, duas pretensões de direito material nascerão: uma penal, outra civil, dando azo ao surgimento de duas acções próprias.” (PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 17). “L'infraction donne naissance à deux actions: 'la'action pour l'application des peines' et l'action en réparation du dommage causé', ou encore l'action publique et l'action civile. La

Após a nítida separação entre as jurisdições cível e criminal, já em época em que se via o processo civil como simples apêndice do direito civil e o processo penal também como mero apenso do direito penal material, as ações cíveis e penais são propostas normalmente em juízos diferentes, mediante procedimentos diferentes.³⁹⁵

A problemática nasce, entretanto, com a contraposição entre a autoridade da coisa julgada, o princípio da independência entre jurisdições e a perspectiva de julgados contraditórios. De um lado, a autoridade da coisa julgada das decisões judiciais transitadas em julgado impõe a imutabilidade, definitividade e intangibilidade do dispositivo da decisão, tendo em vista finalidades de segurança jurídica e pacificação do conflito.³⁹⁶ Por outro lado, o princípio da independência da jurisdição determina que a sentença criminal não impeça a apreciação dos fatos pelo julgamento civil, nem que esse determine o conteúdo daquela.³⁹⁷

A colisão entre a autoridade da coisa julgada e a independência de jurisdição origina o risco de decisões contraditórias entre os juízos cível e criminal. A dissonância entre decisões sobre pontos comuns sobre a prova do fato, como, v.g., a autoria, parece incompatível com a idêntica origem de ambas as responsabilidades, qual seja, um único dado fenomênico qualificado, simultaneamente, como infração penal e ato ilícito civil. E tal resultado tanto mais é possível se considerado que as diferenças do regime da jurisdição civil e da jurisdição penal podem funcionar como catalisadores para prolação de decisões diametralmente divergentes em cada um desses setores.³⁹⁸

première est exercée au nom de la société par le ministère public, (...) La seconde suppose qu'au trouble social s'est ajouté un dommage matériel ou moral causé à une personne (...)". (VITU, André. **Procédure pénale**. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. p. 144).

³⁹⁵TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 48. Igualmente, "Desde que el procesado civil y penal se han diferenciado, la responsabilidad civil que nace de un delito cae por sí misma bajo la competencia de los Tribunales en lo civil." (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 126).

³⁹⁶A autoridade da coisa julgada, isto é, sua imutabilidade, não se confunde com a eficácia natural da sentença (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 550). Conforme Liebman, "a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado." (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 49). "Autoridad de la cosa juzgada es, pues, calidad, atributo propio del fallo que emana de un órgano iurisdiccional cuando há adquirido carácter definitivo." (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 401).

³⁹⁷LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 198-199.

³⁹⁸CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 34-35.

A coerência imprescindível à segurança jurídica impõe a necessidade de convergência entre as jurisdições civil e penal.³⁹⁹ Há muito a doutrina reconhece a inevitabilidade de fixação de normas que estabeleçam os limites da independência de jurisdições.⁴⁰⁰ A consonância entre jurisdições sobre um ponto comum exige a compatibilização entre a segurança jurídica, a autoridade da coisa julgada e o princípio da independência de jurisdição. Tal pressupõe o desenvolvimento de mecanismos de coordenação entre jurisdições distintas.

2.2 Distinção entre jurisdição civil e jurisdição penal

O desenvolvimento de mecanismos de diálogo entre a jurisdição civil e a jurisdição penal exige sua nítida diferenciação e delineamento. Isso, pois suas especificidades e seus princípios regentes podem conduzir a resultados distintos que, por imperativo de coerência e segurança jurídica, devem ser conciliados. Somente pela identificação do funcionamento e peculiaridades de cada jurisdição especializada viabilizar-se-á a elaboração de estruturas que permitam sua interação harmônica com as demais.

A definição da jurisdição subdivide-se em tríplice dimensão na medida em que consiste em poder, função e atividade.⁴⁰¹ Enquanto poder, consoante estudado, não admite ramificações e classificações. Trata-se de manifestação do poder estatal, essencialmente uno e, assim, não suscetível a fragmentações. Sob tal perspectiva, inadmissível falar-se em jurisdições.

Em seu segundo aspecto, isto é, enquanto função, a jurisdição caracteriza-se pelas finalidades almejadas por meio de seu exercício.⁴⁰² Trata-se de conotação deontológica

³⁹⁹“(…) não seria conveniente atribuir competência civil a determinados juízes e penal a outros, sem deixar nenhum traço de união entre eles, sem que de nenhuma forma o exercício da jurisdição penal influísse na civil ou vice-versa”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2013. p. 30). Igualmente: CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 96.

⁴⁰⁰PRADO, Fernando de Albuquerque. Autoridade do julgado civil no juízo criminal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: teoria geral do processo penal. São Paulo: RT, 2012. p. 1.070. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1). Ainda, Pontes de Miranda, ao comentar o art. 110 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao atual art. 315 do Código de Processo Civil de 2015), afirma que deve ser repellido “o absurdo princípio da independência absoluta das jurisdições”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, cit., t. 2, p. 282).

⁴⁰¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 440. MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**, cit., p. 136.

⁴⁰²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 440.

ligada aos objetivos visados nos planos social, econômico e político.⁴⁰³ Desse enfoque, aliás, é que decorre o seu cariz garantidor.⁴⁰⁴

O escopo-síntese da jurisdição é a pacificação dos conflitos com justiça. Esse escopo geral divide-se, por seu turno, em escopo social, político e jurídico.⁴⁰⁵ Seu escopo social considera-se “cumprido mediante a eliminação das incertezas representadas pelas pretensões insatisfeitas”⁴⁰⁶ e na educação para o exercício de direitos. O escopo político, por sua vez, decorre da afirmação da autoridade do Estado para decidir imperativamente e da participação do jurisdicionado na tomada de decisões. Quanto ao escopo jurídico, esse se define pela realização do direito material,⁴⁰⁷ ou seja, pela concretização dos valores que são tutelados pelo direito.⁴⁰⁸

Tais finalidades, entretanto, valem indistintamente tanto para a jurisdição civil quanto para a jurisdição penal. Trata-se de objetivo comum ao exercício do poder jurisdicional. Não é, portanto, também a partir das noções de função jurisdicional que se possibilita sua classificação em diferentes ramos. Conclui-se, dessa forma, que coincidentes os seus escopos e uma enquanto manifestação do poder estatal, a especialização e distinção de jurisdições somente é possível se adotado, como referencial, a perspectiva da atividade.

A jurisdição afirma-se como atividade, pois “envolve um conjunto de atos que compõem o procedimento (elemento formal de processo, que é o instrumento pelo qual se exerce a jurisdição).”⁴⁰⁹ Trata-se de ângulo decorrente do exercício concreto da jurisdição. Enquanto atividade deve recair necessariamente sobre determinado objeto. O discernimento entre jurisdição civil e jurisdição penal conecta-se, portanto, diretamente ao objeto do processo – civil e penal – e às regras de competência então derivadas.

⁴⁰³BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal**. 2005. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 21.

⁴⁰⁴Nesse ponto, Eduardo Couture ressalta que a noção de poder é insuficiente à definição de jurisdição. E isto, pois a jurisdição se trata de um poder-dever, necessariamente ligado a uma função. Cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 29-30. Silvio Ranieri, por sua vez, afirma que a função de garantia é requisito da jurisdição penal. Cf. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 71.

⁴⁰⁵BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal**, cit., p. 23. MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**, cit., p. 137.

⁴⁰⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, p. 35, 1984.

⁴⁰⁷CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 149.

⁴⁰⁸“Por función se entiende el cometido, o sea asegurar la justicia, la paz social y demás valores jurídicos, mediante la aplicación, eventualmente coercible, del derecho.” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 34).

⁴⁰⁹YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 146.

2.2.1 Objeto do processo penal e do processo civil

Estruturalmente identificadas, as jurisdições especializadas somente podem ser singularizadas sob a ótica da atividade.⁴¹⁰ Isso, porque a atividade jurisdicional é a expressão de seu exercício nas diversas situações concretas que se lhe opõem. Isso significa que a atividade jurisdicional incide, necessariamente, sobre um determinado objeto que a caracteriza e, por razões de comodidade lexical, permite a classificação entre jurisdições especializadas,⁴¹¹ no sentido de destacar a variedade de órgãos encarregados de sua realização.

A assimilação do objeto da jurisdição penal e da jurisdição civil é questão correlata à própria determinação do objeto do processo penal e do processo civil. E, assim, pois o campo da atividade jurisdicional penal é o processo penal,⁴¹² ao passo que a atividade jurisdicional civil exerce-se no âmbito do processo civil, cada qual com categorias adequadas à essência de seu objeto.⁴¹³ A determinação das jurisdições especializadas, a fim de estudarem-se os mecanismos que definem suas relações, exige, desse modo, o prévio estabelecimento do objeto do processo civil e do processo penal.

O objeto do processo consubstancia-se na matéria sobre a qual recaem os elementos que integram o processo,⁴¹⁴ substância sobre a qual o juiz está autorizado e tem o dever de se manifestar.⁴¹⁵ Trata-se do mérito da causa ou, por outra forma, do conteúdo do

⁴¹⁰YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 169.

⁴¹¹Eugenio Florian identifica na diversidade de objetos a constatação de diferentes manifestações concretas da jurisdição: “Una es indiscutiblemente la función jurisdiccional del Estado, pero pueden ser diversas las manifestaciones, las modalidades de desarrollo, respondiendo a la misma diversidad de los objetos a que se refiera.” (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 22).

⁴¹²Miguel Fenech, em sua conceituação de processo penal, destaca que é por meio do processo penal que se exerce a atividade jurisdicional por órgão da jurisdição penal: “Proceso penal es, por tanto, aquella serie o sucesión de actos que se llevan a cabo y desarrollan en el tiempo, con sujeción a unas normas de procedimiento, y a través de la cual se realiza la actividad jurisdiccional, mediante el ejercicio por el órgano jurisdiccional penal de sus diversas potestades y la realización de las partes y terceros de la actividad cooperadora que aquélla requiere.” (FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 4. ed. Madrid: Ageda, 1982. p. 5).

⁴¹³GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 22-23. Aliás, não por outras razões afirma-se que, necessariamente, “a atividade jurisdicional gira em torno do direito material.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Escopo jurídico do processo, cit., p. 308). Nesse sentido, Julio Acero coloca como distinção entre a ação civil e a ação penal o órgão jurisdicional perante o qual são deduzidas: “Los tribunales que fallen sobre una y otra acción pueden ser igualmente diversos, pues la primera deberá resolverse forzosamente por el tribunal del ramo correspondiente y aunque se suele aceptar también que de la segunda conozca el mismo Juez del proceso, esto sucede sólo en cierto término y condiciones, reservándose en los demás casos el fallo sobre tal reclamación a la competencia de los tribunales civiles.” (ACERO, Julio. **Procedimiento penal**, cit., p. 61).

⁴¹⁴LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 125.

⁴¹⁵“Por objeto do processo se designa o conteúdo deste, posto diante do juiz através do ato de iniciativa. Ele é, afinal, a *res in iudicium deducta*, da linguagem tradicional. É sobre ele que o juiz se considera autorizado e obrigado a pronunciar-se (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 25).

processo.⁴¹⁶ Refere-se ao que se postula em juízo,⁴¹⁷ cuja identificação é relevante para a determinação da competência, a delimitação do provimento judicial, bem como o reconhecimento da litispendência, da coisa julgada, do cúmulo e alteração de demandas, da prejudicialidade, entre outros.⁴¹⁸

Na atualidade, os debates sobre a definição do objeto do processo, seja ele penal ou civil, aparentam confluir no entendimento de que esse somente pode ser a pretensão de natureza processual.⁴¹⁹ A pretensão processual não se confunde com a pretensão de direito material, essa presente no conhecido e repetido conceito de lide formulado por Carnelutti.⁴²⁰ A compreensão do objeto do processo exige, assim, a clara distinção entre a pretensão em sentido material e em sentido processual.⁴²¹

A pretensão é uma exigência que se desdobra nos planos processual e material. Em sentido material, essa reivindicação não é dirigida ao Estado-juiz, mas equivale à subordinação do interesse alheio ao próprio. Isto é, implica que outrem lhe proporcione o bem da vida almejado. Unicamente se não satisfeita voluntariamente⁴²² a pretensão material é que deverá ser cumprida por meio do processo.

⁴¹⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 25. Igualmente: ALBUQUERQUE, F. M. Xavier de. Conceito de mérito no direito processual penal. In: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (Org.). **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Nelson Hungria**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 303.

⁴¹⁷É o que ensina Cândido Rangel Dinamarco ao se debruçar sobre o vocábulo “mérito”: “Daí se entende que mérito é aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir (infra n. 362) etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame. Julgar o mérito é julgar essa exigência, ou a pretensão que o autor traz da vida comum para o processo com o pedido de seu julgamento pelo juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 187).

⁴¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 25.

⁴¹⁹Conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 64. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 590. DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 44. Aury Lopes Jr. é enfático ao afirmar que o objeto do processo “não se confunde com a causa ou princípio, nem com o seu fim.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 125). Não por outras razões, Teresa Armenta Deu ensina que não se pode considerar objeto do processo uma concreta figura delitiva, nem uma determinada consequência penal, até porque são contidas pela imputação, veículo da pretensão processual no processo penal (ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017. p. 137). Ainda nessa linha de raciocínio, não é possível concordar com a posição minoritária de Adolfo Alvarado Velloso, que enxerga na própria sentença de mérito o objeto do processo: “Como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia.” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho procesal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. v. 1, p. 243). A bem da verdade, a sentença não pode ser tida como objeto do processo, eis que é o resultado final do exercício da jurisdição, ao qual todo o trâmite processual se dirige.

⁴²⁰“Llamo litigio al conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”. (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, cit., v. 1, p. 44).

⁴²¹GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 35.

⁴²²“Puede ocurrir que, ante la pretensión, el titular del interés opuesto se decida a su subordinación. En tal caso, la pretensión es bastante para determinar el desenvolvimiento pacífico del conflicto.” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, cit., v. 1, p. 44).

Assim, formula-se nova pretensão que, diferentemente, é exercida em juízo e destina-se à obtenção de um provimento judicial postulado (declaratório, condenatório, constitutivo, executório ou cautelar). Somente em momento lógico posterior a pretensão processual dedica-se ao alcance de um bem da vida.⁴²³ É, aliás, por tal razão, que se fala em objeto imediato e objeto mediato da demanda.⁴²⁴

Nesse raciocínio, a pretensão processual é “aquela veiculada em juízo, por meio do exercício da ação, e terá existência independentemente do direito material que fundamenta o pedido do autor”.⁴²⁵ Consiste em exigência pela qual o autor da pretensão exige que o juiz profira decisão, ao final do processo, que resolva o litígio em seu favor.⁴²⁶ Em processo penal, expressa-se pelo exercício do direito de acusar para que, ao final do necessário processo penal, o Estado-juiz reconheça o seu direito de condenar o culpado e executar a pena. Não se trata, no processo penal, da obtenção de um bem da vida, mas da exigência de que a Justiça Penal exerça seu poder punitivo, inexecuível antes do término do processo penal. E assim, até porque o titular da pretensão processual penal não é também titular do poder de condenar e executar a reprimenda.⁴²⁷

Percebe-se que bastante distintas as concepções de pretensão processual e de pretensão material. A pretensão material identifica-se com as noções de direito de exigir de outrem uma ação ou omissão e de subordinação do interesse alheio ao próprio, correspondentes à conceituação de lide formulada por Carnelutti. E de tal modo, pois é possível a solução espontânea pelos agentes envolvidos, ao menos no âmbito cível, prescindindo de um processo.⁴²⁸ Somente com a ausência de satisfação espontânea é que se

⁴²³“Nesse quadro, a exigência representada pela demanda desdobra-se em duas: a de obter o provimento jurisdicional e a de obter o bem da vida. A primeira delas é instrumental à segunda, do mesmo modo e na mesma medida em que o exercício da jurisdição é sempre instrumental à dinâmica dos direitos: a garantia da tutela jurisdicional é uma cobertura geral do sistema de direitos, destinada a entrar em operação sempre que haja alguma queixa de direitos molestados ou de alguma esfera de direitos atingida. Ao tomar a iniciativa de um processo, do juiz ou do árbitro o demandante pede e espera uma ajuda, ou seja, uma tutela jurisdicional destinada a conduzi-lo ao bem da vida pretendido. Daí ser bifronte a pretensão que a petição inicial apresenta ao juiz.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 2, p. 132-133).

⁴²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 23-24.

⁴²⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 581.

⁴²⁶Nesse sentido é a conceituação de pretensão processual por Adolfo Alvarado Velloso: “pretensión procesal es la declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita – después de un proceso – una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento.” (ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho procesal**, cit., v. 1, p. 99).

⁴²⁷LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 144.

⁴²⁸BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 578.

faz necessário o processo, no qual se formula uma nova pretensão, desta vez tendo como destinatário o Estado-juiz.⁴²⁹

Há, portanto, evidente discrepância quanto ao momento nascedouro e quanto às causas originárias da pretensão material e da pretensão processual. Mas não apenas. Há também divergência quanto aos sujeitos das relações jurídicas decorrentes.⁴³⁰ A relação jurídica processual é tríplice. Além dos sujeitos envolvidos na controvérsia de direito material, há a presença do Estado-juiz como sujeito imparcial.⁴³¹ A controvérsia no plano material, contudo, exige tão somente dois sujeitos. Trata-se de relação jurídica meramente dúplice.⁴³²

Delineados os traços distintivos entre a pretensão de natureza material e a pretensão de natureza processual, possibilita-se o enquadramento de tais fenômenos no processo penal.

No âmbito da responsabilização penal vigora o brocardo *nulla poena sine iudicio*. A prática de uma infração penal não implica direito subjetivo que possa ser exercido fora do processo penal.⁴³³ O processo penal é sempre imprescindível, pois a pena não pode ser imposta diretamente ao autor do crime sem prévia apuração.⁴³⁴

O pressuposto da responsabilização criminal não é unicamente a existência de um fato descrito e definido como infração penal pela lei. A gravidade e o caráter público da intervenção penal exigem a dedução de uma hipótese acusatória exposta à refutação, suscetível de prova e confrontação judicial.⁴³⁵ O mecanismo indispensável para tanto é o efetivo contraditório, eis que meio mais eficiente para o controle empírico da tese acusatória e aproximação da verdade. O contraditório efetivo somente pode ser exercido em um devido processo, o que implica, portanto, sua necessidade.⁴³⁶

⁴²⁹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 579.

⁴³⁰Id. Ibid., p. 578.

⁴³¹TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**, cit., p. 141.

⁴³²Sobre a intersubjetividade do conflito de direito material, Francesco Carnelutti escreve que: “al ser un conflicto intersubjetivo de intereses, el litigio no puede existir sin dos sujetos distintos. Por ello, los sujetos del mismo son necesariamente dos. (...) Así como los intereses en litigio no pueden dejar de ser dos, así tampoco pueden ser más de dos, y por tanto, no pueden ser más de dos los sujetos del mismo. Como el conflicto es una relación entre los interesados, es evidente que si éstos fuesen más de dos, la relación no podría ser una sola.” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**, cit., v. 2, p. 4-5).

⁴³³LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 129.

⁴³⁴FERNANDES, Antônio Scarance. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 143-144.

⁴³⁵FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, cit., p. 40-41.

⁴³⁶“A necessidade de um contraditório como meio mais eficiente para a descoberta da verdade exigiu que o processo penal fosse um processo necessário, impondo o ‘nulla poena sine iudicio’”. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 576).

Assim, seja decorrência do monopólio do poder punitivo pelo Estado,⁴³⁷ seja porque é o campo adequado para a realização do contraditório e verificação da imputação, o processo penal prévio é sempre necessário à condenação e à imposição de uma sanção penal.⁴³⁸ Sequer pode o acusado submeter-se voluntariamente à reprimenda penal sem anterior apuração dos fatos ou mesmo satisfazer eventual pretensão penal então decorrente da prática de infração criminal.⁴³⁹

Essa necessidade, nervo estrutural do processo penal,⁴⁴⁰ por si só, permite observar particularidades que o distinguem do processo civil, v.g., infere-se que a jurisdição exercida no âmbito penal é sempre uma atividade primária, enquanto no processo civil é, com frequência, uma atividade secundária.⁴⁴¹ De maior expressão, porém, é o claro reconhecimento da completa inadequação do conceito de lide ao processo penal.

Não há propriamente um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida – ressalte-se, pretensão de direito material resistida – cuja composição deva ocorrer no processo penal.⁴⁴² No âmbito deste, substitui-se a ideia de contenciosidade pela

⁴³⁷Ferrajoli ensina que a não derrogação do juízo foi postulada, originariamente, pelo art. 7 do Bill of Rights, em 1689, na Inglaterra. Em um primeiro sentido, expressa que o julgamento é indeclinável, de modo que implica a obrigação de julgar pelo juiz. Em um segundo sentido, afirma que o julgamento é infungível, isto é, designa o monopólio estatal da repressão penal, de forma que não pode ser substituída por outras vias de atividade cognitiva que não o processo judicial. (Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, cit., p. 517-518).

⁴³⁸A respeito da necessidade do processo penal e exercício exclusivo pelos órgãos judiciais: “La relación de derecho penal, dado su carácter eminentemente público, no puede hacerse efectiva más que por medio del proceso y, por tanto, del procedimiento, por cuya razón la voluntad de las partes, la ejecución voluntaria de la pena, no hallaría aquí manera de actuar.” (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 16). “Il giudice non deve condannare nessuno nei cui confronti non sia stata verificata una responsabilità penale, secondo il procedimento prescritto dal diritto.” (CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 2. ed. Varese: Giuffrè, 1971. p. 12). “La actuación del Derecho penal incumbe exclusivamente a los órganos judiciales, y no de cualquier modo, sino precisamente a través del instrumento que la ley prevé a tal efecto: el proceso penal.” (ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 77).

⁴³⁹“No es posible en ningún caso la aplicación de la sanción penal sin el proceso. La aplicación de la pena está, efectivamente, sustraída tanto al Estado (titular del poder punitivo) como al particular que quisiese someterse espontaneamente a la sanción penal.” (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 6).

⁴⁴⁰GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **Constitución y proceso penal**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 29.

⁴⁴¹Conforme doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, diz-se primária a atividade jurisdicional quando o exercício da jurisdição é inafastável, isto é, quando a ordem jurídica não admita a satisfação voluntária de pretensões. Por outro lado, trata-se de atividade secundária se exercida em casos em que o demandado não satisfaz a pretensão do demandante, mesmo que não exista óbice para fazê-lo. Neste último caso, tem-se como exemplos conflitos no campo do direito das obrigações e o restabelecimento de situações garantidas por direitos reais. (Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 460-461).

⁴⁴²“Existe lide, no processo penal? A ação penal condenatória exhibe o exercício do direito à jurisdição. Nela se não há de cuidar de pretensão. A pretensão, em palavras simples é o direito subjetivo material, que alguém tem, ou acredita possuir, e quer fazer valer. Os processualistas afirmam que consiste na exigência, formulada por interessado, de que outrem se submeta ao seu interesse. Vale asserir: a querença de submissão de interesse alheio ao próprio. Tais idéias não guardam aplicação, no campo penal. Impossível aceitar-se-lhe a existência de pretensão resistida, ou insatisfeita, que precise compor. Os interesses conflitantes irrompem públicos e indispensáveis. O embate necessário, tão só, desponta entre o poder-dever de punir e o direito fundamental de liberdade jurídica e, em ambos os polos adia-se a sociedade, o

noção de contraditoriedade. E não se trata de contraditório potencial ou de mera possibilidade de seu exercício, mas sim de exigência de contraditório real e efetivo.⁴⁴³ Dada à relevância dos interesses envolvidos, as partes não podem atuar voluntariamente à vontade concreta da lei penal.⁴⁴⁴ Nem mesmo, ante a ausência de oposição, pode o juiz eximir-se de apurar a veracidade da tese acusatória. O conceito de lide penal não reflete o objeto do processo penal.⁴⁴⁵

Igualmente não se identifica com o objeto do processo penal a chamada pretensão punitiva. Isto, pois essa tem natureza de direito material. Trata-se da pretensão de titularidade do Estado, consistente na exigência de submissão daquele que pratica uma infração penal à sanção penal.⁴⁴⁶ Sua origem é anterior ao processo penal; nasce com o cometimento do delito, mas que, diante da necessidade do processo penal, somente pode ser concretizada por meio deste.

Essa pretensão não se confunde com a formulação de uma posterior pretensão de natureza processual. Em um primeiro momento, verifica-se a pretensão de direito material, originária da prática do crime ou contravenção penal, que consistirá no substrato de um posterior processo penal.⁴⁴⁷ Nesse processo, entretanto, apresentar-se-á nova pretensão, dirigida ao Estado-juiz, veiculada por meio do exercício do direito de ação, cuja existência é independente do direito material alegado.⁴⁴⁸

‘público’. Eis, o conflito de mor relevância político-social. A lide não serve, como elemento caracterizador da jurisdição penal, pela total ausência de contenciosidade, posto que impossível.” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Teoria do processo penal**, cit.). Igualmente: “A função do processo penal não é remover o desacordo entre acusador e acusado em torno da existência do delito e da pena, sendo absolutamente irrelevante que as partes estejam de acordo em suas alegações, o que não desobriga o juiz de pesquisar, com todos os meios que possui à sua disposição, se as afirmações são verdadeiras.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 571).

⁴⁴³Cf. TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático), cit., p. 48-50.

⁴⁴⁴“Irrelevante, senão inadequada, a discussão em torno da existência de uma lide no processo penal, até porque ela é inexistente. Isso porque não pode haver uma pena sem sentença, pela simples e voluntária submissão do réu.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 125-126). “Não é incomum haver consenso entre as partes e o processo ser necessário por imposição da própria lei. É o caso do processo penal, em face do princípio *nulla poena sine iudicio*. O desejo do réu de submeter-se à pena é irrelevante.” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 188).

⁴⁴⁵FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 24.

⁴⁴⁶José Frederico Marques, em raciocínio fundamentado na concepção de lide, afirma que “a pretensão punitiva encontra no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar êsse conflito como litígio, visto que o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1, p. 12).

⁴⁴⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 579.

⁴⁴⁸Conforme Scarance Fernandes, a pretensão processual pressupõe apenas a afirmação de uma pretensão material, e não sua existência: “Para o exercício da ação penal não se exige que exista uma pretensão de ordem material ou uma situação concreta, pois basta a afirmação da existência dessa pretensão ou dessa

A titularidade desta pretensão de direito material, isto é, da pretensão punitiva, corresponde ao Estado-juiz. Somente esse pode aplicar uma condenação e fazer executar uma sanção criminal. Tal, entretanto, não é de titularidade do acusador, seja este o Ministério Público, seja, com maior razão, o acusador particular. Ao órgão de acusação tão somente atribui-se a titularidade de uma pretensão processual traduzida pela exigência dirigida ao Estado-juiz de que exerça seu poder punitivo. No processo penal não há a atribuição de um direito material às partes, mas ao julgamento do eventual dever de punir, afirmando ou negando a existência de um fato típico, antijurídico e ilícito.⁴⁴⁹

O titular da ação penal possui o poder de imputar, não de penar, razão pela qual não detém e não exerce uma pretensão punitiva.⁴⁵⁰ Entendimento no sentido de que o objeto do processo penal consiste em uma pretensão de direito material⁴⁵¹ equivale ao desconhecimento de que o Estado exerce seu poder de punir enquanto juiz, e não como parte.⁴⁵²

A pretensão que representa o objeto do processo penal, portanto, tão somente pode ser a de natureza processual. Essa dá origem ao processo e é o objeto de análise e decisão pelo juiz. É essa pretensão, e não a pretensão de direito material, que é de titularidade do acusador, seja ele o Ministério Público, seja ele o acusador privado.⁴⁵³ Resta, contudo, indagar qual o seu conteúdo que a torna distinta da pretensão processual de natureza cível.

situação, amparada em elementos idôneos. Ao final, pode-se declarar na sentença a inexistência da situação afirmada e, por consequência, da pretensão de direito material. Houve, mesmo assim, pretensão processual, sustentada na afirmação de existência do crime narrado e na sua atribuição ao acusado.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, cit., p. 149).

⁴⁴⁹CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 13.

⁴⁵⁰“O poder punitivo não é outra coisa que o poder concreto da Justiça Penal – personificado no juiz – de condenar o culpado e executar a pena. O titular da pretensão acusatória (acusador) exige que a Justiça Penal exerça o poder punitivo e não que se atribua a ele mesmo ou a um terceiro, como ocorre no processo civil. Não existe pedido de adjudicação alguma por parte do acusador, pois não se lhe corresponde o poder de penar. Por isso, o acusador detém o poder de acusar, não de penar. Logo, jamais poderia ser uma pretensão punitiva.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 143-144).

⁴⁵¹Aqui equivoca-se Eugenio Florian ao afirmar que o “objeto fundamental del proceso penal es una determinada relación de derecho penal que surge de un hecho que se considera como delito, y se desarrolla entre el Estado y el individuo al cual se atribuye el hecho, con el fin de que sea aplicada a este último la ley penal.” (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 49). Discorda-se, igualmente, da posição de Miguel Fenech: “ En el proceso penal es absolutamente indispensable que, para llegar a la sentencia, exista una pretensión punitiva, es decir, una petición o declaración de voluntad que se afirma fundada en el Derecho positivo, y encaminada a que se declare la responsabilidad criminal del imputado y se le imponga una pena.” (FENECH, Miguel. **El proceso penal**, cit., p. 163).

⁴⁵²Esse é o argumento formulado por James Goldschmidt: “La concepción de la exigencia punitiva desconoce que el Estado titular del derecho de penar realiza su derecho en el proceso no como parte, sino como juez.” (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 23).

⁴⁵³Aury Lopes Jr., conquanto apresente a mesma conclusão quanto ao objeto do processo penal, prefere utilizar a nomenclatura “pretensão acusatória”. Assim, porque destaca que o órgão de acusação detém o direito potestativo de acusar apenas, sendo seu exercício pressuposto necessário para efetivação do direito de penar. (Cf. LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 127).

A pretensão processual, seja ela penal ou cível, necessita de um veículo para sua formulação no processo. No processo penal, tal móvel é a imputação, enquanto no cível exerce-se por meio da demanda. A imputação e a demanda não se confundem com a própria pretensão, pois são os meios pelos quais esta é deduzida. Por tal razão, aliás, é que não se pode concluir que seja a imputação o objeto do processo penal ou a demanda o objeto do processo civil.⁴⁵⁴

Imputar significa atribuir a alguém um fato penalmente relevante.⁴⁵⁵ Em sua essência, a imputação consiste em um juízo de atribuição. Trata-se de um juízo pelo qual um determinado indivíduo é vinculado a uma determinada prática criminosa concreta. Compõe-se de três elementos necessários, quais sejam, a descrição de fatos, a qualificação jurídico-penal desses fatos, e a atribuição desses fatos descritos, penalmente relevantes, a alguém.⁴⁵⁶

Em uma acepção ampla, a imputação consiste em um juízo de atribuição da provável autoria de uma infração penal a alguém, formulado por uma autoridade legitimada por lei, com lastro em elementos informativos ou probatórios, independentemente da existência de ato formal.⁴⁵⁷ Em sentido estrito, e aqui se revela o modo de formulação da pretensão processual, a imputação refere-se ao momento em que se instaura o processo penal mediante acusação formal sustentada por prova de materialidade delitiva e indícios de autoria.⁴⁵⁸

O sentido amplo tem sua relevância para inauguração da possibilidade de reação defensiva à imputação. A posição jurídica de imputado confere direitos decorrentes do direito de defesa ao indivíduo. Contudo, tal exercício de direitos somente lhe é possível quando definida sua situação jurídica. Se desconhecer que pesa contra si uma imputação, ver-se-á tolhido de qualquer reação. Não por outro motivo melhor seria que essa definição ocorresse por ato formal determinado. A partir da plena ciência de pesar contra si um juízo

⁴⁵⁴Essa é a lição de Gustavo Badaró: “se o objeto do processo penal é a pretensão processual penal, e sendo a imputação o meio pelo qual se formula tal pretensão, o objeto do processo penal não pode ser a imputação, que é o veículo da pretensão.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 583). No mesmo sentido, sobre a demanda, leciona Cândido Rangel Dinamarco: “A demanda é fato estritamente processual, pressuposto processual, é ato formal do processo, que com ele tem vida e nele se exaure. Ela é o veículo da pretensão do demandante, que é uma sua aspiração a determinado bem ou a determinada situação jurídica que, sem o processo e sem a intercessão judicial, o sistema o impede de obter.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 30).

⁴⁵⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 583.

⁴⁵⁶MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 2, p. 237.

⁴⁵⁷FERNANDES, Antônio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, cit., p. 105.

⁴⁵⁸Id. Ibid., p. 104.

de atribuição de fato penalmente relevante, poderia o indivíduo então reagir defensivamente.⁴⁵⁹

Interessa para os fins da presente pesquisa a imputação em seu sentido estrito, materializada pela acusação formal que, então, suscitará o processo.⁴⁶⁰ Veja-se que, conquanto se revele por juízos progressivos formulados ao longo da investigação e do processo penal, em sentido estrito externa-se por ato formal definido diante do preenchimento de requisitos legalmente estipulados.

A imputação, veículo da pretensão processual penal, materializa-se pela acusação formal, ato processual determinado. Contém em si um fato concreto penalmente relevante e sua atribuição a um indivíduo. O pedido que veicula é a “verificação do fato que se atribui ao imputado, para que se passe da suspeita à certeza de sua ocorrência, com a consequente condenação, se aquela restar provada.”⁴⁶¹ Seu objeto é, portanto, o fato definido como infração penal que então atribui-se a alguém.⁴⁶²

O objeto do processo penal, nesse raciocínio, também não pode ser identificado pelo caso penal ou pela realidade jurídica hipotética descrita na imputação.⁴⁶³ O fato definido como crime é elemento objetivo estruturante da imputação. Tal fato delituoso é o objeto da pretensão processual carreada pela imputação. Trata-se, desta forma, do conteúdo do conteúdo.⁴⁶⁴

Assim, é possível concluir que o objeto do processo penal não é uma pretensão material preexistente ao processo, mas uma pretensão processual. Essa pretensão processual é formulada por meio da imputação, materializada em um ato processual formal de acusação que dará início ao processo penal. Essa imputação contém em si um fato penalmente relevante e sua atribuição a alguém.

Portanto, o conteúdo da pretensão processual penal, que a caracteriza e a distingue da pretensão processual civil,⁴⁶⁵ é o fato penalmente relevante atribuído a alguém por meio

⁴⁵⁹FERNANDES, Antônio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, cit., p. 112.

⁴⁶⁰Assim, leciona Franco Cordero que o processo penal somente tem início com uma atribuição de fato definido como crime pelo órgão legitimado para tanto. Cf. CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 235.

⁴⁶¹BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 585.

⁴⁶²Neste sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1, p. 145. CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 236. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 583.

⁴⁶³Em sentido contrário Ranieri afirma que o objeto do processo é a fattispecie concreta deduzida na ação penal (cf. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 157). Também em sentido diverso, Albuquerque afirma que o mérito no processo penal é uma realidade jurídica noticiada no ato formal de acusação. (cf. ALBUQUERQUE, F. M. Xavier de. Conceito de mérito no direito processual penal, cit., p. 312-313).

⁴⁶⁴LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 128-129.

⁴⁶⁵GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 35.

de um juízo de imputação. A pretensão processual civil, deduzida pela demanda, diversamente, versará sobre conflito de natureza civil.

A diferença da natureza dos conflitos apresentados e julgados permite constatar, de imediato, diferenças essenciais que caracterizam e conferem lógica própria ao processo civil e ao processo penal. A título de exemplo, no processo penal a ação penal somente pode conter um único pedido, qual seja, a condenação pelo fato delimitado pela imputação. Em bases totalmente diversas, o processo civil opera com a possibilidade de formulação de diversos pedidos decorrentes de um mesmo fato que, inclusive, pode gerar dois ou mais processos.⁴⁶⁶

Quanto ao estudo da coordenação de jurisdições especializadas, a principal consequência da diferença da natureza dos conflitos julgados no processo civil e no processo penal é a necessidade de especialização para sua adequada análise.⁴⁶⁷ Essa necessidade implica a repartição da atividade jurisdicional, ou sua especialização, o que se efetiva mediante regras de competência.⁴⁶⁸

2.2.2 O conteúdo da pretensão processual e normas de competência

Enquanto organismo complexo, o Poder Judiciário exige a divisão e a especialização de tarefas para seu correto funcionamento. Conquanto seja uno e indivisível como exteriorização do poder do Estado, a atividade que exerce é fragmentada e distribuída entre os órgãos que o constituem. Com efeito, há verdadeira multiplicidade de órgãos que compõem o Poder Judiciário. Diante de um caso concreto seria inoperante um sistema que permitisse a qualquer destes órgãos jurisdicionais executar a sua análise. Assim, deve-se perquirir qual juízo tem legitimidade para o julgamento de um processo apresentado em dada realidade fática. Essa distribuição da atividade jurisdicional faz-se por meio das regras de competência.⁴⁶⁹

⁴⁶⁶FERNANDES, Antônio Scarance. **Reação defensiva à imputação**, cit., p. 180-181.

⁴⁶⁷ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 200.

⁴⁶⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 441.

⁴⁶⁹Assim, leciona Flávio Luiz Yarshell: “Na premissa de ser inviável o exercício da jurisdição de forma rigorosamente unificada (talvez o ideal que se harmonizaria com a unidade do poder), é preciso fracioná-la em órgãos. O que ocorre, então, é uma divisão do trabalho a ser realizado e que tem por objeto a massa de processos. Daí se dizer em doutrina que competência é a ‘medida’ ou a ‘quantidade’ da jurisdição. Pelas regras de competência se estabelece uma divisão de tarefas, embora o Poder continue uno e indivisível.” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 177).

A competência é o “âmbito legítimo de exercício da jurisdição conferido a cada órgão jurisdicional”.⁴⁷⁰ Trata-se do poder-dever de um juiz de atuar a jurisdição que lhe é devidamente investida em relação a uma determinada matéria.⁴⁷¹ Não basta que o juiz ou tribunal seja regularmente investido de jurisdição, mas também que lhe seja atribuída competência para o julgamento do caso.

Não é correto afirmar que entre a jurisdição e a competência há relação de todo e parte, embora respeitável a doutrina nesse sentido.⁴⁷² A jurisdição é manifestação do poder estatal. A partir do princípio da unidade de jurisdição, constitui impropriedade teórica falar-se em fracionamento da jurisdição. O que há, em verdade, é a distribuição da atividade jurisdicional entre os órgãos que compõem o Poder Judiciário. Essa repartição se expressa pela noção de competência, pressuposto processual subjetivo relativo ao juiz.

As regras de competência são necessárias à concretização da garantia do juiz natural, pois desenhadas para identificar “ex ante” o julgador que deve decidir o caso singular.⁴⁷³ A estipulação do juiz natural é um dos mecanismos destinados a assegurar a imparcialidade do magistrado. Consubstancia-se no direito “a um juiz instituído antes do fato e competente para julgar o processo segundo critérios legais prévios e taxativos, fixados por lei em vigor no momento da prática do delito.”⁴⁷⁴

Em seu aspecto positivo, consiste no direito do indivíduo a um juiz natural predeterminado por lei anterior à prática delitiva. Essa regra é determinada pelo art. 5º, LIII da Constituição Federal que dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Em sua dimensão negativa, o princípio do juiz natural implica a vedação da criação de tribunais de exceção. Trata-se do disposto no art. 5º,

⁴⁷⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**, cit., p. 282.

⁴⁷¹Cf. MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**, cit., v. 2, p. 32. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 341. PINA, Rafael de. **Manual de derecho procesal penal**. Madrid: Editorial Reus, 1934. p. 57.

⁴⁷²No sentido de que a competência é fragmento da jurisdição atribuído a um juiz, cf. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 29.

⁴⁷³Cf. ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 77. CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 140. DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 2010. p. 14.

⁴⁷⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**, cit., p. 35-36. No mesmo sentido é o ensinamento de Figueiredo Dias ao asseverar que “o direito fundamental, dos cidadãos a que uma causa seja julgada por um tribunal previsto como competente por lei anterior, e não ad hoc criado ou tido como competente. A tanto vincula a necessária garantia dos direitos da pessoa, ligada à ordenação da administração da justiça, à exigência de julgamentos independentes e imparciais e à confiança da comunidade naquela administração.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 322).

XXXVII da Constituição Federal, cuja redação afirma expressamente que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.⁴⁷⁵

A repartição de competências segue esquema proposto pela doutrina que se compõe pelos critérios da competência objetiva – subdivida em competência por matéria, por pessoa e por valor da causa –, da competência funcional e da competência territorial.⁴⁷⁶ O critério da competência territorial aplica-se entre órgãos jurisdicionais do mesmo tipo, isto é, de um mesmo Tribunal, de uma mesma hierarquia e com competência para julgamento de uma mesma matéria. Refere-se às áreas territoriais existentes no âmbito de cada Tribunal. A competência funcional, por sua vez, apura-se tanto entre órgãos da mesma quanto de diferentes categorias. Esse último critério pressupõe sempre a fixação da competência objetiva e da competência por território. Verifica-se quanto à função a ser exercida em determinada fase do processo, em graus jurisdicionais diversos e conforme o objeto do juízo.⁴⁷⁷ No processo penal, ainda, há também a chamada competência por prerrogativa de função, de modo que pessoas que detenham determinado cargo público deverão ser julgadas por órgãos de instâncias superiores.⁴⁷⁸

A Constituição Federal de 1988 institui normas de competência na medida em que estrutura cinco diferentes “Justiças”,⁴⁷⁹ quais sejam, Justiça Eleitoral, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, essas ditas especializadas, Justiça Federal e Justiça Estadual, essas chamadas de justiça comum. Igualmente, a Constituição Federal traz normas sobre a competência originária e recursal dos Tribunais Superiores.⁴⁸⁰ Conforme a matéria submetida à apreciação do Poder Judiciário o processo haverá de ser julgado por uma destas diferentes “Justiças”.

⁴⁷⁵Sobre a garantia do juiz natural, Figueiredo Dias atribui-lhe um tríplice aspecto. Em primeiro plano, refere-se à fonte, pelo qual somente a lei pode instituir o juiz e fixar-lhe a competência. Em uma ponte de referência temporal, afirma-se um princípio de irretroatividade, isto é, a competência já deve estar estabelecida ao tempo em que praticado o fato definido como infração penal. Por fim, em sua última dimensão, impõe uma ordem taxativa de competência que necessariamente exclua a alternativa de órgão jurisdicional para decidir o caso em concreto, proibindo jurisdições de exceção. (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 322-323).

⁴⁷⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 595.

⁴⁷⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**, cit., p. 234-235.

⁴⁷⁸V.g., o art. 102, I, b, da Constituição Federal, determina que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, originariamente, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. Outros exemplos podem ser encontrados no art. 102, I, c, art. 105, I, a, e art. 29, X, todos da Constituição Federal.

⁴⁷⁹“Justiça” é o vocábulo empregado pela própria Constituição Federal ao estruturar e definir o âmbito de competência dos Tribunais componentes do Poder Judiciário nacional. Conferir art. 106, art. 111, art. 118, art. 122 e art. 125, todos da Constituição Federal de 1988.

⁴⁸⁰Conferir art. 102 e art. 104 da Constituição Federal.

A competência por matéria não se define apenas pela norma constitucional que institui diferentes “Justiças” especializadas. Para os fins deste trabalho interessa a competência para julgamento de matéria cível e de matéria criminal dentro de quaisquer daquelas “Justiças”.⁴⁸¹ Essa distribuição competencial faz-se, por expressa disposição constitucional, mediante leis infraconstitucionais.

O art. 125 da Constituição Federal determina que os Estados organizarão sua própria Justiça, observados princípios constitucionalmente estabelecidos. Seu parágrafo primeiro dispõe que a competência dos Tribunais deverá ser definida pela Constituição de cada Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.⁴⁸² No tocante à Justiça Federal, o art. 109 da Constituição Federal versa sobre a matéria de sua competência, enquanto em seu art. 110 afirma que as varas federais de uma dada seção judiciária serão localizadas conforme estabelecido em lei. Por fim, quanto à Justiça Eleitoral, o art. 121 do diploma constitucional assevera que lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

Dos dispositivos citados constata-se que há evidente reserva de lei sobre a definição da competência dos órgãos do Poder Judiciário,⁴⁸³ em especial quanto a sua organização e a criação de varas judiciais para o julgamento de casos de natureza cível ou criminal. A única exceção encontra-se no art. 96, I, da Constituição Federal, que expressamente impõe aos Tribunais a elaboração de seus próprios regimentos internos, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos. Tal, entretanto, não alcança os órgãos de primeira instância.

⁴⁸¹Ressalva-se, evidentemente, que a Justiça do Trabalho não detém qualquer competência para o julgamento da matéria criminal, mas tão somente conflitos decorrentes de relações de trabalho. Conferir art. 114 da Constituição Federal.

⁴⁸²É, aliás, com fundamento neste dispositivo que Alexandre Freitas Câmara sustenta que é inaplicável o dispositivo do Código de Processo Penal que prevê a fixação de valor indenizatório no processo penal. Afirma o autor: “(...) estar-se-ia a reconhecer a competência do juízo criminal para o processo civil que tivesse por objeto a reparação do dano causado pelo mesmo fato que, no processo penal, se afirma ser crime. Este entendimento, porém, esbarra no disposto no art. 125, § 1º, da Constituição da República. Afinal, estabelecer a competência *ratione materiae* dos juízos estaduais é tema de organização judiciária, o qual é reservado à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça. Assim, o entendimento aqui apresentado acaba por esbarrar em uma inconstitucionalidade formal, já que lei federal não pode tratar da matéria.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei 11.719/2008. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, p. 115, 2009). Razão não parece assistir ao autor por dois principais motivos: a) seu raciocínio refere-se apenas à Justiça Estadual, e não considera a Justiça Federal; b) a organização judiciária no plano estadual não exclui a determinação de competência em razão da matéria por lei federal, o que não se permite é que lei federal crie uma vara judicial estadual ou determine a competência de uma específica vara judicial estadual.

⁴⁸³O tema da reserva legal sobre a definição de competência entre os órgãos do Poder Judiciário é minuciosamente examinado por Gustavo Badaró em: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Juiz natural no processo penal**, cit., p. 259-262.

A distribuição de competência atende à amplitude de matérias distintas que possam ser apresentadas para julgamento pelo Poder Judiciário, eventualmente contidas no em uma pretensão processual exercida. Conforme já estudado, a pretensão processual pode conter matéria de conteúdo cível ou penal, o que deve ser observado em seu julgamento. Deste modo, a fixação da competência em razão da matéria relaciona-se ao exercício da atividade jurisdicional sobre determinado objeto,⁴⁸⁴ qual seja, a pretensão processual caracterizada pela natureza jurídica do conflito narrado. É esta diversidade que implicará a necessidade de especialização da atividade jurisdicional.⁴⁸⁵

Desta forma, mesmo no âmbito da Justiça comum ou das Justiças especiais, há divisão organizacional da matéria julgada, motivo pelo qual há distribuição de competência por meio de normativa infraconstitucional de organização judiciária e consequente criação de varas judiciais cíveis e criminais.⁴⁸⁶ Cada uma das “Justiças” definidas pela Constituição Federal debruça-se sobre uma diversidade de conflitos, de sorte que também subdivide-se em matérias, sendo a divisão de natureza civil e penal a mais relevante.⁴⁸⁷

Assim, em regra, as normas de distribuição de competência em razão da matéria, instituídas por leis estaduais de organização judiciária, atribuem separadamente as atividades jurisdicionais civil e penal. Mesmo nas hipóteses de vara judicial única, tais competências são atribuídas e exercidas separadamente.

Ao juízo que exercer a atividade jurisdicional cível será atribuída, por lei, competência para julgar a pretensão processual que veicule conflito de natureza civil. O órgão jurisdicional que exercer a atividade jurisdicional penal examinará, por sua vez, as condutas tipificadas como infração penal contidas em determinada pretensão processual penal veiculada por uma imputação.⁴⁸⁸ Seu âmbito de cognição abarcará necessariamente a

⁴⁸⁴LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 343. Igualmente: “Por una razón de especialización y de división de tareas entre los organismos judiciales, se há ordenado el conocimiento de los distintos tribunales por materias.” (DARRITCHON, Luis. *Accion civil en el proceso penal*, cit., p. 80).

⁴⁸⁵ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 200.

⁴⁸⁶“La determinación de la competencia atiende en primer lugar a la materia y aparecen así los dos órdenes judiciales más importantes: civil e penal.” (MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**, cit., p. 31). “La división tradicional entre acciones civiles, penales y mixtas, es una división que interesa primordialmente a la jurisdicción en el sentido de competencia en razón de la materia. Y aun así, la delimitación de esta materia es singularmente delicada en las situaciones fronterizas de uno y outro orden legislativo.” (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 83).

⁴⁸⁷“No Brasil, a jurisdição civil abarca toda jurisdição não penal. Essa solução data do Código de 1939.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 180).

⁴⁸⁸Na conceituação de Rogério Lauria Tucci, a jurisdição penal define-se como “poder-dever jurisdicional de processar e julgar as causas penais, a função de administrar a justiça criminal, e a atividade em que o exercício desta se efetiva, no âmbito do processo penal.” (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito**

responsabilização penal. Entretanto, a depender do ordenamento jurídico, poderá compreender também o julgamento de pretensão referente à responsabilidade civil decorrente da infração penal.

Do fenômeno da múltipla incidência normativa decorre a eventualidade de pretensões de natureza penal e civil de origem comum. Ordinariamente, essas pretensões são julgadas por juízes distintos, previamente definidos conforme regras de competência. Por imperativos de segurança jurídica, suas decisões devem ser harmonizadas, sem se descuidar do princípio de independência entre jurisdições. É possível, contudo, que a pretensão civil seja objeto contingente do processo penal, a depender do ordenamento jurídico. Tais arranjos possíveis demandam o estudo pormenorizados dos sistemas de coordenação entre a atividade jurisdicional civil e a atividade jurisdicional penal.

2.3 A sistematização da coordenação de jurisdições especializadas no julgamento da reparação do dano

O objeto do processo penal é a pretensão processual penal cujo conteúdo é um fato crime descrito pela imputação. É possível, todavia, que em determinados sistemas a jurisdição penal se estenda para situações de reparação civil.⁴⁸⁹ Nessas ocasiões, a

processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático), cit., p. 45). No mesmo sentido, cf. ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 78.

⁴⁸⁹Cabe aqui ressaltar que, na presente pesquisa, o vocábulo “reparação” tem sido e continuará sendo utilizado em sentido amplo, a fim de indicar qualquer forma de prestação devida àquele que sofrer os danos decorrentes de uma infração penal. Tecnicamente, a doutrina distingue os termos “restituição”, “ressarcimento”, “reparação” e “indenização”. Na lição de Barbosa Moreira: “A doutrina, todavia, identifica mais de uma forma de composição do dano, e reserva para cada qual uma denominação específica. Assim é que se fala de restituição (*lato sensu*) para indicar a mais singela de todas as formas, consistente no restabelecimento do *status quo*, da situação que existia antes do crime. No âmbito da restituição, cabe ainda distinguir uma subespécie, que tem lugar quando o prejuízo reside na privação de alguma coisa que pode ser devolvida a quem a sofreu: é a restituição *stricto sensu*. Mas também se alude à restituição, dando à palavra sentido mais largo, quando se trata de fazer algo, tendo a infração consistido precisamente em omitir-se aquele que estava obrigado a agir; ou, vice-versa, quando se trata de desfazer algo que se fez, faltando ao dever de abstenção. Não raro, mostra-se inviável ou insuficiente a reprimenda do estado anterior. Então, a título de compensação pelo detrimento que se causou ao patrimônio do prejudicado, reconhece-se a este o direito ao ressarcimento do dano. Em vez da restituição *in natura*, procede-se à restituição por equivalente. Enfim, o termo reparação (em sentido estrito) designará a compensação devida a quem sofreu dano insuscetível de valoração monetária. Caso típico do dano moral - abstraindo-se, é óbvio, da questão de saber se o direito positivo lhe atribui ou não consequência civil: a supor-se que sim, será esta de que agora se trata, e que não visa a restabelecer a integridade patrimonial do prejudicado, porque não foi o seu patrimônio que a infração lesou, nem a prestar-lhe um ‘equivalente’ pecuniário, já que o dano, por hipótese, não se pode aí medir em dinheiro.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 101). No mesmo sentido, é a lição de Hélio Tornaghi: “A mais singela forma

pretensão de natureza cível será objeto eventual do processo penal, cujo cúmulo com a imputação se justifica pela relação entre ambos.⁴⁹⁰

É certo que a indenização do dano causado pela infração penal é matéria cível destinada à apreciação do juízo cível no processo em que exerce sua jurisdição.⁴⁹¹ Contudo, o nascimento simultâneo de pretensões – uma de conteúdo acusatório e outra de conteúdo reparatório – originárias de um mesmo fato implica sua coexistência.⁴⁹² Decorre, assim, uma rede de interações entre a jurisdição penal e a jurisdição civil que, por vezes, entrecruzam-se.⁴⁹³

O regime jurídico próprio de cada uma dessas atividades jurisdicionais especializadas impõe a sistematização de seu relacionamento e o desenvolvimento de mecanismos destinados à compatibilização e prevenção de decisões conflitivas.⁴⁹⁴ Destarte, na lição de Araken de Assis, “nenhum ordenamento se mostra infenso a grau

de satisfação do dano é a restituição da coisa. Nos casos em que a diminuição do bem jurídico consistiu na privação de um objeto, como no furto, na apropriação indébita, a primeira maneira de restaurar a situação do lesado está em lhe repor nas mãos a res furtiva. (...) Entretanto, a mera reintegração do lesado na posse da coisa não cobre toda a lesão. Pois não paga a privação sofrida, embora temporária. Há mister ressarcir o dano por inteiro. Ressarcimento é o pagamento do dano patrimonial sofrido, de todo o dano, isto é, do prejuízo emergente e do lucro cessante, do principal e dos acréscimos que lhe adviriam com o tempo e com o emprêgo da coisa. Quando o dano não é ressarcível, porém, por não poder ser estimado em dinheiro, por não ter caráter patrimonial, há mister uma compensação, que sirva para repará-lo, para confortar a dor, para contrabalançá-la. Isto ocorre, especialmente, no caso de dano moral, isto é, de dano que não acarreta, nem direta, nem indiretamente (...) qualquer prejuízo patrimonial (...). O ressarcimento e a reparação têm cabida no caso de ato ilícito. Não há que falar num ou noutro se o dano decorre de ato lícito. Todavia, em Direito público, surge a indenização como meio de compensar o dano decorrente do ato lícito do Estado, lesivo do particular.” (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, cit., v. 3, p. 424-426). É, aliás, no sentido identificado por Hélio Tornaghi quanto ao termo “indenização” que o Código de Processo Penal emprega o vocábulo, em seu art. 630, ao determinar que o Tribunal possa reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos, se o interessado assim o requerer, quando do julgamento de revisão criminal.

⁴⁹⁰CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 109.

⁴⁹¹“A reparação do dano, causado, pelo crime, ao ofendido, é matéria cível, destinada, exclusivamente, para a apreciação do juiz cível, na ação própria, que é civil.” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 2, p. 26).

⁴⁹²“L'existence de deux actions conduit à indiquer les rapports qui les unissent et les conséquences que leur coexistence entraîne sur leurs régimes juridiques.” (TUNC, André. **La responsabilité civile**, cit., p. 144).

⁴⁹³Nesse sentido: “Las mencionadas jurisdicciones se entrecruzan a veces. Así, la jurisdicción penal se suele extender al conocimiento de un proceso (accesorio) de naturaleza civil: el de resarcimiento originado por el hecho punible; por su parte, el previo pronunciamiento de la jurisdicción civil (o de la administrativa y aun de la eclesiástica en los Estados que reconozcan eficacia a sus fallos) es en ocasiones necesario para dejar expedito el camino a la jurisdicción penal (cuestiones prejudiciales); o bien, el órgano que ejerce la jurisdicción constitucional es a la par tribunal penal de altas responsabilidades.” (ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**, cit., v. 2, p. 201).

⁴⁹⁴“Há necessidade de evitar que, sendo o mesmo o ato ilícito, os choques entre as decisões do juízo cível e do criminal firam a dignidade do direito, abaixando a segunda da justiça, com funestas consequências sociais.” (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro**, cit., v. 2, p. 36).

mínimo de coordenação penal e civil, que, outrossim, graças a tendência igualmente comum, se submete ao crivo de órgãos jurisdicionais distintos.”⁴⁹⁵

Não se trata, aqui, da elaboração de diferentes metodologias de reparação de danos decorrentes da infração penal.⁴⁹⁶ O que se tem em vista é a conciliação de decisões judiciais potencialmente conflitantes e a regulamentação da teia de relações e pontos de contato entre jurisdição penal e civil. Os sistemas para tanto desenvolvidos consubstanciam-se, assim, verdadeiros esquemas de coordenação entre a atividade jurisdicional civil e a atividade jurisdicional penal. Seu fundamento está na própria unidade de jurisdição e consequente necessidade de coesão dos provimentos emanados pelo Poder Judiciário.

Os modelos de coordenação de jurisdição revelam-se como tipos ideais, não encontrados na realidade em estado de absoluta pureza. Trata-se de classificação que opera a partir das grandes linhas. E não poderia ser diferente. A legislação de cada país possui minúcias e exceções que, se consideradas, inviabilizariam qualquer classificação

⁴⁹⁵ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 46.

⁴⁹⁶E, assim, até porque os sistemas de reparação de danos decorrentes da infração penal têm paradigma diverso do estudo da coordenação de jurisdições. Embora não dispensem o estudo de mecanismos retratados pelos sistemas de coordenação, os sistemas de reparação têm como ponto de partida a própria satisfação do dano. Os sistemas de coordenação, diferentemente, estabelecem as relações de caráter processual entre as pretensões que nascem do cometimento de uma mesma infração penal (CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 24). O efeito prático e a diferença da classificação são claros. Exemplificativamente, cite-se o sistema de indenização estatal e a criação de fundos de indenização. Esses partem da ideia de que a comunidade é corresponsável pelos crimes, de modo que ela própria deve ser corresponsabilizada, conquanto seja-lhe permitido o regresso contra o delinquente. A responsabilização do Estado seria somente provisória, prestando de imediato uma indenização à vítima da infração penal (cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 573-574. FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 181). O sistema de indenização estatal diz respeito, diretamente, à reparação de danos, pois se constrói sobre normativa destinada ao ressarcimento daquele que é lesado pelo delito. Entretanto, a solução apresenta pouca importância em relação ao estudo da coordenação das atividades jurisdicionais civil e penal e seus respectivos regimes jurídicos. Nesse sentido, tem-se como exemplo concreto o sistema português. Conforme será mais bem analisado adiante, o art. 71 do Código de Processo Penal português determina que “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei.” Trata-se da adoção do princípio de adesão, característico dos sistemas de solidariedade ou cumulação obrigatória. Refere-se a sistema de coordenação de jurisdição. Por outro lado, o art. 130 do Código Penal português impõe que “legislação especial fixa as condições em que o Estado poderá assegurar a indemnização devida em consequência da prática de actos criminalmente tipificados, sempre que não puder ser satisfeita pelo agente.” Tal representa a criação de seguro social destinado à reparação dos danos na impossibilidade de o infrator fazê-lo. Assim, a adoção simultânea do sistema de solidariedade e de um sistema de indenização estatal indica, até por imperativo de coerência, a divergência de paradigma e finalidades entre sistemas de coordenação de jurisdições e sistemas de reparação de danos. Não é demais ainda lembrar, neste ponto, que o art. 245 de nossa Constituição Federal de 1988 estatui, em seu art. 245, que “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.” Trata-se de nítida indicação de sistema de reparação do dano a ser promovida pelo erário. Todavia, mesmo após tantos anos de vigência, não houve edição de lei que lhe conferisse efetividade.

doutrinária. Por isso, é comum que se afirme que determinado ordenamento adota esse ou aquele sistema de forma temperada ou mitigada.⁴⁹⁷

Os sistemas de coordenação de jurisdição são agrupados, sem a rigidez inexistente fora do plano acadêmico, com fundamento na separação ou na união do exercício das pretensões processuais decorrentes da prática de ato definido como infração penal. Concebem-se, desse modo, quatro diferentes sistemas, quais sejam, o da confusão, o da solidariedade ou cumulação de instâncias, o da livre escolha ou cumulação facultativa e o da separação de instâncias ou independência.⁴⁹⁸ A adoção deste ou daquele sistema implicará efeitos quanto à própria estrutura processual, uma vez que repercutirá em questões tais como o exercício da defesa, ônus de prova, poderes das partes, intervenção de terceiros, “standard” probatório, procedimentalização, entre outros.

Em favor dos sistemas de união argumenta-se que: a) melhor atendem ao princípio de economia processual, uma vez que desnecessária a repetição da instrução e de atos processuais; b) favorecem o interesse do lesado, pois esse terá rapidamente atendida a sua pretensão ressarcitória; c) excluem o risco de decisões contraditórias, uma vez que uma mesma decisão abarcará a pretensão cível e penal e será prolatada por um mesmo juízo; d) a atuação da parte lesada implicará colaboração com o órgão de acusação e com a formação de convicção pelo julgador, tornando mais eficiente a repressão penal; e) a imposição de indenização civil em desfavor do condenado presta-se como reforço da sanção criminal.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷Nesse sentido: “No que diz respeito ao processo em que corre a ação civil, os sistemas em que a doutrina costuma agrupar as várias legislações apenas podem ser aceitos em suas grandes linhas, pois as leis que seguem cada um dos sistemas diferem a tal ponto nas minúcias que só com muita dificuldade chegariam a constituir realmente sistemas (isto é, conjuntos harmônicos em que os atributos essenciais do todo convêm a cada uma das partes) se se levassem em conta os pormenores.” (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, cit., v. 3, p. 432). Igualmente: CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 18. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 107. FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 166. PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 183.

⁴⁹⁸TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, cit., v. 2, p. 31. Araken de Assis, diferentemente, prefere manter a organização da matéria em apenas dois sistemas: o sistema da separação, em que o provimento judicial penal pouca ou nenhuma influência terá no exercício da jurisdição civil; e o sistema da adesão, que comporta tanto a faculdade atribuída ao ofendido de optar pela via penal ou civil para a obtenção da reparação dos danos, quanto a linha que imponha a obrigatoriedade do exercício da pretensão civil junto da pretensão penal. O autor argumenta que o chamado sistema da confusão tem interesse meramente histórico, enquanto o sistema da solidariedade inexistente em sua forma pura, de modo que não devem ser levados em consideração no estudo científico dos diferentes ordenamentos jurídicos em vigência (ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 44-45).

⁴⁹⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 105.

Em defesa dos sistemas de separação assevera-se que: a) as responsabilidades penais e civis têm fundamentos diferentes; b) há necessidade de especialização dos órgãos jurisdicionais diante da diversidade da natureza dos conflitos examinados; c) são muito diferentes as categorias e estruturas do processo civil e do processo penal, de modo que inadequadas para análise de objeto que lhes é estranho; d) fundir em um só processo a discussão de causas diversas provocará perturbação no andamento do feito; e) os critérios para a apuração da responsabilidade penal e da responsabilidade civil são diversos; f) a discussão de matéria de natureza privada causará prejuízos na apuração da infração penal de interesse público; g) a colaboração de parte civil para a prova da infração penal e do conseqüente prejuízo acarretará desequilíbrio entre as partes, eis que o imputado ver-se-á atacado por um órgão estatal e por um agente privado, tendo de se defender de pretensões heterogêneas simultaneamente.⁵⁰⁰

A definição, características, vantagens e desvantagens de cada um desses sistemas exige análise mais aprofundada, de modo que se permita seu cotejo e análise perante as garantias fundamentais do processo.

2.4 Sistema da confusão ou identidade

Conforme estudado no primeiro capítulo, a punição e a imposição do dever de reparar o dano não se distinguiam na Antiguidade. Em uma fase legislativa primária, não era conhecida a separação entre responsabilidade civil extracontratual e responsabilidade penal decorrentes de um mesmo ato.⁵⁰¹ A punição ou indenização imposta prestava-se, simultaneamente, em um caso ou em outro, como satisfação ao lesado e sanção ao agente.⁵⁰² Trata-se de característica dos berços civilizatórios, tal como se verifica no antigo direito romano.⁵⁰³

Vigorava, em tal época, o sistema da confusão, assim denominado, pois a reparação assumia caráter repressivo e a sanção prestava-se à satisfação do lesado. A reparação tinha

⁵⁰⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 105.

⁵⁰¹GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 220.

⁵⁰²ALMEIDA, Luis Nunes de. Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 29, p. 5-26, 1969. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Ba688f166-4d22-48f4-9a56-c90a50011c36%7D.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁵⁰³ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 44.

natureza penal e era vista como “um mal que se impõe a alguém pela autoria de um delito”.⁵⁰⁴ Trata-se de sistema em que não desenvolvidas as noções de ato ilícito civil, ato ilícito penal, ou mesmo seu distanciamento da ideia de vingança privada. Em regra, à vítima atribuiu-se a persecução do ofensor na defesa de seus interesses e da coletividade.⁵⁰⁵

Nesse primitivo sistema, um único pedido acarretava consequências punitivas e indenizatórias,⁵⁰⁶ inexistindo diferenciação e autonomia entre sanção civil e sanção penal. O ofendido buscava a reparação do dano e a punição por meio da ação direta sobre o ofensor. Não há, portanto, solidariedade entre duas ações movidas por diferentes pessoas, senão de pretensão única diante da confusão estabelecida entre ilícito civil e penal.⁵⁰⁷

Ressalte-se, não se trata de um sistema de exercício conjunto de pretensões autônomas, até porque ausentes tais noções, mas de uma total fusão entre essas pretensões e suas consequências.⁵⁰⁸ O estudo desses sistemas tem interesse meramente histórico, uma vez que típico apenas das antigas civilizações.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 212.

⁵⁰⁵Nesse sentido: “Dans un premier système, on confond les deux actions et on remet à la victime le soin de défendre à la fois ses intérêts et ceux de la collectivité; si elle n'agit pas, la justice ne peut se saisir elle-même. Cette conception, liée à la procédure accusatoire, dérive de l'idée que le droit de punir se fonde uniquement sur la vengeance. Elle admet exception dans la mesure où, par une accusation publique distincte, exercée par n'importe quel citoyen, il faut suppléer les négligences de l'action privée ou réprimer des infractions purement politiques (cf. par ex. dans les droits grec et romain).” (VITU, André. **Procédure pénale**, cit., p. 144-145).

⁵⁰⁶FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 166. No mesmo sentido: BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal**, cit., p. 76.

⁵⁰⁷TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, cit., v. 3, p. 434.

⁵⁰⁸Discorda-se, aqui, da definição oferecida por Paulo Rangel. Segundo o autor, o sistema da confusão “permite que as duas pretensões (civil e penal) sejam deduzidas num mesmo pedido e, no processo penal, o pedido de condenação é feito, em regra, pelo MP em sua pretensão acusatória, e o pedido de ressarcimento de danos, pelo ofendido, portanto, partes distintas entre si.” (RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 588). À época em que vigorava tal sistema, não havia a possibilidade de se diferenciar uma pretensão civil de uma pretensão penal. A indenização prestava-se como sanção e tinha cariz repressivo, enquanto a sanção prestava-se como satisfação ao lesado e tinha cunho reparatório. Confusas, e não autônomas, tais noções. Impossível que se falasse na existência de duas pretensões. A situação narrada pelo autor muito mais se aproxima de uma cumulação de ações. Conforme Eliézer Rosa, “o cúmulo ocorre quando mais de uma ação, tendo cada uma vida própria e independente, se tentam todas no mesmo juízo, ou no mesmo processo.” (ROSA, Eliézer. **Novo Dicionário de processo civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 87).

⁵⁰⁹A pena prevista no art. 45, §1º, do Código Penal, não pode ser vista como um resquício de tal sistema. A pena de prestação pecuniária tem natureza de sanção penal, destina-se não somente à vítima, mas também a entidade pública ou privada com destinação social, bem como, conforme textual disposição, não afasta eventual reparação civil se coincidentes os beneficiários. Isto significa, mantém-se delineados e separados os âmbitos da prestação pecuniária e da reparação civil, aquela não excluindo essa, mas tão somente influenciando em seu montante se coincidentes seus beneficiários, o que potencialmente sequer pode ocorrer.

2.5 Sistema da solidariedade ou cumulação de instâncias

O sistema da solidariedade ou da cumulação de instâncias reconhece a distinção entre a ação civil e a ação penal, entretanto, impõe que ambas sejam exercidas em um mesmo processo, perante um mesmo juízo e decididas por uma mesma sentença.⁵¹⁰ Essa cumulação de ações não constituiu outra coisa senão uma acumulação de pretensões de naturezas distintas, mas com fundamento fático comum. Trata-se de cumulação obrigatória pela qual a pretensão ressarcitória torna-se objeto acessório do processo penal.⁵¹¹

Esse sistema, por vezes, é pela doutrina denominado de sistema positivo.⁵¹² Isso, pois é sistema sustentado pelos partidários da chamada escola penal positiva. Conforme estudado em tópico anterior deste trabalho, é entendimento comum da escola positiva que a reparação patrimonial decorrente de ilícito penal é assunto de direito público. Defendia-se que a punição do infrator não seria suficiente para a restauração da norma jurídica violada, existindo também interesse público na restituição ao estado anterior pela reparação dos danos.⁵¹³

Para além dos argumentos da escola positiva, o sistema da solidariedade tem fundamento na origem comum das responsabilidades civil e penal, o que, em razão do princípio da unidade de jurisdição, reclama soluções não contraditórias.⁵¹⁴ Sustentam-se,

⁵¹⁰“La acumulación de la acción penal y civil en el proceso penal representa un caso de acumulación de acciones heterogénea, donde el punto en común de las acciones acumuladas reside en la unidad del hecho, considerado, para sus respectivos efectos, por los sectores civil y penal del ordenamiento jurídico.” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 85). Conferir, no mesmo sentido: CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 25. ASECIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal: el salvataje financeiro**, cit., p. 45. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 88.

⁵¹¹FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 53.

⁵¹²CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 25.

⁵¹³“Também denominamos systema positivo, por ser ardorosamente sustentado pelos partidários da escola positiva, as duas ações correm conjuntamente, sempre, porém, na jurisdição criminal, incumbindo ao Ministerio publico, independentemente de provocação da parte interessada, promover a indemnização civil do damno.” (LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 157). “Na base está a ideia – apregoada pela escola positivista italiana e sobretudo por FERRI – do interesse social existente na obrigatoriedade de o delinquente reparar o prejuízo civil que causou com o crime (...) não sendo embora teoricamente uma pena, constituiria em todo o caso uma sanção reparatória.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 542). No mesmo sentido: FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, p. 153.

⁵¹⁴Nesse sentido: “La consideración prevaleciente del origen común entre ambos aspectos de la responsabilidad, sumado allí respeto por la unidad de la jurisdicción que reclama soluciones no contradictorias (lo que no facilitarían los fallos plurales) y la invocación de razones de economía, como es la de evitar que el damnificado tenga que esperar la solución de un proceso y pasar por outro para poder ejercer en plenitud su pretensión reparatória, alentaron la tesis de la unificación que - por lo menos - admite que dicha pretensión puede ser demandada ante la jurisdicción penal y resuelta por ella, sin dejar de promocionar, en el aspecto sustancial (atendiendo a las particularidades de la obligación de reparar los daños producidos por el delito), que las regias sobre la reparación formen parte de los elencos penales.”

outrossim, razões de economia processual,⁵¹⁵ de modo que se procura evitar a instauração de mais de um processo para a apuração dos mesmos fatos.⁵¹⁶

Admitida a união entre as ações cível e penal, perquire-se perante qual órgão jurisdicional devem ser deduzidas. Isto é, indaga-se se o julgamento conjunto compete ao órgão jurisdicional com competência cível ou àquele com competência para causas penais. Dado o interesse público e garantias processuais irrenunciáveis que cercam o processo penal, a doutrina unanimemente afirma que a cumulação de ações somente pode ocorrer perante o juízo penal.⁵¹⁷

Cabe ainda perquirir qual pretensão cível pode ser deduzida junto da ação penal. Se tão somente a pretensão de conteúdo ressarcitório ou se também pretensão de conteúdo contratual que seja, de alguma forma, relacionada à prática do crime. Assim, exemplificativamente, se determinado prestador de um serviço comete uma infração penal e, ao mesmo tempo, um ilícito contratual, questiona-se se seria possível no processo penal, instaurado em seu desfavor, demandar também pretensão cível de conteúdo contratual.

Intuitivamente, qualquer ação civil que tenha conteúdo distinto do ressarcimento do dano ou da restituição da coisa, decorrentes da infração penal, não deverá ser veiculada no processo penal. A fonte do dever de indenizar de que se adere ao processo penal é o ato ilícito também tipificado como infração penal, e não uma relação contratual.⁵¹⁸ O não

(CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 13-14). Igualmente, sobre a unidade de jurisdição enquanto fundamento do sistema de cumulação de instâncias: “este principio se identifica principalmente com la regla de la prohibición de contradicción de los fallos. Dicha regla opera de dos modos: preventivamente, mediante todos los recursos legislativos encaminados a evitar que se verifique el fenómeno de la contradicción de fallos, represivamente, mediante aquellos mecanismos que han sido previamente dispuestos para resolver la contradicción, sacrificando uno de los dos fallos en contraste.” (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 476).

⁵¹⁵Nesse sentido: DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 562. SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 76. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 234.

⁵¹⁶Há, ainda, quem a exemplo de Vincenzo Manzini afirme que o fundamento de tal sistema, ou mesmo da livre escolha, é a conexão objetiva e até mesmo subjetiva entre a ação penal e a ação civil decorrente de um mesmo fato (MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**, cit., v. 1, p. 312). Essa teoria não mais tem aceitação pela doutrina, uma vez que a cumulação de pretensões de naturezas distintas não se refere a casos de conexão processual. Todavia, granjeia seu mérito ao chamar a atenção para a unidade do fato do qual decorrem as duas pretensões (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 474-475).

⁵¹⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 106. MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**, cit., v. 1, p. 326.

⁵¹⁸De acordo com Ricardo Juan Sánchez, “sólo pueden ser objeto de pronunciamiento por los jueces penales determinadas pretensiones procesales civiles, en concreto, aquellas que se enmarcan dentro de un estricto entendimiento de la responsabilidad civil extracontratual derivada de un hecho tipificado penalmente: restitución y reparación (o indemnización).” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 71).

cumprimento de vínculos contratuais não guarda relação com o processo penal.⁵¹⁹

Ademais, a pretensão de índole reparatória, em sentido amplo, é a que menos representará embaraço à persecução penal. A discussão de questão contratual em sede processual penal ofuscará a própria análise do fato-crime objeto da imputação e, dessa forma, acarreta intolerável prejuízo ao interesse público.⁵²⁰ Portanto, a origem da pretensão de conteúdo contratual não só não se confunde com a do fato definido como infração penal, como também sua análise é lesiva à própria lógica do processo penal.

A principal crítica formulada ao modelo de cumulação refere-se aos potenciais prejuízos provocados ao interesse público na persecução penal,⁵²¹ quando de sua análise

⁵¹⁹Nesse mesmo sentido, existem dois esclarecedores precedentes do Superior Tribunal de Justiça de Portugal. A referência aos precedentes se justifica na medida em que aquele país adota o sistema da cumulação de instâncias, tendo sua jurisprudência enfrentado problemas que nos pareceriam elucubrações meramente teóricas. O primeiro dos precedentes, datado de 12 de novembro de 2009, decide que: “De acordo com o princípio da adesão que vigora no nosso sistema de processo penal, o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei (art. 71.º do CPP). Por força desta norma legal e da que se lhe segue, a causa de pedir na acção cível conexa com a criminal é sempre a responsabilidade civil extracontratual [pois que fundada na prática de um crime e não no incumprimento contratual] e não qualquer outra fonte de obrigações, como a responsabilidade civil contratual ou o enriquecimento sem causa.” (PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão 448/06.7TCLSB.S1**. 5ª Secção, Rel. Santos Carvalho, data do acórdão: 12/11/2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e125ce58ed89dc428025766d00311fe3?OpenDocument>>. Acesso em: 11 set. 2017). O segundo precedente, datado de 28 de maio de 2015, ainda mais didático, afirma que: “é sabido que o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime deve ser deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos expressamente referidos na lei processual penal – cf. arts. 71.º e 72.º do CPP. No entanto, a acção civil que adere ao processo penal, ficando nele enxertada, é apenas a que tem por objeto a indemnização de perdas e danos emergentes do facto que constitua crime. Se o pedido não é de indemnização por danos ocasionados pelo crime, não se funda na responsabilidade civil do agente pelos danos que, com a prática do crime causou, então esse pedido não é admissível em processo penal. Realmente, a responsabilidade civil de que se conhece no âmbito do processo penal não é a responsabilidade contratual decorrente do simples incumprimento dos vínculos contratuais, mas sim a responsabilidade extracontratual com base em facto ilícito, consistindo este na prática de um crime que foi causa de danos indemnizáveis. A fonte do dever de indemnizar de que se conhece em processo penal é o facto ilícito e não a relação contratual ou outra similar.” (PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão 2.647/06.2TAGMR.G1.S1**. 5ª Secção, Rel. Helena Moniz, data do acórdão: 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2aa065e42d6694ba80257e730054dd5b?OpenDocument>>. Acesso em: 11 set. 2017).

⁵²⁰Cf. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 137. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 467. MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**, cit., v. 1, p. 316-317.

⁵²¹O interesse público, embora seja conceito amplo e de conteúdo variável conforme a área de referência, tem precisa definição em precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos. O precedente se torna tanto mais interessante na medida em que é oriundo de país que adota o sistema da separação de instâncias e, portanto, diametralmente oposto ao modelo de cumulação obrigatória. Segundo o Tribunal estrangeiro, a função do juízo criminal não recai na apuração de interesses privados, mas na execução da lei penal sem desconsiderar os direitos e garantias individuais daquele que se defende. O interesse público no âmbito penal apoia-se, assim, na precisão e na justiça dos provimentos judiciais criminais. Confira-se: “[T]he purpose of a criminal court is not to provide a forum for the ascertainment of private rights. Rather it is to vindicate the public interest in the enforcement of the criminal law while at the same time safeguarding the rights of the individual defendant. The public interest in the accuracy and justice of criminal results is greater than the concern for judicial economy professed in civil cases (...).” (US. UNITED STATES

conjunta ao interesse privado reparatório. Os principais pontos de tensão entre tais pretensões encontram-se: no desvio e gasto de energia do aparato de persecução penal quando colocado a serviço de interesse particular; no reforço ao polo acusatório decorrente da atividade processual daquele que tem um interesse privado, podendo suceder a condenação de um inocente;⁵²² no protraimento do feito penal para a discussão de questões complexas de natureza civil; bem como na necessidade de desenvolver um procedimento que, de maneira coerente, atenda a ambos os interesses.⁵²³

Pela consistência de tais observações críticas, os modelos de cumulação carregam consigo a difícil missão de conciliar o exercício da pretensão civil com o interesse público na apuração da infração penal. Deve-se ter em vista que, caso admitido o processamento do interesse reparatório, é preciso que ocorra por meio de um procedimento hábil a assegurar todos os direitos e garantias do imputado. Esse mesmo procedimento deve manter um trajeto coerente que conduza a seu resultado final, sem permitir que a discussão privada possa implicar indevida dilação ou tumulto processual. Igualmente, é necessário observar que a extensão dos poderes que se atribui àquele que foi lesado pelo delito não seja capaz de resultar na hipertrofia do polo acusatório e na condenação de um inocente.

Dentre os ordenamentos que adotam a solidariedade ou cumulação de instâncias tem-se o processo penal português. A cumulação das pretensões penal e civil é acolhida por Portugal desde seu Código de Processo Penal anterior, datado de 1929. Tal modelo foi mantido pelo atual diploma e subsequentes reformas, conquanto mitigações tenham sido admitidas.⁵²⁴ Seu delineamento é, ainda que em linhas gerais, esclarecedor sobre as características do sistema da cumulação obrigatória de instâncias.⁵²⁵

SUPREME COURT. **Standefer v. United States**, (1980), n. 79-383. Decided: June 9, 1980. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/447/10.html>. Acesso em: 12 out. 2018).

⁵²²John Bessler ressalta que o órgão oficial que titulariza a acusação tem o dever de zelar para que um inocente não seja condenado. Diferentemente, um acusador particular, ainda que interveniente, vincula-se somente aos interesses privados que defende, devendo lealdade ao seu cliente, e não ao interesse público. (BESSLER, John. The public interest and the unconstitutionality of private prosecutors. **Arkansas Law Review**, v. 47, n. 3, p. 543, 1994).

⁵²³Na visão crítica de Aury Lopes Jr., a cumulação de pretensões de natureza penal e cível dentro do processo penal “representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 434).

⁵²⁴Cf. ALMEIDA, Luis Nunes de. Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal, cit.

⁵²⁵Enrico Tulio Liebman e Ada Pellegrini Grinover fazem referência às constituições piemontesas datadas de 1770, que também adotavam o sistema de cumulação de instâncias ou solidariedade: “A esse estágio da evolução histórica pertencem as constituições piemontesas de 1770, em vigor no Piemonte desde a metade do século passado, em que o direito ‘da parte prejudicada ao ressarcimento das despesas, interesses e danos sofridos’, embora já se distinguisse da pena, não podia ser exercido senão através da denúncia e da representação, que eram as formas pelas quais se iniciava a ação penal: e sobre esse direito julgava

O art. 71.º do Código de Processo Penal português institui em seu sistema o chamado princípio da adesão. É do teor de seu texto que “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei.” A adesão da ação cível no processo penal é a regra, somente se admitindo a demanda cível em separado nos casos taxativamente previstos em lei.⁵²⁶

Embora o princípio da adesão seja adotado como regra, a doutrina daquele país insurge-se contra sua ampla aplicação. Defende-se que a adesão obrigatória haveria de ter cabimento tão somente quando se tratasse de vítimas lesadas hipossuficientes. Entende-se que a tutela do interesse desses prejudicados é questão de política social, sem qualquer pertinência no caso de partes que tenham recursos para arcarem com as custas de uma demanda cível, assistidas por advogados.⁵²⁷

Quanto à legitimidade para a dedução do pedido cível, o sistema português admite sua formulação pelo Ministério Público⁵²⁸ ou pelo próprio lesado.⁵²⁹ Conforme art. 77º do

exclusivamente o magistrado penal, que devia atribuir ao ofendido os danos – interesses, ainda que não pedidos pela parte.” (LIEBMAN, Enrico Tullio; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia da sentença penal no processo civil, cit., p. 753).

⁵²⁶O art. 72.º do mesmo diploma elenca as hipóteses excepcionais em que se admite pedido de indenização cível perante tribunal civil, em separado. Assim dispõe o próprio texto legal: “1 - O pedido de indemnização civil pode ser deduzido em separado, perante o tribunal civil, quando: a) O processo penal não tiver conduzido à acusação dentro de oito meses a contar da notícia do crime, ou estiver sem andamento durante esse lapso de tempo; b) O processo penal tiver sido arquivado ou suspenso provisoriamente, ou o procedimento se tiver extinguido antes do julgamento; c) O procedimento depender de queixa ou de acusação particular; d) Não houver ainda danos ao tempo da acusação, estes não forem conhecidos ou não forem conhecidos em toda a sua extensão; e) A sentença penal não se tiver pronunciado sobre o pedido de indemnização civil, nos termos do n.º 3 do artigo 82.º; f) For deduzido contra o arguido e outras pessoas com responsabilidade meramente civil, ou somente contra estas haja sido provocada, nessa acção, a intervenção principal do arguido; g) O valor do pedido permitir a intervenção civil do tribunal colectivo, devendo o processo penal correr perante tribunal singular; h) O processo penal correr sob a forma sumária ou sumaríssima; i) O lesado não tiver sido informado da possibilidade de deduzir o pedido civil no processo penal ou notificado para o fazer, nos termos do n.º 1 do artigo 75.º e do n.º 2 do artigo 77.º 2 - No caso de o procedimento depender de queixa ou de acusação particular, a prévia dedução do pedido perante o tribunal civil pelas pessoas com direito de queixa ou de acusação vale como renúncia a este direito.” Conferir também: ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 53-54.

⁵²⁷Nesse sentido: “A adesão obrigatória, que é regra, justifica-se inteiramente nos casos em que estejam em causa lesados de recursos modestos, nos quais há razões de política social a militar no sentido de fazer decidir no processo criminal, paralelamente à questão penal, a matéria cível. Mas relativamente a outro tipo de situações, nomeadamente acidente de viação em que estejam envolvidas companhias seguradoras e em que as partes sejam assistidas por advogados, impõe-se antes que, desligadas da obrigação de recurso à jurisdição penal, procurem no foro civil a solução do litígio dos danos emergentes do crime.” (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 224).

⁵²⁸Em verdade, diferentemente da versão original do diploma processual penal vigente em Portugal, atualmente as hipóteses de requerimento da reparação civil pelo Ministério Público restringem-se à defesa dos interesses cíveis do próprio Estado ou de pessoas e interesses cuja representação lhe seja atribuída por lei expressa. Cf. MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**, cit., p. 138-139.

⁵²⁹Neste ponto, ressalta-se interessante precedente da lavra do Tribunal de Relação do Porto, órgão de segunda instância dentro da estrutura do Poder Judiciário português, que não reconhece a legitimidade ativa

diploma processual português, quando formulado pelo Ministério Público, o pedido de indenização deve ser apresentado na própria acusação ou, quando permitido, em requerimento articulado em prazo próprio. O lesado, por sua vez, é notificado após momento processual denominado despacho de acusação ou, quando não houver, despacho de pronúncia, similares à decisão de recebimento da denúncia no direito processual penal brasileiro, para, querendo, expor o pedido, em requerimento articulado, no prazo de vinte dias.

O processo penal português adota também a figura do assistente, reforço do polo acusatório pelo particular ofendido pelo delito. A intervenção processual do lesado para o requerimento de indenização civil não exige sua habilitação como assistente, conquanto compitam-lhe os mesmos direitos e faculdades processuais.⁵³⁰ Ressalta o art. 74º do diploma processual penal português que, embora ostente tais poderes, sua intervenção restringe-se à sustentação e prova do pedido de reparação civil.

A adesão obrigatória do pedido cível também permite a adoção da figura do terceiro responsável civil dentro do processo penal, o que é desconhecido pelo nosso sistema. Em seu art. 73º, o Código de Processo Penal português autoriza que o pedido de indenização civil seja endereçado diretamente ao responsável civil, bem como admite a intervenção voluntária desse no processo penal. Veda, contudo, que o terceiro responsável pratique atos que o imputado tenha perdido o direito de praticar, de modo que sua função não é substituir ou suplantar a desídia deste.

Sobre o sistema português é ainda interessante notar que a absolvição criminal não acarreta, necessariamente, o não acolhimento do pedido de reparação cível. O art. 377 do Código de Processo Penal português permite a fixação de indenização quando restar

do lesado indireto para requerimento de reparação civil dentro do processo penal. Confira-se: “I. A entidade empregadora dos arguidos [uma IPSS] não tem legitimidade para deduzir, no processo penal, pedido de indemnização civil contra eles por danos morais relacionados com a afetação do seu bom nome, prestígio e reputação decorrente da prática de crimes de que são ofendidos terceiros [menores utentes]. II. Não sendo ‘lesada’ pelo crime, não são indemnizáveis, no processo penal, os danos reflexos ou indiretos.” (PORTUGAL. Tribunal de Relação do Porto. **Acórdão 6.413/13.0TDPRT-A.P2**. Rel José Carreto, acórdão de 01/07/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/924c5da40fa6412a80257e8200325ff3?OpenDocument>>. Acesso em: 29 set. 2017).

⁵³⁰Sobre a desnecessidade de habilitação do lesado: “Por lesado entende-se a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente, o que é significativo da autonomia das figuras.” (ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**, cit., p. 53).

comprovada a responsabilidade civil, ainda que diante de absolvição criminal,⁵³¹ dentro da sentença penal.

Conclui-se, assim, em linhas gerais, tendo por base o sistema processual português, que o sistema da cumulação impõe a adesão da pretensão civil ao processo penal como regra. Sua demanda em separado exige expressa exceção prevista em lei. Atribui-se a legitimidade para sua dedução tanto ao acusador quanto ao lesado, que tão somente pode ser o lesado direto, e não o indireto.

A pretensão cível conjuntamente exercida é aquela referente à responsabilidade civil extracontratual decorrente do ato ilícito também definido como infração penal. A responsabilidade civil contratual, embora possa ser relacionada a tal fato-crime, não compactua de origem comum, eis que atinentes ao incumprimento de cláusulas contratuais. Ademais, sua análise de todo se distancia das categorias destinadas à persecução penal.

A cumulação de ações implica, também, a adoção de figuras inexistentes em um sistema de separação. Veja-se, nesse sentido, a possibilidade de intervenção do responsável civil no processo penal, figura também presente nos sistemas de livre escolha ou cumulação facultativa. Por fim, é nítida a independência entre os pedidos de natureza criminal e civil, haja vista que permite-se a condenação por um, mesmo no caso de improcedência do outro.

Tais particularidades do sistema da solidariedade ou cumulação acompanham-se, em especial, da relevante discussão quanto à natureza jurídica e às normas aplicáveis à pretensão cível enxertada no processo penal. Essa problemática demanda análise mais detida, até mesmo em razão de potenciais reflexos em outros modelos que adotem, ainda que por exceção, algum mecanismo típico dos sistemas de cumulação. Esse, aliás, é o caso da fixação da indenização civil no processo penal em nosso sistema, objeto de estudo da presente pesquisa.

⁵³¹Embora adote o sistema da livre escolha, o ordenamento processual peruano contém disposição similar e admite a condenação indenizatória, mesmo que absolutória a sentença em seu capítulo penal (ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal**: el salvataje financeiro, cit., p. 47).

2.5.1 Natureza jurídica e normas aplicáveis à pretensão civil cumulada no processo penal

Determinar a natureza jurídica da pretensão civil cumulada no processo penal tem grande relevância na medida em que indicará quais normas devem reger o instituto. Há entre o processo civil e o processo penal verdadeira heterogeneidade.⁵³² Assentar que a reparação veiculada no processo penal inspira-se em princípios de processo civil ou de processo penal tem efeito prático imediato. Não só são diferentes a dinâmica e exigência probatória no processo civil e penal,⁵³³ como também diferem suas categorias fundamentais e princípios informadores.

Na doutrina nacional, o debate sobre a natureza jurídica da reparação de danos civis arbitrada no processo penal é recente, somente adquirindo espaço após a reforma promovida pela Lei n. 11.719/08. Fundamentados na nossa própria experiência jurídica, alguns autores sustentam que a indenização fixada em sentença penal é um efeito extrapenal da condenação, ao lado do previsto no art. 91, I, do Código Penal.⁵³⁴ Entretanto, a discussão tem maior consolidação na doutrina estrangeira, que há muito depara-se com sistemas e mecanismos de cumulação.

Jorge de Figueiredo Dias defende, em posição minoritária, que a reparação de danos no processo penal tem natureza de efeito penal da condenação. Entende que são diferentes a indenização arbitrada no processo penal e aquela fixada no processo civil. Seguem critérios avaliativos diversos, de modo que no processo penal orienta-se pelo critério da culpa e não da extensão do dano. Ademais, a indenização impõe-se mesmo que não requerida, ao menos no sistema português, o que também denotaria sua natureza não civil.⁵³⁵

Nesse raciocínio, não se aplicam quaisquer regras ou princípios de direito civil ou de processo civil ao trâmite da reparação no processo penal. Sua normativa, em certa medida, constitui-se pelas normas próprias do direito penal e do processo penal. Não se

⁵³²NUCCI, Guilherme de Souza et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 399, out. 2009.

⁵³³Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110.

⁵³⁴GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolatação da sentença penal condenatória: implicações da Lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do processo penal. **Ciências Penais**, São Paulo, v. 12 p. 353, jan./jun. 2010.

⁵³⁵DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 548.

confundiria, por essa razão, com aquela fixada em processo civil, uma vez que desenvolve-se conforme lógica bastante diversa.⁵³⁶

Contra tal posicionamento, majoritariamente entende-se que a reparação de danos mantém sua natureza civil, ainda que enxertada no processo penal.⁵³⁷ O conflito de interesse entre vítima e réu é distinto da causa penal. As matérias são inconfundíveis e apenas tem como traço de união o fato de que se originam do mesmo fato histórico.⁵³⁸ O valor ressarcitório atende à pretensão de natureza cível, e não à pretensão de natureza penal. Não por outra justificativa sua execução e eventual liquidação, quando necessárias, procedem-se perante o juízo cível.

No sistema processual penal português é assente que a indenização arbitrada em processo penal tem natureza civil, até mesmo em razão de norma positivada.⁵³⁹ Esclarece Isabel Alexandre que “é hoje pacífico o entendimento acerca da natureza da indemnização arbitrada em processo penal. Ela tem natureza civil, como expressamente refere o art. 128º

⁵³⁶Nas palavras do próprio autor: “À tramitação do problema da reparação não tenham de aplicar-se os princípios gerais do direito e do processo civil, antes possam (ao menos em certa medida) ter aplicação princípios próprios do direito e do processo penal; que, por isso mesmo, a reparação arbitrada em processo penal não tenha de coincidir com a indemnização que seria arbitrada em processo civil; e que, coerentemente, a reparação arbitrada em processo penal não tenha de formar caso julgado nos termos próprios do processo civil.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 544).

⁵³⁷Nesse sentido: “Embora enxertado na ação penal, o pedido de indemnização civil emergente da prática de um crime conserva, para todos os efeitos, a sua especificidade de verdadeira ação civil. Por isso, sendo embora as partes civis sujeitos processuais em sentido formal, já de um ponto de vista material são sujeitos da acção civil que aderem ao processo penal mas que como acção civil permanece até o fim.” (GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 241). “Por lo tanto, hoy nadie duda de la naturaleza puramente civil de la no muy correctamente llamada responsabilidad civil derivada de delito o falta. No tiene naturaleza punitiva, pues su fin primordial no es la prevención general o especial, como lo son los de las penas y medidas de seguridad (ni la retribución, para quienes admitan ésta como fin de la pena), sino el resarcimiento económico del daño o, si se prefiere, el reparto del coste del daño producido, tendiendo sobre todo a que el mismo no recaiga sobre quien sufre el perjuicio, salvo que a éste sea exclusiva o parcialmente imputable el mismo.” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Consecuencias jurídicas económicas del delito: naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. La reparación del daño como alternativa a determinadas penas, cit., p. 29). “La circunstancia de que el régimen jurídico de la responsabilidad civil derivada de hecho delictivo venga configurado fundamentalmente en el Código Penal no afecta en nada a su naturaleza propiamente civil (...)” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 21). No mesmo sentido, conferir: RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 127. ALMEIDA, Luis Nunes de. Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal, cit. ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**, cit., p. 53.

⁵³⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 104.

⁵³⁹É do texto do Código de Processo Penal português: “Artigo 81.º Renúncia, desistência e conversão do pedido. O lesado pode, em qualquer altura do processo: a) Renunciar ao direito de indemnização civil e desistir do pedido formulado; b) Requerer que o objecto da prestação indemnizatória seja convertido em diferente atribuição patrimonial, desde que prevista na lei.” Por sua vez, o Código Penal português prevê que: “Artigo 129.º Responsabilidade civil emergente de crime. A indemnização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil.”

do Código Penal, nos termos do qual a indemnização de perdas e danos emergentes de um crime é regulada pela lei civil.”⁵⁴⁰

Em Portugal o debate assume outros contornos, uma vez que lá se adota o sistema da cumulação obrigatória de instâncias. A indagação crucial da doutrina portuguesa consiste na potencial disponibilidade da pretensão cível no processo penal diante do sistema de reparação adotado,⁵⁴¹ e até mesmo na possibilidade de promoção de ação civil após fixação do valor indenizatório pelo juiz criminal.⁵⁴²

Dada a sua natureza jurídica cível, a reparação dos danos no processo penal rege-se, por coerência lógica, por regras e princípios do direito e processo civil.⁵⁴³ Ainda que exercida cumulativamente com a pretensão penal, a pretensão civil mantém sua natureza e não se submete aos princípios da obrigatoriedade e oficialidade, característicos do processo penal.⁵⁴⁴ Permanece na esfera de disponibilidade do lesado, que deve sempre ter a possibilidade de renunciar a tal direito.⁵⁴⁵

Entretanto, é certo que a inserção da ação civil no processo penal não pode ocorrer pura e simplesmente, considerado o interesse público que o permeia. O potencial prejuízo à

⁵⁴⁰ALEXANDRE, Maria Isabel. **O ônus da prova na acção civil enxertada em processo penal**. Lisboa: Cosmos, 1991. p. 35.

⁵⁴¹Id. Ibid., p. 37.

⁵⁴²ALMEIDA, Luis Nunes de. Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal, cit.

⁵⁴³Nesse sentido: “Como acción civil que es, tiene todos los rasgos atribuibles a las demás acciones civiles: es un derecho potestativo, frente al adversario renunciabile en todo momento, sobre el que cabe transacción, transmisible a los herederos del damnificado, y ejercitable contra los del culpable, y también, en ocasiones, frente a terceros civilmente responsables y frente a personas exentas de responsabilidad criminal” (ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**, cit., v. 2, p. 94). “Los principios que rigen la sustanciación de la pretensión civil en el seno del proceso penal son los mismos de todo proceso civil ante la jurisdicción civil” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 95). “La finalidad es claramente diferente de la de las consecuencias estrictamente penales del delito o falta y, por ello, deben regir principios distintos en orden a determinar cuándo se produce responsabilidad penal y cuándo civil, lo cual a veces se olvida, fundamentalmente por algunos penalistas.” (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Consecuencias jurídicas económicas del delito: naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. La reparación del daño como alternativa a determinadas penas, cit., p. 29). “En cuanto a la naturaleza de la pretensión civil acumulada, el Tribunal Supremo tiene declarado que su ejercicio en el proceso penal no le hace perder su naturaleza privada, estando regida su sustanciación por los principios propios del proceso civil, es decir, oportunidad, dispositivo y aportación de parte.” (PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 298-299).

⁵⁴⁴ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal**: el salvataje financeiro, cit., p. 48.

⁵⁴⁵Nesse sentido: “La acción civil ejercitada en sede penal no pierde su carácter civil ni en cuanto al interés que por medio de ella el particular tiende a conseguir (interés meramente privado: restitución o resarcimiento), ni en cuanto a los poderes de disponibilidad de la acción misma que la ley reconoce al titular de ella (renuncia a la constitución de parte civil, revocación presunta o expresa, etc.). La acción del damnificado por el delito contra el imputado o un tercero en orden a la restitución o al resarcimiento, es una verdadera y propia acción civil, propuesta en el proceso penal o transferida a él.” (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 478). Igualmente, conferir: ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**, cit., v. 2, p. 95. VITU, André. **Procédure pénale**, cit., p. 146.

persecução penal é intuitivo. O contexto processual em que é tratada a pretensão reparatória, embora mantenha sua natureza, implica alterações nos princípios gerais de direito e processo civil que a orientam.⁵⁴⁶ Sua disciplina deve então ser adaptada às exigências e ao desenvolvimento do processo penal, de modo que não represente obstáculo à concretização da jurisdição penal.⁵⁴⁷

Assim, o exercício da ação civil no processo penal submete-se a duas regras implícitas. A primeira delas indica que a pretensão civil é acessória quando cumulada com a pretensão penal. A segunda determina que, embora mantenha sua natureza, a ação civil está sujeita à regulamentação pelo processo penal.⁵⁴⁸ Desse modo, a pretensão reparatória tem como norte os princípios gerais correspondentes à sua natureza, todavia, tendo em vista os interesses discutidos no processo penal, inúmeras são as derrogações que lhes são feitas pela normativa penal e processual penal.

Como resultado da prevalência do processo penal e da acessoriedade da pretensão civil quando nesse deduzida, tem-se que a relação processual civil desenvolve-se com uma configuração resultante da combinação de princípios e regras de processo civil e de

⁵⁴⁶PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 299. Igualmente: HORTAL IBARRA, Juan Carlos. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo. **InDret**: revista para el análisis del derecho, Barcelona, n. 4, p. 9-10, oct. 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1079.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017.

⁵⁴⁷Nesse sentido: “el legislador no podía consentir que la inserción de una acción civil en el proceso penal (...) ocurriese sic et simpliciter; el proceso penal hubiera sufrido enormemente con ello. Se hubiera verificado, en fin de cuentas, un contraste continuo entre los desenvolvimientos de las dos acciones, con notable confusión, retardo y molestia. Por eso la acción civil propuesta en sede penal há sido, en su desenvolvimiento y en su disciplina, modelada sobre el esquema del proceso civil; pero se la ha adaptado, no obstante, a las exigencias y al desarrollo del proceso penal, de manera que, por una parte, no sufriesen con ello las finalidades propias perseguidas por la jurisdicción penal (...)”. (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 479). “Los principios propios del proceso civil sufren ciertas alteraciones como consecuencia del contexto procesal en el que es tratada la pretensión civil acumulada, motivo por el que podemos afirmar que, respecto de la acción civil acumulada al proceso penal, no todos los principios propios del proceso civil rigen en su estricta definición.” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 96).

⁵⁴⁸A conclusão é de Paolo Tonini: “L’esercizio dell’azione civile nel processo penale è fondato su due regole non espresse, ma che si ricavano dalla normativa del codice. Il primo luogo l’azione civile resta ‘ospite’ nel processo penale; in secondo luogo l’azione civile subisce la regolamentazione di quest’ultimo. (...)La prima regola comporta che l’azione civile mantenga la sua natura e le sue caratteristiche civilistiche. L’azione resta facilitativa e disponibile, nel senso che il danneggiato in ogni momento del processo penale può revocare la costituzione di parte civile (...). Inoltre, il giudice penale, nell’accertare i danni e nel condannare al risarcimento l’imputato colpevole, non può andare oltre i limiti della domanda, e cioè della quantità del risarcimento richiesto dalla parte civile. La seconda regola, della prevalenza della normativa del processo penale, comporta che al di fuori di quanto attiene alla natura ‘civilistica’ dall’azione, i poteri ed il comportamento processuale della parte civile sono disciplinati dal codice di procedura penale. Pertanto, l’esercizio dall’azione civile nel processo penale subisce, nei suoi aspetti ‘procedimentale’, varie deroghe rispetto alla regolamentazione che vige nel processo civile.” (TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 152).

princípios de processo penal.⁵⁴⁹ À pretensão civil aplicam-se as normas de processo civil, mas, necessariamente, a questão também deve se submeter às normas de processo penal, considerado que essas coordenam todo o procedimento e o objetivo principal do processo.⁵⁵⁰

2.6 Sistema da livre escolha ou cumulação facultativa

O sistema da livre escolha ou cumulação facultativa nasce com a conquista da autonomia entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal e de suas consequentes responsabilizações.⁵⁵¹ Sua origem conecta-se ao movimento das codificações, em especial, aos códigos franceses que, ao diferenciar o ato ilícito civil do ato ilícito penal, reconheceram ao ofendido o direito de propor a ação civil no juízo penal ou, separadamente, no juízo cível, à sua escolha.⁵⁵²

Esse sistema caracteriza-se por permitir que a pretensão civil seja deduzida conjuntamente à imputação no juízo penal, ou, de forma independente, perante o juízo cível.⁵⁵³ Aqui não há o exercício separado das pretensões civil e penal somente em casos expressamente previstos em lei, como verificado no sistema de cumulação obrigatória, mas tal remanesce na esfera de disponibilidade da vítima. A solidariedade entre as ações civil e

⁵⁴⁹LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 481.

⁵⁵⁰Assim, ensina Julio B. Maier: “En alguna medida se puede decir que el Derecho procesal penal tiene también por meta (accesoria o secundaria) realizar el Derecho civil ex delicto y, efectivamente, cuando se ejerce la acción civil reparatoria se aplica por esta vía normas del Derecho civil y consecuencias jurídico-civiles, por más que las reglas relativas a ello deban ser calificadas, en su rítmico, como normas de Derecho procesal civil injertadas en la ley procesal penal. No obstante esta aclaración, las exposiciones de Derecho procesal penal se ocupan de ellas necesariamente, porque forman parte de las que configuran el proceso penal y su desarrollo, y debido a la coordinación imprescindible con las reglas puras de Derecho procesal penal que atienden a la meta principal del procedimiento.” (MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. v. 1a, p. 211).

⁵⁵¹“(…) cette séparation résulte de l’opposition progressivement affirmée entre le caractère public de l’infraction et de la peine qui la sanctionne, et le rôle privé de la réparation pécuniaire allouée à la victime.” (VITU, André. **Procédure pénale**, cit., p. 145).

⁵⁵²“A autonomia da ação civil para a reparação do dano afirmou-se nos códigos franceses pela faculdade reconhecida ao ofendido de propor a ação, à sua escolha, no juízo penal, ou então de forma separada no juízo cível. Mas do antigo liame e da tradicional dependência da ação civil da penal derivou diretamente o dispositivo que prevê a suspensão do processo civil à espera da conclusão do penal.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 257). Assim é o texto do Código de Instrução Criminal francês de 1808: “Article 3. L’action civile peut être poursuivie en même, temps et devant les mêmes juges que l’action publique. Elle peut aussi l’être séparément : dans ce cas, l’exercice en est suspendu tant qu’il n’a pas été prononcé définitivement sur l’action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l’action civile.”

⁵⁵³FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**, cit., v. 1, p. 153.

penal não existe como necessária, mas facultativa, livre.⁵⁵⁴ E essa escolha somente cabe ao titular do direito de natureza privada afetado, isto é, àquele que sofre o dano provocado pela infração penal.⁵⁵⁵

A título de exemplo para melhor compreensão, o ordenamento jurídico espanhol concede à vítima a oportunidade de cumular a ação civil ao processo penal ou de optar pela via judicial cível, sem elencar hipóteses excepcionais para tanto. Trata-se de direito reconhecido ao prejudicado.⁵⁵⁶ Como consequência da escolha pelo ajuizamento independente da ação civil, o art. 108 da vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe que ao Ministério Público tão somente remanescerá a titularidade da ação penal, limitando-se ao pedido de aplicação da reprimenda penal.⁵⁵⁷

É característico do sistema de cumulação facultativa que a escolha pela via cível seja irrevogável. Uma vez renunciado ao direito de cumular a pretensão civil no processo penal, à vítima tão somente caberá o ajuizamento da respectiva ação perante o juízo cível. Se proposta a ação civil perante a jurisdição civil, impossível a habilitação da parte civil no processo penal.⁵⁵⁸ Diferentemente, contudo, é a eleição da via penal, essa revogável pelo prejudicado a qualquer momento.⁵⁵⁹

Verifica-se, deste modo, que nos ordenamentos jurídicos que adotam o sistema da livre escolha, o objeto do processo penal é essencialmente a pretensão processual penal, e essa não contém a pretensão civil. O exercício dessa é facultativo e não uma consequência automática da imputação em seu sentido estrito. Dessarte, a pretensão civil caracteriza-se por sua contingência ou eventualidade, diferentemente da pretensão processual penal, que

⁵⁵⁴“Verifica-se, apenas, uma coordenação para evitar-se decisões contraditórias. A solidariedade existe não como necessária, mas livre, facultativa. Daí emerge esse sistema que deve ser denominado, como o fizemos, de solidariedade facultativa.” (CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 31).

⁵⁵⁵STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BULOC, Bernard. **Procédure pénale**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980. p. 192.

⁵⁵⁶“La acumulación de la acción civil al proceso penal se configura en nuestro ordenamiento como un derecho del perjudicado, quién podrá optar entre ejercitar la acción penal y acumular la pretensión civil al procedimiento penal o reservar el ejercicio de la acción civil para el proceso declarativo correspondiente.” (PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 297). Igualmente, cf. PINA, Rafael de. **Manual de derecho procesal penal**, cit., p. 82.

⁵⁵⁷Ley de Enjuiciamiento Criminal. “Art. 108. La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables.”

⁵⁵⁸CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 55.

⁵⁵⁹GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure pénale**, cit., p. 774-775.

se submete ao princípio da obrigatoriedade. Seu exercício no processo penal é possível, mas nunca necessário.⁵⁶⁰

Os fundamentos desse sistema são próximos ao do sistema da cumulação obrigatória. Sustenta-se em seu favor que o princípio da unidade de jurisdição impõe a não contradição entre julgados, a origem comum da responsabilidade civil e penal, bem como argumentos relacionados à economia processual.⁵⁶¹

Diferentemente do cúmulo obrigatório, entretanto, o sistema da cumulação facultativa não se assenta sobre postulados da escola criminológica positivista. A reparação civil no processo penal ao ter veiculação eletiva, livre, deixa de ser abalizada como matéria de interesse público, mas apenas particular. É no interesse do prejudicado que se admite a flexibilização do princípio da separação jurisdicional e a cumulação opcional da pretensão civil com a ação penal.⁵⁶²

Relaciona-se, pois, a uma tendência internacional quanto à revalorização do ofendido nos diversos cenários processuais penais de caráter nacional. Há a expectativa de que a vítima represente função de maior relevo na justiça penal. Isto provoca a exasperação da legitimidade das decisões judiciais e a redução dos níveis de tensão decorrentes de uma sensação de ausência de respostas.⁵⁶³

Há uma generalidade de ordenamentos que adotam o sistema da livre escolha, tais como o direito francês,⁵⁶⁴ italiano,⁵⁶⁵ espanhol⁵⁶⁶, chileno⁵⁶⁷ e canônico.⁵⁶⁸ Em linhas gerais, esse sistema caracteriza-se pela obrigatória suspensão da ação civil quando não cumulada com a ação penal, pela possibilidade de habilitação do prejudicado como parte civil no processo penal e pela intervenção de terceiro responsável civil no processo penal.

⁵⁶⁰PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 300.

⁵⁶¹Cf. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 91-92. LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 278. STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BULOC, Bernard. **Procédure pénale**, cit., p. 207. VITU, André. **Procédure pénale**, cit., p. 145. PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 296-297.

⁵⁶²FENECH, Miguel. **El proceso penal**, cit., p. 166.

⁵⁶³ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A participação das vítimas perante o tribunal penal internacional. Uma análise à luz do caso Lubanga Dyilo, cit., p. 140.

⁵⁶⁴STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BULOC, Bernard. **Procédure pénale**, cit., p. 192.

⁵⁶⁵DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**, cit., p. 118. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 152.

⁵⁶⁶ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 140. PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 297.

⁵⁶⁷BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La acción penal y la víctima em el derecho chileno, cit., p. 525.

⁵⁶⁸Código Canônico. Cân. 1729 — § 1. A parte lesada pode exercer no próprio juízo penal ação contenciosa para a reparação dos danos que lhe tenham sido provocados pelo delito, nos termos do cân. 1596.

A suspensão da ação civil, quando da eleição do juízo cível pelo ofendido para a defesa de seus interesses patrimoniais, mantém-se, usualmente, até o trânsito em julgado da decisão penal.⁵⁶⁹ Tal suspensão explica-se pela opção da prevalência do juízo penal sobre o civil, bem como da eficácia que a sentença daquele terá sobre este.⁵⁷⁰

A parte civil é, por sua vez, instituto pelo qual o ofendido ingressa no processo penal com a estrita finalidade de pleitear a reparação dos danos sofridos, decorrentes da infração penal imputada. Trata-se de sujeito secundário e acessório no processo penal. Não tem legitimidade para reforçar o polo acusatório e sustentar a ação penal para obtenção de uma condenação criminal contra o acusado.⁵⁷¹

Em alguns sistemas o pedido de reparação de danos tão somente pode ser formulado pela parte civil habilitada no processo penal, enquanto que em outros ordenamentos atribui-se legitimidade ao próprio Ministério Público.⁵⁷² Naqueles modelos, a habilitação da parte civil tem como pressuposto necessário o exercício da ação penal pelo Ministério Público, não podendo, na inércia deste, valer-se de titularidade subsidiária para o exercício ação penal.⁵⁷³

Quanto ao terceiro responsável civil, cuja a intervenção é estranha ao nosso ordenamento processual penal, esse pode ser chamado a responder pelo dano ou,

⁵⁶⁹FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**, cit., v. 1, p. 153.

⁵⁷⁰“A suspensão não tem outra possível explicação senão aquela da eficácia que a sentença penal terá no processo civil.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 260). Conferir sobre a prevalência da jurisdição penal sobre a civil: FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 221. CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 31.

⁵⁷¹“O ofendido que ingressa no processo penal para pedir a satisfação do dano pelo delito denomina-se parte civil (...) a mais notável das formas de relação entre jurisdição civil e a criminal” (Id. Ibid., p. 6). “La parte civile il cui intervento è finalizzato ad ottenere le restituzioni o il risarcimento del danno ricollegabili al reato oggetto di accertamento in sede penale.” (DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**, cit., p. 118). “El actor civil es el titular de la acción civil, el perjudicado por los hechos y su intervención en el proceso penal se limita y há de limitar a esa concreta acción, careciendo de legitimación para, aunque sea indirectamente, sostener la acción penal.” (ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal: el salvataje financeiro**, cit., p. 26).

⁵⁷²Esse é o exemplo do sistema espanhol, no qual, caso inexistir expressa renúncia pelo prejudicado, o Ministério Público, titular da ação penal, é legitimado para formular pedido reparatório. Cf. ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 107. SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 85.

⁵⁷³É o que se verifica no sistema processual italiano: “L’azione tendente a conseguire l’accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento può essere esercitata, in alternativa, davanti al giudice civile in un autonomo procedimento, oppure davanti al giudice penale ma soltanto dopo che il pubblico ministero há esercitato l’azione penale. In quest’ultimo caso, il danneggiato esercita l’azione civile costituendosi parte civile nel processo penale.” (TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 152).

espontaneamente, habilitar-se no processo penal.⁵⁷⁴ Admite-se até mesmo que companhias de seguros sejam acionadas, em tal qualidade, dentro do feito criminal.⁵⁷⁵ Trata-se também de sujeito acessório cuja participação no processo penal tem estrita relação com a demanda civil.⁵⁷⁶

A presença do terceiro responsável no processo penal somente é possível após a dedução da pretensão reparatoria cumulada com a ação penal. Sua intervenção e participação é sempre necessária para que sofra os efeitos da sentença penal condenatória, em atenção aos princípios do contraditório e do devido processo penal.⁵⁷⁷

Dentre as particularidades do sistema da cumulação facultativa ou livre escolha destaca-se a problemática da autoridade da coisa julgada penal em relação à jurisdição civil. Acerca disto é necessário um exame mais detido, até mesmo em razão da repercussão que pode apresentar em outros modelos de coordenação de jurisdições especializadas.

2.6.1 A autoridade da coisa julgada criminal no âmbito cível

Na lição de Enrico Tullio Liebman, “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças.”⁵⁷⁸ A autoridade da coisa julgada não se confunde com os efeitos naturais da

⁵⁷⁴TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 159. Igualmente: CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 306. DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**, cit., p. 126. DARRITCHON, Luis. Accion civil en el proceso penal, cit., p. 81.

⁵⁷⁵ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 142. PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 308.

⁵⁷⁶Nesse sentido: “L’azione civile per il risarcimento del danno e le restituzioni può essere promossa non solo contro l’imputato rna anche contro colui che, a termini delle leggi civili, risponde del danno cagionato da lui (art. 2047-9 cod. civ.). In tal caso l’obbligato a risponderne assume nel processo penale la qualità di parte ed il nome di ‘responsabile civile’ per il fatto dell’imputato. Il rapporto fra lui e la parte civile e sostanzialmente della stessa natura di quello che s’instaura e si svolge fra imputato e p. c.: rapporto accessorio connesso al procedimento penale, avente ad oggetto una pretesa di natura civile.” (MARSICO, Alfredo de. **Lezioni di diritto processuale penale**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955. p. 83).

⁵⁷⁷Sobre o afirmado, conferir: MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**, cit., v. 2, p. 430-431. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 160. PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 306.

⁵⁷⁸LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 6.

sentença,⁵⁷⁹ esses comandos de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória, mas refere-se à imutabilidade destes e da própria sentença.

Os efeitos naturais da sentença não são capazes, por si sós, de impedir que outro órgão jurisdicional reexamine o caso e julgue-o diversamente. O que intervém para que evitar essa possibilidade é a chamada autoridade da coisa julgada, definida como a imutabilidade do comando de uma dada sentença. Reveste de definitividade e intangibilidade o ato decisório em seu conteúdo e em seu aspecto formal,⁵⁸⁰ o que redundará na usual distinção entre coisa julgada material e formal. Aquela refere-se à intangibilidade dos efeitos da sentença, enquanto essa diz respeito à imutabilidade da sentença no próprio processo.

A questão da autoridade da coisa julgada assume relevância, na medida em que os modelos de cumulação facultativa impõem a prevalência da jurisdição penal sobre o juízo civil.⁵⁸¹ E tal regra é por vezes adotada até mesmo em modelos de separação de instâncias, mitigando-lhes a pureza teórica.

Veja-se, nesse sentido, o exemplo do ordenamento processual penal pátrio. Conquanto não se admita o exercício da ação civil cumulada com a ação penal, tem-se que a sentença penal condenatória irrecorrível faz coisa julgada no âmbito cível para efeito de reparação dos danos decorrentes da infração. Trata-se de efeito secundário da sentença que

⁵⁷⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: sentença, prescrição, nulidades e recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 45. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5).

⁵⁸⁰Esse é o ensinamento de Enrico Tulio Liebman: “A eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar essa possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada. Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e a intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.” (Id. Ibid., p. 53-54).

⁵⁸¹“Aun cuando la reparación ex delicto se persiga por medio del proceso civil, separadamente del proceso penal, la sentencia penal determina profundamente la decisión civil sobre la reparación proveniente de un delito del Derecho penal, es decir, tiene importancia decisiva para ella. En efecto, la sentencia condenatoria o absolutoria obtenida tras un procedimiento penal restringe la discusión en el proceso civil y vincula a ella la decisión del tribunal civil, en tanto se torna incontestable la existencia o inexistencia del hecho punible y la culpabilidad o inculpabilidad en él del acusado.” (MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal argentino**, cit., v. 1a, p. 211). Dentro da mesma perspectiva, conferir: LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 157. VITU, André. **Procédure pénale**, cit. p. 147. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 93. Entretanto, não se ignora, neste ponto, a perspectiva de efeitos penais da sentença civil, conquanto sejam diminutas as hipóteses. Como exemplo, pode se citar o art. 236 do Código Penal, que determina que, quanto ao crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento a casamento, a ação penal não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento.

impede a discussão do *an debeat* perante o juízo cível, embora não afaste a do *quantum debeat*.

Esse efeito secundário da sentença penal condenatória é positivado no art. 91, *caput*, I, do Código Penal.⁵⁸² Esse dispositivo estabelece que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de indenizar o dano. O dispositivo é complementado pelo art. 63, *caput*, do Código de Processo Penal⁵⁸³ e pelo art. 515, VI, do novo Código de Processo Civil,⁵⁸⁴ que conferem à sentença penal condenatória transitada em julgado a propriedade de título executivo judicial.⁵⁸⁵

Essa prevalência do juízo penal sobre o civil, na lição de José Carlos Barbosa Moreira, dá-se por razões intuitivas.⁵⁸⁶ Segundo Goldschmidt, a primazia da jurisdição penal tem origem na ideia de que a realização de interesses privados não devem antecipar-se à justiça penal, cuja função é de interesse público e relacionada à manutenção da ordem pública.⁵⁸⁷ Ainda, conforme argumentação de Eduardo Espínola Filho, “são preceitos de boa política judiciária, prudentemente postos pelo legislador, para ao juízo, onde haja maior probabilidade de uma apuração mais eficiente e mais rápida da verdade, se submeterem, preferentemente, as questões, que a prática de um ato ilícito suscitou.”⁵⁸⁸

Por tais razões é que normalmente se determina nos sistemas de cumulação facultativa, a suspensão da ação civil até o trânsito em julgado da decisão penal, quando da

⁵⁸²Código Penal. “Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;”

⁵⁸³Código de Processo Penal. “Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.”

⁵⁸⁴Código de Processo Civil. “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado;”

⁵⁸⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 214.

⁵⁸⁶BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 106.

⁵⁸⁷“La subordinación de la jurisdicción civil bajo la penal, que resulta de estas reglas, se funda en el aforismo francés de que ‘le criminel tient le civil en état’ y arraiga en la idea de que la realización de intereses privados no deba anticipar a la justicia penal, cuya función es el mantenimiento del orden público.” (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 127).

⁵⁸⁸ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro**, cit., v. 2, p. 20. Bastante próximas são as razões invocadas por Eugenio Pacelli e Douglas Fischer: “o método ou critério de afirmação da certeza judicial criminal é muito mais rígido que aquele normalmente utilizado no juízo cível. Enquanto ali, no cível, aceita-se, por exemplo, um convencimento judicial fundado na ausência de impugnação dos fatos articulados na inicial, sem qualquer demonstração empírica deles, conforme o disposto no art. 302, CPC (com as exceções ali mencionadas), no juízo criminal isso jamais ocorrerá, cabendo à acusação provas todos os fatos por ela alegados”. (OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 131).

eleição do juízo cível pelo ofendido.⁵⁸⁹ Após o trânsito em julgado da decisão penal, não mais pode ser discutido no juízo cível os fatos decididos em sede penal. Assim, em hipótese de sentença condenatória, a jurisdição civil não poderá se debruçar sobre questões tais como a autoria e materialidade delitiva.

Enrico Tulio Liebman classifica como eficácia anormal a referida prevalência da coisa julgada penal sobre a jurisdição civil. Segundo o autor, há “uma eficácia, vinculante para o juiz civil, da decisão proferida pelo juiz penal sobre algumas questões de fato e de direito que são comuns ao processo penal e ao conexo processo civil de reparação.”⁵⁹⁰ Assim, a autoridade do julgado penal “não respeita ao pronunciamento do juiz penal sobre a lide, ou, se assim se preferir – sobre o objeto do processo, mas sim à sua decisão sobre algumas das premissas lógicas do pronunciamento.”⁵⁹¹

Uma vez que a autoridade da coisa julgada penal não diz respeito apenas ao comando, ao dispositivo da decisão, mas também aos motivos que a sustentam, Liebman afirma tratar-se de verdadeira eficácia anormal do julgado penal, em nítido contraste com os princípios que regem o instituto da coisa julgada.⁵⁹² Significa verdadeira ampliação dos limites objetivos da coisa julgada.

⁵⁸⁹FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**, cit., v. 1, p. 153. Por exceção, entretanto, o sistema italiano apresenta interessante diferencial. Conquanto imponha a prevalência do julgado penal, admite que, caso o ofendido opte por propor a ação civil reparatória perante o juízo cível, e o faça tempestivamente, antes da prolação da sentença penal em primeira instância, não haverá submissão à autoridade da coisa julgada penal (cf. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 155).

⁵⁹⁰LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 264.

⁵⁹¹Id. *Ibid.*, p. 264.

⁵⁹²“O que acabo de referir me leva a afirmar que os arts. 26, 27 e 28 do cód. Proc. Pen. preveem uma eficácia anormal do julgado penal, a qual está em nítido contraste com os princípios e as regras gerais que governam o instituto da coisa julgada. Hoje, ninguém duvida que o julgado, quer civil, quer penal, é limitado ao pronunciamento do juiz sobre o pedido, ou – por outras palavras – sobre a lide que foi objeto do processo, não se estendendo aos motivos que a sustentam, ou seja, ao convencimento que o juiz formou sobre questões duvidosas da causa, relativas seja aos fatos, seja à sua avaliação e qualificação jurídica. Somente a primeira é a verdadeira decisão, provida de autoridade vinculante; tudo o mais é apenas o resultado do conhecimento do juiz, da atividade lógica que foi necessária para chegar à decisão, mas que se destina a perder qualquer relevância fora do processo em que foi exercida, não sendo susceptível de abranger em suas malhas a liberdade de juízo do magistrado chamado a pronunciar-se sobre uma demanda ou sobre uma lide diversa. Se no código do processo penal não existissem os artigos várias vezes mencionados, a sentença penal valeria, também no processo civil, por aquilo que é sua função normal, ou seja, pela decisão sobre o crime nela contida, tendo eficácia de coisa julgada entre esses limites, em todos os casos em que, para a relação jurídica civil, pudesse ser relevante o fato de uma pessoa ter sido absolvida ou condenada da imputação penal. O problema que se coloca de iure condendo é apenas o de saber se há razões que justifiquem uma eficácia de sentença penal que exorbite desses limites. A mim me parece que essas razões não existem; estou convencido que hoje aqueles que pensam o contrário ainda se sujeitam, inconscientemente, ao antigo preconceito que por tanto tempo turvou a distinção entre a responsabilidade penal do réu e as razões civis de indenização ao prejudicado, influido (como salientei no início) sobre a tradicional disciplina das relações entre jurisdição penal e civil.” (Id. *Ibid.*, p. 266-267). Em refutação a essa tese, José Ignacio Botelho de Mesquita sustenta que não há qualquer situação de anormalidade fundada na

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada penal, relevante sua repercussão quanto ao terceiro responsável civil que não participou do processo penal, bem como os efeitos de decisão absolutória penal em relação ao prejudicado que de forma alguma interveio no feito criminal.

Milton Paulo de Carvalho entende que “a condenação penal influi sobre a ação de conhecimento reparatória em face do responsável civil, tornando indiscutível, por este, a existência do fato e a sua autoria. Não se trataria de prova legal, carregada com a força de presunção absoluta, parecendo mesmo caso de eficácia preclusiva do comando penal sobre aquelas matérias (...).”⁵⁹³

De forma semelhante, Eugenio Pacelli de Oliveira professa que a sentença condenatória transitada em julgado produz efeitos em relação ao terceiro responsável que não tenha participado da relação processual penal. Sustenta sua tese em dois principais argumentos. Em primeiro lugar, afirma que, na medida em que o ordenamento jurídico não autoriza a intervenção de terceiros no processo penal – com ressalva da assistência reservada ao ofendido – não há evidência de qualquer interesse jurídico para o responsável civil. Em segundo lugar, ressalta que o exame das questões relacionadas à autoria e à materialidade do delito não estão contidas na fundamentação da responsabilidade civil objetiva. Essa, em verdade, encontra-se “no âmbito das relações juridicamente relevantes existentes entre o agente do crime e o responsável civil.”⁵⁹⁴

Tal, entretanto, não parece ser a posição mais adequada ao devido processo penal e aos princípios processuais constitucionais decorrentes. A responsabilidade civil objetiva de terceiro não integrante da relação jurídica processual penal não inibe seu interesse na discussão sobre a autoria e materialidade do fato. Seu interesse não se resume apenas à

inextensibilidade da coisa julgada à motivação da sentença. Afirma que, em verdade, se trata apenas da inclusão do reconhecimento implícito da obrigação de indenizar na própria sentença penal condenatória. Isto é, trata-se de reconhecimento implícito da obrigação de reparar o dano no dispositivo da sentença penal, por força de lei (conferir: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-48). No tocante ao próprio processo penal, Ada Pellegrini Grinover ensina que “Estamos-nos referindo à eficácia ‘anormal’ da coisa julgada, penal, à qual se referiu Liebman, aludindo à eficácia vinculante atribuída aos juízos de fato contidos na sentença penal, com relação ao juízo civil ou administrativo, todas as vezes que, nestes processos, se controverte a respeito de uma relação cujo reconhecimento depende da declaração dos fatos materiais que foram objeto do juízo penal. Mas, exatamente em virtude da excepcionalidade dessas hipóteses, não é possível estender, analogicamente, os princípios que regulam a autoridade do julgado penal, no juízo civil ou administrativo, ao julgado penal, com relação a outros processos penais.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal, cit., p. 34-35).

⁵⁹³CARVALHO, Milton Paulo de. Ação de reparação de dano resultante do crime: influência da sentença penal condenatória, cit., p. 86-87.

⁵⁹⁴OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 189.

discussão quanto à existência ou não de relação jurídica com o agente do crime, o que lhe eximiria de responsabilidade. Em verdade, tem também interesse na demonstração da inexistência do ato ilícito ou da refutação de autoria. Impossibilitar-lhe a participação nesta discussão implica evidente violação ao contraditório.

Na lição de Gustavo Badaró, “admitir a execução da sentença penal condenatória contra o responsável civil, no caso o empregador, viola a garantia constitucional do contraditório. Somente quem foi parte e exerceu em plenitude o contraditório, formulando suas alegações, produzindo provas do alegado e influenciando o convencimento judicial, poderá ser submetido, de forma imutável, aos efeitos da sentença.”⁵⁹⁵

Assim, o terceiro responsável civil é atingido tão somente pela eficácia natural da sentença penal, como qualquer um. Entretanto, uma vez que não participou da relação processual penal, poderá formular impugnação à sentença quando assim tiver interesse. Entre as partes, quando há o trânsito em julgado da sentença, seus efeitos tornam-se imutáveis. Quanto aos terceiros, embora sejam atingidos pelos efeitos naturais do provimento jurisdicional, não sofrem sua imutabilidade.⁵⁹⁶

Nesse mesmo raciocínio, há posição no sentido de que não se deve admitir que eventual sentença absolutória – ainda que fundada em prova da inexistência do fato ou de que o réu não concorreu para a infração penal – deva atingir o ofendido que não participou do processo penal. Isso, pois “é um princípio constitucional, ligado ao direito de defesa e às garantias do ‘devido processo legal’, que o terceiro não possa suportar as consequências nocivas de uma sentença proferida em processo do qual não participou.”⁵⁹⁷

⁵⁹⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 216. Sobre as mesmas razões, Ada Pellegrini Grinover ensina que “o terceiro, civilmente responsável, que não teve oportunidade de participar do processo penal, poderá impugnar a justiça da sentença condenatória, imutável apenas com relação ao réu. Ao credor não caberá a demonstração da existência da obrigação de reparar o dano; mas o devedor, civilmente responsável, terceiro no processo penal, embora submetido à eficácia natural da decisão, poderá insurgir-se contra a sua injustiça, voltando a discutir os fatos reconhecidos pela sentença condenatória penal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia da sentença penal no processo civil*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 272). Essa mesma linha de pensamento tem sido adotada pelo Superior Tribunal de Justiça: “a sentença penal condenatória não constitui título executivo contra o responsável civil pelos danos decorrentes do ilícito, que não fez parte da relação jurídico-processual, podendo ser ajuizada contra ele ação, pelo processo de conhecimento, tendente à obtenção do título a ser executado” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 343.917/MA**. Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16/10/2003, DJ 03/11/2003).

⁵⁹⁶“Entre partes e terceiros só há esta grande diferença: que para as partes, quando a sentença passa em julgado, os seus efeitos se tornam imutáveis, ao passo que para os terceiros isso não acontece.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 126).

⁵⁹⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. *A eficácia da sentença penal no processo civil*. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 275-276.

É certo que o ofendido pode sequer ter conhecido da instauração do feito ou, mesmo ciente, pode não ter se habilitado como assistente de acusação. Deste modo, não participou do contraditório judicial e não apresentou argumentos, nem produziu provas destinadas a influir na formação do convencimento judicial em favor de seus interesses. Impossível, e frontalmente contrário ao princípio do contraditório, admitir-se que seja o ofendido vinculado ao resultado final do processo.⁵⁹⁸

2.7 Sistema da separação de instâncias ou independência

O sistema da separação de instâncias ou independência funda-se na significativa diferença entre a natureza jurídica da responsabilidade civil e a natureza jurídica da responsabilidade penal. Significa dizer, embora tenham origem comum em um mesmo fato histórico valorado pelo ordenamento jurídico, simultaneamente, como ato ilícito civil e como ato ilícito penal, as responsabilidades em ambas as esferas são dotadas de expressivo contraste quanto aos seus pressupostos, consequências e finalidades. De igual forma, a pretensão processual correspondente tem objeto diverso. Diante de tais dessemelhanças, entende-se que tanto melhor se cada responsabilidade for apurada em juízo próprio, especializado, sem o influxo de matéria que lhe é estranha.⁵⁹⁹

O sistema da separação de instâncias ou da independência determina a propositura das duas ações, cível e penal, de maneira autônoma, em órgãos jurisdicionais especializados e, portanto, distintos. A pretensão de conteúdo civil tão somente pode ser

⁵⁹⁸Nesse sentido: “O ofendido pode não ter participado do processo criminal; pode mesmo sequer ter sabido da sua intauração; mais grave ainda, pode ter requerido sua intervenção como assistente e não ter sido ela admitida. Nestes casos, não pode ficar impedido de exercer a ação civil. Não tem sentido, ante os postulados constitucionais do devido processo legal e do contraditório, que alguém, sem ter sido parte, sofra os efeitos da sentença.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 175). “Se a vítima do delito não participou do contraditório instituído no juízo penal, sendo-lhe impossível trazer seus argumentos, produzir suas provas e, em última análise, influenciar no convencimento judicial, não poderá ficar vinculada ao resultado do processo penal.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 223). Igualmente, conferir: PISANI, Mario. A reparação às vítimas de crime no projeto brasileiro e nas tendências jurídicas contemporâneas. **Justitia**, São Paulo, v. 86, p. 37, 1974. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/0d3bz0.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁵⁹⁹Sobre a fundamentação do sistema da separação explica Carlos Creus: “Es indudable que pese a su origen común, el destino específico de cada una de las fases de la responsabilidad (es decir de cada una de las respuestas reclamadas por el Derecho ante la realización del hecho ilícito) las diferencia no sólo en sus consecuencias, sino también en sus presupuestos. Há sido la prevaleciente consideración de tales diferencias lo que há suscitado lo que podemos denominar tesis de la separación.” (CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 13). Igualmente, leciona Gustavo Badaró: “A justificativa seriam as diferenças das duas ações, uma que versa sobre direito público, de natureza não patrimonial, e outra, tendo por objeto questão de direito privado, de natureza patrimonial, o que desaconselharia que corressem juntas.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 213).

analisada pelo juízo cível, sem qualquer ingerência do juízo penal.⁶⁰⁰ Quanto à pretensão penal, impensável qualquer modelo que imponha sua apreciação dentro do processo civil.

A autonomia entre as ações não se refere somente ao juízo perante o qual são propostas. Quanto ao momento de seu exercício, as ações podem ser intentadas antes, concomitantemente, ou mesmo após uma em relação à outra.⁶⁰¹ Quanto ao modo, a pretensão processual de natureza civil veicula-se por meio da demanda, enquanto a pretensão processual penal tem a imputação como seu veículo. Trata-se de sistema característico dos ordenamentos alemão, inglês, norte-americano e holandês.⁶⁰²

Diversos são os argumentos levantados em favor do sistema da independência. Afirma-se que somente por tal sistema é possível a efetiva especialização dos órgãos jurisdicionais, necessária em razão da diversidade da natureza dos conflitos examinados. Somada a essa especialização, cada pretensão será examinada em processo que opera com categorias que lhes são adequadas.⁶⁰³

⁶⁰⁰Nesse sentido: “as duas ações correm perante jurisdições diferentes, são autônomas, sujeitas a regras de processo que não se confundem.” (CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 34). “Neste sistema reconhece-se a inteira independência existente entre ambas as ações. O fato que lhes dá origem é o mesmo; entretanto, as ações têm objeto diverso, os processos, suas características, os órgãos jurisdicionais são diferentes.” (PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 35). “Pelo sistema da independência a reparação deve ser pleiteada no juízo civil, ficando assim separadas as ações civil e penal.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 167). “Em doutrina têm-se distinguido, ao propósito, quatro sistemas: (...); o da separação, em que se veda o exercício da ação civil no processo penal, devendo cada ação ser intentada perante um órgão distinto.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 107). “Siendo la acción procesal por medio de la cual quien há resultado damnificado por el hecho ilícito ejerce su pretensión de que se le repare el dano, distinta de la que persigue la aplicación de la pena, aquélla tiene que estar regulada por las normas del Derecho Civil –sin formar parte para nada de los elencos penales- y ser resuelta por la jurisdicción civil, no por la penal.” (CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**, cit., p. 13).

⁶⁰¹“As duas ações, a penal e a civil, se conservam alheias entre correndo perante jurisdições diferentes, podendo ser intentada, antes, concomitantemente, ou depois, uma em relação à outra, nenhuma influencia exercendo a decisão de uma sobre a decisão da outra, e tendo uma sobre a outra a sobrevivencia que lhe dê a diferença de prazos para a sua prescrição.” (LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 157).

⁶⁰²LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 261. TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, cit., v. 3, p. 438. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 220.

⁶⁰³A relação de direito material guarda íntima relação com a construção do sistema processual correspondente. Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque: “O sistema processual deve ser construído e organizado de modo tal que as situações tuteladas (situações de direito substancial) trazidas à apreciação do órgão jurisdicional encontrem a necessária proteção.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., p. 55-56). No mesmo sentido é o ensinamento da professora Ada Pellegrini Grinover ao afirmar que “a tutela processual adequada só pode ser obtida por intermédio do procedimento adequado, ou seja, do procedimento apropriado à solução de cada conflito surgido no plano sociológico.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo, cit., p. 16). Igualmente: “o direito material interfere na conformação e na organização interna do processo (questão de política legislativa, de cunho pré-processual), a impor adequação subjetiva, objetiva e teleológica entre as duas esferas. Trata-se

Assim, a pretensão de natureza civil será explorada em processo civil, procedimentalizado de forma a prover-lhe a adequada tutela, perante juízo habituado tal matéria. De igual modo, verificar-se-á quanto à pretensão penal. Será analisada dentro do adequado processo penal perante juízo especializado.⁶⁰⁴

Sustenta-se, também, que a separação de instâncias tutela a higidez do andamento do feito, pois não permite a pesquisa de matéria inadequada ao procedimento utilizado.⁶⁰⁵ Assim, o desenho procedimental destinado à apuração da imputação não sofrerá quaisquer embaraços em razão de eventual exame conjunto de pretensão civil. Trata-se de modelo cuja principal preocupação reside na tutela da discussão de matéria de interesse público, qual seja, a apuração da infração penal.

Igualmente, assevera-se que a separação de instâncias evita a confusão de critérios de responsabilização. Isso, não somente quanto aos pressupostos materiais da responsabilização civil e penal, mas também em relação às regras de ônus de prova e modelos de constatação. É certo que dada a diferença da natureza jurídica das pretensões e dos interesses envolvidos, diferentes são as regras que regem sua apuração, de modo que a miscelânea entre tais critérios implicará, potencialmente, prejuízos não só ao interesse público tutelado pela norma penal, mas também ao próprio interesse privado representado pela reparação de danos.⁶⁰⁶

de questão que diz respeito no mais das vezes ao legislador, na tarefa específica de estabelecer previamente a forma de que se deve revestir o processo e as formalidades indispensáveis para a marcha do procedimento.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Escopo jurídico do processo, cit., p. 309). Por tais razões, Andrés Bordali Salamanca entende que a via processual penal não é adequada à tutela dos interesses privados da vítima. Segundo o autor, “las vías procesuales que permiten dar tutela a esos derechos legales o constitucionales lesionados por el responsable del delito son las del procedimiento civil reparatorio de las especies hurtadas, robadas o estafadas, la indemnización del daño producido, tanto material como moral, la nulidad de las convenciones y la cancelación de las inscripciones en los registros correspondientes (...)” (BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La acción penal y la víctima em el derecho chileno, cit., p. 524).

⁶⁰⁴Ressaltando a importância da necessidade de especialização dos órgãos jurisdicionais, afirmam Serge Guinchard e Jacques Buisson: “il n'y a rien de péjoratif à constater qu'un juge civiliste, aimant son travail, ne siégiera pas au pénal, la même journée, avec la même attention et le même intérêt qu'un collègue spécialisé dans les affaires pénales, et réciproquement. La technicité du droit pénal substantiel et de la procédure pénale suppose une spécialisation (...)” (GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure pénale**, cit., p. 346-347).

⁶⁰⁵“As diferentes características das duas ações, uma privada, a outra pública (só excepcionalmente tendo o ofendido como *dominus litis*), uma patrimonial a outra não, tudo desaconselhando enfiam a união delas.” (ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 183).

⁶⁰⁶Nesse sentido, quanto à mácula potencial à atividade decisória, Aury Lopes Jr., ao referir-se a mecanismos de cumulação de pretensão penal e pretensão civil, afirma que tal “representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade judiciária nessa matéria.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 434).

Ainda, o desvio do processo penal para dedicar-se à pretensão cível teria como consequência o diferimento da fase instrutória. Tal acarreta prejuízo à celeridade processual e aos legítimos interesses do imputado que sofre a morosidade processual, por vezes, cumprindo medida cautelar de natureza processual.⁶⁰⁷

Pondera-se, também, que o sistema da independência favorece o equilíbrio entre as partes, uma vez que a participação do ator privado em reforço ao polo acusatório representaria a hipergenesia desse. De igual forma, promove o prestígio à garantia da ampla defesa que, diante da possibilidade de cumulação, haveria de se desdobrar em defesa cível e defesa criminal.

É certo, contudo, que tal sistema em sua forma pura, em posição extremada na qual inexista qualquer vinculação entre os processos civil e penal, é na prática impossível.⁶⁰⁸ De alguma forma sempre haverá influência entre os juízos cível e penal, até mesmo em razão de imperativo de coerência entre os provimentos decorrentes do Poder Judiciário.⁶⁰⁹

Conforme José Frederico Marques, “a reparação do dano causado pelo crime, apesar de relação jurídico-privada, não pode deixar de sofrer os influxos publicísticos da relação jurídico-penal que lhe é conexa.”⁶¹⁰ E tais influxos não se referem somente à autoridade da coisa julgada penal no âmbito cível, também relevante nos sistemas de cumulação facultativa. O entrelaçamento entre as esferas cível e penal verifica-se em hipóteses tais quais a consideração da reparação do dano como circunstância atenuante,

⁶⁰⁷Tanto mais grave caso o acusado encontre-se em prisão cautelar enquanto a instrução processual se dilata em razão do interesse privado cumulado. Como regra, nosso ordenamento jurídico pátrio não adota limites temporais às prisões provisórias, à exceção da Lei nº 7.690/89. Tal caráter lacunoso, por si só, gera incertezas e dá margem a arbitrariedades, de modo que a custódia do imputado poderia perdurar indefinidamente em razão de mero juízo de probabilidade (Cf. DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 404). A prisão nesses termos, por prazo além do estritamente necessário à escoar conclusão do processo penal, prolongando-se como decorrência de apuração de interesse privado, representa verdadeira desídia quanto ao direito de liberdade do indivíduo e, conseqüentemente, desrespeito à dignidade deste que se encontra impotente no cárcere. Não é muito lembrar que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.” (SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 38).

⁶⁰⁸FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 167.

⁶⁰⁹Nesse sentido: “Este sistema, entretanto, não existe em sua pureza em nenhum lugar, em decorrência do temor de que ocorram julgados conflitantes; e da própria força atrativa conseqüente do fato de ambas as ações discutirem pretensões que são originárias de uma única conduta humana que, se bem tenha incorrido em ofensa a interesses protegidos por diferentes órbitas do Direito, é originária do mesmo acontecimento do mundo fático.” (PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 35). Há também críticas a tal separação extremada a partir da perspectiva dos interesses da vítima, tal qual afirmado por Miguel Fenech: “pero mantener hasta sus últimas consecuencias el principio de la separación de ambas jurisdicciones no beneficiaría a los perjudicados civilmente por el hecho delictivo, a los que se obligaría a los gastos, molestias y retardo de un proceso civil que en la mayoría de los casos no intentarían.” (FENECH, Miguel. **El proceso penal**, cit., p. 165).

⁶¹⁰MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 3, p. 108.

como pressuposto do livramento condicional, como obrigação do condenado em execução penal, entre outros.

Por essa razão, a doutrina nacional tende a falar em sistema da separação de instâncias ou da independência mitigado ou atenuado.⁶¹¹ Tal adjetivo, entretanto, parece desnecessário, uma vez que descabido considerar a existência de tipos teóricos ideais no plano fático. A legislação nacional, assim como a estrangeira, ostenta minúcias e exceções que, se consideradas, inviabilizariam qualquer tentativa doutrinária de classificação.

2.8 Coordenação de jurisdições especializadas e garantias processuais

Em linhas gerais, os modelos possíveis de coordenação de jurisdição classificam-se a partir de regras de cumulação (obrigatória ou facultativa) e separação. Qualquer que seja o sistema adotado, notam-se pontos de tensão aliviados por normas que excepcionam o sistema e flexibilizam a concepção teórica pura.

A razão da mitigação da pureza dos modelos estudados é axiomática. Todos eles buscam realizar interesses legítimos diretamente conectados aos escopos da jurisdição. A jurisdição deve se esmerar na busca de soluções não contraditórias no reconhecimento das responsabilidades civil e penal decorrentes de uma origem fática comum, prezar pela economia processual e, até mesmo, garantir a participação da vítima na solução penal. Por outro lado, deve atender ao interesse público na precisão e justiça dos provimentos criminais, em um processo com duração razoável e procedimentalmente coerente e adequado para tanto.

A sobriedade dessa constatação conduz à fixação de duas premissas essenciais ao prosseguimento da presente pesquisa. Primeiramente, compreende-se que os diversos sistemas estudados não encontram existência pura no plano fático. Cada ordenamento jurídico nacional desenvolve mecanismos próprios para atenuar seus rigores e contemplar a função jurisdicional em sua totalidade.

Não há um pêndulo que permaneça em um dos polos extremos da estrita separação ou da total cumulação, mas, em verdade, entre eles deve transitar. A própria fixação de valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, recentemente inserida no art.

⁶¹¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, cit., v. 2, p. 33. CARVALHO, Milton Paulo de. Ação de reparação de dano resultante do crime: influência da sentença penal condenatória, cit., p. 77.

387, IV, do Código de Processo Penal brasileiro, objeto de estudo deste trabalho, é um exemplo de mecanismo fundamentado em um princípio de união que se insere em um sistema de separação de instâncias.

A segunda proposição que ora se apresenta indica que, qualquer que seja o modelo adotado, os princípios e garantias processuais decorrentes do devido processo deverão ser observados tanto pelo legislador, quando da criação do desenho procedimental, quanto pelo órgão judiciário diante de um caso concreto.⁶¹² Por essa razão, o implemento de sistemas, ou mesmo de mecanismos tendentes à união de objetos, terão como efeito a incidência de princípios e regras processuais penais, ao lado de normas civis e processuais civis, quando da apuração de eventual compensação civil decorrente de infração penal, respeitada sua natureza jurídica.

A partir de tais enunciações, torna-se imprescindível o exame detalhado do devido processo, bem como dos princípios e garantias decorrentes, de modo a permitir-se o exame crítico do objeto de estudo desta pesquisa.

⁶¹²“(…) se um determinado sistema não prevê comunicação entre as diversas formas de exercício da jurisdição, que busque em cada uma delas e de forma autônoma a preservação das garantias processuais. No entanto, se há previsão de qualquer tipo de influência recíproca entre a justiça penal e a civil, por onde que tramite a demanda na qual serão apurados os fatos ilícitos e impostas as sanções, deve ser garantida a formação completa de uma relação jurídico-processual na qual as partes participem ativamente como se autonomamente demandassem ou, ao menos, que lhes sejam garantidas todas as situações jurídicas passivas e ativas previstas na relação jurídico-processual.” (BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal**, cit., p. 68).

3. O DEVIDO PROCESSO ENQUANTO PARADIGMA NECESSÁRIO À FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO CIVIL NO PROCESSO PENAL

3.1 A conceituação de princípio e sua função no sistema processual

É comum a atribuição de significados diferentes a uma única locução consoante o contexto em que é empregada. Por vezes, uma certa expressão é incorporada ao vocabulário corrente sem que se reflita sobre seu sentido no cenário praticado. Em Direito, é o que se verifica frequentemente com a palavra “princípio”.⁶¹³

A conceituação definitiva do que seja princípio em Direito ultrapassa, por certo, os estreitos limites desta pesquisa. Todavia, é imprescindível um exame panorâmico sobre a matéria, a fim de se compreender o papel dos princípios e garantias, em especial o do devido processo, na filtragem do sistema processual⁶¹⁴ e na procedimentalização da fixação de valor indenizatório dentro do processo penal.

O termo princípio é polissêmico no vocabulário jurídico, tal como se verifica no âmbito da filosofia.⁶¹⁵ Em comum, tais acepções expressam a noção de ponto de partida, fundamento ou causa de um ser ou de um processo qualquer.⁶¹⁶ Não por outra razão, autores a exemplo de Rogério Lauria Tucci afirmam que não é possível falar-se em princípios de um ramo jurídico, mas somente em princípio, sendo esse a “regra mais geral, de que decorrem ou com a qual, estreitamente, se relacionam as demais regras integrantes de determinado sistema.”⁶¹⁷ Esse entendimento parte de uma concepção puramente lógico-filosófica do vocábulo “princípio”, de forma que não o emprega com o mesmo significado atribuído pelas atuais teorias hermenêuticas constitucionais.

⁶¹³VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. p. 141.

⁶¹⁴Trata-se de consequência direta do fenômeno contemporâneo de interpenetração entre Direito Constitucional e o sistema processual penal (Cf. EGAÑA, José Luis. Marco constitucional del nuevo sistema procesal penal. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 29, n. 2, p. 213-215, 2002).

⁶¹⁵ARNAUD, André-Jean. et al. (Coords.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**, cit., p. 621.

⁶¹⁶Conferir: ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**, cit., p. 928-929.

⁶¹⁷TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 31.

Na história do desenvolvimento jurídico ocidental, a noção de princípio assumiu diferentes funções e conteúdo. Em resumo, pode-se afirmar que sua juridicidade e aplicabilidade passam por três fases identificáveis, quais sejam, as etapas jusnaturalista, positivista e pós-positivista.⁶¹⁸ Cuida-se de um caminhar que parte de uma posição subsidiária e atinge uma colocação primária, marcado pelas variações paradigmáticas históricas e filosóficas que então acompanharam a experiência jurídica.

O jusnaturalismo denominado racionalista refere-se à modernidade, não tendo papel determinante neste ponto as concepções de direito natural formadas na Antiguidade e na Idade Média. O ponto central da corrente jusnaturalista funda-se na existência de um direito alcançável pela razão e independente do mandamento contido pela lei do Estado absolutista. Nessa concepção, os princípios de direito são axiomas jurídicos universais apreendidos pela inteligência humana,⁶¹⁹ que deverão então inspirar o ordenamento positivo. Caso não encontrem abrigo no ordenamento estatal, remanescem válidos e sobre esse prevalecem.

Associada ao iluminismo, “a crença de que o homem possui direitos naturais, vale dizer, um espaço de integridade e de liberdade a ser obrigatoriamente preservado e respeitado pelo próprio Estado, foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta.”⁶²⁰ Todavia, o direito natural continha em si o germe de sua obsolescência. Superado o modelo absolutista, o assentamento do Estado liberal implicou a consolidação dos direitos naturais no ordenamento jurídico positivo, de modo que as concepções de direito natural são empurradas para a margem da história pelo pensamento positivista do século XIX. Tende-se, agora, não à revolução, mas à conservação.⁶²¹

O juspositivismo clássico tem como traço comum a noção de que o material jurídico é estabelecido por alguma autoridade humana legitimada, embora contenha particularidades em suas diversas vertentes.⁶²² Nesta etapa, o Direito é enxergado como um fato social colocado pela razão humana, podendo ser tal fato uma lei, um julgamento ou

⁶¹⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2017. p. 264.

⁶¹⁹Id. *Ibid.*, p. 266.

⁶²⁰BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 259.

⁶²¹Id. *Ibid.*, p. 260.

⁶²²STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 159.

mesmo um conceito.⁶²³ Compreendem-se aqui os sistemas romano-germânico, *common law* e a corrente de pensamento denominada jurisprudência dos conceitos.

Em meio ao decorrente domínio positivista, desconfiança da equidade e culto à autoridade dos Códigos, poucas foram as vozes que colocaram os princípios de direito como vetores universais de existência autônoma em relação ao direito estatal. Dentre esses, o filósofo italiano Giorgio Del Vecchio indaga qual a missão dos princípios gerais de direito no sistema positivo. Propõe-se a examinar se estão dentro ou fora do sistema e conclui que devem ser entendidos como princípios de direito natural, ditados pela razão que, caso em conflito com a norma positiva, permanecem latentes, porém vivos e operantes no sistema.⁶²⁴

Essa, entretanto, não foi a postura predominante no período. Conforme a concepção positivista, os princípios encontram-se nos códigos como fonte normativa subsidiária. São os chamados princípios gerais de direito, induzidos por meio de sucessivas abstrações do próprio direito positivo.⁶²⁵ Assim, já estariam dentro do sistema positivo, sendo pautas

⁶²³STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito, cit., p. 160.

⁶²⁴“Podemos, pues, distinguir el caso en el cual el Derecho Natural está explícitamente acogido e incorporado al sistema jurídico positivo, y aquel en cual funciona como fuente subsidiaria o suplementaria, o sea como medio para integrar este sistema y colmar sus inevitables lacunas. Y, además, puede darse un tercer caso, al que ya hice antes alusión: se trata del caso de discordancia o contraste entre el Derecho Natural y el Positivo. Las normas sancionadas pueden no corresponder totalmente a los principios diseñados por la razón, ora contradiciéndolos en parte, ora modificándolos o restringiéndolos. Cuando se dé un contraste tal, no hay duda que al reconstruir el sistema jurídico positivo, y de un modo especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las leyes tal y como son, y no tal como debieran ser a tenor de los puros principios. El método contrario conduciría a quebrantar la unidad del sistema, confundiendo el *ius conditum* con el *ius condendum* (esto es, el Derecho constituido con el Derecho constituyente), y la función del juez con la función del legislador; y, consiguientemente, privaría al Derecho Positivo de aquella certeza y seguridad que no puede menos de pertenecerle en cuanto tal. Esto no significa, sin embargo, que en tal caso los principios del Derecho Natural queden sin ningún efecto en el orden positivo. Éstos, allí donde sean deducidos correctamente de la razón, responden a una íntima realidad, que puede quedar sólo como latente, pero que estará siempre viva y operante.” (DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Tradução de Luiz Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1947. p. 524-525). Na doutrina nacional, em sentido próximo, ao afirmar que os princípios gerais do direito correspondem a um ordenamento imanente às relações da vida, tendo caráter universal, conferir: ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 145. Igualmente, ao mesclar postulados positivistas e jusnaturalistas em sua proposta metodológica de investigação e aplicação de princípios gerais de direito, conferir: RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1, t. 1, p. 314-315.

⁶²⁵Sobre os princípios gerais de direito, característicos do juspositivismo: “Os chamados ‘princípios gerais de direito’, aos quais se faz referência na legislação e na jurisprudência de diversas ordens jurídicas, são máximas que se consolidaram na tradição jurídica ocidental, especialmente a partir do direito romano, algumas constituindo rigorosamente princípios, outras configurando típicas regras. Nas hipóteses de omissão ou lacuna da lei, elas são recepcionadas pelo sistema jurídico mediante heterointegração na situação concreta, ou já se encontram expressa ou implicitamente na ordem jurídica, tratando-se apenas de autointegração para a solução do caso.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. XXIV).

programáticas que se prestam como válvula de segurança, não tendo normatividade própria.⁶²⁶

No positivismo, a distinção se fazia entre princípios e normas, e não entre princípios e regras, hoje ambas compreendidas como espécies do gênero norma. A aplicação da norma em termos de “tudo ou nada” caracteriza a tese positivista, sendo os princípios gerais de direito fonte de integração normativa. Veja-se que esses antigos princípios gerais do direito, direcionados à integração de lacunas, não se confundem com os princípios fundamentais de um sistema, examinados na atual dicotomia princípios e regras.

O positivismo teve sua superação histórica ao final da Segunda Guerra Mundial. Um ordenamento jurídico de estrutura formal e indiferente a valores éticos não encontrou mais acolhida no pensamento doutrinário, tendo origem o movimento pós-positivista. Cuida-se esse da “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras.”⁶²⁷ Sua preocupação reside muito além de uma mera descrição estrutural do sistema jurídico. As teorias que o integram tem como norte a busca de novos modos de aplicar o Direito, fundamentados em uma razão prática, não mais comportados dentro de um esquema silogístico.⁶²⁸

⁶²⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 268-269.

⁶²⁷BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 264. Com enfoque sobre a acentuação da razão prática no esforço de se estabelecer um novo modelo teórico, Lenio Streck ensina que “o pós-positivismo no Direito pode ser compreendido com um amplo movimento de (tentativa de) ruptura/superação do Positivismo Jurídico, evidenciando as limitações deste paradigma ante a complexidade do mundo hodierno. Também pode ser observado como uma tentativa de um novo modelo teórico, em que o problema da razão prática passa a receber uma espécie de ‘dignidade epistemológica’. Isto é, o Direito antes elevado a sua autônoma objetividade, seria compreendido em sua práxis, num movimento de reaproximação com a moral.” (STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito, cit., p. 211).

⁶²⁸Nesse sentido, argumenta Chaïm Perelman, relevante teórico pós-positivista: “O que ganhamos ao transformar num silogismo, que pode redundar numa contradição, uma argumentação não coerciva, mas que permite justificar com boas razões uma opinião plausível, a não ser a satisfação bastante pueril de demonstrar que é possível reduzir ao mesmo esquema silogístico todos os argumentos, quaisquer que sejam? (...) Ao querer reduzir um argumento qualquer a um esquema formalmente válido, só se pode pôr em evidência sua insuficiência. Mas, não é por não ser uma demonstração formalmente correta que uma argumentação deixa de ter valor. Ora, é num reducionismo desses, que nega todo interesse ao argumento não-coercivo, que nos arriscamos a cair se consideramos a lógica jurídica ‘parte da lógica que examina, do ponto de vista formal, as operações intelectuais do jurista’. (...) Não é exato dizer que toda argumentação é apenas inferência, no sentido de dedução efetuada de acordo com regras preestabelecidas.” A seguir, prossegue: “O direito se desenvolve equilibrando uma dupla exigência, uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, a outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável.” Por fim, arremata: “O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas. Esta resulta da confrontação dos meios de prova, dos

Tal movimento corresponde à promulgação das novas Constituições do século XX, em que se acentuam a hegemonia axiológica dos princípios. Esses deixam a posição de subsidiariedade e convertem-se em “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”⁶²⁹ Assim, princípios passam a representar vetores axiológicos, sem os quais o ordenamento jurídico perderia o cariz sistemático, tornando-se mero agregado de normas.⁶³⁰ Fica para trás, portanto, a “anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípios versus norma, uma vez que pelo novo discurso metodológico a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra.”⁶³¹

Não apenas reconhece-se sua normatividade, mas sua hegemonia na pirâmide normativa. Sua supremacia não é unicamente formal, mas principalmente material. E assim é possível “na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.”⁶³²

A intelecção extraída desse esforço histórico é a de que a função dos princípios e seu significado foi constantemente alterado na evolução do pensamento jurídico. Se tinham função meramente subsidiária, quando então o sistema jurídico era visto como tão somente estrutura formal, atualmente, com o foco do jurista sobre a aplicação do direito, os princípios têm sua normatividade e hegemonia amplamente reconhecidos. Tanto, que princípios fundamentais passam a ter consagração constitucional. Sequer é possível confundir os antigos princípios gerais do direito com o que atualmente se propõe como

argumentos e dos valores que se defrontam na lide; o juiz deve efetuar a arbitragem deles para tomar a decisão e motivar o julgamento.” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. Tradução de Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 4-5, p. 238 e p. 241).

⁶²⁹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 269.

⁶³⁰Nesse sentido: “Em virtude da sua ‘referência’ a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da ‘justiça’, da ‘ideia de direito’, dos ‘fins de uma comunidade’), os princípios têm uma função normogênica e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 1.163). Sobre a fundamentação do sistema sobre princípios constitucionais, conferir também: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo, cit., p. 95. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 319-320.

⁶³¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, cit., p. 282.

⁶³²Id. Ibid., p. 294-295.

princípios jurídicos.⁶³³ Trata-se de verdadeira superação paradigmática. Conquanto guardem semelhanças, “a composição metodológica do conceito de princípio geral do direito é axiomático-dedutiva, ao passo que os princípios constitucionais são fortemente pragmáticos.”⁶³⁴

Tal, entretanto, é insuficiente para a sua conceituação. Em filosofia do direito, não são poucas as construções sobre o que sejam princípios, regras, normas e garantias.⁶³⁵ O objetivo, aqui, não é esgotar o tema, expor as diversas teorias existentes, ou mesmo propor um sincretismo metodológico. Por certo, a junção inadequada de conceitos decorrentes de diferentes teorias, sem qualquer filtragem, como se todos fossem compatíveis entre si, não almejaria o resultado pretendido.

Com efeito, há uma variedade de critérios para se definir o que seja um princípio, muitas delas insuficientes se consideradas isoladamente. Veja-se, por exemplo, que a simples adoção da imprecisão semântica ou da generalidade como critérios definidores de princípios jamais seria decisivo para sua conceituação e distinção das regras. Há, efetivamente, uma maior tendência à imprecisão entre os princípios, mas é certo que também existem regras com algum grau de generalidade.⁶³⁶ Não por outra razão, a doutrina tende a afirmar que essa diferenciação gradual se refere a uma concepção fraca ou débil de

⁶³³Igualmente, em direito processual, os chamados princípios informativos do processo (econômico, lógico, jurídico e político) também não podem ser identificados com a atual noção de princípio constitucional. Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, “esses falsos princípios, ou princípios menores, enunciados em antiga doutrina italiana e acatados prestigiosamente na brasileira, são na realidade regras técnicas e não refletem opções políticas. Um processo realizado de modo econômico, lógico, juridicamente adequado e politicamente correto (para empregar aquela linguagem usual) é um processo tecnicamente bem feito, sem embargo de produzi ou não produzir resultados coerentes com as grandes premissas constitucionais – essas sim verdadeiros princípios. O máximo que se pode dizer em prol de tais regras técnicas como possíveis princípios é que elas refletem, pelo aspecto técnico, as ideias que os princípios representam. Existem inúmeras outras regras técnicas de grande importância e prestígio, também geralmente indicadas como princípios mas que não o são.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 325).

⁶³⁴STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito, cit., p. 240.

⁶³⁵É possível apontar as diferentes sistematizações de Peter Haberle, Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carl Schmitt, Jose Joaquim Gomes Canotilho, Virgilio Afonso da Silva, Friedrich Muller, Claus-Wilhelm Canaris, Karl Larenz, Josef Esser, Niklas Luhmann, Eduardo Garcia de Entema, Karl English, Alf Ross, entre outros (Cf. NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 35 e ss).

⁶³⁶NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais, cit., p. 19. Com a mesma conclusão, embora sob outros fundamentos, conferir: TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**, cit., p. 23.

princípios, em oposição a uma concepção forte, fundamentada em um contraste qualitativo entre princípios e regras.⁶³⁷

Conquanto sejam diversos os critérios e modelos de aplicação propostos, as linhas gerais dos princípios jurídicos estão razoavelmente consolidadas pela doutrina e pela prática judiciária.⁶³⁸ Referem-se a fins ou valores superiores⁶³⁹ que dão sentido e orientação a um sistema, alocados sobre todas as regras que os compõem. Não são meros *standards* retóricos ou jargões como são os axiomas surgidos e aplicados no antigo positivismo.

Na conceituação de Ada Pellegrini Grinover, “os princípios são as bases, os alicerces de todo o arcabouço jurídico. São enunciados axiológicos, que contêm elevado grau de generalidade e abstração. Esse grau de generalidade e abstração determina a produção de normas mais específicas, capazes de efetivar os valores inseridos nas normas-princípio. E a essas normas mais específicas se dá o nome de regras.”⁶⁴⁰

Os princípios são orientações ou pautas diretivas que não possuem o caráter de regras, de modo que não se destinam à solução de problemas específicos. Todavia, orientam a solução dos problemas conforme o valor que representam.⁶⁴¹ Assim, coadunam-se com o enaltecimento da razão prática. Com a atual concepção de princípios constitucionais no raciocínio jurídico abrem-se “inúmeras possibilidades para a concretização dos valores superiores do homem: a liberdade, a igualdade e a justiça. Os princípios assomam o coração das Constituições e o ato de interpretar não é mais uma operação lógico-dedutiva, mas sim o que se abre para a realidade, para a vida humana histórica e concreta.”⁶⁴²

⁶³⁷CIOTOLA, Marcello. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias. et al. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006. p. 60.

⁶³⁸BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 21.

⁶³⁹Cf. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. p. 41.

⁶⁴⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 3.

⁶⁴¹BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**, cit., p. 22. Igualmente: “Princípios, por sua vez, encontram-se em um nível superior de abstração, sendo igual e hierarquicamente superiores, dentro da sua compreensão do ordenamento jurídico como uma ‘pirâmide normativa’ (Stufenbau), e se eles não permitem uma subsunção direta de fatos, isso se dá indiretamente, colocando regras sob o seu ‘raio de abrangência’”. (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 92).

⁶⁴²COELHO, Paulo Magalhães da Costa. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru/SP, n. 44, p. 123, set./dez. 2005.

A hodierna distinção que se faz entre princípios e regras refere-se à diferenciação entre duas espécies de normas. Resumidamente, e a fim de permitir sua operacionalização, Luís Roberto Barroso aponta três critérios que podem ser combinados de modo a distinguir princípios e regras. Referem-se ao conteúdo, à estrutura normativa e ao modo de aplicação.⁶⁴³

Quanto ao conteúdo, princípios expressam decisões políticas fundamentais e valores a serem observados dada a reinserção de questões éticas na prática jurídica. Quanto à estrutura normativa, indicam estados ideais a serem conquistados, sem descrever de forma cerrada e categórica a conduta a ser observada no caso concreto. Quanto ao modo de aplicação, as regras se aplicam na modalidade tudo ou nada, enquanto que os princípios indicam um fim a inspirar a produção normativa e a solução do caso concreto. Dado que todos os princípios têm a mesma posição hierárquica, eventual conflito não se resolve por exclusão e prevalência em abstrato, mas por meio da ponderação e da dimensão de peso que assumem em uma situação específica.⁶⁴⁴

Assim, diversamente das regras, os princípios constitucionais assumem funções ordenadoras do sistema, são “fatores responsáveis pela consistência, harmonia e legitimidade do sistema; eles são seguros pontos de partida.”⁶⁴⁵ Prestam-se tanto à inspiração da produção legislativa, quanto à filtragem e interpretação das regras que compõem o sistema jurídico. Assumem, dessa forma, diferentes espécies de eficácia, quais sejam, interpretativa, na medida em que são vetores da atividade do intérprete; eficácia direta, quando incidem na situação concreta, sem necessidade de intermediação legislativa; bem como eficácia negativa, ao barrar a aplicação de uma regra contrária ao princípio pertinente.⁶⁴⁶

De outro lado, não se pode deixar de mencionar a crítica doutrinária à banalização de modelos principiológicos e sua invocação “como panaceia para a solucionar todos os males da nossa prática jurídica e constitucional.”⁶⁴⁷ A profusão de princípios criados sem qualquer critério metodológico por setores da doutrina compromete a própria consistência da ciência jurídica⁶⁴⁸ ou mesmo a estabilidade da prática judiciária.

⁶⁴³BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 228.

⁶⁴⁴Cf. Id. *Ibid.*, p. 228-231.

⁶⁴⁵DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 23.

⁶⁴⁶BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, cit., p. 343-344.

⁶⁴⁷NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**, cit., p. IX.

⁶⁴⁸Cândido Rangel Dinamarco chama a atenção para a relação entre a criação excessiva de princípios e o engessamento da ciência processual: “O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística que se avolumou na segunda metade do século

A reinserção de valores éticos no ordenamento jurídico por meio de princípios constitucionais e sua função na aplicação do direito não podem servir à litigância inconsequente ou mesmo a uma motivação simbólica. O apelo a princípios como forma de se atribuir à norma jurídica o conteúdo que se deseja, conforme a conveniência da parte, ou a invocação de expressões dotadas de vazio semântico como se vetores axiológicos fossem, a fim de fundamentar uma decisão arbitrária, representam a degeneração da busca de modelos de aplicação jurídica direcionados à razão prática, destinados à emancipação humana para além de estruturas formais e abstratas.⁶⁴⁹

Assim, princípios constitucionais referem-se à condensação dos valores mais caros ao sistema, prestando-se à ordenação e filtragem desse mesmo sistema. Sua dimensão é muito mais prática do que os antigos princípios gerais do direito, vinculados à racionalidade abstrato-dedutiva do antigo positivismo. Não se prestam à integração de lacunas, mas dão congruência, equilíbrio e legitimidade a um sistema jurídico, inspirando a solução de problemas concretos mediante técnicas de incidência distintas das regras. Sua conjuração não deve ser vulgarizada, ao interesse egoístico do ator jurídico, sem qualquer critério científico ou metodológico, sob risco de fracassar todo o empreendimento desenvolvido para a superação do paradigma positivista.

Por fim, cabe uma advertência. Dada a grande quantidade de critérios para se definir o que seja ou não princípio ou regra, muitas garantias constitucionais permanecem em uma zona de discussão doutrinária sobre sua correta catalogação.⁶⁵⁰ A imprecisão de sua classificação doutrinária não deve elidir sua função de crivo do ordenamento infraconstitucional. Garantias, sejam ou não identificadas como princípio, traduzem igualmente valores constitucionais superiores, uma vez que destinam-se essencialmente à fruição de direitos proclamados e, de alguma forma, também dão consonância a um

XX haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grillhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due processo of law*, acirraram-se os formalismos que entravam a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana. Para preservar as garantias do juiz natural e do duplo grau de jurisdição, levaram-se a extremos as regras técnicas sobre a competência.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*, cit., p. 20).

⁶⁴⁹Cf. BECKER, L. A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Safe, 2012. p. 54-55.

⁶⁵⁰Assim, exemplificativamente, no processo penal, Rogério Lauria Tucci entende que o princípio publicístico é o único princípio existente, do qual decorrem todas as demais regras (TUCCI, Rogério Lauria. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**, cit., p. 31). Em sentido completamente diverso, a professora Ada Pellegrini Grinover, em sua última obra escrita em vida, afirma que “princípios constitucionais do processo são os que garantem o devido processo legal: juiz natural, contraditório e ampla defesa, motivação, publicidade, duração razoável do processo, etc.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo, cit., p. 99).

sistema jurídico. Conquanto a discussão paira sobre a forma de aplicação dos princípios constitucionais, a tutela constitucional do processo parte dos axiomas constitucionais, sejam princípios ou regras, mas sempre garantias com certa carga de abstração e que conferem uma feição política e um compromisso ético ao processo.⁶⁵¹

3.2 O devido processo legal: garantia processual síntese

É de conhecimento comum que a garantia do devido processo legal tem sua origem no art. 39 da Magna Carta,⁶⁵² outorgada em 1215, na Inglaterra. Falava-se, à época, em “*law of the land*”.⁶⁵³ A expressão “devido processo legal” somente foi utilizada por textos normativos posteriores,⁶⁵⁴ assim como seu significado tem sido alterado e desenvolvido ao longo da experiência jurídica ocidental.⁶⁵⁵

Na experiência constitucional brasileira, o devido processo legal sempre foi tratado como princípio implícito pela doutrina, até a promulgação da Constituição Federal de 1988.⁶⁵⁶ Nesse diploma, foi expressamente elencado pelo art. 5º, LIV, cujo texto dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. O referido princípio pode ainda ser extraído do art. 5º, XXXV, do diploma constitucional, na

⁶⁵¹CHOUKR, Fauzi Hassan. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 57, out./dez. 1994.

⁶⁵²Magna Carta. Art. 39. "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land". Os contornos interpretativos da cláusula correntes à época são ainda incertos. Diversas perspectivas de seu significado tem sido debatidas ao longo da história. Exemplificativamente, McGhee ensina que “the once prevalent view of this chapter was that it was intended to be a guaranty of trial by jury and due process of law. We now know that historically this view was incorrect, that the guaranty of ‘the lawful judgment of peers’ referred only to a feudal right, to which trial by jury was utterly hostile.” (McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the Federal Constitution**. New York: Edward Thompson Company, 1906. Reimpressão: Forgotten Books, 2015. p. 5).

⁶⁵³Cf. ROBERTSON, Cliff. **Constitutional law and criminal justice**. Boca Raton, FL: CRC Press, 2009. p. 35. VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del proceso civile: due process of law e art. 24 const.** Milano: Giuffrè, 1970. p. 25. FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 43. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: III Série: estudos e pareceres de processo penal**, cit., p. 6.

⁶⁵⁴“The phrase due process of law first appeared in England. It was mentioned in a statutory rendition of Magna Carta during the reign of Edward III of England (1354). The concept due process of law takes its origin from the Magna Carta (1215).” (BANACH-GUTIERREZ, Joanna B. Some reflections on the concept of due process: what kind of 'doing justice' is emerging in contemporary criminal proceedings? **New Journal of European Criminal Law**, v. 3, n. 1, p. 89, Mar. 2012). Eduardo J. Couture ressalta que entre *law of the land* e *due process of law* não há senão uma diferença de desenvolvimento (COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 99).

⁶⁵⁵Cf. McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the Federal Constitution**, cit., p. 7-8 e p. 49.

⁶⁵⁶LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Safe, 1999. p. 165-166.

medida em que o direito à tutela jurisdicional adequada pressupõe a existência de um processo devido.⁶⁵⁷

Enquanto garantia constitucional, a eficácia da garantia do devido processo “penetra sobre o processo codificado por força da supremacia das normas constitucionais, afastando quaisquer disposições com elas incompatíveis.”⁶⁵⁸ Trata-se do reconhecimento do direito constitucional processual, “método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”⁶⁵⁹, amplamente propalado sob os influxos da compreensão pós-positivista do direito.

No entanto, a conceituação de devido processo legal não é tarefa fácil.⁶⁶⁰ Não basta a mera referência a uma norma para que seja naturalmente assimilada pelo intérprete.⁶⁶¹ Isto, porque seu conteúdo não é estático, mas dinâmico. Trata-se de um construído histórico. Chega aos dias de hoje superando barreiras temporais, ideológicas e geográficas, pois tem desempenhado importante papel no controle de poder estatal, preocupação comum a qualquer sociedade humana.⁶⁶² Contudo, os elementos que compõem a cláusula do devido processo legal tem se agrupado e alterado na história conforme exigência de circunstâncias variáveis.⁶⁶³

Assim, é certo que, se em um primeiro momento a cláusula representava muito mais uma garantia de legalidade, vinculada a procedimentos de natureza penal, sua compreensão foi alargada não só quanto ao seu âmbito de incidência, mas também para

⁶⁵⁷NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., p. 121.

⁶⁵⁸GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006. p. 371.

⁶⁵⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 316.

⁶⁶⁰A própria tradução do termo *due process of law* é de difícil realização, “visto a ambiguidade de sua definição (...). Podemos, no entanto, tentar entendê-la sob a forma de ‘um procedimento justo, equitativo, sob a boa e devida forma de lei’ ou segundo as regras do direito.” (ARNAUD, André-Jean. et al. (Coords.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**, cit., p. 290).

⁶⁶¹“A noção do devido processo legal não é facilmente reduzida a nenhuma fórmula, pois seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a uma simples e qualquer norma.” (PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 119).

⁶⁶²“(…) muito embora o princípio do devido processo legal vá encontrar suas raízes na Magna Carta de 1215, em cujo período serviu para regular o poder real, ele ultrapassou não só as barreiras geográficas, mas também temporais e ideológicas, para compor na atualidade o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (...) Os anos passam, as nações se separam, ou se aglutinam, as bases geográficas se modificam, mas persiste sempre a preocupação de impor limites, controlar a atividade daqueles que encabeçam o processo político e promovem qualquer tipo de dominação sobre a sociedade.” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**, cit., p. 184).

⁶⁶³McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the Federal Constitution**, cit., p. 49.

espelhar um processo justo, noção mais ampla do que a mera legalidade.⁶⁶⁴ A ampliação de tal noção acompanha a própria expansão da jurisdição, que passou de uma atividade burocrática, durante a consolidação do Estado liberal, para uma função criativa.

Atualmente, a cláusula do devido processo legal pode ser conceituada como “garantia constitucional pela qual ficam assegurados aos sujeitos processuais parciais o estabelecimento e o respeito a um processo judicial instituído legitimamente por lei e conduzido por um juiz natural, independente e imparcial, resguardando-se o contraditório, a ampla defesa, a publicidade dos atos e a motivação das decisões judiciais.”⁶⁶⁵ Compreende, assim, um conjunto de garantias constitucionais que asseguram às partes o efetivo exercício de seus direitos e poderes processuais, ao passo que são também essenciais ao adequado exercício da jurisdição.⁶⁶⁶

Em seu aspecto processual, o devido processo legal se apresenta como “um princípio síntese, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente.”⁶⁶⁷ Isto significa, o devido processo legal contém em si as demais garantias processuais de índole constitucional. Por isso, são comuns afirmações na doutrina de que “tudo, ou praticamente tudo, que uma Constituição e um Código de Processo possam prever dificilmente deixaria de figurar como elemento do devido processo

⁶⁶⁴Nesse sentido: “Inicialmente, estas expressões – *by the law of the land* e *due process of law* – estavam relacionadas apenas a questões procedimentais, com significado nitidamente processual (‘direito a um processo ordenado – *ordely proceedings*’), que foi, posteriormente, ampliado para acolher outros sentidos, como o da citação para a demanda, direito de defesa e o direito de não ser preso sem a evidência de uma justa causa (este derivado da *Petition of Rights*).” (PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão, cit., p. 82). No mesmo sentido, conferir: VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del proceso civile**: due process of law e art. 24 const., cit., p. 34-40. Ressalta-se que seu desenvolvimento é um fenômeno global, de maior intensidade no período pós-guerra: “Never at any period in the history of the world has the pace of due-process-driven reform across the world been so rapid or so sustained. The global campaign for due process has been waged since the Second World War by an extraordinary variety of international and regional agencies backed by the hegemonic authority of the Western powers and has gathered pace significantly in recent years.” (VOGLER, Richard. Due process. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. New York: Oxford University Press, 2013. p. 943).

⁶⁶⁵ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 132. É traço comum nas atuais conceituações da cláusula do devido processo legal o catálogo de garantias processuais essenciais à noção de processo justo e método de exercício da função jurisdicional. Nesse sentido, conferir: TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 71. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 86.

⁶⁶⁶Nesse sentido: “Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos, faculdade e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 6).

⁶⁶⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 86. Igualmente: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 294-295. PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão, cit., p. 75. ROSA, Eliézer. **Novo Dicionário de processo civil**, cit., p. 227.

legal.”⁶⁶⁸ Ou mesmo de que “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa.”⁶⁶⁹

O devido processo legal evidencia-se, assim, como verdadeiro catálogo de garantias⁶⁷⁰ processuais fundamentais,⁶⁷¹ tendo no sistema processual constitucional “a missão organizatória de assegurar a supremacia de tantos outros princípios e garantias.”⁶⁷² Esse enfoque conjunto do modelo de garantias constitucionais processuais indica que o direito ao processo justo não se esgota em garantias particulares. Ao contrário, fundamenta-se na coordenação das várias garantias concorrentes, de modo que não se somam e nem se justapõe, mas se articulam, interpenetram-se, tal qual um sistema circular de interpretação e aplicação. Forma-se um todo indivisível em que o descumprimento de uma garantia fundamental processual acarreta a violação de todo o sistema de garantias.⁶⁷³

Ainda na senda evolutiva da cláusula do devido processo legal, nota-se que, de início, houve a predominância de uma visão individualista, somente conectada a direitos públicos subjetivos das partes. Durante a segunda parte do século XX, essa perspectiva cedeu espaço a uma “ótica publicista, segundo a qual as regras do devido processo legal

⁶⁶⁸VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**, cit., p. 138.

⁶⁶⁹NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., p. 110. Em sentido contrário, Maria Rosynete Oliveira Lima afirma que não se pode afirmar que os demais princípios processuais decorram do devido processo legal, em razão da autonomia entre princípios constitucionais: “(...) os princípios do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, e outros, não são corolários, deduções, ou consequências do princípio do devido processo legal, mas princípios, que têm um grau de concretização mais elevado e que são chamados a concretizar o devido processo legal; daí chamá-los de subprincípios, e não subspécies do devido processo legal. A independência, e não dedutibilidade, destes subprincípios é visível na medida em que *podem servir para concretizar, ou realizar, mais de um princípio, além de poderem gozar também de outros subprincípios que o concretizem*. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, por exemplo, servem para concretizar não apenas o devido processo legal mas o princípio da isonomia.” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**, cit., p. 181).

⁶⁷⁰Conforme Ada Pellegrini Grinover, fala-se em garantias fundamentais, e não em direitos, “porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 2).

⁶⁷¹A noção de devido processo como catálogo de garantias processuais fundamentais é utilizada por: SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 187.

⁶⁷²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, cit., p. 23.

⁶⁷³O devido processo legal, não só como princípio-síntese, mas também por se tratar de direito humano fundamental, caracteriza-se pela indivisibilidade. Na dimensão dos direitos humanos e fundamentais, André de Carvalho Ramos ensina que “a indivisibilidade consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos possuem a mesma proteção jurídica, uma vez que são essenciais para uma vida digna. A indivisibilidade possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda faceta, mais conhecida, assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos.” (RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91).

são garantias, não direitos, das partes e do justo processo.”⁶⁷⁴ Nesse enfoque, Ada Pellegrini Grinover assevera que as garantias processuais “não servem apenas aos interesses das partes, como direitos subjetivos públicos destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fatores legitimantes do exercício da jurisdição.”⁶⁷⁵

Reconhece-se, portanto, que a finalidade do processo atende, ao mesmo tempo, a interesses individuais, na solução do litígio, e a interesses públicos, mediante a concretização do direito material.⁶⁷⁶ Esse interesse público, do qual se extrai o chamado princípio publicístico,⁶⁷⁷ possui natureza dúplice. Especificamente quanto ao processo penal, reconhece-se que esse se destina não só à aplicação das normas de direito penal, o que se justificaria pela necessidade do processo penal, mas também para impedir sua aplicação ao imputado que não tenha praticado a infração penal. O interesse público reside na efetiva justiça penal, razão pela qual não gravita em torno da condenação e aplicação da sanção penal.⁶⁷⁸

O processo, portanto, deve ser o ponto de convergência entre as atividades do Estado-jurisdição e das partes.⁶⁷⁹ Não há de se ter predominância da jurisdição, sob pena de intervencionismo estatal, nem de se prestigiar a posição de qualquer das partes sobre a

⁶⁷⁴FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 43.

⁶⁷⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 6.

⁶⁷⁶COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 146.

⁶⁷⁷Neste ponto, oportuna a advertência formulada por Jorge de Figueiredo Dias: “A decantada natureza ‘publicística’ do processo penal em nada se opõe a um sistema acusatório, nem este é, necessariamente, o reino do formal, do privatístico, do arremedo, em suma, da estrutura tradicional do processo civil; o sistema basicamente acusatório é só expressão de uma concepção personalista do Direito e de uma concepção democrática do Estado.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 71).

⁶⁷⁸ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, cit., p. 112. Com proposição semelhante: “A garantia do *due process of law* é dupla. O processo, em primeiro lugar, é indispensável à aplicação de qualquer pena, conforme a regra *nulla poena sine iudicio*, significando o devido processo como processo necessário. Em segundo lugar, o devido processo legal significa o adequado processo, ou seja, o processo que assegure a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa.” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47).

⁶⁷⁹Ressalta-se que a garantia do devido processo compreende não só todo o desenrolar do processo judicial, mas também deve ser assegurada antes mesmo de sua instauração. (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 17). Nesse mesmo sentido: “Antes e durante o desenvolvimento do processo, as partes têm asseguradas inúmeras garantias, como inafastabilidade, isonomia, contraditório, ampla defesa, direito à prova. Todos inerentes ao devido processo legal e imprescindíveis ao acesso e à legitimidade da tutela jurisdicional. Constituem, pois, instrumentos processuais que visam a garantir a tutela e o acesso à ordem jurídica justa. São garantias do modelo processual constitucional, assegurado a todos em face da ampla possibilidade de acesso ao instrumento estatal de solução de controvérsias (CF, art. 5º, XXXV).” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., p. 44).

outra, sob risco de desigualdade. O destaque às garantias do devido processo legal é reflexo dessa concepção.⁶⁸⁰

Também digna de nota é a acepção substantiva do devido processo. Inicialmente relacionado a aspectos apenas processuais, o devido processo legal atualmente encerra “um aspecto substantivo que instrui qualquer atuação restritiva do Estado nos direitos fundamentais tutelados, a fim de evitar intromissões arbitrárias.”⁶⁸¹ Trata-se do chamado *substantive due process*.⁶⁸² Essa expansão do conceito tem início após o término da Segunda Guerra Mundial e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.⁶⁸³

No presente, portanto, a garantia do devido processo, integrada pelo *substantive due process*, assume uma feição também substancial. Conforme Antonio Scarance Fernandes, “sob essa nova ótica, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”.⁶⁸⁴ Há, portanto, um juízo de razoabilidade que deve ser exercido sobre os dispositivos legais, buscando enquadramento nos parâmetros constitucionais.

Em qualquer de suas facetas, o devido processo, enquanto princípio e garantia-síntese, fundamenta-se não só como regra ética e epistemológica, mas porque em um processo penal está em risco a honra, a reputação, a família, o patrimônio, a integridade pessoal, a liberdade, e até mesmo a vida do imputado.⁶⁸⁵ Por essas razões, dirige-se ao Poder Público como um todo.⁶⁸⁶

⁶⁸⁰FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 33.

⁶⁸¹LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**, cit., p. 180.

⁶⁸²“Due process is classified as either procedural due process or substantive due process. Procedural due process refers to the means or methods by which an individual exercises his or her due process rights. Substantive due process refers to the actual rights themselves, such as the right to a fair hearing or right to notice.” (ROBERTSON, Cliff. **Constitutional law and criminal justice**, cit., p. 33).

⁶⁸³BANACH-GUTIERREZ, Joanna B. Some reflections on the concept of due process: what kind of 'doing justice' is emerging in contemporary criminal proceedings?, cit., p. 90.

⁶⁸⁴FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 43. No mesmo sentido, cf. TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias**, cit., p. 15.

⁶⁸⁵SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 187.

⁶⁸⁶Nesse sentido: “Ela [garantia do devido processo legal] é dirigida ao Poder Público como um todo, cujas autoridades, tanto do Poder Judiciário, quanto do Executivo e Legislativo, podem limitar os direitos tutelados pela cláusula. (...) Em outras palavras, submeter o Estado, como titular do poder, à garantia do devido processo legal, significa proteger o cidadão contra o seu arbítrio.” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**, cit., p. 215-216).

3.3 O devido processo penal

Em sua feição processual, o devido processo legal comporta diferentes intensidades e enfoques conforme a natureza do direito material tutelado.⁶⁸⁷ Dada a incontestável heterogeneidade entre direito e processo civil e penal, “a natureza da ação (civil ou criminal) é que vai determinar o alcance do postulado no processo, pois tanto o processo civil como o penal têm seus próprios padrões de como incidiria o *due process*.”⁶⁸⁸

Particularizada a área de atuação processual da garantia, fala-se em devido processo penal.⁶⁸⁹ A especificação não visa apenas atingir critérios mais rigorosos de denominação. O processo penal é regido por princípios fundamentais nem sempre coincidentes com os princípios do direito processual civil. Traduz-se pelo equilíbrio entre o garantismo processual e a eficiência da repressão penal.⁶⁹⁰

No processo penal deve haver maior rigor, maior expressividade, quanto à aplicação dos princípios e garantias constitucionais do processo, pois está em risco a liberdade e o estigma social do imputado.⁶⁹¹ É resultado natural da exigência de que qualquer intromissão na esfera dos direitos do cidadão no curso do processo demanda regulamentação legal, preservada a efetividade do núcleo essencial dos direitos do cidadão conferidos pela Constituição Federal.⁶⁹² E, tanto mais violenta a intervenção estatal, mais acentuada a proteção e mais amplo seu núcleo essencial.

No entanto, sua natureza garantística não deve obstaculizar a viabilidade do sistema penal e do sistema processual penal, tendo em vista seu dever de eficiência.⁶⁹³ O axioma do devido processo penal e a aplicação da lei penal devem ser acomodados e

⁶⁸⁷LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Orgs.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 132.

⁶⁸⁸NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., p. 117.

⁶⁸⁹TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 65.

⁶⁹⁰É nesse sentido que Juan Emilio Coquibus afirma que o direito processual alcança seu maior grau de perfeição com um regime político que consiga conciliar o interesse individual, caracterizado pelas garantias em favor do imputado, com o interesse social, traduzido pela eficiência da repressão penal (COQUIBUS, Juan Emilio. **Teoria y practica del derecho procesal penal**. “Guia” del instructor. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1951. p. 18).

⁶⁹¹LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional, cit., p. 133.

⁶⁹²DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 74-75.

⁶⁹³SANTANA, Selma Pereira de. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 268, 2005.

harmonizados.⁶⁹⁴ Conforme Antonio Scarance Fernandes, “em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo.”⁶⁹⁵

O processo penal é, ainda, direito constitucional aplicado porquanto fundado na concepção jurídico-política que inspira a ordem constitucional. Os problemas processuais penais devem ser regulamentados a partir dos ditames constitucionais.⁶⁹⁶ E, da mesma forma, a lei processual penal é medida do grau de civilidade de um povo.⁶⁹⁷ Por essa razão, em um processo democrático, “seu desenrolar não pode ser concebido da mesma maneira que em um regime ditatorial ou autoritário.”⁶⁹⁸ De maior impetuosidade, portanto, o devido processo particularizado em um processo penal verdadeiramente democrático.

Há natural dificuldade em se identificar e sistematizar todas as garantias que compõem o devido processo penal, dado o seu caráter histórico e evolutivo.⁶⁹⁹ Sem prejuízo de outras catalogações doutrinárias, Rogerio Lauria Tucci especifica garantias que entende compor o devido processo particularizado no contexto processual penal: “a) de acesso à Justiça Penal; b) do juiz natural em matéria penal; c) de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal; d) da plenitude de defesa do indiciado, acusado, ou condenado, com todos os meios e recursos a ela inerentes; e) da publicidade dos atos processuais penais; f) da motivação dos atos decisórios penais; g) da fixação de prazo razoável de duração do processo penal; e, h) da legalidade da execução penal.”⁷⁰⁰

⁶⁹⁴HARDING, Christopher. Overview of different types of procedure. In: ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.). **Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness / Criminal justice between crime control and due process**. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 7.

⁶⁹⁵FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 19.

⁶⁹⁶DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 74.

⁶⁹⁷Nesse sentido: “La legge del processo penale e il modo di applicarla sono il fenomeno probabilmente più importante di convivenza organizzata: non c’è indizio migliore per misurare il grado di civiltà di un popolo.” (CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 17).

⁶⁹⁸SOULIER, Gérard. A igualdade da palavra, princípio da democracia e do processo penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Coord.). **Processo penal e direito do homem: rumo à consciência europeia**. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 207.

⁶⁹⁹VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**, cit., p. 138.

⁷⁰⁰TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., p. 66. Outras catalogações, mais ou menos coincidentes, são também oferecidas pela doutrina. Cite-se, como exemplo, José Celso de Mello Filho: “A cláusula do devido processo legal, que é ampla, abrange, dentre outros, os seguintes direitos e princípios: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis ex post facto; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.” (MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. *Justitia*, n. 105, p. 45-46, 1979. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/43cwa1.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018).

Na jurisprudência, quando do julgamento do *habeas corpus* nº 96.905, o Supremo Tribunal Federal arrolou, de igual modo, inventário de garantias que lhe parece compor a cláusula do devido processo penal. Assim, listou as seguintes prerrogativas; “(a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis “ex post facto”; (f) direito à igualdade entre as partes (paridade de armas e de tratamento processual); (g) direito de não ser investigado, acusado processado ou condenado com fundamento exclusivo em provas revestidas de ilicitude, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude derivada; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito de não se autoincriminar nem de ser constrangido a produzir provas contra si próprio; (l) direito de ser presumido inocente e, em consequência, de não ser tratado, pelos agentes do Estado, como se culpado fosse, antes do trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória; e (m) direito à prova.”⁷⁰¹

Para os fins do presente trabalho, destacar-se-ão as principais garantias atinentes ao tema da fixação de valor indenizatório no processo penal, de modo a permitir o estabelecimento de paradigmas teóricos para seu estudo.

3.4 Imparcialidade do julgador

A imparcialidade do julgador é o pressuposto de um processo justo.⁷⁰² Sua função é afastar a arbitrariedade e o julgamento conforme critérios puramente pessoais.⁷⁰³ O sujeito a que se confia a tarefa de dirimir a disputa judicial deve captar seus aspectos axiológicos, ao passo em que permanece externo a ela. Trata-se de garantia de que a decisão não será contaminada por preconceitos em relação a uma das partes ou por interesses alheios à justiça.⁷⁰⁴

⁷⁰¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 96905**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-146 divulg 29-07-2011 public 01-08-2011.

⁷⁰²Na assertiva de Pedro Aragonese Alonso, trata-se do princípio supremo do processo (ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**. Madrid: Aguilar, 1960. p. 89).

⁷⁰³GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 251.

⁷⁰⁴UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017. p. 62.

Em documentos internacionais, a imparcialidade tem previsão no art. 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos,⁷⁰⁵ no art. 8º, 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica)⁷⁰⁶ e no art. 14, 1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 (Pacto de Nova Iorque),⁷⁰⁷ esses últimos respectivamente incorporados aos ordenamento jurídico brasileiro pelos decretos 678/92 e 592/92. Na Constituição Federal não há previsão expressa, embora seja pressuposto do sistema processual democrático estabelecido.

Nesse sentido, em seu art. 95, a Constituição Federal reserva uma série de garantias que possibilitam a independência do Poder Judiciário; ao mesmo tempo, vedações que asseguram sua imparcialidade. Além disso, há expressa previsão à garantia do juiz natural no 5º, XXXVII e LIII. É certo que independência do juízo, juiz natural e imparcialidade são garantias que não se confundem, mas aquelas são condições necessárias para a concretização dessa.⁷⁰⁸

Entretanto, é ilusório pensar que a imparcialidade seja sinônimo de neutralidade. Todo julgador tem em si um conjunto de valores e paradigmas que lhe permitem interpretar o mundo. Os conceitos previamente estabelecidos e carregados pelo juiz podem ser valorados positiva ou negativamente, mas são sua condição de entendimento. Esse círculo de compreensão não é um postulado metodológico, mas sim um momento estrutural ontológico da percepção, no qual preconceitos são sempre pressupostos de compreensão.⁷⁰⁹ Assim, o que se deve ter em conta é que os juízes devem se abster de

⁷⁰⁵“Art. 10. Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

⁷⁰⁶“Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁷⁰⁷“Art. 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. (...)”

⁷⁰⁸A relação entre juiz natural e imparcialidade é evidente, conforme lição de Teresa Armenta Deu: “Su objetivo es evitar manipulaciones en la Administración de Justicia, intentando evitar que cambiando el órgano judicial que há de conocer que pueda influirse en el resultado del proceso. En su aspecto material significa que la delimitación a partir de las reglas de jurisdicción y competencia deben estar fijadas antes de iniciarse el proceso. En aquel otro aspecto formal, exige que dicha determinación previa deba fijarse por ley y no por cualquier outro tipo de norma.” (ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 75).

⁷⁰⁹Ensina Hans-Georg Gadamer: “Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e consequente possível – até que este acabe por não poder ser ignorado e derrube a suposta compreensão. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa. Por isso, uma

julgar “reconhecendo-se impedidos ou suspeitos, todas as vezes que seus pré-juízos ou pré-conceitos coloquem em risco sua condição de terceiro equidistante das partes.”⁷¹⁰

Tradicionalmente, algumas limitações processuais amplamente assentadas são diretamente relacionadas à delimitação racional dos poderes do juiz. No que tange à imparcialidade, a mais relevante dessas limitações consiste no veto ao exercício espontâneo da jurisdição, pelo qual a formação do processo depende de iniciativa dos sujeitos processuais parciais.⁷¹¹ O ônus do interessado de provocar o Estado-juiz, por meio do manejo do direito de ação, é postulado básico do sistema processual, sendo vedado ao juiz proceder de ofício para tal finalidade.⁷¹²

Inicialmente ligada ao processo civil, a inércia da jurisdição e a imparcialidade têm lugar no sistema processual penal desde a consolidação da separação de funções entre os sujeitos processuais e a superação histórica e política de uma concepção metodológica inquisitiva.⁷¹³ A rígida e clara delimitação de papéis atribuídos aos atores processuais carrega a ideia de não comprometimento do julgador com qualquer das partes ou com o objeto do processo. Trata-se de condição de imparcialidade do julgador.⁷¹⁴

consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem uma ‘neutralidade’ com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma: implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.” E prossegue: “Também aqui se confirma que compreender significa em primeiro lugar ser versado na coisa em questão, e somente secundariamente destacar e compreender a opinião do doutro como tal. Assim, a primeira de todas as condições hermenêuticas é a pré-compreensão que surge do ter de se haver com essa mesma coisa.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 15. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015. p. 358 e p. 390).

⁷¹⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 45.

⁷¹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 201. No mesmo sentido: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Noções elementares de processo civil I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1963. p. 347-348.

⁷¹²YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 125.

⁷¹³“El proceso acusatorio ha configurado el proceso penal según el modelo del proceso civil como un *actus trium personarum*. El sentido y el fin de esta medida de política procesal es dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, para garantizar la imparcialidad de su actuación, es decir, hacer depender la realización de la justicia punitiva del ejercicio de un derecho de acusación, que se dirige a la actuación del poder punitivo del juez.” (GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**, cit., p. 27).

⁷¹⁴Nesse sentido, conferir: AMODIO, Ennio. The accusatorial system lost and regained: reforming criminal procedure in Italy. In: ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.). **Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness / Criminal justice between crime control and due process**. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 23-24. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**, cit., p. 355. MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**, cit., p. 27.

Essa separação de funções é traduzida pela doutrina como trave mestra do sistema ideal abstrato acusatório.⁷¹⁵ Conquanto diversos sejam os parâmetros tradicionalmente utilizados para diferenciar os sistemas de procedimento penal,⁷¹⁶ a base da divisão entre sistema acusatório e inquisitório, enquanto catalogação científica, “parte de uma observação das diferentes posturas processuais penais assumidas por vários ordenamentos jurídicos em diferentes momentos históricos.”⁷¹⁷

Isto quer dizer, a classificação entre sistema acusatório e inquisitório⁷¹⁸ parte de referenciais fáticos culturais e históricos. Com base nesses parâmetros da tradição jurídica continental, é possível sustentar que o ponto nuclear da classificação consiste na concentração dos poderes de acusar e de julgar nas mãos de um único sujeito (característica do modelo inquisitório) ou o desempenho de papéis definidos e independentes pelos principais atores processuais (característica do modelo acusatório).⁷¹⁹

⁷¹⁵“A doutrina Portuguesa tem preferido utilizar a expressão princípio acusatório com o significado da divisão das funções em processo penal: quem julga, não é o mesmo órgão que pronuncia ou acusa, nem o mesmo que investiga.” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t. 1, p. 88). “[princípio acusatório] se resume en una idea, importante, pero bien simple, la de que ‘no hay proceso sin acusación’; y esto, si bien se piensa, comprende que ‘quien acusa no puede juzgar’. Con esta última matización se incide en mayor medida en el ámbito de la imparcialidad del Juez (...)” (ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 50).

⁷¹⁶Alguns doutrinadores falam na impropriedade, senão na inutilidade, de tal distinção. Por todos: “El denominado proceso inquisitivo no fue y, obviamente, no puede ser, un verdadero proceso. Si el que ante un tercero imparcial comparecen dos partes parciales, situadas en pie de igualdad y con plena contradicción, y plantean un conflicto para que aquél lo solucione actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que hemos indicado como propios del sistema inquisitivo llevan ineludiblemente a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso. Proceso inquisitivo se resuelve así en una *contradictio in terminis*. El llamado proceso acusatorio sí es un verdadero proceso, por cuanto en él existe realmente un juez imparcial y dos partes parciales enfrentadas entre sí, pero no todos los caracteres que suelen incluirse como propios del sistema acusatorio son necesarios para que exista verdadero proceso. Algunos de esos caracteres podrían modificarse o suprimirse, sin que ella supusiera la desaparición del proceso. (...) Así las cosas creemos que se puede afirmar que los llamados sistemas procesales penales son conceptos del pasado, que hoy no tienen valor alguno, sirviendo únicamente para confundir o para enturbiar la claridad conceptual.” (MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón, cit., p. 29).

⁷¹⁷ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, cit., p. 37.

⁷¹⁸Em relação ao sistema misto, esse nem sempre é bem aceito pela doutrina. Afirma-se que sua aceitação implicaria a inexistência dos outros dois modelos, dado que inexitem, na realidade fática, modelos puros. Sobre o modelo misto, explica Mar Jimeno-Bulnes: “In fact, its existence would imply the demise of the other two models, as all criminal procedures worldwide are semi-accusatorial and semi-inquisitorial to different degrees and could be said to belong to this third category.” (JIMENO-BULNES, Mar. *American criminal procedure in a european context*. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 21, p. 423, 2013. Disponível em: <https://www.lawschool.cornell.edu/research/lay_participation_in_law/upload/MarJimeno-Bulnes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018).

⁷¹⁹ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 213, ago. 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4174-Os-atores-e-seus-papeis>. Acesso em: 20 maio 2016. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover ensina que “alguns equívocos têm surgido aqui e acolá, a partir da errônea concepção do que se deve entender por ‘processo acusatório e processo inquisitivo’, assim como pelo significado da expressão ‘processo de partes’, ligada ao primeiro modelo. Esses mal-entendidos têm induzido alguns teóricos e certos sistemas a confundir o sistema acusatório moderno com o *adversarial system* dos países anglo-saxônicos, com profundas repercussões sobre o papel

Essa divisão tem como grande pano de fundo a preservação da imparcialidade do julgador, somente factível em um sistema dito acusatório, em que não há comprometimento do julgador com a tese acusatória.

O que se conclui é que, tanto no processo penal quanto no processo civil, a função de parte não pode ser exercida pelo julgador. Independentemente da classificação abstrata ou nomenclatura doutrinária que se defenda, o importante é que a inauguração do processo ocorra por meio de iniciativa do interessado, necessariamente parte, bem como sejam delimitadas as funções dos sujeitos parciais e do julgador. Isto é necessário tanto à análise da questão penal quanto da pretensão cível, sem o que não é possível se confiar em um julgamento imparcial, sem envolvimento com as partes ou com o objeto do processo.

3.5 Contraditório

O contraditório é componente do próprio conceito de processo.⁷²⁰ Em uma perspectiva democrática, somente assim é digno de ser chamado o procedimento regulado de modo a viabilizar a participação, em simétrica paridade, daqueles que serão afetados em sua esfera jurídica pelos efeitos decorrentes do provimento final.⁷²¹ Reconhece-se que as partes são pessoas, sujeitos de direitos, e nesta qualidade estão diante do juiz. Não são objetos de investigação ou súditos subjugados pelo Estado-juiz, passivamente, mas cidadãos livres e ativos que possuem deveres a adimplir e direitos a serem respeitados.⁷²²

do juiz no processo penal.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: processos em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25-26. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4). Assim, enquanto o binômio acusatório e inquisitório referem-se a desconcentração e concentração das funções de acusar, defender e julgar em órgãos distintos, a dicotomia *adversarial system*, característico do sistema anglo-saxão, e *inquisitorial system*, oriundo da Europa continental, tem como característica a predominância das partes ou do juiz na marcha do processo e na produção de provas (Id. Ibid., p. 26-27).

⁷²⁰Nesse sentido, a conceituação oferecida por Elio Fazzalari: “O ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-119).

⁷²¹GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

⁷²²CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México, cit., p. 83-84.

Sem contraditório, somente é possível falar em procedimento.⁷²³ O sistema degenera-se em um método inquisitivo em que as partes são tratadas como mero objeto do processo.⁷²⁴ O desenvolvimento do feito sob a estrutura do contraditório reflete a mais básica noção de processo justo. A oportunidade de se manifestar e apresentar sua versão dos fatos, de valorar as alegações deduzidas pelo oponente e de produzir prova de suas razões é o fundamento ético e democrático do processo.⁷²⁵

É certo que no inquérito policial e nos demais procedimentos de investigação não há contraditório. De forma restrita, permite-se a participação do defensor do investigado em determinados atos, tais como o interrogatório⁷²⁶ e o acesso aos elementos já documentados⁷²⁷ ou mesmo ainda não documentados, caso não represente risco à eficácia da medida.⁷²⁸ Por essa razão, a etapa investigatória jamais poderia ser considerada processo.

O contraditório, em sua conceituação clássica, é a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los.”⁷²⁹ No processo penal, sob a perspectiva do acusado, essa ciência revela-se pelo conhecimento completo da imputação, do que está ocorrendo no processo e da comunicação de todos os atos processuais, sem que se oponha qualquer segredo em relação à defesa.⁷³⁰ Quanto à oportunidade de reação, essa deve ocorrer na mesma intensidade e extensão do que se possibilita à acusação.⁷³¹

⁷²³ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). **Proceso civil e ideología**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 229.

⁷²⁴TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**, cit., p. 3-4.

⁷²⁵SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 150.

⁷²⁶Lei n. 8.906/94. “Art. 7º São direitos do advogado: XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração.”

⁷²⁷STF. Súmula vinculante n. 14. “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

⁷²⁸Lei n. 8.906/94. “Art. 7º São direitos do advogado: XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; § 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.”

⁷²⁹ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Cruzeiro do Sul, 1937. p. 110.

⁷³⁰LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 223.

⁷³¹OLIVEIRA, Engenio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 43.

O mandamento, entretanto, não pode se encerrar na mera possibilidade de conhecimento e reação. Deve ser efetivo, de modo que as partes disponham dos meios concretos para participar ativamente do desenvolvimento do processo e influenciar a convicção do julgador, em situação de paridade.⁷³² No processo penal, a efetividade do contraditório é tanto mais inequívoca, pois pressuposto para o exercício do direito de defesa.⁷³³

Assim, no que atine às partes, o princípio do contraditório revela-se no direito de ser informado, de reagir e de influir na convicção do julgador, dispondo dos meios para tanto de forma efetiva, em simétrica paridade.⁷³⁴ Esse direito de reagir e influir é extenso, não se refere apenas a um espaço de argumentação, mas compreende fundamentalmente as faculdades de alegar e provar.⁷³⁵

Não há como cindir o direito ao contraditório e o direito à prova. A oportunidade de provar os fatos que sustentam suas argumentações e alegações é condição inafastável de sua efetividade.⁷³⁶ O direito à proposição de meios de prova e de manifestar-se sobre sua

⁷³²Nesse sentido: "Il principio del contraddittorio si è affermato, su quei fondamenti costituzionali, come possibilità effettiva, data alle parti in modo paritario, di partecipare attivamente allo svolgimento del processo e di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione della decisione giurisdizionale." (CAPONI, Remo. *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile: brevi osservazioni*. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Orgs.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 159).

⁷³³GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988, cit., p. 4-5.

⁷³⁴Elio Fazzalari desdobra a estrutura do contraditório processual: "Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanação do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados." (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, cit., p. 120-121).

⁷³⁵CARRIÓ, Alejandro. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1990. p. 44.

⁷³⁶Nesse sentido: "O direito de apresentar todas as provas relevantes é parte essencial das garantias gerais da proteção judicial dos direitos e do direito de defesa, uma vez que a oportunidade de provar os fatos que sustentam as pretensões das partes é condição necessária para a efetividade de tais garantias. Um argumento claro que apoia esse princípio é o de que as garantias processuais das partes seriam meramente formais e vazias se a elas fossem proibidas apresentar todos os meios de prova relevantes para embasar suas versões dos fatos em litígio." (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 54). "É não é em vão que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional. É evidente, portanto, que o concreto exercício da ação e da defesa, tendo por escopo influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção: ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas." (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988, cit., p. 19).

produção, em iguais oportunidades, é garantia de que o contraditório não opere apenas formalmente, mas também substancialmente. Isso significa, devem ser consideradas as possibilidades que cada parte terá de exercer em concreto os direitos inerentes ao contraditório.⁷³⁷ E, ressalte-se, o direito de produzir prova pelas partes não exige inatividade do juiz em matéria de instrução. “Reconhecer ao órgão judicial a possibilidade de colher provas *ex officio* de modo algum importa excluir a intervenção das partes no procedimento probatório. As duas questões são autônomas.”⁷³⁸

Por muito tempo entendeu-se que o contraditório referia-se apenas a matérias de fato, pois caberia ao julgador conhecer do direito.⁷³⁹ Esse entendimento, contudo, já não tem acolhimento pela doutrina moderna. Primeiro, pois superada a ideia de que a questão de direito se resume por um simples processo de subsunção.⁷⁴⁰ Ademais, porque o contraditório prévio não significa limitar o entendimento do julgador, que poderá dar aos fatos narrados definição jurídica diversa daquela sustentada pelas partes.⁷⁴¹

É, aliás, nesse sentido que o art. 10 do novo Código de Processo Civil determina que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” A regra dá concretude ao princípio do contraditório no processo civil. Evidentemente, a regra tem igual aplicação ao processo penal. Inadmissível nutrir um contraditório de menor intensidade nesse, tendo em consideração a gravidade dos bens jurídicos tutelados.⁷⁴²

⁷³⁷BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 68.

⁷³⁸Id. Ibid., p. 75.

⁷³⁹Dentro dessa linha de pensamento, Guilherme de Souza Nucci sustenta que “excepcionalmente, o contraditório deve ser exercitado quando houver alegação de direito. Nesse caso, deve-se verificar se a questão invocada pode colocar fim à demanda. Exemplo disso é a alegação de ter havido *abolitio criminis*(...)” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, cit., p. 84).

⁷⁴⁰“A questão de direito nem sempre se resolve num simples processo de subsunção. Aliás, o processo de subsunção apresenta um iter bastante complexo, embora frequentemente o mesmo não aflore na decisão judicial, parecendo algo simples e automático.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**, cit., p. 36).

⁷⁴¹“A exigência de um contraditório sobre as regras jurídicas ou juízos de direito não afasta o ‘mal compreendido princípio *iura novit curia*’. A exigência do contraditório prévio à decisão não significa que o juiz não possa dar aos fatos narrados pela parte uma outra definição jurídica ou decidir diversamente uma questão de direito. Todavia, para assim agir, deve ‘fazer observar e observar ele mesmo o contraditório’, permitindo que as partes se manifestem sobre a norma a ser aplicada ou sobre a *quaestio iuris*.” (Id. Ibid., p. 35-36).

⁷⁴²BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 357. (Coleção repercussões do novo CPC; v. 13. Coord. Geral Fredie Didier Jr.).

Além de uma garantia das partes, o princípio do contraditório também se evidencia como um método de descoberta ou aproximação da verdade.⁷⁴³ A dinâmica dialética tem inegável valor epistemológico.⁷⁴⁴ O confronto entre opostos, em que um movimento provoca a possibilidade de contra-movimento pelo outro, que pode aproveitá-lo e colocar em situação de vantagem ou desvantagem,⁷⁴⁵ não só presta-se para o teste da veracidade das alegações do polo adverso, como também à cooperação no exercício da jurisdição.⁷⁴⁶

Ainda, o contraditório implica não apenas direitos às partes, mas também deveres ao Estado-juiz. Adverte Candido Rangel Dinamarco que o contraditório exclusivamente como abertura para as partes é uma concepção do passado. Modernamente, a garantia resolve-se em um direito das partes e em uma série de deveres do juiz.⁷⁴⁷

Primeiro, pois efetividade, plenitude e indisponibilidade são características intrínsecas à noção de contraditório. Não basta que seja esse apenas garantido. Antes, deve ser estimulado.⁷⁴⁸ Por certo, “o papel do juiz, num processo publicista, coerente com sua função social, é necessariamente ativo. Deve ele estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto. Deve suprir as deficiências dos litigantes, para superar as

⁷⁴³O contraditório como método de conhecimento e formação de prova é denominado pela doutrina como contraditório em sentido objetivo. Em sentido subjetivo, consiste no direito do acusado de confrontar-se com o seu acusador, diante do juízo (TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 47-48).

⁷⁴⁴Nesse sentido, Giulio Ubertis: “No debe perderse de vista el innegable (e imprescindible) valor heurístico del juicio contradictorio: según las adquisiciones de la epistemología contemporánea, el método dialéctico está considerado el mejor para la averiguación de la verdad de los enunciados, cuya obtención, en cuanto relacionada con las afirmaciones de las partes en materia de hechos, constituye el presupuesto histórico para poder decidir adecuadamente cuál sea la ley aplicable en el caso concreto. Asegurar a cada una de estas la posibilidad de presentar a las otras y al juez el conjunto de los datos (probatorios, jurídicos y argumentativos) considerados más idóneos para sostener la propia tesis, en interlocución sobre análogos elementos aportados por las demás (o introducidos de oficio) en el material procesal, significa también hacer posible un cumplimiento de la función jurisdiccional conforme a uno de los cánones fundamentales de cualquier búsqueda de la verdad: ‘quien compromete su empleo no es consciente de que pone en riesgo el resultado mismo que trata de alcanzar.’ (...) En la misma perspectiva epistemológica, quien sostiene el valor del método contradictorio no piensa renunciar a la búsqueda de la verdad, sino antes bien afirmar que esta última se persigue mejor con la dialéctica entre las partes que con la búsqueda solipsista del inquisidor.” (UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**, cit., p. 58-59).

⁷⁴⁵Tal estrutura dialética de confrontação entre opostos é o que se extrai da descrição de CALAMANDREI, Piero. Proceso como juego. In: CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1973.v. 3, p. 264-265.

⁷⁴⁶Nesse sentido: “A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdiccional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988, cit., p. 3). Não por outra razão afirma-se que “a verdadeira prova não é aquela que se obtém sob sigilo, por meio de pressões unilaterais, mas aquela cuja formação ocorre de modo dialético.” (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 27).

⁷⁴⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 344.

⁷⁴⁸ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, cit., p. 166.

desigualdades e favorecer a *par condicio*.⁷⁴⁹ Assim, surge ao julgador o dever de garantir que o contraditório seja efetivo, não meramente formal.

E mais, em um processo democrático, a participação dos destinatários do ato final é antídoto contra decisões arbitrárias.⁷⁵⁰ Desse modo, uma decisão só pode ser considerada como proferida em contraditório quando esse acompanhe o completo itinerário de sua formação.⁷⁵¹ Por essa razão, surge para o julgador não só a proibição de decisões-surpresa,⁷⁵² mas a imposição de valoração dos argumentos, alegações e provas produzidas pelas partes quando da fundamentação do ato decisório.⁷⁵³

É também consequência do contraditório, e em alguma medida, corolário da imparcialidade do julgador, a regra da correlação entre acusação (ou demanda) e sentença. É a demanda que define o objeto do processo, de modo que o provimento que ultrapassa os limites impostos é jurisdição não provocada e, portanto, de imparcialidade questionável.⁷⁵⁴ Por outro lado, decisões *extra* ou *ultra petita* ou que de alguma forma violem a regra da correlação provocam surpresa, maculando a garantia de que as partes possam prever todos os possíveis resultados do processo e, de alguma forma, influir em seu resultado.⁷⁵⁵

Por fim, e até porque a presente pesquisa envolve a interpenetração de normas processuais penais e civis, cabe considerar que o contraditório manifesta-se em diferentes intensidades no processo civil e no processo penal. Enquanto no processo civil aproxima-se da ocasião e possibilidade de cada parte intervir e externar suas alegações diante do afirmado pelo adversário,⁷⁵⁶ “a reação, no processo penal, não pode ser meramente eventual, mas há de fazer-se efetiva.”⁷⁵⁷

⁷⁴⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, cit., v. 4, p. 29.

De forma semelhante: GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**, cit., p. 162.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 35.

⁷⁵¹Id. Ibid., p. 25.

⁷⁵²“A proibição da decisão-surpresa, manifestação do contraditório no processo, vincula o juiz a abrir o debate entre as partes sobre todas as questões que podem ser resolvidas de ofício no curso do processo.” (NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**, cit., p. 269).

⁷⁵³Nesse sentir, o contraditório é também condição de imparcialidade do julgador: “El deber de imparcialidad del órgano decisor exige enterarse de la controversia, lo que supone la audiencia de ambas partes (...) quien no confiere audiencia a ambas partes por este solo hecho ya há cometido una parcialidad, porque no ha investigado sino la mitad de lo que tenía que indagar.” (ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**, cit., p. 92).

⁷⁵⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 4.

⁷⁵⁵Id. Ibid., p. 4. CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei 11.719/2008, cit., p. 114.

⁷⁵⁶MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 2, p. 97.

⁷⁵⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988, cit., p. 12. Também no sentido da indisponibilidade do contraditório no processo penal: “Bem ao

Com propriedade exemplifica e explica Antonio Scarance Fernandes que “enquanto no processo penal, em virtude da necessidade de ser pleno e efetivo, o contraditório deve ser atendido durante todo o desenvolvimento da causa, mesmo quando haja revelia, em relação ao processo civil não sucede o mesmo. Admite-se, em caso de revelia, o seguimento da causa sem ciência ao réu dos atos e termos realizados no processo após a declaração da contumácia. Se não há contestação, presumem-se verdadeiros os fatos alegados. Por isso, a doutrina em geral afirma que, no processo civil, passa a ser observado o contraditório, basta a oportunidade de reação proporcionada pela citação, garantindo-se ao réu o direito de, se quiser, comparecer ao processo, respondendo aos atos da parte contrária e se defendendo.”⁷⁵⁸

Outro claro exemplo encontra-se no art. 77 do Código de Processo Civil. Lá, dispõe-se que no caso de praticada inovação ilegal no estado de fato de bem ou de direito litigioso, o juiz poderá proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado.⁷⁵⁹ No processo penal, proibir o imputado de falar nos autos seria inaceitável.

3.6 Ampla defesa

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 5º, LV, o princípio da ampla defesa como destacada garantia processual, a exemplo do previsto no art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, assinado em Nova York, e art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Essa defesa, que deve ser ampla, consiste no direito de resistir à pretensão deduzida pelo acusador, de opor-se à imputação, a fim de se garantir direitos do acusado.

reverso, reclama o processo penal de conhecimento de caráter condenatório, especialmente na segunda fase da *persecutio criminis* – da *instrução criminal*, ou da *ação penal* -, o *contraditório efetivo, real* a fim de que perquirida, com absoluto rigor, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do acusado. Além do que, o direito deste à *contraditoriedade real* assume a natureza de *indisponível*, dada, precipuamente, a *impessoalidade dos interesses em conflito*, sendo, portanto, *indispositivo*.” (TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal** (estudo sistemático), cit., p. 181).

⁷⁵⁸FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 57-58.

⁷⁵⁹Código de Processo Civil. “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. § 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.”

Ação e defesa, contudo, não representam posições opostas, mas diferentes aspectos do próprio direito de ação. Gustavo Badaró explica que “o paralelismo entre ambos dinamiza-se no exercício do contraditório, permitindo a ambas as partes fazerem valer seus direitos e garantias ao longo de todo o processo, alegando, provando e influenciando a formação do convencimento do juiz. Em relação ao conteúdo de ambos os direitos, a única diferença é o direito de iniciativa existente apenas no direito de ação. Iniciado o processo, ação e defesa são absolutamente simétricos.”⁷⁶⁰

Em seu núcleo reúne os seguintes requisitos: a) a concessão a todo imputado; b) a consideração do imputado como sujeito processual titular de direitos fundamentais; e c) um conjunto de garantias, direitos e faculdades suficientes para uma oposição efetiva à pretensão acusatória.⁷⁶¹ As garantias, direitos e faculdades decorrentes da ampla defesa devem contemplar, em essência, o conhecimento claro da imputação, a possibilidade de apresentar alegações, o acompanhamento da prova produzida pela acusação e a produção de contraprova, a assistência por advogado e a recorribilidade de decisões desfavoráveis.⁷⁶²

A ampla defesa manifesta-se, simultaneamente, como direito e como garantia.⁷⁶³ A partir da perspectiva individual, do interesse do acusado, a defesa é um direito desse, que dispõe de flexibilidade quanto à forma de seu exercício.⁷⁶⁴ Sob a ótica publicística, a defesa não somente é garantia dos direitos de liberdade, tratamento e integridade do acusado, mas também de um processo justo.⁷⁶⁵

Embora relacionado e imprescindível à concreta atuação do contraditório, a defesa não se confunde com esse. Isso, pois o princípio do contraditório manifesta-se em relação a

⁷⁶⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**, cit., p. 41-42.

⁷⁶¹SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 280.

⁷⁶²GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, cit., p. 47-48.

⁷⁶³Sobre a distinção entre direitos e garantias, explica o constitucionalista português Jorge Miranda: “Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos, por um lado, e garantias, por outro lado. Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. 4, p. 112-113).

⁷⁶⁴É, pois, enquanto direito, que o acusado pode recusar determinado defensor e eleger aquele que seja de sua confiança, assim como com esse construir sua estratégia defensiva (FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 255).

⁷⁶⁵Para uma análise detalhada do princípio da ampla defesa enquanto direito e garantia, conferir: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 270-283. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

ambas as partes, e não somente ao imputado, sendo também mandamento de atuação para o julgador. É nesse enfoque que é possível violar-se o contraditório, sem que se macule o direito de defesa.⁷⁶⁶

No processo penal, a ampla defesa tem natureza complexa. Forma-se pela conjugação da autodefesa, exercida pelo próprio acusado, com a defesa técnica, consistente na assistência jurídica integral por profissional legalmente habilitado, perito em ciência jurídica.⁷⁶⁷

A autodefesa compreende o direito de audiência, o direito de presença e o direito de postular pessoalmente. O direito de audiência reflete a possibilidade de formular ao julgador sua versão defensiva.⁷⁶⁸ O direito de presença traduz-se pelo acompanhamento de todos os atos processuais, em especial, os atos de instrução, neles intervindo através de perguntas ou alegações.⁷⁶⁹ Para a concretização deste, tem assegurado o uso de intérprete quando necessário. Quanto ao direito de postular pessoalmente, equivale à prática de determinados atos que podem ser realizados independentemente da representação por seu defensor (como exemplo, a impetração de *habeas corpus* e a interposição de recursos).⁷⁷⁰

⁷⁶⁶BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**, cit., p. 40-41.

⁷⁶⁷Nesse sentido: “La defensa del imputado es dual, porque la cumple tanto él como su defensor; por eso se suele distinguir entre la defensa técnica, cumplida por el abogado defensor, y la material, que se desarrolla por el próprio procesado.” (SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 290).

⁷⁶⁸Neste ponto, “o interrogatório do réu é um dos meios mais eficazes de autodefesa, desde que o réu não seja posto pelo juiz na posição absolutamente passiva de ter de limitar-se a responder ao que lhe for perguntado. Ao imputado, não ao seu advogado, cabe o direito de escolher entre a admissão da sua responsabilidade ou a sustentação da sua inocência.” (GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, cit., p. 400). Veja-se que se trata de importante aspecto do direito de defesa, uma vez que a escolha da versão defensiva é direito do imputado, e não prerrogativa de seu advogado. No caso de eventual colidência, a única solução possível é a constituição de novo defensor, da confiança do acusado, privilegiando sua vontade. Nesse sentido: “Qual a solução quando houver colidência entre a defesa pessoal e a defesa técnica? A divergência impede o exercício da ampla defesa, motivo por que não há prestação jurisdicional efetiva quando houver conflito entre imputado e defensor. A solução passa pelo dever de o defensor constituído renunciar e pela constituição de outro defensor ou requerimento pra que o juízo nomeie defensor dativo ou público ao imputado, a partir do momento da divergência. É certo caber ao defensor técnico a delimitação da estratégia defensiva. Contudo, há situações processuais em que o conhecimento técnico há que ceder diante da vontade do imputado.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**, cit., p. 143).

⁷⁶⁹O chamado *cross-examination* é diretamente relacionado ao direito de defesa. Nesse sentido: “The accused has the right to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf, to cross-examine or have corrs-examined witnesses against him, and to obtain the exclusion of any evidence against him as he may have been unable to cross-examine.” (AMODIO, Ennio. *The accusatorial system lost and regained: reforming criminal procedure in Italy*, cit., p. 29).

⁷⁷⁰Evidentemente, a autodefesa não é um direito absoluto. Não permite que se pratique qualquer conduta e então a justifique com fundamento na ampla defesa (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 108). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça aprovou a Súmula n. 522, segundo a qual “a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa.”

A autodefesa é um direito disponível, podendo o acusado exercer o direito ao silêncio ou mesmo renunciar à interposição de recurso.⁷⁷¹ Situação diversa, entretanto, ocorre em relação à defesa técnica. Essa é garantia indeclinável, uma vez que “é ao mesmo tempo garantia da própria justiça, havendo interesse público em que todos os acusados sejam defendidos, pois só assim será assegurado efetivo contraditório, sem o qual não se pode atingir uma solução justa.”⁷⁷²

A defesa técnica tem como pressuposto a efetividade. Isso, em razão do lastro científico de sua atuação. A razão de sua existência é a perícia do profissional habilitado e a hipossuficiência jurídica do acusado. Aquele deve se valer de todo o seu conhecimento jurídico para a concretização do devido processo legal.⁷⁷³ E, para tanto, sempre deve ser garantido tempo hábil e os meios adequados para a elaboração da defesa.⁷⁷⁴

Não basta, assim, que a obrigatoriedade da defesa considere apenas um aspecto formal, ou aparência de defesa. Não se trata de mero requisito procedimental destinado a legitimar eventual condenação. Antes, exige-se que o conteúdo do ato seja apto a preservar o direito de defesa com efetividade. Até mesmo porque, se a Constituição Federal impõe a presença de um advogado, profissional versado em conhecimento técnico específico, para que se tenha um devido processo, não há como se aceitar que o conteúdo de seu trabalho seja insignificante.⁷⁷⁵

A nulidade é a única consequência possível de uma defesa técnica negligente, ou mesmo da ausência de tempo e meios adequados para sua realização, muito além da ausência de nomeação mencionada no art. 564, III, alínea “c” do Código de Processo Penal. Entretanto, não se pode exigir que o acusado, “ao ensejo da alegação da nulidade em

⁷⁷¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 17.

⁷⁷²FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 256.

⁷⁷³A defesa técnica efetiva exige que o profissional não seja imperito ou negligente. A capacitação técnica do profissional pode ser aferida pelos seguintes critérios: comparecimento aos atos processuais, apresentação das peças processuais necessárias (defesa prévia, alegações finais e razões recursais); em caso de réu preso, os respectivos requerimentos de liberdade e, por fim, requerimento de prova. (NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 41).

⁷⁷⁴Sobre o tempo hábil e os meios adequados para a defesa, tem se manifestado a Corte Interamericana de Direitos Humanos: “54. One of the fundamental rights is the right to count on adequate time and means for the preparation of the defense, enshrined in Article 8(2).c) of the Convention, which binds the State to allow the accused having access to the record of the case and to the evidence gathered against him. Moreover, in the presence of both parties to an action, the State must guarantee the intervention of the accused in the analysis of the evidence.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CORTE IDH. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, n. 206. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017).

⁷⁷⁵Nesse sentido: “Se a Constituição considera a presença do advogado indispensável para que tenhamos um *fair trial*, para que essa conquista duramente batalhada ao longo da conceituação da *due process clause* não seja algo meramente formal, como aceitar que seu trabalho seja considerado algo absolutamente despiendo?” (SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**, cit., p. 395).

apreço, comprove que caso tivesse tido uma defesa penal efetiva inexoravelmente teria sido absolvido. Ocorre que essa circunstância é empiricamente indemonstrável. Vale dizer: é humanamente impossível para o acusado provar que caso sua defesa técnica tivesse sido efetiva ela insofismavelmente acarretaria sua absolvição.”⁷⁷⁶

Por fim, não se pode esquecer que “o exercício da defesa no processo penal há de realizar também uma função social, a qual deve balizar o seu caminho ético a ser percorrido.”⁷⁷⁷ A defesa técnica não pode ser utilizada para a prática de atos ilícitos, antiéticos ou mesmo de atos que configurem evidente abuso de direito processual.⁷⁷⁸

3.7 Igualdade e tratamento paritário dos sujeitos parciais

Em um Estado Democrático de Direito, superação histórica dos antigos modelos de Estado de Direito Liberal e do Estado Social de Direito, “toda e qualquer atuação estatal deve estar norteadas, invariavelmente, pelo respeito ao direito entendido como produto do exercício da soberania popular e aplicado em obediência, sobretudo, ao princípio da igualdade.”⁷⁷⁹ Consequentemente, em um processo penal democrático, deve ser afastada a ideia de supremacia do ente estatal ou o predomínio de qualquer parte sobre a outra. Impõe-se a simetria entre ação e reação.⁷⁸⁰

A igualdade jurídica irradia dois principais efeitos para o campo processual. O primeiro deles consiste na exigência de tratamento igualitário àqueles que se encontram na mesma posição jurídica dentro do processo (partes, testemunhas, vítimas, etc.). E, em sua segunda manifestação, a isonomia processual determina a disponibilização de igualdade de armas para os sujeitos processuais parciais,⁷⁸¹ assegurando equilíbrio de oportunidades e forças.⁷⁸²

A vedação ao tratamento desvantajoso de uma parte em favor da outra pressupõe, evidentemente, a compreensão do conceito de parte. Trata-se de noção de direito

⁷⁷⁶MALAN, Diogo. Defesa penal efetiva. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 84. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

⁷⁷⁷JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**, cit., p. 353.

⁷⁷⁸DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**, cit., p. 112.

⁷⁷⁹ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, cit., p. 130.

⁷⁸⁰GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**, cit., p. 135.

⁷⁸¹“(…) se trata de paridade de armas quando se mira a atividade específica da parte no processo, e não a do sujeito do processo. É que, como se sabe, se o juiz é um terceiro imparcial na contenda que lhe é levada para decidir, ele se envolve na relação triangular como sujeito, mas não como parte.” (VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2014. p. 103).

⁷⁸²FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 46.

processual e, portanto, não necessariamente coincide com a titularidade do direito discutido.⁷⁸³ Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, partes “são todos aqueles que, tendo proposto uma demanda em juízo (inclusive em processo pendente), tendo sido citados, sucedendo a parte primitiva ou ingressando em auxílio da parte, figuram como titulares das diversas situações jurídicas ativas ou passivas inseridas na dinâmica da relação jurídica processual (poderes, faculdades, ônus, deveres, sujeição).”⁷⁸⁴

No processo penal, as partes se situam na relação de enfrentamento entre acusação e defesa. Nessa conjuntura, o Ministério Público é uma criação artificial para que seja possível a caracterização do processo penal como *actum trium personarum*.⁷⁸⁵ É, de fato, parte, e nessa qualidade atua.⁷⁸⁶ Conquanto não seja imparcial, até mesmo em razão da contradição ontológica de uma parte imparcial, o Ministério Público submete-se à legalidade, razão pela qual não pode fazer obra de perseguição contra alguém se ausentes indícios suficientes de sua culpa.⁷⁸⁷

A atual compreensão de igualdade ultrapassa os limites da igualdade formal, característica do Estado Liberal. Trata-se de conceito insuficiente, uma vez que as desigualdades materiais e políticas interferem diretamente na igualdade jurídica.⁷⁸⁸ As iniquidades resultantes de sua aplicação conduziram à sua superação histórica e à construção de uma formulação material da igualdade.⁷⁸⁹ Assim, em essência, sua função precípua reside em dispensar tratamentos desiguais quando a desigualdade fática assim o

⁷⁸³“O conceito de parte é de direito formal, e de ordinário coincide, porém não precisa coincidir, com o de titular do direito na relação jurídica controvertida, ou com o de sujeito passivo dessa relação.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, cit., t. 1, p. 241).

⁷⁸⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 17.

⁷⁸⁵MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón, cit., p. 50.

⁷⁸⁶E, enquanto parte, é “insicutível que o Ministério Público pode e deve ser também destinatário de garantias processuais, desde que sejam mantidas, com isso, as garantias classicamente aplicadas ao indivíduo”. (ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 236).

⁷⁸⁷MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 2, p. 40-41.

⁷⁸⁸Nesse sentido: “A igualdade política e a igualdade material interferem na igualdade jurídica. Na medida em que há menos igualdade material, e na medida em que há menos igualdade política, há também igualdade jurídica diminuída. No plano normativo, essa desigualdade não se manifesta claramente porque, afinal de contas, a presunção inicial de constitucionalidade das leis, de sua generalidade e abstração, mantém coeso o sistema. Porém, na aplicação em concreto da justiça, em especial da justiça penal, surgem desigualdades.” (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 18-19).

⁷⁸⁹Ada Pellegrini Grinover fala em dimensões estática e dinâmica da igualdade: “Na dimensão estática, o axioma de que todos são iguais perante a lei parece configurar, como foi argutamente observado, mera ficção jurídica, no sentido de que é evidente que todos são desiguais, mas essa patente desigualdade é recusada pelo legislador. A isonomia supera, assim, as desigualdades, para afirmar uma igualdade puramente jurídica. Na dimensão dinâmica, porém, verifica-se caber ao Estado suprir as desigualdades para transformá-las em igualdade real.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988, cit., p. 6).

exigir.⁷⁹⁰ A aplicação normativa uniforme cede lugar à calibragem de situações concretas pelo ordenamento jurídico.⁷⁹¹

Da mesma forma, no campo processual, “as partes se encontram frequentemente no processo em condições de disparidade de cultura e inteligência.”⁷⁹² E tanto mais se considerada a posição agônica que se inflige ao imputado, as desvantagens de natureza estrutural⁷⁹³ e costumeira hipossuficiência econômica e cultural.⁷⁹⁴ Nesses termos, afirmar que as partes devem ter tratamento paritário não exclui a possibilidade de “dar-se a uma delas tratamento especial para compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte inferiorizada a fim de, justamente, resguardar a paridade de armas.”⁷⁹⁵

Ademais, a igualdade material não se refere a uma paridade matemática, mas instrumental. Significa garantir às partes que desfrutem dos meios adequados para a tutela de seus direitos.⁷⁹⁶ À acusação atribuem-se os instrumentos necessários para sua formulação e demonstração, e à defesa todos os meios necessários de reação e refutação da tese acusatória.⁷⁹⁷ Modernamente, o equilíbrio de situações decorrente do princípio da

⁷⁹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010. p. 12.

⁷⁹¹Não por outra razão “o princípio da igualdade deve ser mais fortemente reafirmado quanto maiores forem as desigualdades na sociedade real, ou seja, na condição das pessoas: fortuna, saber, posição social, influência.” (SOULIER, Gérard. *A igualdade da palavra, princípio da democracia e do processo penal*, cit., p. 213).

⁷⁹²CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México, cit., p. 100.

⁷⁹³Há uma evidente desigualdade inicial na persecução penal. A defesa se encontra em estado de desvantagem durante a fase persecutória. Não só não pode exercer o contraditório e ampla defesa de forma endógena, dentro da própria investigação, como também não conta com um corpo de investigação defensiva estruturada por órgãos estatais. (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 60) No atual Código de Processo Penal nem mesmo há qualquer regulamentação da atividade defensiva, o que o Anteprojeto de novo Código de Processo Penal (PLS n. 156/09) de alguma forma pretende corrigir em seu artigo 13.

⁷⁹⁴É também a constatação de Guilherme Madeira Dezem: “Há natural desequilíbrio entre a acusação e a defesa no processo penal, pendendo a balança em favor da acusação, daí porque a lei confere alguns tratamentos diferenciados em favor da defesa para buscar a igualdade real das partes no âmbito do processo penal.” (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**, cit., p. 132).

⁷⁹⁵FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 48. Também, conferir: MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón, cit., p. 147.

⁷⁹⁶Nesse sentido: “No es garantía del principio del debido proceso, que simplemente todas las partes gocen de igualdad formal, porque ésta sólo se limita a dar a todas las mismas oportunidades señaladas por el legislador en el diseño del proceso. Para que la igualdad sea material debe el proceso no sólo ofrecer a todos los sujetos el disfrute de las mismas oportunidades de intervención, sino también las efectivas herramientas para defender sus propios intereses.” (SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 90).

⁷⁹⁷Essa é a lição de Manuel Monteiro Guedes Valente: “o princípio da igualdade de armas não consagra uma igualdade lógico-matemática, mas antes tenta efetivar uma similitude de meios de defesa relativamente à acusação, ou seja, que aqueles conduzam o arguido a contrapor com sucesso as suas razões de facto e de direito perante a acusação, permitindo-lhe desta forma expor com clareza a sua tese em juízo.” (VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**, cit., t. 1, p. 155). Também valiosa a lição de Paula Bajer Costa: “A igualdade de posições, no processo, entre autor oficial da persecução penal e acusado não existe como regramento. Não é possível que as partes formais tenham as mesmas armas, bem como não

igualdade se refere não a uma relação de uniformidade, mas de reciprocidade, como se trata, no processo penal, das atividades de acusação e de defesa.⁷⁹⁸

Além disto, não se deve obliterar que a relação entre direito à igualdade e processo não se esgota à igualdade no processo. Sua dupla dimensão, correlata aos objetivos fundamentais da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária e de promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, impõe, para além da igualdade no processo, a igualdade pelo processo. Assim, “o processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica. Embora esse não seja um problema ligado propriamente à igualdade no processo, certamente constitui assunto de direito processual a necessidade de promoção da igualdade pelo processo.”⁷⁹⁹

3.8 Devido procedimento legal

Na precisa conceituação de Antonio Scarance Fernandes, procedimento “é um conjunto de atos marcados por sequência predeterminada e pela vinculação de todos a um mesmo objetivo final.”⁸⁰⁰ Trata-se de uma série de operações direcionadas a um determinado efeito,⁸⁰¹ em que um ato é pressuposto e conseqüente lógico de outro. Dentro desta cadeia sequencial, alguns atos são necessários para a validade da série, enquanto

seria recomendável, e nenhuma vantagem traria a uma, ou a outra, a isonomia. Nem mesmo ao acusado aproveitaria a paridade de armas, pois a ele convém a liberdade sobre os modos de produção de prova. Ao acusado convém, ainda, expor argumentação sobre os fatos e o Direito no momento em que lhe parecer oportuno e conveniente ao acolhimento de sua verdade.” (COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**, cit., p. 137).

⁷⁹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988, cit., p. 7.

⁷⁹⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**, cit., p. 167.

⁸⁰⁰FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 15. Igualmente: “a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou como obrigação), mas que enuncia como pressuposto de sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série. O procedimento se apresenta, pois, como uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas.” (FAZZALARI, Elío. **Instituições de direito processual**, cit., p. 113-114).

⁸⁰¹CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México, cit., p. 33.

outros são eventuais ou acidentais, diferenciação essa que é essencial à teoria das invalidades.⁸⁰²

Os atos ordenados dentro de cada procedimento ligam-se pelo escopo,⁸⁰³ o que lhe dá o caráter de fenômeno essencialmente unitário.⁸⁰⁴ Cada ato representa um passo em direção ao objetivo final e tem seu efeito próprio no espaço do procedimento. Todavia, esse efeito serve para que o processo progrida em direção ao seu propósito último.⁸⁰⁵ O resultado de cada ato influi direta ou indiretamente no conteúdo do ato final⁸⁰⁶ e em sua legitimidade. O procedimento, além de instituto de fundamental importância no direito processual, é elemento de legitimação do poder decisório do Estado.⁸⁰⁷

Diferentes funções foram reconhecidas à noção de procedimento na linha evolutiva da ciência processual. Em estreita síntese, identificam-se três principais fases sobre a relação entre processo e procedimento: a) processo como procedimento; b) processo como relação jurídica; e c) processo como entidade complexa, que abrange o procedimento em sua conceituação.⁸⁰⁸

⁸⁰²CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 364-365.

⁸⁰³Por essa razão, “a doutrina vem atribuindo ao procedimento um conteúdo teleológico, não mais sendo acolhida visão essencialmente formal, que o considera como uma mera sequência de atos coordenados, produtores de efeitos meramente processuais.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 80).

⁸⁰⁴Sobre o caráter unitário do procedimento, ensina Carmine Punzi que tal decorre tanto de seu propósito último, que liga cada ato da série, como por sua organização sucessiva, em que cada qual é condição e consequente de outro ato: “Il procedimento rappresenta perciò un’entità essenzialmente unitaria, sai nel senso che i singoli atti che lo compongono sono posti in una successione rigorosa, in modo che ciascuno costituisce conseguenza del precedente e presupposto e condizione necessaria del successivo, sai nel senso che tutti questi atti, pur rimanendo distinti, tanto che è possibile riconoscere varie fasi dello stesso procedimento, sono tutti ordinati al raggiungimento di un unico risultato.” (PUNZI, Carmine. **L’interruzione del processo**. Milano: Giuffrè, 1963. p. 34-35).

⁸⁰⁵É importante pontuar que o resultado final não decorre apenas do último ato, mas de toda a série causal do procedimento, de modo que sua legitimidade depende da validade de todos os atos praticados: “E anche se questo risultato appare prodotto solo dall’ultimo ato della serie il fenomeno è in realtà diverso. Infatti tutti gli atti che costituiscono la serie che si sviluppa sono ordinati in modo tale che il risultato finale non lo si raggiunge o lo si consegue illegittimamente, se non viene puntualmente perfezionato ciascuno di essi, che funge appunto da presupposto per il successivo. Essi, insomma, conferiscono all’ultimo atto della serie la forza di produrre legittimamente quella situazione giuridica finale che quest’atto da solo (e ove non intervenga una eventuale sanatoria, che non nega ma anzi presuppone tale incapacità) sarebbe inidoneo a determinare. In questo senso si può parlare correttamente della situazione giuridica finale come effetto immediato dell’ultimo atto, ma, ad un tempo, come risultato e funzione dell’intera serie.” (Id. Ibid., p. 35-36).

⁸⁰⁶“(…) aquele efeito dependerá mesmo, sempre do ato final, que é resultado do procedimento. Isso quer dizer, portanto, que tal ato não deve ser considerado válido e que a eficácia porventura desenvolvida poderá ser neutralizada, caso ele (o ato final) não tenha sido precedido da sequência de atos determinados pela lei.” (FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**, cit., p. 115).

⁸⁰⁷Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília-DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980. p. 29-35.

⁸⁰⁸O estudo detalhado da linha evolutiva da relação entre procedimento e processo pode ser encontrada em: FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, cit., p. 24-31. FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental**, cit., p. 69-80.

Na primeira fase, o processo não tem ainda tratamento científico e confunde-se com a própria concepção de procedimento. Processo é entendido como mera sequência de atos coordenados. Na segunda grande fase, há formulação da teoria científica de que “o processo é relação jurídica, com pressupostos, objeto e sujeitos próprios, distintos da relação jurídica material.”⁸⁰⁹ Nesta etapa, o procedimento é colocado como algo externo ao processo, manifestação corpórea da relação processual. O que exprime a unidade do processo é a relação jurídica processual, enquanto o procedimento liga-se às ideias de movimento, modo de mover e forma em que são movidos os atos processuais.⁸¹⁰

No ponto de chegada da ciência processual estão as diferentes teorias que enxergam o processo como entidade complexa, sendo o procedimento elemento essencial à sua conceituação. Essas teorias partem da dificuldade de se identificar o processo somente como relação jurídica, uma vez que não se demonstrava como a soma de relações jurídicas processuais formavam um todo unitário, ou mesmo a participação de outras pessoas no processo, além dos sujeitos processuais principais.⁸¹¹

A relação jurídica de direito processual teve como grande mérito garantir aos indivíduos a condição jurídica de sujeitos processuais, dotados de direitos e garantias processuais,⁸¹² mas não teve o condão de explicar a unidade conceitual do fenômeno processual. Assim, a doutrina recente empenhou-se em demonstrar que “a unidade do processo decorre do procedimento e não da relação jurídica ou das situações que neles se formam (...). É, enfim, o procedimento que une os atos processuais em face do ato do provimento estatal pretendido pelas partes e preparado pela participação de todos os que atuam no processo.”⁸¹³

É somente nesta etapa que o procedimento deixa de expressar uma visão puramente formal e assume conteúdo teleológico, construído para a adequada consecução de uma

⁸⁰⁹FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual**: questão incidental, procedimento incidental, cit., p. 71-72. A teoria do processo como relação jurídica teve grande acolhida pela doutrina. Por todos, conferir: TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**, cit.

⁸¹⁰FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, cit., p. 26.

⁸¹¹Id. Ibid., p. 29.

⁸¹²“Especialmente no que respeita ao processo penal, ao contrário do que acontecia nas ordenações antigas, as relações entre o acusado, o acusador e o juiz são reguladas em lei, tornaram-se relações jurídicas em que se vêem os direitos, as faculdades, encargos e obrigações de cada um. Destarte, o acusado já não é mero objeto do processo, senão que nele aparece como verdadeiro sujeito de direitos, vinculado às determinações da lei e não à discricção do juiz.” (TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**, cit., p. 13).

⁸¹³FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, cit., p. 31.

decisão final. Tanto passa a ser encarado como o melhor meio de se obter um resultado,⁸¹⁴ quanto torna-se elemento essencial da conceituação de processo, expressando sua unidade conceitual.⁸¹⁵

É, pois, nesse contexto que o direito ao procedimento é elevado a direito fundamental, decorrente do devido processo legal. Em uma primeira perspectiva, dita que ninguém pode ser julgado senão conforme a ritualidade previamente estabelecida. O respeito à forma preordenada em lei não só é condição de validade dos atos processuais,⁸¹⁶ como também atende à concretização de expectativas dos sujeitos processuais. Essa concreção tem como fundamento não só a segurança jurídica ínsita ao direito das sociedades capitalistas ocidentais, mas também um imperativo de igualdade. A precedente ritualização do processo, e sua obediência, são necessárias para que as partes tenham as mesmas oportunidades e tracem suas estratégias de atuação.⁸¹⁷

Trata-se da manifestação da legalidade no processo penal.⁸¹⁸ Conforme Leonardo Greco, “o importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz

⁸¹⁴FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, cit., p. 39.

⁸¹⁵Conferir: CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**, cit., v. 1, 1973, p. 110-111. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 8.

⁸¹⁶DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Processo Penal: processos em espécie**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 403. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

⁸¹⁷Nesse sentido: “Si el juez administra justicia en nombre del Estado, esa condición por sí sola denota la posibilidad de que se parcialice y de que los demás sujetos queden en desventaja, surgiendo así la necesidad de ritualizar el proceso penal, como cualquier otro proceso, para brindarle a todos el disfrute de las mismas oportunidades, no sólo para aportar pruebas sino también para controvertirlas y cuestionar las decisiones del juez.” (SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 89-90). Ressaltando a participação dos sujeitos processuais, também ensina o professor Antônio Magalhães Gomes Filho: “Não seria adequada aos fins sociais de pacificação social, com efeito, uma decisão adotada autoritariamente ou que fosse decorrência de uma escolha realizada sem levar em conta o conjunto de atividades de prova e de argumentação realizado pelos interessados no litígio. Somente pela obediência às regras de um procedimento válido e justo é possível tornar efetiva essa participação e chegar a uma decisão igualmente justa e apta, portanto, a realizar os escopos políticos e sociais da função jurisdicional.” (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 25).

⁸¹⁸No ordenamento jurídico português, o princípio é expressamente elencado no art. 3º do Código de Processo Penal: “A aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código.” Sobre o dispositivo, conferir: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 62-63. Ainda como decorrência da legalidade do processo, expressamente se reconhece a aplicação da analogia no processo penal para a integração de lacunas, contudo, em moldes mais estritos do que na lei civil, não podendo implicar enfraquecimento da posição do arguido, ou diminuição de seus direitos processuais, dado os fins específicos do processo penal (Id. Ibid., p. 64-65). No entanto, a mera possibilidade de uso da analogia permite concluir que a legalidade incidente sobre o direito processual é, certamente, menos intensa do que aquela que aquela do direito penal material (cf. STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BULOOC, Bernard. **Procédure pénale**, cit., p. 8).

possível e para que bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa.”⁸¹⁹

Igualmente, o procedimento deve ser elaborado para produção de uma decisão legítima e que atenda à expectativa de confiabilidade em seu resultado. Sob o enfoque procedimental, o devido processo determina que qualquer procedimento construído e imposto pelo Estado deve ser concebido de modo que seja “suficiente para minimizar o risco de decisões que provoquem a restrição indevida de algum dos bens tutelados pela cláusula.”⁸²⁰

Tem-se, nesse horizonte, o direito ao procedimento adequado.⁸²¹ O instrumento deve proporcionar garantias processuais, sem se descurar da tutela jurisdicional efetiva, tendo sempre em vista o direito material discutido. Ao mesmo tempo em que não pode existir imprevisibilidade, insegurança, impõe-se algum grau de flexibilidade para permitir a realização de faculdades processuais e atender a especificidades do caso concreto.⁸²²

Em síntese, o “direito constitucional ao procedimento, o qual, no processo penal, se traduz em um direito a procedimentos que conjuguem eficiência e garantismo, ou, em outras palavras, um direito a procedimentos que permitam a atuação prática do direito penal feita com base nos paradigmas constitucionais extraídos dos princípios acusatório, da imparcialidade, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório.”⁸²³

⁸¹⁹GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, cit., p. 393. Também sobre a legalidade das formas processuais: ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Noções elementares de processo civil I**, cit., p. 358-359.

⁸²⁰LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**, cit., p. 239.

⁸²¹“Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido de acordo com as garantias do devido processo legal, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 6).

⁸²²Nesse sentido: “[A cláusula do devido processo] deve ser vista sem alucinações e sem a tendência a apresenta-la como impositiva de um irracional culto à forma, que desfiguraria a boa ordem processual.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, cit., p. 23). “Também deve ser considerada a possibilidade de o juiz adequar aspectos procedimentais às especificidades da situação concreta, sempre com a observância do prévio contraditório.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., p. 75). Por essa razão, “atualmente não se tem notícia de processos totalmente rígidos ou flexíveis, em que não haja qualquer margem de alteração pelas partes ou pelo juiz ou que tais sujeitos sejam completameante livres para a sua definição.” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo**: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 32).

⁸²³FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, cit., p. 15.

3.9 Acesso à justiça

O acesso à justiça é o mais básico dos direitos fundamentais, pressuposto de um sistema jurídico que se proclame igualitário e pretenda efetivar os direitos que consagra.⁸²⁴ É o mecanismo de concretização de promessas descumpridas, que desperta o Poder Judiciário para o exercício de seu papel de guardião último dos direitos humanos e fundamentais. Sobre eixo democrático,⁸²⁵ o acesso à justiça somente se considera efetivo quando materialmente disponível ao maior número possível de pessoas.⁸²⁶

Essa constatação é decorrência da evolução histórica do conceito de acesso à justiça. Nos Estados liberais burgueses, o direito à proteção judicial refletia exclusivamente o direito formal de propor ou contestar a ação. O Estado permanecia passivo quanto à aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los de forma adequada na prática.⁸²⁷

No entanto, “a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas ‘declarações de direitos’, típicas dos séculos dezoito e dezenove.”⁸²⁸ A atuação positiva do Estado passa a ser necessária à efetivação de direitos básicos e, nesse contexto, o acesso à justiça não pode mais ser encarado como mero direito formal. Impõe-se ao Estado que disponibilize meios de o cidadão conhecer e demandar seus direitos, não mais considerando-os os únicos responsáveis por sua própria sorte.

Reconhece-se, portanto, que o acesso à justiça não é só uma questão jurídico-formal, mas também um problema econômico, social e organizacional. Sua concretização

⁸²⁴CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 12.

⁸²⁵“A questão da assistência judiciária parece-me prioritária. A ajuda legal, que deve assegurar condições de acesso ao direito para todos, é uma questão de democracia.” (TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Coord). **Processo penal e direito do homem**: rumo à consciência europeia. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 5).

⁸²⁶Nesse sentido: “Para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 39). “A garantia da tutela jurisdicional somente pode ser, como tal, concretizada se estiver, efetiva e materialmente, ao alcance de todos, sem qualquer exceção.” (TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias, cit., p. 19).

⁸²⁷CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, cit., p. 9.

⁸²⁸Id. *Ibid.*, p. 10.

depende da remoção de uma série de obstáculos.⁸²⁹ Dentro dos estudos do chamado Projeto Florença,⁸³⁰ essencialmente destinado à pesquisa da efetividade da justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth apontam o que denominam de ondas de acesso à justiça, embaraços concretos que devem, então, ser superados para que se possa falar em efetivo acesso à justiça. São estes: a) assistência judiciária aos mais pobres; b) representação dos interesses difusos; e c) mecanismos de soluções alternativas e extrajudiciais de conflitos.⁸³¹

A solução definitiva do acesso à justiça depende da criação de condições econômicas e sociais indispensáveis ao gozo de direitos humanos e fundamentais. Um processo justo e um sistema judicial de solução justa de conflitos de interesses somente poderia existir em uma ordem social justa.⁸³² No entanto, enquanto essa sociedade ideal permanecer no plano da abstração utópica, em grande parte oferecem-se soluções jurídicas para problemas não exclusivamente jurídicos, com a expectativa de que sejam úteis no curto prazo.⁸³³

Dentre as soluções convencionais de acesso à justiça, tem-se como mais básico direito o oferecimento de serviços de assistência jurídica aos necessitados pelo poder público. Trata-se da acessibilidade técnica, isto é, da representação por um defensor “dotado de conhecimento técnico especializado, e que, com sua inteligência e domínio dos mecanismos procedimentais, lhe propicie a tutela de seu interesse ou determine o estabelecimento ou o restabelecimento do equilíbrio do contraditório.”⁸³⁴ No Brasil, por

⁸²⁹PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**, cit., p. 187.

⁸³⁰Sobre o chamado Projeto Florença: “A concepção da justiça, em várias modalidades e em diversos arranjos institucionais, cristalizou-se com o surgimento do Projeto Florença. Esse projeto foi patrocinado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Ministério da Educação italianos, sob a direção de Mauro Cappelletti, um estudioso de vasta imaginação e energia empreendedora. A obra do Projeto Florença está corporificada na massiva série de diversos volumes denominada Acesso à Justiça, publicada em 1978 e 1979, e em uma pequena biblioteca de volumes satélites e artigos jurídicos. Tendo como base programas e experimentos em muitos locais, o Projeto Florença codificou uma noção ampliada de acesso que supera a representação por advogados e a visão das cortes como o lugar de busca pela justiça.” (GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco et al. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 38-39, jan./jun. 2015).

⁸³¹Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, cit., p. 31-73.

⁸³²PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal: direito fundamental do cidadão**, cit., p. 189. Ainda, sobre as mesmas razões: BECKER, L. A. **Qual é o jogo do processo?**, cit., p.41-42.

⁸³³GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão, cit., p. 43.

⁸³⁴TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias**, cit., p. 23.

opção do constituinte, essa função é exercida pela Defensoria Pública, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado.⁸³⁵

Evidentemente, a acessibilidade técnica não contém somente o ingresso em juízo. Por certo, o acesso à justiça não se esgota no acesso aos Tribunais. É essencial que ao indivíduo seja proporcionado além do aconselhamento e orientação judicial e extrajudicial, o conhecimento de seus direitos para que possa defender-se autonomamente quando necessário.⁸³⁶ De outra forma, o acesso à justiça não seria um direito em direção à emancipação social, mas sim a criação de maiores vínculos de dependência do indivíduo para com o Estado.⁸³⁷

É nesse sentido que a Lei Complementar n. 80/94, que prescreve normas gerais para a organização das Defensorias Públicas, em seu art. 4º, I e III, dispõe serem funções institucionais das Defensorias Públicas a orientação jurídica e defesa dos necessitados, em todos os graus, bem como a promoção da difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico. Veja-se que, quanto à conscientização, ou educação em direitos, essa deve ser a mais ampla possível, visando não apenas o conhecimento do direito, mas a própria independência do indivíduo. Pretende-se que as pessoas aprendam a resolver seus próprios conflitos de forma racional, sem a necessária intervenção do Estado a todo momento.⁸³⁸

⁸³⁵Constituição Federal. “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”

⁸³⁶TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias, cit., p. 25-26. Igualmente: CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México, cit., p. 100.

⁸³⁷Nesse sentido: “A revolução democrática da justiça exige a criação de uma outra cultura de consulta jurídica e de assistência e patrocínio judiciário em que as defensorias públicas terão um papel muito relevante. No Brasil, as defensorias públicas estão constituídas como instituições essenciais à administração da justiça, tendo como principal objectivo a orientação jurídica e a defesa da população mais carenciada. A assistência jurídica prestada é judicial e extrajudicial, integral e gratuita. A constituição de 1988 previu a defensoria pública no âmbito dos estados, do Distrito Federal e da União. A importância do papel a ser desempenhado pelas defensorias públicas foi igualmente reconhecida pela reforma constitucional do judiciário que aprovou, na Emenda nº 45, a autonomia funcional, administrativa e financeira das defensorias públicas estaduais.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 53). Trata-se de característica do modelo público de assistência jurídica, em que advogados públicos são concursados e remunerados pelo Estado: “Contrariamente aos sistemas judicare existentes, no entanto, esse sistema tende a ser caracterizado por grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, cit., p. 40).

⁸³⁸Nesse sentido, “a educação em direitos não deve se limitar a ter conteúdo de exposição literal da Constituição e das leis para o conhecimento da população, ainda que isso seja feito mediante uma linguagem adequada. Quando a lei for injusta ou mesmo conservadora, cabe ao defensor público refletir

Não basta, ainda, a acessibilidade técnica em quaisquer de suas dimensões. A cláusula de acesso à justiça depende da existência de instrumento apropriado para viabilização da adequada tutela do direito discutido. No âmbito judicial, o processo deve ser método que traduza eficaz acesso à justiça, permitindo às partes que ofereçam suas demandas e defesas. De outro modo, não representaria a obtenção de uma tutela jurisdicional satisfatória.⁸³⁹

Há íntima conexão com a defesa efetiva e com o contraditório, pois não se esgota na provocação do Poder Judiciário, mas exige a plena oportunidade de expor suas razões e influir na convicção judicial.⁸⁴⁰ Assim, além da acessibilidade técnica e remoção de todos os impedimentos de ordem material que signifiquem obstáculo, há a obrigação positiva estatal no oferecimento de remédios, procedimentos e garantias adequadas para o acesso à justiça e defesa de direitos.⁸⁴¹

junto à população se não seria o caso de revê-la, seja no plano político ou judicial, ou seja, mobilização social que se vale das regras do jogo democrático. Educar em direitos significa educar as pessoas para que saibam e tentem resolver racionalmente seus conflitos, inclusive em situações de violação de direitos humanos, evitando-se a justiça com as próprias mãos”. (REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em direitos e Defensoria Pública: reflexões a partir da Lei Complementar n. 132/09. In: RE, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Orgs.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 1 p. 724).

⁸³⁹Assim: “Para conferir ao processo a natureza de instrumento eficaz de acesso à justiça, não basta o assegurar o ingresso em juízo, isto é, a mera possibilidade de utilização desse método de solução de litígios. Exige-se a viabilização de determinado resultado, representado pela efetividade da proteção judicial, com a consequente manutenção do ordenamento constitucional e infraconstitucional.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo, cit., p. 61). “Assim, não basta ressaltar o direito do acesso à Justiça, segundo o qual o particular pode, em se sentindo agravado nos seus direitos, postular perante o Judiciário a correção da ilegalidade administrativa, ou eventual indenização respectiva. É preciso que a atividade estatal restritiva de direitos fundamentais atue de forma a resguardar o núcleo essencial do direito tutelado, sendo norteada pelo devido processo legal substantivo, o qual se faz atuar por meio dos preceitos de razoabilidade e proporcionalidade.” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**, cit., p. 218).

⁸⁴⁰Nesse sentido: “A garantia do acesso à Justiça não se esgota no direito de provocar o exercício da função jurisdicional, mas abrange também o direito de defesa, ou seja, o direito de ser ouvido e de influir na atividade jurisdicional por parte daquele em face do qual foi ela desencadeada.” (GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**, cit., p. 372).

⁸⁴¹Sobre a extensão da obrigação Estatal de garantir acesso à justiça, seja pela remoção de obstáculos, seja pelo oferecimento de mecanismos processuais adequados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já teve a oportunidade de se pronunciar: “49. The Inter-American Court has held that within the general obligations of States is a positive duty to guarantee the rights of all individuals within their jurisdiction. This includes the duty: to take all necessary measures to remove any impediments which might exist that would prevent individuals from enjoying the rights the Convention guarantees. Any state which tolerates circumstances or conditions that prevent individuals from having recourse to the legal remedies designed to protect their rights is consequently in violation of Article 1(1) of the Convention [...]95 . 50. Under Article 8(1) of the Convention: Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature. This provision of the Convention upholds the right of access to the courts. It follows from this provision that States shall not obstruct persons who turn to judges or the courts to have their rights determined or protected. Any domestic law or measure that imposes

Em síntese, o acesso à justiça é uma ideia central de efetivação do devido processo, vinculado à conjugação de todos os princípios e garantias que compõem esse. Com sua concretização, “(a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.”⁸⁴²

3.10 Motivação das decisões penais

A Constituição Federal de 1988 disciplina a exigência da motivação das decisões judiciais em seu art. 93, IX, ao dispor que “ todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Seu descumprimento importa sempre nulidade absoluta, conforme o próprio ditame constitucional.

A motivação consiste, em essência, na expressão dos fundamentos do ato decisório. Contudo, não se resume à mera explicitação do *iter* do raciocínio judiciário ou à simples referência às premissas de fato e de direito que culminaram no ato decisório. Em verdade, tem natureza de discurso justificativo da decisão judicial. Isso significa, trata-se de um procedimento argumentativo cujo objetivo é convencer da correção da decisão judicial.⁸⁴³

costs or in any other way obstructs individuals’ access to the courts and that is not warranted by what is reasonably needed for the administration of justice must be regarded as contrary to Article 8(1) of the Convention. 51. Article 25 of the Convention states the following: Everyone has the right to simple and prompt recourse, or any other effective recourse, to a competent court or tribunal for protection against acts that violate his fundamental rights recognized by the constitution or laws of the state concerned or by this Convention, even though such violation may have been committed by persons acting in the course of their official duties. 52. Article 25 of the Convention also upholds the right of access to the courts. When examining Article 25 of the Convention, the Court has written that it establishes the obligation of the States to offer, to all persons under their jurisdiction, effective legal remedy against acts that violate their fundamental rights. It also establishes that the right protected therein applies not only to rights included in the Convention, but also to those recognized by the Constitution or the law.” (INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. IDH. **Case of Cantos v. Argentina**. Judgment of November 28, 2002. Série C, n. 97. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_ing.pdf. Acesso em: 20 mar. 2017).

⁸⁴²CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**, cit., p. 40.

⁸⁴³GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 96-97.

Motivar significa justificar, racionalmente, as escolhas do julgador, e não se confunde com a descrição de um raciocínio.

Enquanto garantia, a motivação das decisões judiciais tem dupla finalidade, encerrando aspectos internos e externos. Em sua dimensão interna ou endoprocessual, a motivação é uma garantia das partes. Permite que os sujeitos parciais conheçam das razões de decidir e formulem, eventualmente, sua impugnação. Além do prisma técnico-processual, é também uma “garantia de natureza cognitiva e não potestativa do julgamento penal, vinculando-o, quanto ao direito, à estrita legalidade e, quanto aos fatos, à prova da hipótese acusatória.”⁸⁴⁴ Nessa medida, afasta em parte a natural influência de fatores emotivos e ideológicos sobre o julgador.

Em sua extensão externa ou extraprocessual, revela-se garantia de natureza político-axiológica. O discurso justificador “confere ‘transparência’ à decisão judicial, permitindo um controle generalizado e difuso sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça. Sob este aspecto, não é uma garantia exclusiva das partes, ou de seus advogados, ou mesmo dos juízes, mas principalmente da opinião pública.”⁸⁴⁵ Aqui, não é supérfluo recordar que a legitimidade do exercício da atividade jurisdicional em um regime democrático deriva do modo pelo qual é exercida sua função.⁸⁴⁶

Três são os requisitos indispensáveis que compõem a estrutura da motivação. Primeiro, tem-se o dever de o julgador evidenciar e justificar a análise dos fatos, a escolha das regras jurídicas aplicáveis, sua interpretação e as consequências jurídicas dela decorrentes. Após, exige-se a explicitação dos nexos de implicação e consonância entre tais escolhas. E, por fim, há a necessidade de consideração dos argumentos e provas trazidos aos autos.⁸⁴⁷

Dada a circularidade e indivisibilidade das garantias processuais, a motivação relaciona-se intimamente com outras garantias, o que compõe sua própria estrutura. Assim, é compreendida à luz do contraditório que as atividades e os dados trazidos pelas partes devem ser efetivamente considerados pelo juiz no momento da decisão.⁸⁴⁸ Igualmente, a

⁸⁴⁴GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 82.

⁸⁴⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 65-66.

⁸⁴⁶GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 67.

⁸⁴⁷GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 201.

⁸⁴⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 20. Nesse mesmo sentido: “Não há dúvida de que as teses levantadas pelas partes em suas alegações devem, necessariamente, ser analisadas. Se, na sentença, o magistrado deixa de apreciar questão suscitada pela parte, ocorrerá nulidade absoluta do ato, por falta de motivação. Mister, ainda, que a análise da questão seja feita na profundidade exigível em face da maior ou menor complexidade da matéria apreciada.” (FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 130).

motivação é condição de concretização da garantia da imparcialidade do julgador, impedindo escolhas exclusivamente subjetivas, de modo que somente sejam considerados dados objetivos no *iter* decisório.⁸⁴⁹

Significativo ainda considerar que o novo Código de Processo Civil traz em seu art. 489, §1º, rol de hipóteses que representam ausência de motivação, portanto, ensejadoras de nulidade absoluta. Assim, dispõe que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”.

Evidente que, até mesmo em razão da relevância dos bens jurídicos tutelados, tais hipóteses devam ser transpostas ao processo penal, prestando-se ao balizamento da motivação da decisão penal.

3.11 Razoável duração do processo penal

A razoável duração do processo foi acolhida em nosso ordenamento jurídico inicialmente pelo art. 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Posteriormente, foi elevada a patamar constitucional pela Emenda Constitucional nº. 45/04, que incluiu o art. 5º, LXXVIII, à Constituição Federal.

Seu fundamento reside na interação entre processo e tempo. Conforme Alberto Silva Franco, “o processo traduz-se num sequenciamento de atos que consomem tempo. Nas várias fases sucessivas em que se desdobra o processo, isto é, desde a sua proposição

⁸⁴⁹GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 83.

até seu desfecho, há, sem dúvida, tempo transcorrido. Processo e tempo apresentam-se, portanto, como termos que se interpenetram, que se correlacionam intimamente.”⁸⁵⁰

Nessa relação, a demora na conclusão do processo cria uma situação de instabilidade jurídica entre as partes, incompatível com a própria noção de segurança jurídica.⁸⁵¹ Não por outra razão, diz-se que quanto maior o lapso temporal entre o fato e a decisão judicial, menor é a confiança em sua justiça.⁸⁵² E, no processo penal, a condição de incerteza provocada pela demora é tanto mais aflitiva, em razão de eventual medida cautelar, pessoal ou real, decretada contra o acusado, ou mesmo diante de seu direito de liberar-se da imputação.⁸⁵³ Eventual excesso contrasta com a própria presunção de inocência.⁸⁵⁴

Embora seja uma garantia processual, o prazo razoável não encontra limite expresso no ordenamento positivo. Não há regulação da matéria que determine um prazo máximo, fixo, para a conclusão do processo. Na doutrina, é habitual referir-se a tal fenômeno como “doutrina do não-prazo”.⁸⁵⁵

Nesses termos, o processo no prazo razoável baliza-se pela proporcionalidade. Deve contemplar uma instrução adequada e o exercício das demais garantias processuais. Assim, somente pode significar “um processo que, naturalmente, deverá durar algum tempo, mas que não pode ter uma demora exagerada, causada por dilações indevidas e injustificadas.”⁸⁵⁶ A dilação do processo, em especial em sua fase instrutória ou no caso da conversão do julgamento em diligência, deve ser alimentada pela necessidade de superação de pontos essenciais para a conclusão da causa.⁸⁵⁷

Ante a ausência de um prazo máximo categórico de duração do processo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

⁸⁵⁰FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 6, jul. 2005.

⁸⁵¹GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, cit., p. 396.

⁸⁵²SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**, cit., p. 42.

⁸⁵³Nesse sentido: “a questão da dilação indevida do processo também deve ser reconhecida quando o imputado está solto, pois ele pode estar livre do cárcere, mas não do estigma e da angústia. É inegável que a submissão ao processo penal autoriza a ingerência estatal sobre toda uma série de direitos fundamentais, para além da liberdade de locomoção, pois autoriza restrições sobre a livre disposição de bens, a privacidade das comunicações, a inviolabilidade do domicílio e a própria dignidade do réu.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 182).

⁸⁵⁴“A presunção de inocência opera, de fato, exatamente no sentido de exigir do Estado um processo o mais célere possível, visto que a própria existência da persecução penal em face do indivíduo já é uma situação desfavorável a seu *status dignitatis*.” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 350-351).

⁸⁵⁵LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 39.

⁸⁵⁶Id. *Ibid.*, p. 44.

⁸⁵⁷ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**, cit., p. 153.

Violado o prazo razoável, as consequências podem ser de ordem compensatória, sancionatória ou mesmo processuais.⁸⁶² Quanto às soluções compensatórias, na órbita cível, caso o indivíduo sofra danos materiais ou morais pela mora na conclusão do processo, terá direito a indenização. O art. 37, §6º, da Constituição Federal impõe ao Estado a responsabilidade civil objetiva pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. No campo penal, é possível que a duração exagerada do processo, pelo seu caráter aflitivo, seja valorada como atenuante inominada, nos termos do art. 66 do Código Penal. As soluções processuais, por sua vez, referem-se a hipóteses de nulidade de atos, reconhecimento de ilegalidade de medida cautelar ou mesmo a extinção do feito. Por fim, as soluções de caráter sancionatório dizem respeito à eventual punição do servidor responsável pela dilação indenvida.

3.12 Segurança jurídica

A segurança jurídica é a garantia sobre a qual se constrói o sistema jurídico ocidental contemporâneo. É a base do Direito enquanto técnica que garante as relações jurídicas e formas de produção características de nossa sociedade, em oposição à concepção do Direito antigo, manifestação do ocasional, tido como arte.⁸⁶³ Sem esse valor fundamental, que deve, evidentemente, ser ponderado e conciliado com outros valores associados à ideia de justiça, sequer pode se falar em Direito.⁸⁶⁴

Na precisa definição de J. J. Gomes Canotilho:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou

⁸⁶²O estudo detalhado das consequências compensatórias, sancionatórias e processuais pelo excesso de prazo pode ser encontrado em: LOPES JR., Aury. A (de)mora jurisdicional no processo penal: o direito a um processo sem dilações indevidas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 81, 2004.

⁸⁶³Conferir: MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 23.

⁸⁶⁴É a lição do jusfilósofo Luís Recaséns Siches: “Entiéndase bien que la seguridad es el valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no puede haber Derecho, pero no es ni el único ni el supremo, pues en el Derecho deben plasmar una serie de valores de rango superior – justicia, utilidad común, etc. Ahora bien, aunque el Derecho se refiera a esos valores y encuentre, además, en ellos su justificación (en la medida en que los realice), no los contiene dentro de su concepto. Pero, en cambio, sí contiene ciertamente en su misma esencia formal la idea de seguridad. Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. Es verdad que, además, el Derecho debe ser justo, servir al bien común, etc. Si no lo hace, será injusto, estará injustificado, representará un malogro. Pero, en cambio, si no representa un orden de seguridad, entonces no hay Derecho de ninguna clase. (...). Así pues, hemos encontrado en la seguridad un sentido funcional del Derecho. Y este sentido funcional es un ingrediente de la esencia de lo jurídico, de su concepto universal.” (RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofía del derecho**. 21. ed. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 224-225).

às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.⁸⁶⁵

Em nosso ordenamento positivo, revela-se principalmente pelo enunciado do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que afirma que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.⁸⁶⁶ Essa regra tem expressivo impacto no direito processual, em especial quanto à coisa julgada, ao formalismo e à flexibilidade do devido procedimento legal e ao direito intertemporal.

No tocante à coisa julgada, não é demais lembrar que não se trata de um dos efeitos da sentença, sendo esses comandos de natureza declaratória, constitutiva ou condenatória, mas refere-se à imutabilidade desses e da própria sentença. Consiste em uma qualidade, um modo de manifestação de seus efeitos, que se tornam imutáveis para as partes adversárias no processo em que proferida a sentença.⁸⁶⁷

É uma garantia fundamental do processo, decorrente do valor fundamental da segurança jurídica, pois “se aquele a quem o juiz atribuiu o pleno gozo de um direito não puder, daí em diante, usufruí-lo plenamente sem ser mais molestado pelo adversário, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos.”⁸⁶⁸ Ademais, “todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.”⁸⁶⁹

No processo penal, a garantia da coisa julgada revela-se também pelo brocardo “ne bis in idem”, projetando efeitos extraprocessuais. Isso é, proíbe-se qualquer juiz de julgar o acusado novamente pelo mesmo fato concreto pelo qual foi responsabilizado, conforme também disposto pelo texto do artigo 8º, n. 4, da Convenção Americana de Direitos Humanos. É interessante aqui pontuar que os limites objetivos da coisa julgada penal cingem-se ao fato principal. Assim, “as circunstâncias do crime, os elementos acessórios e

⁸⁶⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, cit., p. 257.

⁸⁶⁶De alguma forma, em que pese a tripartição formal, o conceito central é o de direito adquirido, nele contempladas as noções de ato jurídico perfeito e de coisa julgada (MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários ao Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 369).

⁸⁶⁷LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 6.

⁸⁶⁸GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, cit., p. 382.

⁸⁶⁹Id. *Ibid.*, p. 382.

os complementares, não influem no fato principal descrito na imputação, pois esta é que constitui a causa de pedir que identifica o pedido acusatório e a ação penal.”⁸⁷⁰ Em verdade, o que identifica efetivamente a ação é a imputação.

Quanto ao devido procedimento legal, é certo que a expressa previsão de regras procedimentais são garantia de segurança e previsibilidade, de modo a permitir o equilibrado gozo de faculdades processuais, cumprimento de ônus e desenvolvimento de estratégias processuais. No entanto, não menos certo é que inexiste razão para que tais regras não sejam alteradas quando não estiverem cumprindo com a sua finalidade. Fala-se, portanto, em adaptabilidade do procedimento, forma de flexibilização “efetivada para adaptar o procedimento às peculiaridades do caso concreto.”⁸⁷¹

A alteração do procedimento somente pela via legislativa abstrata é incompatível com a adaptação a todas as possíveis situações concretas e sua ínsita demora é claro impeditivo à tutela jurisdicional adequada. Portanto, ausente previsão de adequação do rito no plano normativo, não parece haver dúvida de que as variações de rotas procedimentais possam ser determinadas pelo juízo.⁸⁷²

Para a flexibilização judicial do procedimento, sem que ocorra indevida afronta à garantia da segurança jurídica, Fernando Gajardoni arrola três requisitos essenciais, quais sejam: a) finalidade, adaptação do rito às peculiaridades do caso concreto; b) contraditório útil (conhecimento participação e influência); c) motivação na decisão que determinar a adaptação, demonstrando a adequação da medida adotada.⁸⁷³

Por fim, em relação ao direito intertemporal, três são os sistemas apresentados para solução de conflito normativo no tempo. São eles o sistema da unidade processual, pelo qual todo o processo rege-se pela norma vigente quando de sua instauração, o sistema das fases processuais, em que se aplica a lei em vigor no início de cada etapa, e do isolamento dos atos processuais, pelo qual admite-se que cada ato seja regido por uma lei, de modo que a lei nova discipline os atos futuros. Esse último é o sistema adotado tanto pelo Código de Processo Penal quanto pelo Código de Processo Civil.

⁸⁷⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 89.

⁸⁷¹OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo**: da rigidez à flexibilização processual, cit., p. 32.

⁸⁷²GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. 2007. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 101.

⁸⁷³Id. Ibid., p. 103-111.

No entanto, o isolamento dos atos processuais não pode ser pleno.⁸⁷⁴ Alguns problemas concretos, até mesmo em razão do direito processual adquirido, demandam a elaboração de normas de direito transitório,⁸⁷⁵ ou mesmo a flexibilização do sistema no caso concreto. Nesse sentido é o artigo 6º do Decreto-Lei n. 3.931/41, Lei de Introdução ao Código de Processo Penal, que, em exceção ao sistema do isolamento dos atos processuais, determina como regra de direito transitório que as ações penais iniciadas antes da vigência do Código de Processo Penal, em que já se tinha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguiriam, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior.

Outro exemplo comum é a hipótese de superveniência de lei que reduz o prazo recursal na pendência desse ou extingue o cabimento de recurso após a prolação da sentença. Tratando-se de norma que deva ser aplicada de imediato, atingindo inclusive efeitos pendentes de atos pretéritos, haveria de reduzir o prazo recursal ou considerar o não cabimento do recurso. Entretanto, tal encontra óbice no direito processual adquirido. Assim, não obstante o sistema processual adote o *tempus regit actum*, haverá ultra-atividade da lei antiga.⁸⁷⁶

Em suma, um direito processual seguro é aquele em que suas disposições são dotadas de clareza normativa e suas normas são aptas a conferir previsibilidade quanto à forma de tutela de direitos.⁸⁷⁷ Unem-se os valores de racionalidade e direito adquirido, de modo a permitir às partes igualdade para cumprimento de faculdades, ônus e estratégia processual. No entanto, o procedimento previamente previsto em lei tem o dever de segurança em dimensão externa ou segurança pelo processo, ou seja, deve ser mecanismo efetivo para a certeza de aplicação do direito material.⁸⁷⁸ E nessa medida, caso não atenda à sua finalidade ou mesmo se obscura ou omissa sua previsão, caberá ao julgador sua adaptabilidade a partir de outras regras procedimentais existentes em acareação às garantias processuais decorrentes do devido processo legal.

⁸⁷⁴Nesse sentido: “O isolamento dos atos processuais não é pleno. Se é de se reconhecer também os efeitos dos atos praticados sob a égide da lei antiga, quando tais efeitos implicarem, por exemplo, direito adquirido a ser exercido na vigência da lei nova, esta não poderá atingi-lo, naturalmente.” (AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007. p. 21).

⁸⁷⁵Conferir: TUCCI, Rogério Lauria. **Direito intertemporal e a nova codificação processual penal**. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1975. p. 22.

⁸⁷⁶Conferir: BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 109.

⁸⁷⁷OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo**: da rigidez à flexibilização processual, cit., p. 114.

⁸⁷⁸Id. *Ibid.*, p. 116.

PARTE II**A FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA À LUZ DO DEVIDO PROCESSO NO DIREITO
BRASILEIRO**

4. REPARAÇÃO CIVIL PELA INFRAÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO: PERSPECTIVA HISTÓRICA

4.1 Período Imperial: Código Criminal de 1830 e Código de Processo Criminal de 1832

No Brasil, a análise histórica da relação entre a responsabilização civil e a responsabilização penal, entre a indenização civil e a pena crime, somente é oportuna a partir do período imperial, com a promulgação do Código Criminal de 1830 e do Código de Processo Criminal de 1832. As Ordenações do Reino, vigentes no período colonial, pouco elucidaram sobre o tema.

As Ordenações Afonsinas sequer chegaram a influir no Brasil colônia.⁸⁷⁹ As legislações Manuelinas, por sua vez, tiveram alguma aplicação nos agrupamentos localizados na faixa litorânea. Na prática, entretanto, o poder punitivo regeu-se pelo arbítrio dos donatários da capitâneas hereditárias, consubstanciando um direito penal informal e personalista.⁸⁸⁰

Quanto às Ordenações Filipinas, essas vigentes até o advento do Código Criminal de 1830, sem embargo de conter o germe da distinção entre responsabilização civil e penal, tal grau de cientificidade não era, à época, conhecido. Não por outra razão, no texto de tais legislações “as ideias de reparação, pena e multa eram confusas, não visando claramente à indenização.”⁸⁸¹ Não só deixou-se de definir e precisar a separação entre as categorias de ilícito civil e ilícito penal, como também não diferenciou-se essa da noção de pecado.⁸⁸²

Com respeito à legislação em vigor no chamado Brasil holandês, tempo em que determinada parcela do território brasileiro esteve sob domínio da Coroa holandesa, sobretudo correspondente à Capitania de Pernambuco, há absoluta escassez de

⁸⁷⁹PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru-SP: Ed. Jalovi, 1980. p. 7.

⁸⁸⁰Id. *Ibid.*, p. 7. Igualmente: BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**, cit., p. 17.

⁸⁸¹AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente de. **Crime – dano – reparação**, cit., p. 34-35. Quanto à confusão entre as noções de pena civil, pena pecuniária e confisco, conferir exemplos descritos no item 1.2, constante do Capítulo 01 da presente pesquisa.

⁸⁸²PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**, cit., p. 7.

documentos.⁸⁸³ Até mesmo obras voltadas à pesquisa histórica limitam-se ao exame de poucos trabalhos que retratam o período, uma vez que a consulta à legislação vigente não é exequível.⁸⁸⁴ Assim, impossível apurar qual a relação então estabelecida entre responsabilidades civil e penal, não obstante considere-se que à época a ciência jurídica ainda não havia obtido tal patamar de discernimento,⁸⁸⁵ bem como seja característico do sistema holandês a independência entre instâncias.⁸⁸⁶

A perspectiva histórica da reparação civil pelos danos decorrentes da infração penal, portanto, tem início com a promulgação do Código Criminal de 1830. O surgimento deste Código é marcado pelos valores do crescente liberalismo, tais como o princípio da reserva legal, a proibição de açoites e penas cruéis e a abolição da responsabilidade penal por fato alheio.⁸⁸⁷ Axiomas de expressiva significação política e acolhidos pela Constituição Imperial de 1824.⁸⁸⁸

Relativamente à indenização dos danos decorrentes da infração penal, o Código Criminal de 1830 dedicou os artigos 21 a 32 à sua regulamentação. Em síntese, o diploma determinava que a prática do ilícito penal originava a obrigação de reparação civil dos danos ao infrator,⁸⁸⁹ sendo esta a mais completa possível.⁸⁹⁰ Ordenava, igualmente, que tal obrigação seria solidária caso o delito fosse praticado por mais de um agente, bem como a hipoteca legal de seus bens, desde o momento do crime, para garantia do ressarcimento.⁸⁹¹

⁸⁸³PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**, cit., p. 80.

⁸⁸⁴Nesse sentido, Ruy Rebello Pinho afirma, em trabalho destinado à história do direito penal brasileiro, quanto às fontes de dados sobre o processo penal no Brasil holandês, que “não nos foi possível consultar a legislação que vigorou no Brasil holandês. Limitamo-nos a colher dados nas obras que nos pareceram fundamentais (...). Não há, assim, possibilidade de um estudo minucioso do processo penal seguido no Brasil holandês.” (PINHO, Ruy Rebello. **A história do direito penal brasileiro: período colonial**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1973. p. 167).

⁸⁸⁵Conferir item 1.2, constante do Capítulo 01 da presente pesquisa.

⁸⁸⁶Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 261. TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**, cit., v. 3, p. 438. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 220.

⁸⁸⁷BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**, cit., p. 34.

⁸⁸⁸Assim era o texto da Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179: “A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta. (...) XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja.”

⁸⁸⁹“Art. 21. O delinquente satisfará o damno, que causar com o delicto.”

⁸⁹⁰“Art. 22. A satisfação será sempre a mais completa, que fôr possível, sendo no caso de duvida á favor do offendido. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes, e consequencias.”

⁸⁹¹“Art. 27. Quando o crime fôr commettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos, freando porém cada um delles solidariamente obrigado, e para esse fim se haverão por especialmente hypothecados os bens dos delinquentes desde o momento do crime.”

A satisfação do ofendido tinha sempre preferência ao pagamento de multas,⁸⁹² o que denota o delineamento do caráter sancionatório dessas e da natureza reparatória daquela, antes inexistente nas legislações coloniais.

A relevância da tutela dos interesses da vítima pode ainda ser percebida pelo disposto no art. 32 do diploma legal. Conforme a regra, caso o agente infrator não tivesse meios econômicos para a satisfação dos danos provocados, em oito dias, permitia-se sua prisão e a destinação do produto de seu trabalho ao ofendido. O período de segregação prisional haveria de perdurar pelo tempo necessário para ganhar-se o suficiente à reparação.⁸⁹³

Quanto ao sistema adotado, o Código Criminal de 1830 instituiu a separação facultativa.⁸⁹⁴ Definia em seu art. 31 que “a satisfação não terá lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado.” Entretanto, em seus parágrafos, apresentava três ressalvas à regra da união, sendo essas a ausência do delinquente, o falecimento do infrator após a pronúncia e a livre opção do ofendido pela ação civil para satisfação de seus interesses.⁸⁹⁵ É, pois, essa última exceção, constante do terceiro parágrafo do art. 31, que conferia à vítima a preferência pela propositura de ação civil, que permite concluir pela separação facultativa ou livre escolha.⁸⁹⁶

Em 1832, a promulgação do Código de Processo Criminal marcou a ruptura com a ideologia e as formas procedimentais das Ordenações.⁸⁹⁷ Houve verdadeira transposição em direção a um processo penal caracterizado pelas conquistas do iluminismo. Entre seus avanços, destaca-se a atribuição de funções judiciárias em matéria criminal tão somente

⁸⁹²“Art. 30. A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas, a que tambem ficarão hypothecados os bens dos delinquentes, na fórma do art. 27.”

⁸⁹³“Art. 32. Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado a prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação. Esta condemnação porém, ficará sem effeito, logo que o delinquente, ou alguém por elle satisfizer, ou prestar fiança idonea ao pagamento em tempo razoavel, ou o offendido se der por satisfeito.”

⁸⁹⁴ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**, cit., p. 47.

⁸⁹⁵“Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condemnação do delinquente por sentença em juizo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1º O caso da ausencia do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente.”

⁸⁹⁶Ressalva-se, aqui, posições em sentido contrário, entendendo tratar-se de sistema de confusão (cf. AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente de. **Crime – dano – reparação**, cit., p. 40), ou mesmo de adesão obrigatória (cf. FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 162). O caráter facultativo da união, entretanto, é destacado por Alcides Cyrillo ao comentar a pratica judiciária da época: “ Na prática, sem dúvida, o lesado valendo-se do citado §3º, dava preferência à jurisdição civil, para não depender, na afirmação de seu direito, de sentença penal condenatória do acusado como determinava a regra principal do artigo 31. Recorria, assim, a exceção, com ‘preferir usar da ação civil’.” (CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 38).

⁸⁹⁷ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920. v. 1, p. 189-190.

aos juízes e jurados, extinguindo competências jurisdicionais de outras autoridades.⁸⁹⁸ É também perceptível sua evolução técnica, uma vez que, ao adotar uma estrutura processual básica, permitia sua reforma sem qualquer embaraço à coerência sistêmica.⁸⁹⁹

Dispersos pelo Código, uma série de dispositivos foram dedicados à indenização civil e a coordenação entre as jurisdições civil e penal. O art. 135, exemplificativamente, estatuiu que, na fase de formação da culpa, o dano resultante haveria de ser apurado no auto de corpo de delito.⁹⁰⁰ O art. 103, por sua vez, revela que já havia relação entre o valor prestado a título de fiança e eventual indenização decorrente da infração.⁹⁰¹ O art. 290 indicava o meio para liquidação de perdas e danos, no processo penal, quando necessário.⁹⁰²

Ainda de maior expressão são os artigos 79, §2º, 225, 234 e 269. O art. 79, §2º elencava como requisito essencial da denúncia ou queixa o valor provável do dano sofrido.⁹⁰³ O art. 225, por sua vez, determinava aos juízes de paz que decidissem sobre eventual reparação civil quando da condenação criminal.⁹⁰⁴ O art. 234 apenas autorizava a propositura de ação civil contra o acusado, em separado, na hipótese excepcional do art. 233, qual seja, quando se encontrasse ausente do Império ou em lugar não sabido.⁹⁰⁵ O art. 269, ao dispor sobre a quesitação nos crimes de competência do tribunal do júri, determinava a formulação de quesito específico quanto à fixação de indenização em favor da vítima.⁹⁰⁶

Algumas conclusões podem ser extraídas dos preceitos legais destacados. Primeiramente, vê-se que o legislador migrou de um sistema de adesão facultativa, adotado

⁸⁹⁸SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**, cit., p. 12.

⁸⁹⁹PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas, cit., p. 100.

⁹⁰⁰“Art. 135. Este exame será feito por peritos, que tenham conhecimento do objecto, e na sua falta por pessoas de bom senso, nomeadas pelo Juiz de Paz, e por elle juramentadas, para examinarem e descreverem com verdade quanto observarem; e avaliarem o damno resultante do delicto; salvo qualquer juizo definitivo a este respeito.”

⁹⁰¹“Art. 103. Este termo será lavrado em livro para esse fim destinado, e rubricado, d'onde se extrahirá certidão para se ajuntar aos autos. Nelle se declarará que o fiador fica obrigado até a ultima sentença do Tribunal Superior, a pagar certa quantia (que deve ser designada) se o réo fôr condemnado, e fugir antes de ser preso, ou não tiver, a esse tempo, meios para indemnização da parte, e custas.”

⁹⁰²“Art. 290. A liquidação das perdas, e damnos, quando se julgar que tem lugar, será feita por arbitros.”

⁹⁰³“Art. 79. A queixa, ou denuncia deve conter: § 2º O valor provavel do damno soffrido.”

⁹⁰⁴“Art. 225. O Presidente proporá por escripto nos autos as seguintes questões, depois de discutida a materia: § 1º O crime está provado? § 2º O réo é por elle respeitavel? § 3º Que pena se lhe ha de impôr? § 4º Deve indemnização? § 5º Emquanto monta ella?”

⁹⁰⁵“Art. 233. Não será accusado o delinquente, estando ausente fóra do Imperio, ou em lugar não sabido, nos crimes, que admittem fiança. Art. 234. Nos casos do artigo antecedente poderão propôr-se contra o ausente as acções civeis, que competirem, para haver-se a indemnização do damno, que houver causado com o delicto.”

⁹⁰⁶“Art. 269. Achando-se a causa no estado de ser decidida por parecer aos Jurados, que nada mais resta a examinar o Juiz de Direito, resumindo com a maior clareza possivel toda a materia da accusação, e da defesa, e as razões expendidas pró, e contra, proporá por escripto ao Conselho as questões seguintes: § 1º Se existe crime no facto, ou objecto da accusação? § 2º Se o accusado é criminoso? § 3º Em que gráo de culpa tem incorrido? § 4º Se houve reincidencia (se disso se tratar)? § 5º Se ha lugar á indemnização?”

pelo Código Criminal de 1830, para um sistema de cumulação obrigatória. Assim, pois unicamente em situações excepcionais admitia-se a propositura de ação civil, em separado, contra o imputado.

Quanto à procedimentalização, poucos artigos foram dedicados. Percebe-se que o pedido indenizatório haveria, necessariamente, de ser deduzido na acusação formal inicial, pois é catalogado como requisito essencial desta. Observa-se, também, que não obstante tenha adotado o sistema de cumulação de instâncias, o Código de Processo Criminal de 1832 não admite a intervenção da parte civil no processo penal.⁹⁰⁷ Em seu sistema, o pedido reparatório era formulado pelo acusador, fosse esse o lesado ou o Ministério Público.⁹⁰⁸ Não há, também, destaque para a instrução do pedido ressarcitório, senão sua apuração nos autos de corpo de delito, e nem dispositivo específico quanto à fase recursal.

Pouco menos de uma década de vigência do Código de Processo Criminal, o advento da Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841, imprimiu severas modificações no sistema processual penal.⁹⁰⁹ Em contexto conflitivo entre partido liberal e conservador, nasceu pelo influxo das demandas deste, em reação ao liberalismo do diploma processual de 1832.⁹¹⁰ De sentido reacionário, a reforma teve como eixos a centralização, o aparelhamento e atribuição de competências jurisdicionais às autoridades policiais e a extinção do júri de acusação.⁹¹¹

No tocante à indenização civil, a reforma de 1841 inaugura o modelo que irá caracterizar a reparação do dano causado pelo crime no ordenamento jurídico brasileiro.⁹¹²

⁹⁰⁷CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 38.

⁹⁰⁸Conclui no mesmo sentido Ruy Rebello Pinho: “No sistema do Código de processo Criminal de 1832, impunha-se o pedido ao acusador, fosse ele o lesado ou o representante do Ministério Público, e correspondentemente, impunha-se ao juiz perguntar aos jurados se havia dano a indenizar-se e o ‘quantum’ a ele referente.” (PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 79).

⁹⁰⁹Em referência a tais alterações, cf. SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**, cit., p. 12.

⁹¹⁰MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, cit., v. 1, p. 91. Sobre as justificativas da reforma conservadora lançada pela Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841, João Mendes Jr. transcreve em sua obra trechos do discurso do deputado Theodoro Machado, em sessão parlamentar datada de 13 de agosto de 1870: “O Código de Processo, em suas disposições dominantes, resentia-se da idéias democraticas e descentralisadoras do mais adiantado liberalismo, sendo caracteristico do novo regimen, nesse codigo estabelecido, - a policia electiva, a preponderancia do elemento popular na escolha dos juizes municipaes, em suma, a expansão do elemento local, sem sujeição a algum ponto de unidade (...). Infelizmente, senhores, esta organização, impropria para as circumstancias, em pouco tempo mostrou seus funestos effeitos. Era um salto que demos, passando do regimen da Ordenação do Livro Quinto para o de tão libérrima lei, salto contra natureza das cousas, porque na ordem moral, como na ordem physica, não se caminha abruptamente. Pouco tempo depois, todos os ministros da justiça, em seus relatorios, insistiam pela urgente necessidade da reforma do Código de Processo. A anarchia lavrara por todo o paiz (...).” (ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**, cit., v. 1, p. 216).

⁹¹¹PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**, cit., p. 137 e p. 140-143.

⁹¹²PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 80.

Seu art. 68 dispôs que “a indenização, em todos os casos, será pedida por ação cível, ficando revogado o art. 31 do Código Criminal, e o § 5º do art. 269 do Código do Processo. Não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, e sobre quem seja seu autor quando estas questões se acharem decididas no crime.”

Migrou-se de um sistema de adesão obrigatória para um modelo de independência de instâncias, ainda vigente em suas linhas gerais.⁹¹³ A ação civil ficou relegada ao plano da jurisdição civil.⁹¹⁴ A destacada regra de harmonização foi instituída a fim de garantir coerência entre os provimentos jurisdicionais. Embora a propositura de ações seja autônoma, são reconhecidos os efeitos civis da sentença penal. Ao estender a autoridade de coisa julgada à materialidade do fato e à autoria delitiva, impede-se sua rediscussão perante o juízo cível.⁹¹⁵

A reestruturação processual de 1841 é de grande impacto à matéria da reparação pelos danos civis decorrentes da infração penal. A solução então apresentada pelo legislador, qual seja, um sistema de independência de instâncias na qual se reconhece certa preponderância da decisão penal,⁹¹⁶ marcará todo o histórico processual brasileiro. Em linhas gerais, esse é o modelo que perdura desde então.

Após, seguiu-se uma verdadeira remodelação processual promovida pela Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto n. 4.824 do mesmo ano. Inaugura-se uma nova etapa da história do direito processual, “pois sobre eles estruturou-se o processo penal de durante grande parte do período republicano, principalmente nas unidades federativas, que, como São Paulo, preferiram permanecer com a legislação do Império, procedendo apenas a algumas reformas, nem sempre muito substanciais.”⁹¹⁷

⁹¹³Alcides Cyrillo destaca que um dos fundamentos da opção pelo modelo de separação de instâncias consiste na ausência de estruturação do Ministério Público, à época. Cf. CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 39.

⁹¹⁴Conforme doutrina contemporânea à legislação em comento, “a ação civil não pode acumular-se com a criminal, pois aquela deve sempre propor-se em separado.” (RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Elementos do processo criminal**. São Paulo: Typographia Dous de Dezembro, 1856. p. 48).

⁹¹⁵“O artigo 68 da citada lei nº 261 dispunha, em sua segunda parte: ‘não se poderá porém questionar mais sobre a existência do fato e sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime’. Assim dispondo, o legislador do Império não subordinou a ação civil à penal, mas – e a explicação não demanda grande dificuldade - criou um princípio de harmonia entre as duas relações jurídicas geradas do crime, ao impedir que estando decididas judiciariamente a existência do fato e a autoria não se renovem tais questões no cível. Coordenando nesse ponto as duas ações, objetivou evitar decisões contraditórias.” (CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 40).

⁹¹⁶Antônio Luiz da Câmara Leal afirma tratar-se de influência predominante do julgamento criminal sobre o civil. Cf. LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 171.

⁹¹⁷PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**, cit., p. 137 e p. 151.

A Lei n. 2.033/71 atendeu a anseios e demandas dos liberais, que consideravam a Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841, extremamente centralizadora e autoritária.⁹¹⁸ Seus principais dispositivos referem-se, à organização judiciária. Dentre eles, há redução das competências jurisdicionais dos chefes de polícia, vedando-lhes o julgamento em qualquer hipótese, a regulamentação da competência dos juízes de direito e a criação do inquérito policial. No tocante à reparação civil, entretanto, a reforma de 1871 não apresentou novidade.

4.2 O início do Período Republicano: o Código Penal de 1890 e o Código Civil de 1916

A Proclamação da República trouxe consigo uma profusão de diplomas legislativos.⁹¹⁹ Dentre esses, apesar de não representarem novidade quanto ao modelo de independência vigente desde o Império,⁹²⁰ destacam-se o Código Penal de 1890 e o Código Civil de 1916.

O Código Penal de 1890⁹²¹ dedicou à reparação somente seus artigos 31, 69, “b” e 70. Conforme art. 31, “a isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil”, o que denota a opção legislativa pela manutenção do modelo de separação de instâncias.⁹²² O art. 69, “b”, por sua vez, assentava que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória teria como efeito a obrigação de indenizar o dano, mitigando a independência entre planos civil e penal nos moldes já conhecidos. Por fim, o art. 70 impunha que “a obrigação de indenizar o dano será regulada segundo o direito civil”.

⁹¹⁸PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**, cit., p. 145.

⁹¹⁹Cf. Id. *Ibid.*, p. 160.

⁹²⁰Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. Delito e reparação do dano, no anteprojeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 67, p. 93-114, 1972. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66645/69255>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

⁹²¹Inúmeras foram as críticas dirigidas ao Código Penal de 1890. Segundo Aníbal Bruno, “o primeiro Código Penal da República foi menos feliz do que o seu antecessor. A pressa com que foi concluído prejudicou-o em mais de um ponto, e nele a crítica pode assinalar, fundadamente, graves defeitos, embora muitas vezes com excesso de severidade. Não tardou a impor-se a idéia da sua reforma, e menos de três anos depois da sua entrada em vigor já aparecia o primeiro projeto de Código para substituí-lo.” (BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**, cit., v. 1, p. 180). Entretanto, sob a perspectiva criminológica, assinala Nilo Batista que “o desprestígio do código penal de 1890 proveio de seu fracasso na programação criminalizante dos alvos sociais do sistema penal da Primeira República, fracasso diretamente ligado à circunstância de não passar ele de um decalque alterado do diploma anterior. Uma boa prova dessa deficiência - muito mais política do que técnica - do código de 1890 está no fato de que a criminalização daqueles alvos sociais - imigrantes indesejáveis, anarquistas, prostitutas e cáftens etc - foi empreendida através de leis extravagantes, ou de leis que alteravam o texto original do código. Não por acaso, essa profusão de leis - em paralelo à profusão de anteprojeto de códigos que substituísssem o de 1890 - culminaria por uma Consolidação das Leis Penais.” (BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**, cit., p. 69).

⁹²²LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**, cit., p. 173.

O Código Civil de 1916 reafirmou a relativa dependência do julgamento civil ao julgamento criminal, conquanto adotado o sistema de separação. Assim, prescrevia em seu artigo 1.525: “a responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime.”

Manteve-se, dessa forma, a doutrina da independência entre o exercício das pretensões decorrentes da infração penal e, simultaneamente, a subordinação parcial da decisão civil à decisão penal, ao menos quanto ao fato e sua autoria.

4.3 Códigos de Processo Penal Estaduais

A promulgação da primeira Constituição republicana, em 1891, teve como inspiração o modelo norte-americano, de modo que consagrou uma república federativa de ideologia liberal.⁹²³ Adotou-se a forma federativa de Estado, caracterizada pela autonomia de Estados membros que se relacionam entre si e com o poder central,⁹²⁴ sendo este relacionamento estabelecido conforme a estruturação e a repartição de competências constitucionalmente definidas.⁹²⁵

Correlata a essa autonomia é a autorização, por vezes tácita, para exercício de atribuições próprias, sem vínculo de subordinação à vontade central. Por conseguinte, reflexo da Carta política de 1891 é a quebra da unidade do direito processual pátrio, por meio do reconhecimento de competência aos Estados membros para legislarem sobre direito processual.⁹²⁶ Esse reconhecimento, entretanto, fez-se de forma implícita, decorrente de regra geral de interpretação⁹²⁷ a partir do disposto no art. 34, §23º da Constituição.⁹²⁸

⁹²³FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2008. p. 249.

⁹²⁴“Proclamada a República em 15 de Novembro de 1889, cada uma das províncias passou a constituir um Estado federado e o antigo município neutro constituiu o districto federal, cada um com administração autonómica, devendo cada Estado reger-se pela constituição e leis que adoptar, respeitando os princípios constitucionaes da União.” (ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**, cit., v. 1, p. 231).

⁹²⁵Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. In: BASTOS, Celso (Coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 40.

⁹²⁶MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 1, p. 102. PINHO, Ruy Rebello. **A história do direito penal brasileiro: período colonial**, cit., p. 82.

⁹²⁷“(…) em 1889 foi proclamada a República Federativa, cuja constituição trouxe a dualidade das jurisdições, federal e estaduais, investidos ainda os Estados, segundo geral interpretação, si bem que não encontro apoio no texto constitucional, do direito de legislar sobre materia estrictamente processual.” (SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**, cit., p. 13).

⁹²⁸“Art 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;”

Diante do permissivo constitucional, alguns Estados membros apressaram-se em elaborar códigos processuais penais próprios.⁹²⁹ Outros, entretanto, “jamais elaboraram um Código de Processo Penal – por exemplo, o de São Paulo, que se deixou ficar no projeto -, limitando-se a guardar a legislação imperial com algumas modificações.”⁹³⁰ Dentre os Códigos processuais estaduais então aprovados, somente os Códigos do Rio Grande do Sul e do Distrito Federal fogem ao sistema geral de reparação de danos pela infração penal.⁹³¹

Promulgado em 1898, o Código Processual Penal do Rio Grande do Sul adotou o sistema da adesão facultativa.⁹³² Em seu artigo 8º estabelecia que “a ação penal tem por acessório a satisfação do dano resultante da infração penal, salvo renúncia expressa da parte ofendida.” Em seu art. 9º aduzia que “a parte ofendida pode também obter a satisfação do dano, independentemente da ação penal, se preferir usar da ação civil.” Todavia, em seu art. 10 dispunha que “a ação civil depende da decisão da ação penal quando é intentada antes ou ao mesmo tempo que esta.” Por fim, seu art. 11 determinava que “o julgamento da ação penal prejudica a ação civil, quando dele ficar excluída a existência do fato ou da autoria ou cumplicidade, ou quando o fato for justificado.”

Trata-se de modelo de adesão facultativa, cabendo ao ofendido a livre escolha, ou mesmo a renúncia, para a melhor proteção de seus interesses civis. Conquanto tenha se adotado tal sistema, admitindo a acumulação da pretensão reparatória no processo penal, o Código não distinguia a figura da parte civil no processo penal. O lesado tem assegurado seu direito de opção, mas não se habilita no processo penal como parte civil propriamente dita.⁹³³

Enfatiza-se, ainda, a regra do art. 11 do diploma processual penal rio-grandense. Tal qual representativo dos modelos de livre escolha, impôs-se a proeminência do julgado criminal sobre o civil, isto é, o reconhecimento da autoridade da coisa julgada penal em relação à jurisdição civil. Entretanto, a norma realçada não se referia exclusivamente à existência ou à inexistência do fato criminoso e sua autoria, mas também estatuiu que o julgamento criminal prejudicaria a ação civil quando o fato fosse justificado. Essa disposição

⁹²⁹PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal**: evolução histórica e fontes legislativas, cit., p. 161.

⁹³⁰PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial**: perspectivas para o futuro. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

⁹³¹FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 163.

⁹³²ASSIS, Araken de. Eficácia civil da sentença penal condenatória no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 114, abr./jun./1993.

⁹³³CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 79.

foi alvo de graves críticas doutrinárias naquele tempo, uma vez que nem toda justificativa de um fato criminal é apta a impedir a satisfação de prejuízos de natureza cível.⁹³⁴

O Código de Processo Penal do Distrito Federal, promulgado em 1925, por sua vez, regulamentou a matéria em seus artigos 29 a 41, sendo esse último dispositivo posteriormente revogado pelo Decreto Lei n. 167/38. Em linhas gerais, instituiu-se o sistema da livre escolha, mediante habilitação do ofendido como parte civil no processo penal. Nesse sentido, seu artigo 30 explicitava que “independentemente de ação civil, a pessoa lesada pela infração penal, seu representante, ou herdeiro, pode requerer a reparação do dano, derivado da infração, no mesmo processo da ação penal e conjuntamente com esta.” Já o texto de seu artigo 33 dispunha que “nos crimes de acção publica, a ação civil, para satisfação do dano causado pela infração, intentada antes da ação penal, pode ser transportada para o processo criminal, se ainda não tiver entrado este no período probatório. O uso desta faculdade importa em renúncia à jurisdição civil, relativamente ao mesmo objecto.”

Mais generoso quanto à procedimentalização, o Código de Processo Penal do Distrito Federal exigia o pedido de habilitação do interessado para constituir-se como parte civil no processo penal. O requisito desse pedido era a indicação do valor estimado do dano e sua origem (art. 37).⁹³⁵ Quanto ao momento de sua postulação, tal somente era lícito se formulado antes do início da fase instrutória, garantindo-se imediato conhecimento ao imputado (art. 37, §1º).⁹³⁶ Permitia-se, também, a desistência do pedido cível antes de proferida a sentença criminal (art. 37, §3º).⁹³⁷

A parte civil deveria ser intimada para todos os atos do processo, sendo-lhe facultado propor meios de prova para a verificação dos fatos e determinação dos danos. Não comparecendo quando intimada, considerava-se perempta sua ação (art. 38).⁹³⁸ Reconhecia-se-lhe, igualmente, vista dos autos após encerramento da instrução, para

⁹³⁴CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**, cit., p. 80. Nesse ponto, ressalva-se que o atual Código Civil dispõe, em seu art. 929, que na hipótese de estado de necessidade, se a pessoa lesada não provocar a situação ensejadora de perigo, assistir-lhe-á o direito à indenização pelo prejuízo que sofrer.

⁹³⁵“Art. 37. A pessoa, que se quiser constituir parte civil, deverá requerer ao juiz do processo criminal que a admita a intervir no mesmo processo, declarando o valor estimativo do dano e a sua origem. O juiz a admitirá ou não, depois de ouvido o Ministério Público, não cabendo dessa decisão recurso de qualquer espécie.”

⁹³⁶“§1º. A constituição da parte civil só é admissível antes de se iniciar o período probatório, dando-se do facto imediato conhecimento ao acusado.”

⁹³⁷“§3º. A parte civil é permitido desistir do seu pedido antes de ser proferida sentença no processo criminal.”

⁹³⁸“Art. 38. A parte civil deve ser intimada para todos os termos do processo, sendo-lhe facultado propor meios de prova, para verificação dos factos e determinação dos danos. Se não comparecer a qualquer dos termos do processo ou do julgamento, quando intimada, a sua acção se considerará perempta, respondendo por todas as custas e despesas a que tiver dado causa.”

apresentação de alegações finais, sustentar suas razões em debates orais, bem como direito recursal quando não reconhecido seu direito à reparação (art. 39).⁹³⁹

Quanto à autoridade da coisa julgada criminal sobre a jurisdição cível, sempre presente nos diplomas processuais penais brasileiros, seu art. 35 estipulava que “a sentença de condenação, proferida pelo juiz criminal, desde que se torne irrevogável, terá força de coisa julgada quanto à existência do fato e o título da indenização, podendo, porém, o juiz do cível, na execução, conhecer dos danos posteriores à sentença.”

Ruy Sérgio Rebello Pinho aponta que no período em que vigentes os Códigos de Processo estaduais, diversos foram os projetos de leis destinados à regulamentação da satisfação dos danos emergentes da infração penal. Dentre eles, indica-se o projeto de João Vieira de Araújo, de 1889, o projeto de Galdino de Siqueira, de 1913 e o projeto de Virgílio de Sá Pereira de 1928. Não obstante apresentassem aspectos interessantes quanto à harmonização dos planos civil e penal, nenhum destes chegou a vigorar.⁹⁴⁰

Por fim, também merece referência o anteprojeto de Código de Processo Penal de 1935. Em virtude da Constituição Federal de 1934, que novamente unificara o processo em âmbito nacional, o professor Vicente Ráo, na época à frente do Ministério da Justiça, foi encarregado de confeccionar projeto de Código de Processo Penal para vigência e aplicação em todo o território brasileiro.⁹⁴¹ Entretanto, “a Constituição promulgada com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, impediu que a aprovação e discussão do projeto Vicente Ráo fossem levadas avante.”⁹⁴²

Dentre as novidades apresentadas pelo projeto destacava-se a sustação do processo civil enquanto não transitado em julgado o provimento criminal (art. 152),⁹⁴³ a restituição de coisas no próprio processo penal (art. 153)⁹⁴⁴ e a intervenção do responsável civil como assistente do acusado, para defesa de seus interesses patrimoniais (art. 158).⁹⁴⁵

⁹³⁹“Art. 39. A parte civil é facultado obter vista dos autos, depois de encerrada a instrução do processo, para sustentar o seu direito, appellar da sentença, sómente quando esta não lhe reconheça o direito á indemnização ou restituição, e sustentar as suas conclusões no debate oral.”

⁹⁴⁰O detalhamento dos projetos referidos pode ser consultado em PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 83-85.

⁹⁴¹MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 1, p. 103.

⁹⁴²Id. Ibid., p. 104.

⁹⁴³“Art. 152. A ação para reparação do dano será intentada no Juízo cível, mas terá sustado o seu curso enquanto não houver pronunciamento irrecorrível sobre a ação penal, já iniciada ou intercorrentemente promovida.”

⁹⁴⁴“Art. 153. A restituição das coisas de que o réu se haja apoderado indevidamente poderá ser ordenada pelo Juiz quando tiver elementos nos autos da ação penal.”

⁹⁴⁵“Art. 158. O responsável civil pelo fato do réu pode intervir como assistente deste. § 1.º No caso de já ter falecido o responsável civil, poderão intervir os seus sucessores. § 2.º O responsável civil tem os mesmos direitos e garantias assegurados ao acusado.”

4.4 Código de Penal de 1940

Durante o regime do chamado Estado Novo⁹⁴⁶, por meio do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, foi promulgado o Código Penal ainda vigente. Seu nascimento decorre de projeto elaborado por Alcântara Machado. Substancialmente modificado em sua revisão, Francisco Campos afirma, na exposição de motivos do Código Penal, que “da revisão nasceu um novo projeto. Não foi este o propósito inicial (...) nasceu, naturalmente, à medida que foi progredindo o trabalho de revisão.”⁹⁴⁷

Característica do Código Penal de 1940 é, segundo Aníbal Bruno, a severidade da repressão. “Consequências, talvez, do regime político em que se criara e da influência de um dos seus modelos, o Código da Itália.”⁹⁴⁸ Afirma-se, contudo, e até mesmo em comparação ao Código Penal de 1890 e a Consolidação das Leis Penais de 1932, que “resultou, em conjunto, obra de harmoniosa estrutura, de boa técnica, bem redigida, clara, concisa.”⁹⁴⁹

Quanto à satisfação dos danos, o modelo de separação de instâncias foi mantido. Todavia, não menos certa é a dedicação de diversos preceitos referentes ao ressarcimento civil, tanto na parte geral quanto na parte especial do diploma, o que denota a reaproximação entre as esferas. Essa reconciliação explica-se pela influência da doutrina

⁹⁴⁶“Foi em meio a ideologias que mobilizavam multidões que surgiu o Estado Novo no Brasil (1937-45). Estado Novo foi também o nome que receberam outras ditaduras na mesma época: a de Franco, na Espanha, e a de Salazar, em Portugal, por exemplo. O ‘novo’ aqui representava o ideal político de encontrar uma ‘via’ que se afastasse tanto do capitalismo liberal quanto do comunismo, duas doutrinas políticas que, desde meados do século XIX e mais intensamente a partir da revolução soviética, competiam entre si no sentido de oferecer uma nova alternativa política e econômica para o mundo. (...) O grande formulador da doutrina corporativa que deu unidade teórica ao Estado Novo foi o romeno Mihail Manoilescu, através do clássico *O século do corporativismo*, traduzido para o português por Azevedo Amaral em 1938. Nessa obra o autor recomendava uma recuperação do passado, particularmente do senso de comunidade gerado na Idade Média através das corporações de ofício, que articulariam, no dizer do teórico, a atividade econômica com a necessária sociabilidade e espírito de comunidade que teriam sido destruídos pela frieza e impessoalidade do mercado liberal. A seu modo de ver, o século XX reconhecera inexoravelmente essa nova maneira de ver o mundo: uma maneira mais harmônica e humana, porém sob a égide de um Estado forte. O corporativismo de Manoilescu procurava associar um espírito medieval de comunidade com a ideia de Estados nacionais fortes e centralizados. (...) Estes governos acabam ou sendo autoritários, isto é, impõem-se pela força e pelo policialismo, ou como sistemas totalitários – caso em que, além de totalitários, assentam-se em uma ampla política mobilizatória, através de um partido único ou de forças paramilitares.” (D’ARAÚJO, Maria Celina. **O Estado Novo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. Edição digital, disponível para Kindle (formato ePub). Localização 16/67).

⁹⁴⁷BRASIL. Exposição de Motivos do Código Penal. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, cit., v. 1, t. 1, p. 274.

⁹⁴⁸BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral, cit., v. 1, p. 194.

⁹⁴⁹Id. *Ibid.*, p. 184. Igualmente, afirma Frederico Marques: “Não se trata de obra sem jaça, o que aliás seria mui difícil de conseguir-se. Todavia, as qualidades, no vigente estatuto penal, superam seus defeitos. De qualquer forma é obra que honra nossa cultura jurídica e que já tem merecido boas referências e lisonjeiros qualificativos da crítica estrangeira.” (MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal**, cit., v. 1, p. 95-96).

positivista que na reparação civil enxergava interesse público. Por tal motivo, à época, Roberto Lyra asseverou que “a indenização do dano é instituto do direito penal, constituindo meio de luta contra o delito. Garôfalo e Ferri estimaram-no como substitutivo penal. Foi por obra dos positivistas que ela perdeu o caráter exclusivamente privado.”⁹⁵⁰

Nesse cenário, alguns dispositivos da parte geral do Código, em sua redação originária, merecem destaque. O art. 48, IV, alínea “b”, incluiu como circunstância atenuante a reparação dos danos pelo agente, desde que anterior ao julgamento. Trata-se da primeira vez em que a recomposição civil assume tal caráter, inexistindo norma semelhante nos diplomas anteriores. O art. 59, II, estabeleceu, por sua vez, a revogação da suspensão condicional da pena caso o beneficiário frustrasse a satisfação da obrigação civil, embora solvente. Igualmente, a indenização foi elencada como pressuposto do livramento condicional e da reabilitação, conforme artigos 60, III e 119, III. Há, ainda, a regra do artigo 108, IX, interpretada em conjunto com o artigo 312, §3º, que determinava a extinção da punibilidade pelo ressarcimento do dano anterior a sentença irrecorrível, no caso de peculato culposo.⁹⁵¹

De maior relevo, entretanto, é a norma do artigo 74, I. Seu texto atribuiu à condenação o efeito de tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime. Trata-se de efeito secundário ou acessório da sentença penal condenatória.⁹⁵² Tem natureza jurídica extrapenal e diz-se genérico, pois diversamente dos efeitos específicos, são automáticos e independem de motivação.⁹⁵³ Esse efeito reconheceu-se, inclusive, às sentenças penais estrangeiras após homologação no Brasil (art. 7º, I).⁹⁵⁴

⁹⁵⁰LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2. p. 460. Pactua com esse entendimento, Ruy Pinho: “a questão da reparação do dano causado pela infração penal não deixa de influenciar o próprio direito público, tendo em vista o real interesse da sociedade e do Estado no sentido de que os lesados pelo crime obtenham reparação e, principalmente, de que os autores das transgressões à ordem social não se locupletem ilicitamente auferindo vantagens econômicas ao delinqüirem.” (PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 97).

⁹⁵¹Embora alterado o art. 108, IX, pela Lei n. 7.209/84, a norma do artigo 312, §3º, ainda está em vigor, de modo que a reparação do dano, no peculato culposo, se anterior à sentença irrecorrível, extingue-lhe a punibilidade. Se posterior, acarreta a redução da pena imposta pela metade.

⁹⁵²Merece referência embate doutrinário surgido quando da promulgação da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941). Manoel Pedro Pimentel narra que determinada corrente doutrinária negava a aplicabilidade dos efeitos do artigo 74, I, do Código Penal às contravenções penais, pois o literal teor de seu texto referia-se exclusivamente a crime. Tal posição esbarra no art. 1º da própria Lei das Contravenções Penais, ao determinar que “aplicam-se às contravenções as regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso”. Uma vez que a Lei de Contravenções Penais não regulamentou a matéria, é certo que aplicável, integralmente, a regra geral do art. 74 do Código Penal. (Cf. PIMENTEL, Manoel Pedro. **Delito e reparação do dano**, no anteprojeto do Código Civil brasileiro, cit.).

⁹⁵³Cf. BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., v. 1, p. 851.

⁹⁵⁴“Art. 7º 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, restituições e outros efeitos civis;”

A regra do artigo 74, I, materializa a declaração do dever de reparação dos danos a partir da sentença penal sem, entretanto, fazer desta um título executivo cível ou impor uma sanção civil.⁹⁵⁵ A consubstanciação da sentença penal condenatória como título executivo judicial somente irromperá por meio da complementação do regramento pelo artigo 63, *caput*, do Código de Processo Penal, pelo artigo 475-N, II, do Código de Processo Civil de 1973, e, posteriormente, pelo artigo 515, *caput*, VI do Código de Processo Civil de 2015.

Posteriormente, já na década de 1980, uma comissão de juristas foi convocada pelo Ministério da Justiça, a fim de elaborar a reforma da legislação penal e processual penal, bem como para a criação de uma lei de execução penal.⁹⁵⁶ Desse projeto nasce a Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984, que teve como objeto a reestruturação da parte geral do Código Penal.

Muitas das disposições originais foram mantidas, tais como o ressarcimento do dano como atenuante legal genérica, a reparação do dano como requisito da suspensão condicional da pena, do livramento condicional e da reabilitação criminal, e também a afirmação da obrigação civil como efeito secundário da sentença penal. Acrescidas a essas, novas regras estenderam os pontos de contato entre os campos criminal e civil.

Dentre as novidades apresentadas pela Lei n. 7.209/84 está o chamado arrependimento posterior. Conforme atual redação do artigo 16 do Código Penal, “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.” Na exposição de motivos apresentada quando da reforma, afirma-se que “essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída menos em favor do agente do crime do que da vítima. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos ‘sem violência ou grave ameaça à pessoa’”.⁹⁵⁷ Difere-se da circunstância atenuante genérica do art. 65, III, b, em razão de seu marco temporal, qual seja, a reparação ou a restituição da coisa deve ocorrer até o recebimento da denúncia ou queixa.

Mais estreitos os laços entre a reparação civil e a reprimenda penal dá-se com a pena de prestação pecuniária, estabelecida no art. 45, §1º do Código Penal. Embora sua

⁹⁵⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 214.

⁹⁵⁶BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**, cit., p. 127.

⁹⁵⁷BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Exposição de Motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

natureza jurídica seja de sanção penal, seu caráter é eminentemente indenizatório. Destina-se ao pagamento em favor do ofendido, seus dependentes ou entidade pública ou privada com destinação social, de valor estabelecido entre um e trezentos e sessenta salários mínimo, a ser fixado pelo juiz. O cálculo do valor condenatório deve seguir os parâmetros estabelecidos para fixação do valor da pena de multa. Não se confunde, entretanto, com a reparação civil propriamente dita, pois sua natureza jurídica de sanção penal determina seu caráter personalíssimo e, portanto, intransferível aos herdeiros do condenado.

Aqui cabe ainda outra consideração. Ante o disposto no artigo 5º, XLV da Constituição Federal de 1988, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.” De sua literalidade, é possível cogitar que o constituinte teria admitido exceção ao princípio da intranscendência da pena. Essa, contudo, não é a melhor leitura.

Segundo Antônio Scarance Fernandes, “a preocupação foi a de tornar constitucional a regra, antes firmada na lei ordinária, de que a condenação penal tem como efeito a reparação do dano e, ainda, de expressamente consignar a responsabilidade do patrimônio do autor da infração pelo ressarcimento devido à vítima.”⁹⁵⁸ Não há, portanto, qualquer investida contra a personalidade da sanção criminal.

Maiores aproximações entre as esferas cível e criminal foram propostas. René Ariel Dotti aponta que no projeto original de reforma constava figura denominada multa reparatória. Essa consistiria em pagamento em favor da vítima ou seus sucessores, mediante depósito judicial, de quantia calculada com base nos mesmos parâmetros da multa penitenciária. Contudo, quando da revisão do anteprojeto, aboliu-se a multa reparatória. “Entenderam os ilustres Membros da Comissão Revisora que o problema da indenização *ex delicto* deve ser resolvido pela via civil como vem ocorrendo.”⁹⁵⁹ O instituto, porém, guarda inegável proximidade com a referida pena de prestação pecuniária.

Por fim, cabe considerar que a Lei n. 10763, de 12 de novembro de 2003, incluiu o §4º no artigo 33, estatuinto que “o condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano

⁹⁵⁸FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 164.

⁹⁵⁹DOTTI, René Ariel. O problema da vítima. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Processo Penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 858. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.”⁹⁶⁰ Trata-se de determinação inserida na parte geral do Código Penal, também contextualizada à tendência de utilização do sistema jurídico-penal para estímulo de reparação civil.

4.5 Código de Processo Penal de 1941

Até mesmo em razão de sua potencialidade para o controle social, o processo penal é diretamente ligado à concepção jurídico-política do Estado que o gerou.⁹⁶¹ Não por outro motivo aponta-se que o processo penal “não é a-histórico nem nasce por geração espontânea. Bem ao contrário, tal ramo do saber jurídico é lentamente gestado pelas suas circunstâncias condicionantes históricas (e ideológicas, políticas, sociais, institucionais etc.). Assim sendo, o processo penal carrega consigo o peso de sua tradição.”⁹⁶²

A exemplo do Código Penal de 1940, o Código de Processo Penal, promulgado por meio do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, “é fruto do regime autoritário

⁹⁶⁰Não é demais anotar que o dispositivo teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal na Execução Penal n. 22. Consta do voto do Ministro Luís Roberto Barroso: “Não vejo inconstitucionalidade no § 4º do art. 33, destacando dois argumentos para demonstração da minha tese. Em primeiro lugar, a devolução do produto do crime não é, em rigor, uma sanção adicional. Trata-se, como o texto da norma deixa claro, de simples reparação do que foi desviado. Em segundo lugar, não é o direito fundamental à liberdade que está em questão, mas a obtenção de um benefício. Vale dizer: não se trata de manter alguém preso, após o cumprimento da pena privativa de liberdade, pelo fato de não haver pago a reparação devida. Isso não acontecerá. O que se discute é se a pena privativa de liberdade, que continuará a ser cumprida, deve se dar em regime mais favorável ou não.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **EP 22 ProgReg-AgR**. Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, processo eletrônico dje-052 divulg 17-03-2015 public 18-03-2015).

⁹⁶¹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 72-73. Nesse sentido: “O Direito, como manifestação cultural do homem, sofre condicionamentos e reflexos da estrutura econômica e social que o gerou. (...) Destarte, embora em menor escala que o Direito Material, o Direito Processual recebe o fluxo ideológico do sistema, estruturando-se em conformidade com os valores aceitos e cultuados pelo grupo societário.” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**, cit., p. 43). “Il regime politico totalitario trova nel sistema processuale inquisitorio lo strumento di potere più efficace. (...) In un regime totalitario il processo penale funziona come strumento di controllo sociale, e cioè come mezzo per indottrinare le masse. Il messaggio che si trasmette è molto forte, perché è accompagnato dalla condanna ad una sanzione penale (...) Il processo penale serve ad inculcare una ideologia.” (TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 11). “O processo reflete sempre a estrutura política dos países. As épocas de pujança e de melhora geral e de cada um, ainda que insuficientemente, pois a evolução humana é constante vir-a-ser, mantêm ou criam o processo contraditório, nas suas feições mais típicas, como, no plano criminal, o processo acusatório. Nos momentos de decadência, ou de regressão caracterizada, a inquisitorialidade exsurge, aqui e ali, como erva daninha.” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, cit., t. 2, p. 152). “Se figura obvio que la disciplina legal del proceso (y no sólo del proceso) sufre la influencia de las características del régimen político bajo cual es sancionada.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). **Proceso civil e ideología**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 202).

⁹⁶²MALAN, Diogo. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amália de (Orgs.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 80.

instalado após a Revolução de 1930, sob a batuta de Getúlio Vargas.”⁹⁶³ Sua principal influência é o Código de Processo Penal italiano da década de 1930, marcado pelo regime de governo fascista de Mussolini.⁹⁶⁴

A constatação não é supérflua. A fixação de indenização civil no processo penal, sobretudo porque carecedora de procedimentalização em nosso sistema, demanda seu estudo a partir de filtragem principiológica constitucional. O ponto de tensão surge na medida em que contrapõem-se as matizes autoritárias do Código de Processo Penal de 1941, ainda vigente, e as garantais constitucionais estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. A reflexão histórica indica o desafio do intérprete.

Especificamente quanto à reparação dos danos, o Código, desde sua redação originária, manteve a separação entre a ação penal e a ação civil, em prestígio ao modelo estabelecido desde a Lei n. 261, de 03 de dezembro de 1841. Consta de sua Exposição de Motivos que “a obrigação de reparar o dano resultante do crime não é uma consequência de caráter penal, embora se torne certa quando haja sentença condenatória no juízo criminal. A invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal.”⁹⁶⁵

No entanto, o Código preocupou-se em regulamentar relações entre os campos penal e civil, expandindo sua contiguidade. Conforme a citada Exposição de Motivos, “o projeto não descuro de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano, instituindo ou regulando eficientemente medidas assecuratórias (sequestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo.”⁹⁶⁶

Assim, se por um lado, separadas as órbitas das responsabilidades civil e penal, o Código de Processo Penal não deixa de reconhecer os influxos entre a reparação do dano causado pelo crime e a aplicação do direito penal.⁹⁶⁷ Desde sua redação originária o diploma reconhece a autoridade da coisa julgada penal sobre o âmbito cível, a

⁹⁶³SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Coords.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Florianópolis-SC: Empório do Direito, 2016. v. 1, p. 57.

⁹⁶⁴Id. Ibid., p. 65. No mesmo sentido, conferir: c p. 9.

⁹⁶⁵BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941. In: PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru-SP: Ed. Jalovi, 1983. p. 536.

⁹⁶⁶Id. Ibid., p. 537.

⁹⁶⁷PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 97.

possibilidade da suspensão do processo civil enquanto pendente a discussão penal, o regramento da restituição do objeto do delito no próprio processo penal, bem como medidas cautelares reais destinadas à efetivação do ressarcimento.

A ação civil “ex delicto” é regulamentada, desde o texto original do Código, em seus artigos 63 a 68. De início, dispõe-se que transitada em julgado a sentença penal condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros (art. 63). Se a regra do artigo 91, I, do Código Penal atribui efeito condenatório de natureza civil à sentença penal condenatória, a materialização desta como título executivo judicial irromperá pela determinação artigo 63, *caput*, do Código de Processo Penal, hoje complementada pelo artigo 515, *caput*, VI do Código de Processo Civil de 2015.⁹⁶⁸

O artigo 64 consagra, por seu turno, a separação de instâncias ao assentar que a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. O artigo 65 impõe que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, enquanto o artigo 66 afirma que, não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

⁹⁶⁸“É mérito do Código de 1941 fazer da sentença condenatória proferida no juízo penal título executivo civil, permitindo seja ela executada, sede civil, após o trânsito em julgado, ‘para o efeito da reparação do dano’ pelo ‘ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros’ (art 63). Tal disposição, que repercutiu no texto do Código de Processo Civil de 1973 (cujo art. 594, n° II arrola expressamente a ‘sentença penal condenatória transitada em julgado’ entre os ‘títulos executivos judiciais’) não representa, a rigor, uma concessão ao princípio da união: de modo nenhum atribui ao órgão penal competência para condenar civilmente. Abre, porém, a possibilidade de aproveitar-se, para a efetivação da responsabilidade civil, o resultado obtido no processo criminal, com evidente benefício prático para o lesado.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 112). Contudo, cabe aqui a advertência do professor Heitor Vitor Mendonça Sica, sobre a dificuldade em afirmar que a sentença penal condenatória seja, de fato, por si só, um título executivo: “A sentença penal condenatória acerta a existência do ato ensejador de responsabilidade civil e o elemento subjetivo (doloso ou culposos) do ofensor. Com base nessa decisão, a vítima ou seus sucessores podem iniciar liquidação civil pelo procedimento comum (art. 509, II, do CPC de 2015), na qual se desenvolve amplo contraditório destinado à demonstração da existência de dano, que pode resultar em uma sentença de procedência ou de improcedência. vDiante desse contexto, é difícil até mesmo afirmar que a sentença penal condenatória seria, por si só, um título executivo, pois lhe falta mais do que simples liquidez, mas sim a própria certeza objetiva e subjetiva. A única diferença para uma pura e simples ação *ex delicto* está no fato de o processo se iniciar informado pela indiscutibilidade dessas questões resolvidas na fundamentação da sentença penal condenatória.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro**. 2016. Tese (Livres Docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 135).

Esses dispositivos representam o núcleo do modelo de coordenação de atividades jurisdicionais civil e penal adotado pelo nosso sistema. Trata-se de separação de instâncias mitigada pelo reconhecimento de efeitos civis decorrentes da sentença penal condenatória e da autoridade da sentença penal, em definidas hipóteses, sobre a jurisdição civil.

No caso de sentença condenatória, ao ofendido possibilita-se sua liquidação e execução perante o juízo cível. No caso de sentença absolutória, a análise é de maior complexidade. Quando da promulgação do Código de Processo Penal de 1941, estava vigente o Código Civil de 1916. Esse acolhia a separação de instâncias em seu art. 1.525, impondo duas exceções, quais sejam, a decisão sobre a existência do fato e da autoria delitiva.⁹⁶⁹

A situação foi alterada com o advento do Código de Processo Penal, eis que seu artigo 66 admite somente o reconhecimento da inexistência do fato como óbice à propositura da ação civil. Gustavo Badaró explica que, “justamente por isso, o regime de absolvição do art. 386, *caput*, do CPP, em sua disciplina originária era distinto no tratamento da ‘existência do fato’, de um lado, e da ‘autoria delitiva’, de outro. Quanto à existência do fato, havia duplicidade de hipóteses absolutórias, uma de certeza negativa, no inciso I (‘estar provada a inexistência do fato’), e outra de dúvida, no inciso II (‘não haver prova da existência do fato’). Já quanto à autoria, havia apenas a hipótese de dúvida do inciso IV (‘não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal’). Como só a exclusão categórica da existência material do fato fecha as portas da via cível, para tal tema, havia uma hipótese de certeza (inc. I) e outra de dúvida (inc. II). Somente na primeira é que fica vedada a *actio civilis*.”⁹⁷⁰

A situação do reconhecimento da autoridade da coisa julgada das sentenças absolutórias somente terá alteração com a reforma do Código de Processo Penal pela Lei n. 11.719/08, que trará inciso específico para a exclusão categórica da autoria delitiva.

Quanto à sentença absolutória imprópria, aquela que reconhece a inimputabilidade do agente e limita-se à imposição de medida de segurança, não sê-lhe reconhece a qualidade de título executivo judicial para obtenção de reparação. Isso, pois embora reconheça a materialidade do fato, não se consubstancia sentença penal condenatória, de modo que cabe ao ofendido a propositura de ação perante o juízo cível.⁹⁷¹

⁹⁶⁹“Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem decididas no crime.”

⁹⁷⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 218.

⁹⁷¹Nesse sentido: “Se a sentença aplicar tão-só a *sanctio juris* preventiva da medida de segurança, é irrelevante, no juízo cível, que se tenha reconhecido a prática de fato penalmente ilícito. Isto quer dizer que

No tocante à decisão que declara extinta a punibilidade, o Código trouxe norma expressa. Diz o artigo 67, II, que a decisão que julgar extinta a punibilidade não impede a propositura da ação civil. Assim, embora não corporifique título executivo judicial na esfera cível, uma vez que não lhe assiste qualquer efeito condenatório, de outra parte não impede a propositura de ação civil para a reparação de danos.⁹⁷²

Previu-se, ainda, hipótese de questão penal prejudicial à questão civil. Conforme artigo 64, parágrafo único, o juiz da ação civil poderá suspender seu curso, até o julgamento definitivo da ação penal,⁹⁷³ quando esta já houver sido proposta.⁹⁷⁴ A finalidade da norma é, evidentemente, dificultar a prolação de sentenças contraditórias. Entretanto, o prazo de suspensão do processo civil foi posteriormente alterado pelo artigo 265, IV, alínea “a”, e §5º do Código de Processo Civil de 1973, reproduzido pelo atual art. 313, V e §4º do Código de Processo Civil de 2015. Conforme a norma processual civil, o sobrestamento do trâmite da ação civil somente pode perdurar por um ano, prazo após o qual há de prosseguir o processo.

No intuito de efetivar a reparação dos danos, de modo que não seja mera “promessa vã”,⁹⁷⁵ o artigo 68 do Código atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para a execução civil da sentença penal condenatória, ou mesmo a propositura de ação civil, nos casos em que o titular do direito for pobre. Atualmente essa atribuição não guarda conformidade com a Constituição Federal de 1988, uma vez que criada a Defensoria Pública como instituição permanente destinada à tutela dos hipossuficientes. Instado a se manifestar

a sentença penal com esse conteúdo não **tem** a qualidade de título executório na jurisdição civil.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 3, p. 106-107).

⁹⁷²Com fundamento nessas premissas o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula de n. 18, cujo teor assevera que a “sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.”

⁹⁷³Embora predomine na doutrina o entendimento de que o sobrestamento do processo civil trata-se de faculdade do juízo cível (Cf. NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 42. TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 2, p. 137-138. FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**, cit., v. 1, p. 156. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 213), há posição no sentido de que tal se trata, em verdade, de um dever do juízo cível, a fim de evitar decisões díspares (Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, cit., v. 2, p. 61-66).

⁹⁷⁴Frederico Marques ressalta que a eventualidade de sobrestamento da ação civil somente seria possível se já instaurada a relação processual penal. Adverte o autor: “A respeito da regra do art. 64, parág. único, do Cód. de Proc. Penal, cumpre lembrar que enquanto não se instaurar a relação processual penal, com a apresentação da denúncia ou queixa, não cabe ao juiz da ação civil suspender esta (...). Disto se infere que a simples existência de inquérito policial não autoriza a suspensão da ação civil, porquanto a investigação não é fase da relação processual. Por fim, cumpre registrar que a interposição de revisão criminal não autoriza o juiz, ou Tribunal, a suspender o curso da ação civil.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 3, p. 107-108).

⁹⁷⁵BRASIL. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941. In: PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**, cit., p. 536.

sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu que há inconstitucionalidade progressiva no dispositivo citado. Conforme entendimento, a norma ainda é constitucional em razão das circunstâncias fáticas que indicam a necessidade de sua existência, quais sejam, a ausência de completa instituição da Defensoria Pública em todas as comarcas. Superada essa circunstância, a norma será necessariamente inconstitucional.⁹⁷⁶

Há também a regulamentação do incidente de restituição de coisas apreendidas no processo penal pelos artigos 118 ao 124 do Código de Processo Penal. Conquanto seja permitido seu manejo por terceiros e pelo próprio acusado a fim de reaver bens apreendidos que não mais interessem ao processo, pode ser requerido pelo lesado, de modo a restituírem-se-lhe os bens objeto do delito. Trata-se, portanto, de modalidade de neutralização do dano civil, dentro do processo penal, embora se adote a separação de instâncias.⁹⁷⁷

Conforme regra do art. 118, antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Por outro lado, quando possível sua restituição, essa pode ser ordenada pela própria autoridade policial, em fase investigatória, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante (art. 120, *caput*). No caso de dúvida, instaura-se o incidente perante o juízo penal, conforme procedimento detalhado pelo Código, somente havendo remessa para o juízo cível no caso de dúvida de alta indagação (art. 120, §4º).

Além das normas mencionadas, a relação entre âmbito civil e penal é revelada pelas medidas cautelares reais ou assecuratórias, prescritas pelo diploma processual penal. No ordenamento jurídico brasileiro, as medidas cautelares reais dividem-se conforme o efeito da condenação que se pretende assegurar. Para tutela da eficácia da perda do produto ou proveito do crime, tem-se o sequestro de bens imóveis e de bens móveis. Para assegurar a reparação do dano causado pelo delito, há a especialização e o registro da hipoteca legal, o arresto de bens imóveis, prévio à hipoteca legal e o arresto de bens móveis, esses não incidentes somente sobre o patrimônio ilícito do agente.⁹⁷⁸

⁹⁷⁶“MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL EX DELICTO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68 - NORMA AINDA CONSTITUCIONAL - ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS - SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 341717 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003, DJe-040 divulg 04-03-2010 public 05-03-2010 ement vol-02392-03 pp-00653 rsjadv mar. 2010, p. 40-41).

⁹⁷⁷BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 340.

⁹⁷⁸Id. Ibid., p. 1125.

Igualmente, há o instituto da fiança que, embora seja originariamente contracautela à prisão em flagrante, hoje é também medida cautelar pessoal alternativa à prisão, tem a destinação de seu valor recolhido, desde sua redação primária, à reparação civil. O exame minucioso destas normas, entretanto, foge aos estreitos limites deste trabalho, bastando sua menção.

O Código de Processo Penal passou, ao longo de seus quase oitenta anos de vigência, por inúmeras modificações setoriais e sobreviveu a apresentação de pelos menos três anteprojetos de Código de Processo Penal.⁹⁷⁹ Contudo, mantém, em linhas gerais, por todo seu vigor, o modelo de coordenação de jurisdições imposto pela reforma processual de 1841, embora com muito mais sofisticada sistematização. Consagra a independência de instâncias, caracterizada pela prevalência do juízo penal, em razão do reconhecimento dos efeitos anexos da sentença penal condenatória, da autoridade da coisa julgada da sentença penal sobre a jurisdição cível em determinadas situações,⁹⁸⁰ bem como da previsão de sobrestamento do processo civil enquanto tramitar a ação penal.

Nota-se, entretanto, progressiva propensão de ampliação dos pontos de contato entre âmbito civil e penal. Se com o Código Penal de 1940 a satisfação do dano surge como fator de abrandamento ou recrudescimento da reprimenda, com o diploma processual de 1941 normatiza-se a coordenação entre jurisdições, regulamenta-se a restituição civil dentro do próprio processo penal, bem como elenca-se institutos diretamente relacionados à reparação. Essa tendência prosseguirá em leis penais e processuais posteriores, abordados nos tópicos seguintes.

4.6 Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84)

Embora dedique pouco ao tema, a Lei de Execuções Penais externa a crescente preocupação do legislador com o cumprimento da obrigação civil pelo autor da infração penal. Sua principal regra sobre o tema encontra-se no artigo 29, §1º, alínea “a”. Seu texto estatui que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros

⁹⁷⁹Cf. PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília-DF: Senado Federal – Secretaria de Informação e Documentação, 2008.

⁹⁸⁰Conforme José Ignacio Botelho de Mesquita, é imprópria a nomenclatura “eficácia civil da sentença penal”, preferindo o autor falar em autoridade civil da coisa julgada criminal. (Conferir: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**, cit., p. 45).

meios. Em contrapartida, em seu artigo 39, VII, assevera que é dever do preso indenizar a vítima e seus sucessores.

A Lei n. 7210/84 trata o trabalho do preso como um direito e como um dever, simultaneamente. A obrigatoriedade de atividade laborativa não é interpretada como imposição de natureza inconstitucional, pois difere-se do trabalho forçado. Esse é “aquele alcançado mediante coação física, o que em nada parece com o regime da Lei de Execuções Penais”.⁹⁸¹ É, pois, na exigência do trabalho do preso, somada à destinação de seu produto ao ressarcimento dos danos causados, que se constata a tendência de aproximação entre os âmbitos civil e penal.

Critica-se, contudo, a inaplicabilidade prática dos dispositivos, diante da realidade carcerária nacional.⁹⁸² Não só em razão da condição financeira dos condenados submetidos à execução penal, mas também ante a notória ausência de disponibilização de atividade laborativa a todos os presos. Em referência, Antônio Scarance Fernandes anota que “principalmente em países mais pobres, surte pouco efeito porque os réus são normalmente pessoas destituídas de condições financeiras para reparar o dano.”⁹⁸³

4.7 Reparação dos danos e extinção da punibilidade nos crimes previstos na Lei n. 8.137/90

A Lei n. 8.137/90 define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. O vínculo entre a reparação de danos e esses crimes correspondem a um longo histórico, animado por constantes alterações e sobreposições normativas, ao longo dos quase trinta anos de vigência do diploma.

De início, a redação originária da Lei n. 8.137/90 previa, em seu artigo 14, hipótese de extinção de punibilidade caso o agente pagasse o tributo devido, além de acessórios, antes do recebimento da denúncia.⁹⁸⁴ Todavia, com a promulgação da Lei n. 8.383/91, essa possibilidade foi revogada.

⁹⁸¹JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

⁹⁸²AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos**: a terceira via, cit., p. 306.

⁹⁸³FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 186. Igualmente: AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001. p. 86.

⁹⁸⁴“Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia. (Revogado pela Lei nº 8.383, de 30.12.1991)”

Subsequentemente, a extinção da punibilidade pelo adimplemento do débito tributário foi reinserida no ordenamento jurídico por meio do art. 34 da Lei 9.249/95.⁹⁸⁵ Sua abrangência refere-se a todos os crimes contra a ordem tributária e impõe, como momento do pagamento, anterioridade ao recebimento da denúncia.

Posteriormente, e sem implicar a revogação do art. 34 da Lei 9.249/95, a Lei n. 9.964/00, instituidora do Programa de Recuperação Fiscal, determina em seu art. 15, §3º, que “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.” Refere-se tão somente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Estabelece, também, que o pagamento deve ocorrer antes do recebimento da denúncia.

Também a Lei n. 10.684/03 estatui, em seu art. 9º, §2º, que “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.” Concerne aos crimes tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Código Penal. Diferentemente das disposições até aqui analisadas, não impõe prazo máximo para pagamento do débito.

Por fim, o art. 69 da Lei 11.941/09 estabelece que “extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.” Diz respeito também aos crimes tipificados nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, nos arts. 168A e 337A do Código Penal, e não determina prazo máximo para o adimplemento.

Todas as normas continuam simultaneamente em vigência. E isto, não só porque diversos os crimes sobre os quais incidem, mas também porque há divergência quanto ao marco temporal. Veja-se que “a Lei n. 9.964/00, a Lei n. 10.684/03 e a Lei 11.941/09 disciplinam especificamente as hipóteses de parcelamento do débito tributário (Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, Parcelamento Especial – PAES, Parcelamento Excepcional – PAEX) projetando seus efeitos somente sobre a casuística contemplada por

⁹⁸⁵“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.”

cada uma dessas leis, dentro do marco temporal fixado pelo legislador.”⁹⁸⁶ Cada qual terá incidência especificamente sobre os casos que contempla.

Ressalva-se, todavia, a existência recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nos quais se entende que o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente. O raciocínio jurídico declinado parte do disposto no art. 9º, §2º, da Lei n. 10.684/03, que não impõe prazo máximo para o adimplemento do débito, ainda que os casos não se refiram notadamente ao parcelamento referido pela norma.⁹⁸⁷

Não é demais lembrar que a Lei n. 9.964/00, a Lei n. 10.684/03 e a Lei 11.941/09, ao permitir e regulamentar o parcelamento de débitos tributários, determinam a suspensão da pretensão penal, bem como do prazo prescricional, durante o período de parcelamento. É do teor do art. 9º, da Lei n. 10.684/03, que “é suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.” Contudo, após a alteração do art. 83, da Lei n. 9.430/96, pela Lei 12.382/11, essa suspensão exige que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.

4.8 Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95)

Com o objetivo de cumprir o comando contido no artigo 98, I da Constituição Federal,⁹⁸⁸ promulgou-se a Lei n. 9.099, em 26 de setembro de 1995. O diploma atendeu a

⁹⁸⁶BITTENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87.

⁹⁸⁷“Com o advento da Lei 10.684/2003, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, o legislador ordinário optou por retirar do ordenamento jurídico o marco temporal previsto para o adimplemento do débito tributário redundar na extinção da punibilidade do agente sonegador, nos termos do seu artigo 9º, § 2º, sendo vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite. Não há como se interpretar o referido dispositivo legal de outro modo, senão considerando que o pagamento do tributo, a qualquer tempo, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 362.478/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017). Conferir também: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 128245**. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, processo eletrônico dje-225 divulg 20-10-2016 public 21-10-2016.

⁹⁸⁸“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo,

antigas demandas da doutrina processual brasileira, que há muito clamava por medidas de maior efetividade para a prestação da tutela jurisdicional, certa disponibilidade da ação penal pública, revitalização de vias conciliativas, participação popular na administração da justiça, e destaque de um procedimento marcado pela oralidade.⁹⁸⁹

As disposições contidas na Lei n. 9.099/95 tem sua origem relacionada ao Projeto de Lei 4.895/95. No início da década de 1990, por intermédio da Portaria nº 145, de 1992, o Ministro da Justiça Célio Borja designou o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira para presidir comissão de juristas encarregada de propor soluções e simplificação dos Códigos de Processo Civil e Penal.⁹⁹⁰ Desta comissão, diversos projetos foram apresentados para reformas parciais dos Códigos. Dentre esses, o Projeto de Lei 4.895/95 conceituava infrações penais de menor potencial ofensivo, explicitava o procedimento sumaríssimo e seus principais institutos. O Projeto somente foi retirado de pauta com o advento da Lei n. 9.099/95, que regulamentou suas principais novidades.⁹⁹¹

A preocupação central do diploma não se resume à “decisão (formalista) do caso, senão a busca de solução para o conflito.”⁹⁹² Caracteriza-se pela redescoberta da participação da vítima e pela preocupação com a indenização devida àquela.⁹⁹³ E tanto é assim que posiciona, em seu artigo 62, a reparação dos danos sofridos pelo ofendido como critério que deverá orientar o procedimento sumaríssimo.⁹⁹⁴ Tão grande é o impacto desta orientação, que determina a extinção da punibilidade quando da composição civil nos casos de ação penal condicionada e de iniciativa privada.⁹⁹⁵

mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

⁹⁸⁹Cf. FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flavio; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais**, cit., p. 9-10.

⁹⁹⁰Cf. PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores, cit.

⁹⁹¹Id. Ibid.

⁹⁹²FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flavio; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais**, cit., p. 18.

⁹⁹³Conforme José Renato Nailini, é “nítida a intenção de propiciar um acerto de contas entre infrator e ofendido, de maneira que se componham. Prestigia-se a conciliação, forma eticamente superior de solução da controvérsia, preferível à decisão.” (NALINI, José Renato. Os juizados penais e a filosofia da Lei 9.099/1995. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: processos em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1001. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

⁹⁹⁴“Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, 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.” A Lei n. 13.603/18 virá a acrescentar, posteriormente, a simplicidade também como princípio orientador dos procedimentos perante os Juizados Especiais Criminais.

⁹⁹⁵Afrânio Silva Jardim vê nas disposições da Lei n. 9.099/95 verdadeira descriminalização indireta, isto é, por meio do processo. Segundo o autor, “ao invés de optar pela descriminalização, atendendo ao chamado Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, Direito Penal Mínimo, optou pela descriminalização de forma indireta, através do processo. Seria mais ou menos o seguinte: já que o Direito Penal não teve a

As três principais medidas contempladas pela Lei n. 9.099/95, de tendência despenalizadora e relacionadas ao ressarcimento dos danos, são a composição civil nas ações penais públicas condicionadas e nas ações penais de iniciativa privada (art. 74), a transação penal (art. 76) e a suspensão condicional do processo (art. 89). Em comum aos três institutos destaca-se a predisposição à descarcerização, inclusive cautelar, e a busca pelo consenso.⁹⁹⁶

A composição civil dos danos direciona-se à pacificação entre vítima e ofensor. É conduzida por juiz ou por conciliador sob sua orientação, em audiência preliminar, marcada pela oralidade. Permite-se a participação do responsável civil na audiência. Ressalta-se que “a presença do responsável civil é altamente conveniente para o acordo sobre a reparação dos danos. Por isso, a lembrança da lei é oportuna, ainda que de concretização mais difícil.”⁹⁹⁷

Deve ser tentada em qualquer hipótese, embora somente nos casos de ação penal pública condicionada e ação penal de iniciativa privada o acordo homologado implica a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único). Neste ponto, a Lei 9.099/95 instituiu sistema oposto ao do processo penal tradicional, de modo que a composição civil tem como consequência a extinção da punibilidade do agente.⁹⁹⁸

A reparação deve ter a maior abrangência possível, de modo a contemplar a indenização de danos materiais e também morais.⁹⁹⁹ Caso seja parcial, nada impede que o ofendido utilize-se das vias cíveis para obtenção de ressarcimento quanto aos aspectos não cobertos pelo acordo.¹⁰⁰⁰ Quando bem sucedida a composição, é reduzida a escrito e homologada por decisão irrecorrível, dotada de eficácia de título a ser executado no juízo civil competente (art. 74).

No caso de ação penal pública incondicionada ou, se condicionada, havendo representação, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a

ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização.” (JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**, cit., p. 382).

⁹⁹⁶FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flavio; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais**, cit., p. 19.

⁹⁹⁷Id. *Ibid.*, p. 109.

⁹⁹⁸BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 630. Não é demais lembrar-se do artigo 846 do Código Civil, cujo teor dispõe que “a transação concernente a obrigações resultantes de delito não extingue a ação penal pública.”

⁹⁹⁹NALINI, José Renato. Os juizados penais e a filosofia da Lei 9.099/1995, cit., p. 1007.

¹⁰⁰⁰NICOLITT, André. **Manual de processo penal**, cit., p. 168. No mesmo sentido: AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**, cit., p. 328.

aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta (art. 76).¹⁰⁰¹ Trata-se da chamada transação penal,¹⁰⁰² inegável espaço de consenso entre autor do fato e Ministério Público, uma vez que ambos devem estar de acordo quanto à proposta. Embora o conteúdo desta não contemple expressamente o ressarcimento do dano, pode consistir em pena de prestação pecuniária, cujo valor é revertido em favor da vítima e descontado de eventual montante de condenação em ação de reparação civil.¹⁰⁰³

Por fim, o artigo 89 da Lei 9.099/95 institui o mecanismo da suspensão condicional do processo. Dispõe que nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano – e, portanto, não apenas quanto aos crimes submetidos ao procedimento sumaríssimo - 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.

Aceita a proposta formulada pelo Ministério Público, e iniciado o período de prova durante o qual permanecerá suspenso o processo, dentre outras condições, deverá o acusado reparar os danos decorrentes da infração penal, salvo cabal demonstração da impossibilidade de fazê-lo (art. 89, §1º, I). Também quanto a esta inovação, fica demonstrada a reaproximação entre as esferas de responsabilidades civil e penal, bem como a preocupação do legislador penal com aquela.

¹⁰⁰¹Não faltam críticas ao instituto, sob o argumento de que enfraquecem garantias processuais constitucionais. Nesse sentido, por todos, anota Maria Lúcia Karam: “Essas medidas ditas despenalizadoras, consubstanciadas na pena não privativa de liberdade antecipadamente imposta e na suspensão condicional do processo, ampliam o alcance do sistema penal, ao preço do enfraquecimento de garantias inerentes à fórmula fundamental do devido processo legal. O réu, substancialmente inferiorizado diante de um Ministério Público cada vez mais fortalecido, é levado a negociar o recebimento de uma pena alternativa (as restrições, impostas com a suspensão condicional do processo, em essência, em muito se aproximam de uma verdadeira pena), com o sacrifício de seus direitos à defesa e à proclamação de sua não-culpabilidade.” (KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001 – Leis dos Juizados Especiais. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Processo penal: processos em espécie.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1181-1182. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

¹⁰⁰²Afrânio da Silva Jardim afirma tratar-se de verdadeira mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. (Cf. JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**, cit., p. 383).

¹⁰⁰³A pena de prestação pecuniária, embora reverta-se em favor do ofendido, não perde sua natureza jurídica. Assim, caso descumprida pelo imputado, não admite execução pela vítima no juízo cível. A hipótese de descumprimento da transação penal ensejou celeuma doutrinária quanto às suas consequências. Prevalece hoje, até mesmo em razão do enunciado da Súmula Vinculante n. 35, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

4.9 A multa indenizatória no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97)

O Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/97, instituiu, em seu artigo 297, a chamada multa reparatória, especificamente quanto aos crimes de trânsito. De acordo com o seu texto, “a penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.” Prevê-se, ainda, que a multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo, bem como o desconto de seu valor quando da indenização fixada em seara cível.

Consiste em mais uma medida legislativa direcionada ao ressarcimento dos danos sofridos pela vítima da infração penal,¹⁰⁰⁴ inspirada pelos ideais de celeridade e efetividade. De natureza diversa da multa sancionatória e da pena alternativa de prestação pecuniária, ambas previstas na parte geral do Código Penal, a multa reparatória “tem como pressuposto a existência de prejuízo material resultante do delito, a cujo valor está limitada,”¹⁰⁰⁵ e destinação exclusiva ao ofendido e seus dependentes.

A medida tem natureza controvertida na doutrina. Há orientação de que se trata de espécie de sanção pecuniária penal¹⁰⁰⁶ e, em oposição, entendimento de que configura efeito extrapenal secundário da condenação penal. Nesse último sentido, há precedente do Superior Tribunal de Justiça, em que se afirma que a multa reparatória é “verdadeiro efeito extrapenal da condenação, destinado a indenizar prejuízo material”, de modo que possível sua cumulação com as penas de multa e de prestação pecuniária.¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁴Observe-se que a norma fala expressamente prejuízos materiais resultante do crime, comprovados no processo penal. Assim, a multa reparatória não abrange danos morais, que deverão ser pleiteados no campo civil. Nesse sentido, há precedente do Superior Tribunal de Justiça a indicar que eventual indenização por danos morais não deve sofrer abatimento em razão de condenação em multa reparatória: “A multa reparatória do Código de Trânsito Brasileiro, revertida para a vítima ou seus sucessores, somente pode ser descontada da condenação cível por danos materiais, inexistindo qualquer decréscimo no caso de indenização por danos morais.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1039015/SP**. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 26/09/2008).

¹⁰⁰⁵AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Aplicação da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 193, out./dez. 2000.

¹⁰⁰⁶JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**, cit., v. 1, p. 196.

¹⁰⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 736.784/SC**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 362.

Há, ainda, compreensão de que se trata de sanção civil, pois incompatível com as noções de pena criminal ou de efeito extrapenal da sentença condenatória. E, sendo assim, reclamaria pedido expresso, ampla defesa, direito à prova e motivação do ato decisório.¹⁰⁰⁸

Não é difícil concluir que a chamada multa reparatória guarda inegável semelhança com a norma do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, objeto desta pesquisa. Considere-se sanção penal, efeito secundário extrapenal da sentença penal condenatória, ou mesmo sanção civil, a regra permite que o juiz penal fixe valor indenizatório, tendo como referência a prova produzida no processo penal. Essa prescrição não impede, igualmente, que a vítima procure a via cível para obtenção da reparação integral do dano.

Maior proximidade entre os institutos pode ser também percebida pela completa ausência de sua procedimentalização, implicando dúvidas acerca do momento, da legitimidade ou mesmo necessidade de seu pedido, sobre a possibilidade de dilação probatória específica no processo penal, competência recursal, dentre outras.

4.10 A reparação do dano ambiental na Lei n. 9.605/98

A principal novidade quanto à reparação dos danos decorrentes da infração penal, apresentada pela Lei n. 9.605/98, encontra-se em seu artigo 20. Seu texto estatui que “a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.” Isto significa que, desde a entrada em vigor do diploma, em 12 de fevereiro de 1998, possibilita-se ao juiz penal que fixe, na própria sentença penal condenatória, valor correspondente à reparação dos danos cíveis.

¹⁰⁰⁸“Descabe examinar a natureza jurídica da chamada multa reparatória, sendo o enfoque processual (art. 297, §§ 1º a 3º, do Cód. de Trânsito). A invocação de dispositivos, pertinentes à sanção pecuniária, modelados no Código Penal (arts. 49, § 1º; 50; 51 e 52), não tornam a multa espécie de pena criminal. Falta-lhe a necessária cominação (art. 5º, inc. XXXIX, da Const. da República c/c art. 1º, seg. parte, do Cód. Penal). Aflora, também, difícil considerá-la como efeito extrapenal, da condenação firme e para a hipótese de suceder dano “resultante do crime” (art. 297, *caput*, do Cód. de Trânsito). Qual sanção civil, resta-lhe, de outra sorte, o incompatível afeiçoamento penal. Tal hibridismo deixa mais distante o entendimento de sua essência. Desponta como adiantamento de reparação, a regularizar, nascente na sentença (art. 297, § 3º, do Cód. de Trânsito). A lei de trânsito refere a imprescindibilidade de demonstração do “prejuízo no processo”, para haver reparação (art. 297, § 1º, do Cód. de Trânsito). Logo, forçoso é reconhecer que à aplicação da multa reparatória – se vier a acontecer, não obstante a formulação defectiva – exige pedido, ampla defesa, incluindo o direito à prova, bem assim motivação do ato decisório (arts. 5º, incs. LIV e LV e 93, inc. IX, da Const. da República).” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Recentes alterações na legislação processual penal extravagante**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017).

Trata-se de inovação bastante próxima ao estabelecido pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal. Seu âmbito de incidência, entretanto, é restrito às hipóteses de infrações penais ambientais. Talvez, a ausência de precedentes de sua aplicação¹⁰⁰⁹ ou mesmo a continência de sua aplicabilidade seja a explicação para a tímida produção doutrinária sobre o tema.

Somado a isso, os artigos 27 e 28 da referida lei permitem a aplicação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo. Como particularidade, a transação penal tem como pressuposto a prévia composição do dano ambiental,¹⁰¹⁰ salvo caso de comprovada impossibilidade. No tocante a suspensão condicional do processo, a extinção da punibilidade dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada, também, a impossibilidade de sua realização, ou, caso esgotado o prazo máximo de prorrogação, comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Quanto aos delitos que não sejam de menor potencial ofensivo, o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada, é tratado como circunstância atenuante pelo art. 14, II, da Lei 9.605/98.

Esses dispositivos explicitam a destacada preocupação com a reparação do meio ambiente, salientando a intersecção entre as esferas penal e civil. Constata-se que a Lei 9.605/98 “transformou a transação penal e a suspensão do processo em instrumentos de efetiva proteção ambiental”¹⁰¹¹. Outrossim, por intermédio da regra veiculada em seu artigo 20, inseriu a possibilidade de fixação valor indenizatório no processo penal, o que

¹⁰⁰⁹FREITAS, Vladimir Passos de. Condenação civil na ação penal não funciona na prática. **Consultor Jurídico**, 06 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-06/condenacao-civil-sentenca-criminal-aplicacao-pratica>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

¹⁰¹⁰Veja-se que se exige a prévia composição do dano, e não sua efetiva reparação, como condição à transação penal. Segundo Cezar Roberto Bittencourt, “foi sábio, portanto, o legislador ao prever a simples composição do dano, já que a exigência da efetiva reparação inviabilizaria a transação e a própria audiência preliminar, e iria de encontro aos princípios da celeridade e economia processual, orientadores dos Juizados Especiais Criminais. E não é outro o sentido que se pode dar à previsão do art. 27 da Lei n. 9.605/98, ao condicionar a transação ‘à prévia composição do dano ambiental’. Em outros termos, primeiro se formaliza a composição do dano ambiental; depois, oportuniza-se a transação penal. Enfim, se as partes não compuserem o dano ambiental, isto é, se não chegarem a um denominador comum sobre a forma, meios e condições de reparar o dano, não se poderá transigir quanto à sanção criminal.” (BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, cit., v. 1, p. 728-729).

¹⁰¹¹LECEY, Eladio. Direito ambiental penal reparador: composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 214. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

estava abolido desde a reforma processual promovida pela Lei 261, de 03 de dezembro de 1841.

Por fim, um último ponto deve ser destacado. O direito brasileiro utiliza-se de várias técnicas para obtenção da reparação do dano ambiental. Algumas destas dizem-se primárias, enquanto outras dependentes, sendo essas produto da intermediação de disciplinas jurídicas que não o direito material e processual civil. Dentre estas, encontram-se os dispositivos citados, estatuídas pela Lei 9.605/98. No caso da suspensão condicional do processo, da transação penal e da possibilidade de fixação de valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, a responsabilização civil ganha corpo incidentalmente.

Nestes casos, em que se utiliza de instrumental processual penal para a efetivação da reparação civil do dano ambiental, uma distinção não pode ser esquecida. Sabe-se que desde a Lei 6.938/81, e posteriormente afirmado em sede constitucional, consagra-se em bases objetivas o dever reparatório do degradador. Entretanto, sendo certo que a culpa é da essência da responsabilização penal, não pode a reparação pelo dano ambiental, buscado indiretamente pela via processual penal, seguir outro regime. Somente o pleito reparatório deduzido em apartado do processo penal seguirá o regime jurídico que lhe é próprio.¹⁰¹²

4.11 Medidas cautelares reais na Lei n. 9.613/98

A Lei n. 9.613/98, conhecida como Lei de lavagem de ou ocultação de bens, direitos e valores, é também indicadora da preocupação legislativa com a reparação dos danos decorrentes de infração penal, embora não contenha disposições do mesmo vulto das Leis n. 9.099/95, n. 9.503/97 e n. 9.605/98. Isso, pois em seus dispositivos não transparece qualquer flexibilização ao modelo de coordenação de separação de instâncias. Entretanto, por algumas vezes, o diploma dedica comandos à efetivação do ressarcimento civil.

Desde a sua redação originária, e ainda após sua profunda alteração pela Lei n. 12.683/12, a Lei de lavagem de capitais disciplina medidas assecuratórias que podem

¹⁰¹²Conferir, neste sentido: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 93-94. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5).

recair sobre bens, direitos ou valores do imputado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito de crime.¹⁰¹³

Sabe-se que a disciplina geral das medidas cautelares reais encontra-se no Código de Processo Penal. Alguns pontos, todavia, são alterados pela Lei 9.613/98, visando maior eficácia. No tocante ao ressarcimento dos danos, o art. 4º do referido diploma prevê que “o juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.” Todavia, em seus parágrafos estatui que “o juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal.” Da mesma forma, determina que “poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas.”

Assim, em um primeiro momento, define a imposição de medidas assecuratórias quanto aos bens, direitos ou valores, quando produtos ou proveito de crime, com a consequente liberação se comprovada sua licitude. Posteriormente, porém, a Lei n. 9.613/98 excepciona a regra quanto à constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. Desse modo, admite a manutenção de medida assecuratória sobre bens e valores, ainda que comprovada sua origem lícita, bem como se permite a decretação autônoma de constrição sobre tais bens, se dirigidas às finalidades destacadas.

Por conseguinte, embora não exista aqui divergência quanto ao regramento do Código de Processo Penal, as referências à reparação dos danos, e a maior amplitude de

¹⁰¹³Embora não seja de interesse direto à presente pesquisa, dentre os principais pontos da Lei n. 12.683/12, destaca-se a alteração do art. 1º da Lei 9.613/98. Após a reforma, a Lei de lavagem de ou ocultação de bens, direitos e valores não mais prevê rol taxativo de crimes antecedentes passíveis de implicar a chamada lavagem. O tipo penal passa então a prever a conduta de ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, seja ela qual for.

medidas cautelares reais quando destinadas a tal fim, exultam o movimento de consideração do legislador quanto à indenização da vítima.

4.12 O Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 contempla elementos expressivos quanto à intersecção entre as responsabilidades civil e penal. Sua principal regra sobre o tema é o artigo 935, cujo texto dispõe que “a responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.” Trata-se de norma “referência para a definição do sistema de coordenação entre as esferas civil e penal do direito brasileiro.”¹⁰¹⁴

Seu teor está em harmonia com os já estudados artigos 63 e seguintes do Código de Processo Penal. Representa a adoção de modelo de separação, porém, caracterizado pelo aproveitamento do resultado obtido no processo criminal para concretização da responsabilidade civil.

Por sua vez, a norma do art. 927 institui a regra geral da legitimidade passiva da ação reparatória. Determina que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186¹⁰¹⁵ e 187¹⁰¹⁶), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Contudo, em seus artigos subsequentes, o Código estabelece hipóteses de responsabilidade civil por ato de terceiro.¹⁰¹⁷ Neste ponto, não é demais lembrar-se de que somente a eficácia natural da sentença penal condenatória transitada em julgado atingirá o responsável civil, e não sua imutabilidade. Isso, pois uma vez que não participou da relação processual penal, poderá formular impugnação à sentença quando assim tiver interesse.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁴BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal**, cit., p. 134.

¹⁰¹⁵“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

¹⁰¹⁶“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁰¹⁷“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

¹⁰¹⁸Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 216. GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia da sentença penal no processo civil. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**, cit., p. 126.

Quanto aos efeitos da sentença penal absolutória na seara cível, destacam-se as disposições dos artigos 929 e 930. O art. 929 estatui que “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188,¹⁰¹⁹ não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.” O art. 930, por seu turno, assevera que “no caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

Deste modo, embora o art. 66 do Código de Processo Penal impeça, via de regra, a propositura de ação civil no caso de absolvição penal, a normativa do Código Civil opõe-lhe exceções. Logo, é possível que determinado sujeito provoque prejuízo ao patrimônio de terceiro, em estado de necessidade, e seja posteriormente absolvido em sede penal. Entretanto, essa absolvição penal não representa obstáculo para que o terceiro lesado proponha ação civil reparatória contra o sujeito absolvido perante o juízo criminal, restando a esse indivíduo o direito de regresso em face do causado do perigo.

Merece ainda considerações a questão da prescrição da pretensão reparatória, no caso de dano originário de infração penal. O art. 200 do Código Civil explicita que “quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.” A par de expor a relativa independência entre os juízos cível e criminal, a regra tem como objetivo evitar a prescrição da pretensão indenizatória, na hipótese de a vítima optar por aguardar a investigação criminal ou o término do processo penal, eventualmente morosos.

Contudo, a regra é inaplicável se não instaurada investigação criminal ou se não exercida a correspondente ação penal. E assim, pois não haveria estabelecimento de relação de prejudicialidade que justificasse a aplicação da norma.¹⁰²⁰ Neste raciocínio, somente haverá suspensão do prazo prescricional da demanda civil caso já proposta a ação

¹⁰¹⁹“Art. 188. Não constituem atos ilícitos: II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.”

¹⁰²⁰“Desde que haja a efetiva instauração do inquérito penal ou da ação penal, o lesado pode optar por ajuizar a ação reparatória cível antecipadamente, ante o princípio da independência das instâncias (art. 935 do CC/2002), ou por aguardar a resolução da questão no âmbito criminal, hipótese em que o início do prazo prescricional é postergado, nos termos do art.200 do CC/2002.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1631870/SE**. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017). Nesse sentido, há também os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 618934/SC**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2004, DJ 13/12/2004, p. 239. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 622117/PR**. Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/05/2004, DJ 31/05/2004, p. 246. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 920582/RJ**. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 24/11/2008. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1180237/MT**. Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012.

penal, ou, ao menos, instaurado expediente investigatório. Em contrapartida, inicia-se o cômputo da prescrição com o trânsito em julgado da ação penal ou com o arquivamento do inquérito policial.

4.13 A colaboração premiada na Lei n. 12.850/2013

A colaboração premiada é um meio de obtenção de prova, tal como definido pelo art. 3º, I, da Lei nº 12.850/2013 (Lei de combate às organizações criminosas). Em si, não é um meio de prova, mas um instrumento para obtenção de prova. Conquanto criticada, pois consistiria em forma de barganha estatal com criminosos, prevalece sua ampla aceitação, fundamentada no necessário combate à criminalidade, tendo em vista a complexidade que essa assume hodiernamente.¹⁰²¹

Diversas são as previsões normativas que estatuem, ao menos de forma incipiente, a colaboração premiada. Nesse sentido, é possível citar o art. 159, §4º, do Código Penal,¹⁰²² o art. 25, § 2º, da Lei 7.492/86,¹⁰²³ o art. 16, parágrafo único, da Lei 8.137/90,¹⁰²⁴ o art. 8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90,¹⁰²⁵ o art. 1º, § 5º, da Lei 9.613/98,¹⁰²⁶ os artigos 13 a 15

¹⁰²¹“(…) parece-nos que a delação premiada é um mal necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. Não é preciso ressaltar que o crime organizado tem ampla penetração nas entranhas estatais e possui condições de desestabilizar qualquer democracia, sem que se possa combatê-lo, com eficiência, desprezando-se a colaboração daqueles que conhecem o esquema e dispõem-se a denunciar co-autores e partícipes. No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, cit., p. 418).

¹⁰²²“Art. 159 - Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - reclusão, de oito a quinze anos. § 4º - Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹⁰²³“Art. 25. §2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹⁰²⁴“Art. 16. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

¹⁰²⁵“Art. 8º Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

¹⁰²⁶“Art. 1º. §5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

da Lei 9.807/99,¹⁰²⁷ o art. 41, da Lei 11.343/06,¹⁰²⁸ e, por fim, o art. 87, parágrafo único, da Lei 12.529/2011.¹⁰²⁹

O assunto, entretanto, é tratado de forma detalhada pela Lei n. 12.850/2013, em seus arts. 4º a 7º. É de se ressaltar que sua incidência não se limita ao âmbito da criminalidade organizada, mas estende-se a todo e qualquer caso de colaboração premiada, uma vez que ausente qualquer restrição legal nesse sentido.¹⁰³⁰

A colaboração premiada consiste em acordo de vontades entre o Ministério Público ou o delegado de polícia, de um lado, e o imputado, de outro. O polo acusatório tem sua exteriorização de vontade relacionada à persecução penal. Quanto ao colaborador, sua vontade é direcionada ao compromisso de colaboração com algum dos objetivos elencados em lei, sendo certo que abre mão de prerrogativas relacionadas à sua defesa. Significa, portanto, verdadeiro negócio jurídico processual.¹⁰³¹

Não cabe nos estreitos limites deste trabalho analisar a regulamentação da colaboração premiada, nos detalhes especificados pelos arts. 4º a 7º, da Lei n. 12.850/2013.

¹⁰²⁷“Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminoso; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso. Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços. Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. §1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. §2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. §3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.”

¹⁰²⁸“Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.”

¹⁰²⁹“Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo.”

¹⁰³⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 457.

¹⁰³¹Cf. DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188-195. (Coleção repercussões do novo CPC; v. 13. Coord. Geral Fredie Didier Jr.).

Contudo, tratando-se de tema em voga, até pela conjuntura política ora vivenciada, não se pode deixar de mencionar o impacto da medida na reparação de danos dentro do processo penal.

E assim, pois dentre as finalidades da colaboração premiada está a recuperação total ou mesmo parcial do produto ou do proveito da infração penal. Nesse sentido, dispõe o art. 4º e inciso IV, da Lei de combate ao crime organizado: “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa.”

É, pois, na exata medida em que a reparação do dano, consistente na recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime, é situação permissiva do negócio jurídico processual de colaboração premiada, que se denota a tendência de entrelaçamento entre esferas cível e penal. E assim, até mesmo porque a medida representa atual mecanismo de combate à criminalidade moderna organizada, cujo emprego é noticiado à exaustão no cotidiano forense.

4.14 Reformas setoriais do Código de Processo Penal e a Lei 11.719/08

A Lei n. 11.719/08 tem sua origem nos trabalhos da comissão convocada pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, do então Ministro da Justiça José Carlos Dias. A comissão foi formada por juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual e presidida por Ada Pellegrini Grinover.¹⁰³² Oito projetos foram elaborados, mas nem todos foram convertidos em lei.¹⁰³³ A própria Lei n. 11.719/08 teve quase uma década de incubação antes de sua aprovação.

¹⁰³²“Assumindo o Ministério da Justiça, José Carlos Dias, mediante o Aviso nº 1.151, de 29 de outubro de 1999, convidou o Instituto Brasileiro de Direito Processual a apresentar propostas de reforma do código de processo penal, para posterior encaminhamento ao Congresso Nacional. E, pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, o Ministro da Justiça constituiu comissão para, no prazo de 90 dias a partir de sua instalação, apresentar propostas visando à reforma do Código de Processo Penal brasileiro.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017).

¹⁰³³Optou-se pela revisão fragmentária, por meio de diversos projetos, “tendo em vista as reconhecidas dificuldades na aprovação de um Código inteiramente novo.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A reforma processual penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n.º 183, p. 156, jul./set. 2009).

A reforma introduzida pela Lei n. 11.719/08 representa o ponto de chegada de um movimento de aproximação, separação e reaproximação entre responsabilidades civil e penal no direito processual penal brasileiro. Ao remodelar a sentença penal condenatória, alterou o art. 387, IV, do Código de Processo Penal, impondo-lhe a seguinte redação: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

Conquanto não seja o último diploma normativo promulgado na linha cronológica de revalorização da reparação civil dentro do processo penal, simboliza seu vértice. Isto, pois autoriza a condenação civil pelo juízo penal, com a correspondente fixação de valor indenizatório. E, diferentemente das Leis n. 9.099/95, n. 9.503/97 e n. 9.605/98, o faz forma generalizada.

Em específico, a modificação ora estudada tem inspiração nos anteprojetos elaborados pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, na década de 1990, posteriormente revistos pela comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover.¹⁰³⁴ A justificativa oferecida para a adoção de tal dispositivo consiste na preocupação em ampliar a tutela da vítima.¹⁰³⁵

Embora passe a viabilizar a fixação de valor indenizatório civil pelo juízo criminal, a Lei 11.719/08 não alterou o modelo de coordenação de jurisdição até então vigente. Embora trate-se de evidente flexibilização da regra de separação de instâncias, não impôs cumulação obrigatória ou facultativa de pretensões. “A vítima que desejar promover a ação de reparação do dano terá de fazê-lo perante o juiz cível. O Código de Processo Penal concedeu ao juiz a faculdade de suspender o julgamento definitivo da ação civil até o término da ação penal.”¹⁰³⁶

¹⁰³⁴Cf. PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores, cit. Igualmente: FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 164.

¹⁰³⁵Nesse sentido: “A preocupação em tutelar a vítima, não apenas quanto à reparação nas hipóteses de transação, mas também com o acréscimo de um n. VII ao art. 387 e um parágrafo ao art. 63, com a fixação de um valor mínimo para a reparação dos danos causados e considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, executando-se esse valor após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.” (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A reforma processual penal*. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: teoria geral do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 901. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

¹⁰³⁶BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 213. Assim, com a devida vênia, conclui-se que não assiste razão a Paulo Rangel, quando o autor afirma que a nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, introduz o sistema da solidariedade no processo penal. A uma, pois ainda se permite que a vítima deduza sua pretensão indenizatória perante o juízo cível, independentemente do resultado penal. Isto significa, não há qualquer obrigatoriedade de cumulação de pretensões. A duas, pois a fixação fala em valor mínimo, entregando a discussão da reparação integral ao juízo cível (Cf. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 588).

Em síntese, o modelo de separação imposto ao processo penal brasileiro desde a Lei n. 261/1841, gradativamente tem sido abrandado. A paulatina aproximação entre as esferas cível e penal tem inspiração nos movimentos de revalorização da vítima no processo penal, já estudados no primeiro capítulo deste trabalho. Conforme afirmado, a consolidação da separação penal e civil fez da vítima mero objeto do processo penal. Entretanto, o resgate de sua participação e consideração tem entre seus efeitos a ampliação dos pontos de contato entre os campos penal e civil.¹⁰³⁷

No atual panorama do direito processual penal brasileiro, faculta-se à vítima demandar perante o juízo cível, caso opte por não aguardar o término do processo penal. A suspensão do processo civil é mera faculdade do juízo e não pode perdurar indefinidamente. Por outro lado, caso decida aguardar o exercício da ação penal, assegura-se ao ofendido a suspensão da prescrição da pretensão indenizatória até o trânsito em julgado da sentença penal. Outrossim, na hipótese de condenação, o juízo criminal está autorizado a proferir condenação de conteúdo cível na medida em que fixa valor mínimo de conteúdo indenizatório.

Contudo, a problemática surge ao passo que a Lei 11.719/08 concede tal poder ao juízo criminal sem lhe definir qualquer procedimentalização. A regra de maior impacto na relação entre responsabilização civil e responsabilização penal, síntese do atual estado do sistema de coordenação adotado, gera dúvidas e incertezas quanto à sua aplicação. E isto, não apenas quanto ao seu conteúdo, mas, em especial, quanto à sua operacionalização. Esse é o problema enfrentado pela presente pesquisa. Não o conteúdo do valor indenizatório aplicado na sentença penal, ou “o que fixar”, mas, antes, a sua procedimentalização, ou o “como fixar”.

¹⁰³⁷Não por outras razões, a Lei n. 11.690/08, também decorrente de projeto da lavra da comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover, impôs entre suas inovações ao texto do Código de Processo Penal: a) a oitiva do ofendido sempre que possível (art. 201, *caput*); b) a intimação do ofendido acerca de atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem (art. 201, §1º); c) a reserva de espaço separado ao ofendido antes do início da audiência e durante sua realização (art. 201, §4º); d) o encaminhamento do ofendido para atendimento multidisciplinar, sempre que o juiz entendê-lo necessário, às expensas do ofensor ou do Estado (art. 201, §5º); e) a adoção das providências necessárias, pelo juiz, à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação (art. 201, §6º).

5 A FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO MÍNIMO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

5.1 Ausência de procedimentalização

A fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória é o ponto de chegada de um movimento de aproximação, separação e reaproximação entre responsabilidades civil e penal no direito processual penal brasileiro. Trata-se de oportunidade para a satisfação dos interesses civis do lesado para além das já existentes providências de restituição de coisa apreendida e medidas cautelares reais de arresto, sequestro e hipoteca legal. Sua admissão pela Lei 11.719/08 representa a crescente preocupação com uma política que integre um julgamento justo para vítimas e imputados.

A par das críticas comuns a qualquer sistema ou mecanismo de cumulação de pretensões de natureza civil e penal, a inovação tem como grande entrave a ausência de procedimentalização.¹⁰³⁸ A questão essencial que envolve a fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória diz respeito ao seu modo de realização, e não ao seu conteúdo ou à sua repercussão no processo civil. Inexistente qualquer disposição legal acerca de sua operacionalização, a regra traz incertezas quanto à forma de sua aplicação.¹⁰³⁹

Veja-se que o impasse não se refere aos efeitos civis da sentença penal condenatória, à possibilidade ou não de sua posterior discussão perante o juízo cível, ou mesmo à modalidade de dano passível de avaliação pelo juiz criminal. Antes de tudo, a problemática pertence ao “como fixar” um valor indenizatório em favor da vítima na sentença penal condenatória, dado que a Lei 11.719/08 não disciplinou sua instrumentalização.

¹⁰³⁸Nesse sentido: “Nada dispõe sobre como esse valor é alcançado, se deve haver prévia manifestação da vítima a esse respeito, inclusive para indicar parâmetros para a estipulação desse *quantum*, e, tampouco, se deve haver alguma menção expressa do Ministério Público quando a persecução for de legitimação pública.” (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 7. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017. p. 863).

¹⁰³⁹Fauzi Hassan Choukr adverte que: “é no fato de que não havendo previsão expressa de pedido sem que haja, portanto, a exposição de fatos referentes à indenização de forma particularizar e individualizada, de modo que possa gerar o cabível contraditório sobre o tema, que parecem residir os maiores entraves para que se admita a plena compatibilidade do presente artigo com a estrutura constitucional.” (Id. Ibid., p. 863).

O direito processual é moldado por duas diferentes exigências, quais sejam, precisão formal e justiça substancial.¹⁰⁴⁰ Reconhece-se o direito a um procedimento certo enquanto razão de segurança jurídica, ao passo que esse mesmo procedimento deve permitir a efetivação de garantias e a atuação eficaz dos órgãos de persecução.¹⁰⁴¹ Ainda que se exija previsibilidade, a funcionalidade e a adaptabilidade são também conceitos diretamente relacionados ao devido procedimento legal.

No caso da reforma introduzida pela Lei 11.719/08, não há exatidão formal. Concede-se ao juízo criminal o poder de fixar valor indenizatório, cuja natureza é de condenação civil, e não de sanção criminal ou de mero efeito extrapenal, sem definir exigências formais básicas, como o momento de sua postulação, a legitimidade para seu requerimento, dilação probatória ou mesmo se o juiz pode fazê-lo de ofício.

Bem ou mal, a questão encontraria alguma solução nas disposições do Anteprojeto de novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n. 8045, de 2010, do Senado Federal).¹⁰⁴² Dentre as novidades apresentadas, há a instituição da parte civil no processo penal¹⁰⁴³, ao lado da figura do assistente de acusação. Legitimada a agir em seu próprio nome, a parte civil tem como objetivo, exclusivamente, obter a reparação dos danos sofridos.¹⁰⁴⁴

¹⁰⁴⁰TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo:** regramentos e garantias, cit., p. 3.

¹⁰⁴¹FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal,** cit., p. 303.

¹⁰⁴²O Anteprojeto do novo Código de Processo Penal tem sua origem no requerimento n. 227, de 2008, apresentado perante o Senado Federal, cujo objeto foi a convocação de comissão de juristas para a elaboração do Anteprojeto (BRASIL. **Diário do Senado Federal**, Brasília-DF, ano 63, n. 021, 07 mar. 2008). O texto do Anteprojeto, redigido pela comissão, foi encaminhado ao Senado Federal no ano de 2009 (BRASIL. **Diário do Senado Federal**, Brasília-DF, ano 64, n. 051, 23 abr. 2009) e seu texto final foi aprovado, após emendas, no ano de 2010. O Projeto de Lei, sob o n. 8045, de 2010, do Senado Federal, que também tramitou sob as nomenclaturas Requisição 227/2008 e Projeto de Lei do Senado n. 156/2009, foi encaminhado à Câmara dos Deputados, para revisão. Na data de 24 de fevereiro de 2016 foi constituída a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8045/10, do Senado Federal, por ato da Presidência da Câmara dos Deputados.

¹⁰⁴³“A vítima, enquanto parte civil, poderá ingressar nos autos, não só como assistente da acusação, mas também, ou apenas, se assim decidir, como parte processual a ser contemplada na sentença penal condenatória.” (BRASIL. **Exposição de Motivos em Anteprojeto.** Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília-DF: Senado Federal, 2009).

¹⁰⁴⁴CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais,** cit., p. 54. Igualmente, sobre a função e autonomia da parte civil: “Por tal debe entenderse la parte que demanda en el proceso penal la reparación del dano causado por el delito; es el actor civil dentro del proceso. No es una parte indefectible en el proceso penal, pero sí lo es en la demanda civil que se sustancia dentro de éste.” (NUÑEZ, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal,** cit., p. 99). “Ogni persona offesa da un reato può agire nel giudizio penale, contro l’imputato e la persona civilmente responsabile, per il risarcimento del danno e le restituzioni, mediante la costituzione di parte civile, che la rende soggetto di un’azione civile connessa all’azione penale” (MARSICO, Alfredo de. **Lezioni di diritto processuale penale,** cit., p. 77).

Sua regulamentação está no Livro I, Título IV, Capítulo IV, Seção II, artigos 81 a 84 do Anteprojeto, após emendas apresentadas pelo Senado Federal. Determina-se que estão legitimados a ingressar no processo penal como parte civil a vítima ou, no caso de sua ausência ou morte, seus herdeiros, conforme o disposto na legislação civil.¹⁰⁴⁵ Sua atuação é limitada,¹⁰⁴⁶ não lhe sendo permitido ampliar a matéria de fato constante da denúncia. Tem o prazo de 10 dias, após notificação do oferecimento da inicial acusatória, para requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração.¹⁰⁴⁷ O Anteprojeto também confere à parte civil, em seu art. 82, as mesmas faculdades e os mesmos deveres processuais do assistente de acusação, além de autonomia recursal especificamente quanto à matéria tratada na adesão, garantindo-se ao acusado o exercício da ampla defesa.

O Anteprojeto, em seu art. 83, *caput*, é também expresso quanto à possibilidade de propositura de ação civil contra as pessoas que por lei ou contrato tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causados pela infração, ainda que a parte civil tenha aderido à ação penal para a satisfação de sua pretensão civil. Contudo, caso a ação seja proposta no juízo cível contra o acusado, incluindo pedido de reparação de dano moral, estará prejudicada a adesão à ação penal.

Em que pese sua procedimentalização no texto apresentado pelo Senado Federal, na Câmara de Deputados propôs-se a retirada da figura da parte civil e do regramento referente ao pedido de reparação no processo penal. Conforme parecer do Deputado

¹⁰⁴⁵Em outros sistemas admite-se que terceiro direta e imediatamente prejudicado pelo fato imputado habilite-se como parte civil (Cf. PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 303-305), ou mesmo que pessoa jurídica possa também habilitar-se para defesa de interesses coletivos (Cf. VITU, André. **Procédure pénale**, cit., p. 155).

¹⁰⁴⁶E tanto mais limitada, se considerado que o Anteprojeto tão somente permite a fixação de danos morais no âmbito do processo penal. Conforme exposição de motivos: “A sentença penal condenatória poderá arbitrar indenização pelo dano moral causado pela infração penal, sem prejuízo da ação civil, contra o acusado e o eventual responsável civil, pelos danos materiais existentes. A opção pelos danos morais se apresentou como a mais adequada, para o fim de se preservar a celeridade da instrução criminal, impedindo o emperramento do processo, inevitável a partir de possíveis demandas probatórias de natureza civil. Nesse ponto, o anteprojeto vai além do modelo trazido pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, que permitiu a condenação do réu ao pagamento apenas de parcela mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos efetivamente comprovados.” (BRASIL. **Exposição de Motivos em Anteprojeto**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal, cit.). Conferir também: HAMILTON, Sérgio Demoro. Primeiras observações sobre a presença da parte civil no Projeto de Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 61, p. 61-68, ago./set. 2014. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁰⁴⁷Com ou sem adesão civil da vítima ao processo penal o acusado será citado para responder à ação penal. Contudo, a notificação da vítima para que se manifeste sobre a reparação dos danos morais é importante novidade do projeto, estabelecendo momento procedimental adequado à sua postulação (Conferir: FERNANDES, Antônio Scarance. Os procedimentos no Código Projetado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 213, p. 6, ago. 2010).

Rodrigo Pacheco, entende-se que é “temerário levar esta discussão ao âmbito do processo penal. Discutir o dano moral poderia atrasar ainda mais o trâmite de tal demanda, que já tem a sua sede, qual seja, o juízo cível. Por tal razão, mantive a redação no Código de Processo Penal vigente, no sentido de que a sentença penal condenatória transitada em julgado possa ser levada ao juízo cível para que a vítima obtenha lá a reparação do dano.”¹⁰⁴⁸ Assim, a minuta de Anteprojeto substitutivo apresentada na Câmara, ainda pendente de votação, mantém, em linhas gerais, o quadro atual da questão.

Sem a previsão de uma solução legislativa próxima, o procedimento de fixação de valor mínimo indenizatório deve ser construído pela prática judiciária, “sem violar as regras básicas de um processo penal justo.”¹⁰⁴⁹ É certo que não é permitido ao intérprete legislar. A fixação de valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória somente pode ser desenhada a partir das regras procedimentais já existentes no processo penal.¹⁰⁵⁰ A partir destas, por meio do recurso aos diferentes métodos interpretativos e integrativos do Direito, é que se pode atingir sua concretização.

A ideia que deve servir-lhe de inspiração é a de que há a necessidade de se integrar um conceito de julgamento justo para vítimas e acusados.¹⁰⁵¹ Sempre a partir da filtragem da tutela constitucional, representada pela garantia-síntese do devido processo legal, sua procedimentalização deve atender à instrumentalidade finalística e metodológica do processo.¹⁰⁵² Isto significa, sua estruturação deve se prestar à tutela jurisdicional adequada. No caso, que contemple a satisfação dos interesses da vítima e o direito de defesa efetiva do imputado.

¹⁰⁴⁸BRASIL. Senado Federal. **1º Relatório Parcial**. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei Nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal”. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

¹⁰⁴⁹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 590.

¹⁰⁵⁰NUCCI, Guilherme de Souza et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008, cit., p. 404.

¹⁰⁵¹Sobre a crescente preocupação em desenhar um procedimento que represente um julgamento justo que também englobe os interesses das vítimas, conferir: Conferir: SANDERS, Andrew. A fair trial for the suspect? In: ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.). **Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness / Criminal justice between crime control and due process**. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 193-194.

¹⁰⁵²Sobre a instrumentalidade finalística e metodológica do processo, conferir: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo, cit., p. 16.

5.2 Necessidade de pedido expresso e impossibilidade da fixação de valor indenizatório “ex officio”

A primeira questão decorrente da ausência de procedimentalização legal em relação à fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória refere-se à necessidade ou não de pedido expresso. Uma vez que nada se dispõe sobre como esse valor possa ser alcançado, perquire-se se o próprio juiz pode fazê-lo de ofício ou se depende de requerimento formulado pelo titular da ação penal ou pela própria vítima, habilitada ou não como assistente de acusação.

A resposta à indagação parte da identificação da natureza jurídica da indenização civil arbitrada no processo penal. Aqueles que defendem a atuação de ofício do julgador enxergam na norma um efeito extrapenal da condenação penal.¹⁰⁵³ Além da mera interpretação literal do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, que utiliza a forma imperativa do verbo “fixará”,¹⁰⁵⁴ uma série de argumentos desenvolvem-se na tentativa de conciliar a determinação de valor ressarcitório, independentemente de requerimento, e as garantias processuais do contraditório, inércia de jurisdição e imparcialidade.

Nessa linha, sustenta-se que o dever de reparar o dano é efeito automático da sentença penal condenatória transitada em julgado, assim como também o seria sua liquidação, ainda que em montante mínimo. Não haveria agressão à inércia de jurisdição, pois, se a condenação penal necessariamente acarreta o reconhecimento da obrigação de indenizar, nada impediria que, automaticamente, o juiz determinasse um valor mínimo para tal obrigação.¹⁰⁵⁵

O fato é que o reconhecimento da obrigação civil de reparação de danos não se confunde com o conteúdo dessa mesma obrigação. Embora exista a obrigação, é possível que se apure não existir qualquer prejuízo a ser reparado. Evidentemente decorrem de pressupostos diferentes e envolvem discussões diversas. São, portanto, coisas distintas. Reconhecer que a obrigação de reparar o dano seja efeito secundário da sentença condenatória não significa que o reconhecimento de eventual prejuízo também o seja.

¹⁰⁵³Conferir: OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit. CABRAL, Antônio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP, cit., p. 312.

¹⁰⁵⁴SOUZA, Rafael Soares. A sentença penal condenatória e o valor mínimo para reparação dos danos. **Revista dos Tribunais Nordeste**, v. 6, p. 238, jul./ago. 2014.

¹⁰⁵⁵MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 232-233.

Quanto à imparcialidade, afirma-se que essa se mantém incolume na medida em que o juiz não pode determinar provas de ofício para apuração do valor ressarcitório, mas deve extraí-lo naturalmente das provas que são substrato do injusto penal.¹⁰⁵⁶ Contudo, o simples fato de proibir-se a determinação da produção de provas específicas à questão cível não garante, por si só, a imparcialidade do julgador.

O veto sistemático à atuação espontânea do julgador é uma das limitações processuais mais relevantes à garantia da imparcialidade e à atuação racional do juiz,¹⁰⁵⁷ de modo que o acolhimento de interesse cível disponível, independentemente de qualquer pedido, é contrária à própria expectativa do processo como *actum trium personarum*. Por essa perspectiva, o julgamento oficioso da questão cível colide com ideias que têm sólidas raízes na tradição jurídica ocidental.¹⁰⁵⁸ Tanto mais questionável a imparcialidade nesse caso, se considerada a possibilidade da contaminação psicológica daquele que julga a reparação civil após formada sua convicção acerca da pretensão acusatória.¹⁰⁵⁹

No tocante à garantia do contraditório, o professor Heitor Vitor Mendonça Sica sustenta que, “embora seja imprescindível o contraditório no tocante à indenização mínima, sua observância não depende de veiculação de pedido logo no ato processual inicial, bastando que o juiz exorte as partes a se manifestarem ainda que posteriormente à apresentação da denúncia ou queixa. Bastaria, para esse fim, a observância da proibição de prolação de ‘decisão-surpresa’”.¹⁰⁶⁰

Todavia, conforme já estudado, a reparação de danos conserva sua natureza de direito material civil, ainda que inserida no processo penal, não sendo mero efeito extrapenal da sentença condenatória.¹⁰⁶¹ Isso, porque o valor ressarcitório atende à

¹⁰⁵⁶GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da Lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do processo penal, cit., p. 358-359.

¹⁰⁵⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 201.

¹⁰⁵⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 107.

¹⁰⁵⁹GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo, cit., p. 374.

¹⁰⁶⁰SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro**, cit., p. 138. No mesmo sentido: “Não se pode, de outro lado, confundir necessidade de contraditório com exigência de requerimento. O contraditório não precisa de pedido ou requerimento para ser implementado. O magistrado pode suscitar o debate intimando as partes para que controvertam a respeito do tema. O mais importante é que a defesa do réu tenha a oportunidade de discutir os valores apontados nos autos como sendo o prejuízo do lesado.” (CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 416. (Coleção repercussões do novo CPC; v. 13. Coord. Geral Fredie Didier Jr.).

¹⁰⁶¹Conferir: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 590. GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 241. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Consecuencias

pretensão de natureza cível, e não à pretensão de natureza penal. Não se trata, ademais, de norma meramente processual, mas principalmente material, uma vez que atende a interesse do direito material. Seu referencial é o próprio direito material à reparação de danos constante nos arts. 186 e 927 do Código Civil.¹⁰⁶² Desse modo, não basta que somente sejam exortadas a se manifestar sobre o valor indenizatório. Na verdade, o contraditório sobre a pretensão civil deve permear todo o processo, deve ter como referencial um pedido indenizatório com contornos bem definidos, o que não pode ser delineado pelo próprio julgador, bem como deve contemplar o direito de produzir prova.

Outros impedimentos decorrem dessa constatação, razão pela qual setor da doutrina exige a existência de pedido expresso quanto à fixação de valor mínimo indenizatório.¹⁰⁶³ Veja-se que, embora se procure o desenho de um processo justo também para as vítimas do delito, “os fins não podem, nem devem em um Estado de direito democrático justificar os meios”.¹⁰⁶⁴

Sob o reconhecimento de que tal montante ressarcitório refere-se a interesse material cível, e sob os auspícios da garantia-síntese do devido processo penal, são três os principais obstáculos que impedem sua determinação oficiosa. A partir da perspectiva do direito processual civil, que rege a matéria cível, tem-se o chamado princípio dispositivo e a inércia de jurisdição. Sob o pressuposto do direito processual penal, até porque esse coordenará todo o procedimento e o objetivo principal do processo, tem-se a separação de funções característica do sistema acusatório. E, por fim, em qualquer perspectiva que se adote, há a garantia da correlação entre acusação ou demanda e sentença, lida conjuntamente com as garantias do contraditório e da ampla defesa.

O princípio dispositivo, amplo em matéria civil, apoia-se na ideia de que, nas discussões e assuntos de interesse privado, os órgãos do poder público não podem ir além

jurídicas económicas del delito: naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. La reparación del daño como alternativa a determinadas penas, cit., p. 29. SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 21. RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**, cit., p. 127. ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**, cit., p. 53. ALMEIDA, Luis Nunes de. Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal, cit.

¹⁰⁶²MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A sentença penal condenatória e a reparação dos danos causados pela infração**: o direito intertemporal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador-BA, n. 132, p. 11, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1490/1170>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

¹⁰⁶³Conferir: DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**, cit., p. 328. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**, cit., p. 235. NICOLITT, André. **Manual de processo penal**, cit., p. 168.

¹⁰⁶⁴VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**, cit., t. 1, p. 184.

do que desejam os próprios particulares.¹⁰⁶⁵ Volta-se tanto ao direito substantivo quanto às faculdades processuais na discussão desse direito.¹⁰⁶⁶ Por essa razão, a vontade do juiz não pode ser de soberania absoluta, mas condicionada à vontade e ao comportamento das partes.¹⁰⁶⁷ Como decorrência, reconhece-se que a pretensão cível à reparação deve permanecer na esfera de disponibilidade da vítima, que pode até mesmo não ter interesse em sua fixação.¹⁰⁶⁸

A fixação de indenização oficiosa pelo juiz, ainda que exorte o acusado a se manifestar sobre a matéria antes da decisão, equivale à violação do princípio dispositivo. Mas não apenas. Como consequência, acarreta também a própria descaracterização do direito material.¹⁰⁶⁹ Há a perda da disponibilidade de um interesse privado pela vítima,¹⁰⁷⁰ e a indevida apropriação de sua vontade pelo poder público.

A partir do parâmetro processual penal, a determinação oficiosa da reparação cível esbarra na separação de funções, trave mestra do sistema acusatório, essencial à garantia da imparcialidade do julgador. Nesse sentido, argumenta Alexandre Freitas Câmara que “ao permitir que o juiz criminal fixe o valor mínimo da indenização sem que haja demanda com este objeto, a lei acaba por fazer com que as atividades de acusar e julgar incidam sobre a mesma pessoa. Afinal, aplicada a norma, seria do juiz a atividade de acusar o réu de ter causado dano indenizável ao ofendido. Ocorre que a adoção do sistema acusatório é absolutamente fundamental para a conformidade constitucional das normas processuais penais.”¹⁰⁷¹

Por fim, seja pela principiologia processual penal, seja pela processual civil, o devido processo legal produz mais um entrave ao julgamento oficioso da questão civil,

¹⁰⁶⁵COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 186.

¹⁰⁶⁶ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**, cit., p. 93.

¹⁰⁶⁷CALAMANDREI, Piero. **Proceso e democracia**: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México, cit., p. 85. No mesmo sentido: “El juez penal no tiene ningún poder para decidir en tema de intereses civiles relativos a un determinado delito sin que el interesado proponga demanda de ello y permanezca vigilante y activo”. (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 480).

¹⁰⁶⁸GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**: considerações críticas, cit., p. 111.

¹⁰⁶⁹“Direito disponível é aquele cujo exercício, ou não, fica ao exclusivo critério do respectivo titular; que, como resulta da locução, dele pode abrir mão, parcial ou totalmente. A disponibilidade deve ser considerada primeiramente no plano material do ordenamento. É nesse que, conforme a relevância do valor tutelado, há casos em que não se permite que o titular disponha de determinado direito. Isso ocorre, por exemplo, nos direitos fundamentais (que se alicerçam na dignidade da pessoa humana), nos direitos personalidade e nos direitos relacionados ao estado e capacidade das pessoas.” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, cit., v. 1, p. 127).

¹⁰⁷⁰PÜSCHEL, Flavia Portella; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**, cit.

¹⁰⁷¹CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei 11.719/2008, cit., p. 122.

qual seja, a garantia da congruência entre acusação ou demanda e sentença. É que a aplicação de ofício do art. 387, IV, do Código de Processo Penal não significa outra coisa que uma condenação por algo que não se pediu.

A garantia da correlação, corolário do contraditório e, em alguma medida, pressuposto da imparcialidade do juiz,¹⁰⁷² implica reconhecer que o acusado tenha a ampla possibilidade de influir no resultado final da sentença. Para tanto, deve ter o direito à ampla produção probatória em momento adequado, e não apenas à mera manifestação, e, principalmente, deve reconhecer-lhe o direito à informação dos precisos contornos da indenização a ser fixada. Isto é, para que possa se defender eficazmente, deve saber qual o conteúdo da reparação, se moral, material, estético, alimentos, e mesmo qual seu sujeito ativo. A mera possibilidade de manifestar-se sobre algum valor indenizatório equivale a defender-se de demanda hipotética, de pedido presumido, incerto e indeterminado, em total contraste com a regra dos artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil.

E, pensar que o juiz possa exortar as partes a manifestar-se sobre pedido por ele mesmo formulado, com conteúdo claramente definido por ele, nos moldes impostos pelas regras do Código de Processo Civil, e que também por ele mesmo será sentenciado, é permitir o mais grave vício que pode atingir o processo, a fundada dúvida sobre a imparcialidade do julgador.

Assim, não pode o juiz fixar valor indenizatório na ausência de pedido expresso, sob pena de incongruência da sentença.¹⁰⁷³ O pronunciamento civil da sentença penal deve sempre guardar correlação com a pretensão civil expressamente formulada,¹⁰⁷⁴ sob o risco de descumpridas as promessas do contraditório e da imparcialidade.

Ademais, não se pode esquecer que a pretensão penal não pode subsidiar a pretensão cível, em especial a definição de seu conteúdo e montante mínimo, pois são diferentes. Fundamentam-se em institutos jurídicos distintos e, por consequência, cada qual

¹⁰⁷²É a lição de: DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil, cit., p. 4. VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**, cit., p. 147.

¹⁰⁷³Nesse sentido: “Para que o juiz penal possa fixar um valor mínimo para reparação dos danos na sentença, é fundamental que: 1. Exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos causados, sob pena de flagrante violação do princípio da correlação;” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 434). Igualmente: CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei 11.719/2008, cit., p. 115. BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 94.

¹⁰⁷⁴É o que afirma: MANZINI, Vincenzo. **Trattato de diritto processuale penale italiano**, cit., v. 1, p. 326-327. SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 374.

deverá ter sua própria motivação.¹⁰⁷⁵ Portanto, ainda que por força de lei a sentença penal condenatória promova o reconhecimento da obrigação civil, questão bastante diversa é a determinação de seu conteúdo. Não poderia, portanto, considerar-se essa mesma determinação também um efeito da sentença, pois sua motivação jamais poderá se confundir com aquela inerente à condenação criminal.

É dentro deste raciocínio, e com destaque às garantias do contraditório e da ampla defesa do acusado, que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm destacado a necessidade de pedido expresso para a fixação de valor mínimo indenizatório.¹⁰⁷⁶ Aliás, em sede de incidente de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça fixou o tema n. 983, segundo o qual “nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.”

Conclui-se, portanto, pela impossibilidade da determinação de ofício de valor ressarcitório mínimo. Afastada a noção de que se trata de mero efeito extrapenal da sentença, e em razão da disponibilidade do direito cível envolvido, da inércia de jurisdição, da separação de funções ínsita ao processo penal democrático, bem como pela garantia de congruência entre o provimento jurisdicional e a imputação e demanda, pressuposto da imparcialidade contraditório e ampla defesa, exige-se a formulação de pedido expresso para o cumprimento da regra do art. 387, IV do Código de Processo Penal.

¹⁰⁷⁵Conferir: MORAS MOM, Jorge R. **La acción civil reparatoria y el proceso penal**. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1996. p. 157-158.

¹⁰⁷⁶Nesse sentido: “Para que seja fixado na sentença o valor mínimo para reparação dos danos causados à vítima, com base no art. 387, IV, do Código Penal, deve haver pedido formal nesse sentido pelo ofendido e ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedente.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1248490/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012). “Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser oportunizado o contraditório ao réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Precedentes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1193083/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 27/08/2013). “A reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1483846/DF**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016). Conferir também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1651518/MS**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RvC 5437**. Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, acórdão eletrônico dje-052 divulg 17-03-2015 public 18-03-2015.

5.3 A legitimidade do Ministério Público e sua atribuição constitucional

Assentado que a fixação de valor indenizatório no processo penal pressupõe seu formal requerimento, cabe averiguar quem detém a legitimidade para a sua dedução. Nas ações penais de iniciativa privada não resta dúvida. Sua propositura cabe ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo, conforme artigo 30 do Código de Processo Penal, de forma que o próprio querelante poderá formular o pedido indenizatório no corpo da queixa-crime. Nesse caso, em uma mesma figura concentram-se a legitimidade para intentar a ação penal e a titularidade do direito material civil violado. Incertezas surgem quando da análise das ações penais de iniciativa pública, condicionadas ou não.

Nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público promover, privativamente, as ações penais de iniciativa pública. Sabe-se que se trata de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁰⁷⁷ Tem papel político como fundamental defensor da sociedade.¹⁰⁷⁸ No entanto, indaga-se se é também sua atribuição constitucional a tutela de direitos disponíveis titularizados pelas vítimas de infrações penais.

É certo que por força do artigo 129, III, da Constituição Federal, o Ministério Público é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, e isso sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). Evidentemente que diante de uma ação penal cujo bem jurídico tutelado seja o patrimônio público, o *parquet* poderá formular o pedido indenizatório, pois dentro de suas atribuições constitucionais. Igualmente, caso se trate de direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos (desde que compreendidos na cláusula de interesse público ou social), ou de incapazes, em que legitimado a atuar na esfera cível, igualmente poderá deduzir o pedido

¹⁰⁷⁷“O Ministério Público é definido como órgão constitucional autônomo caracterizado por sua permanência e essencialidade. A autonomia o retira da órbita estrutural e hierárquica dos três Poderes tradicionais. Suas qualidades constitucionais dão a ele status de instituição com relevância política e jurídica de alta magistratura. Pela permanência, garante-se que a instituição não pode sofrer solução de continuidade institucional, seja por inexistência de suporte material (estrutural física, humana e logística mínima ao desempenho de suas funções), seja por inexistência de substrato jurídico (quadro normativo de configuração orgânico-funcional). Pela essencialidade, é reconhecida (e justificada) a sua existência por desempenhar função essencial ao sistema de justiça.” (SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao Artigo 127 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva;Almedina, 2013. p. 1520).

¹⁰⁷⁸ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes, cit., p. 79.

reparatório quando da propositura da ação penal.¹⁰⁷⁹ Encarrega-se da justiça social “na medida em que promove a defesa dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis.”¹⁰⁸⁰

Todavia, nos casos em que os danos civis decorrentes da infração penal são restritos ao âmbito de disponibilidade do ofendido, a atuação do Ministério Público para sua reparação é controversa. Sua atuação depende, em grande parte, da admissão ou não de que além do interesse privado da vítima também exista interesse público na reparação dos danos civis derivados da conduta criminalmente tipificada.

Antes mesmo da reforma promovida pela Lei 11.719/08, Antônio Scarance Fernandes ensinava que “o Código deu à reparação do dano tratamento especial, diferenciado, tanto assim que admitiu possa a sentença condenatória constituir título executivo civil independentemente de ter o ofendido atuado como assistente. Em outras palavras, a formação do título executivo decorre, na grande maioria das vezes, da atuação exclusiva do Ministério Público que promove a acusação e obtém a condenação. Teria, assim, o Código considerado que a reparação interessa a toda a sociedade, na linha do pensamento positivista que tanto influenciou nas legislações da primeira metade do século.”¹⁰⁸¹ E, por tal razão, José Ignacio Botelho Mesquita entende que nessa constituição de título extrajudicial, o Ministério Público atuaria como substituto processual da vítima.¹⁰⁸²

Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido que o pedido seja formulado pelo Ministério Público, ainda que se refira a dano a direito disponível. No julgamento do Recurso Especial n. 1651518, definiu-se que, “para que seja possível fixar indenização a título de danos morais, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público.” Conquanto não tenha se debruçado expressamente sobre a legitimidade do *parquet* para dedução de pedido ressarcitório nos casos de interesse

¹⁰⁷⁹Conforme texto do artigo 178 do novo Código de Processo Civil, “o Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I - interesse público ou social; II - interesse de incapaz; III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.” Igualmente relevante são os artigos 1º e 5º, I, da Lei n. 7.347/85, disciplinadora da ação civil pública, que confere ao Ministério Público a legitimidade para a propositura de ações civis públicas de responsabilidade por danos causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; V - por infração da ordem econômica; VI - à ordem urbanística; VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; VIII - ao patrimônio público e social.

¹⁰⁸⁰SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao Artigo 127 da Constituição Federal, cit., p. 1520.

¹⁰⁸¹FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**, cit., p. 189.

¹⁰⁸²MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**, cit., p. 58.

patrimonial disponível, o caso versa sobre a prática de crime de ameaça contra pessoa maior e capaz.¹⁰⁸³

Essa solução, entretanto, não parece a mais adequada. A partir do pressuposto de que a atuação do Ministério Público é de caráter público e tem como fim o interesse público,¹⁰⁸⁴ seu desempenho no campo patrimonial somente se legitima a partir de uma contextualização difusa ou coletiva, não sendo legítima no âmbito da tutela exclusivamente particular. Há verdadeira “incompatibilidade da atuação privada do *parquet* com o novo regramento constitucional reservado àquela instituição”.¹⁰⁸⁵

Na hipótese de danos decorrentes de uma infração penal, e de sua apuração dentro do processo penal, há, com efeito, “dois conflitos misturados e no entanto distintos, e que é preciso de fato distinguir, pois os interesses não são os mesmos. A vítima é legítima em reclamar o que lhe é devido sob forma de reparação do prejuízo que ela sofreu.”¹⁰⁸⁶ O Ministério Público, entretanto, não tem autorização legal ou constitucional para fazer-lhe as vezes.¹⁰⁸⁷

E tanto mais se cotejada a obrigatoriedade da ação penal pública com a disponibilidade do direito patrimonial civil. Considerar seu requerimento pelo acusador público equivale a alterar sua própria natureza jurídica. Implica esvaziar sua disponibilidade e fazer do processo de reparação de danos um processo necessário quando decorrente de infração penal.¹⁰⁸⁸ Nesse ponto, há até mesmo imperativo de ordem lógica a obstar o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público.

¹⁰⁸³Conferir: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1651518/MS**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017. Esse mesmo entendimento é professado por Guilherme Madeira Dezem: “(...) deveria haver pedido sobre esta pretensão [indenizatória], ou seja, sobre a questão da indenização para que pudesse o acusado exercer o contraditório. Entendemos ainda que a lei conferiu legitimidade extraordinária ao Ministério Público para fazer este pedido. Entendemos que o sistema penal deve também tutelar o ofendido notadamente em um país tão carente de recursos e de acesso à justiça como é o caso brasileiro.” (DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**, cit., p. 328).

¹⁰⁸⁴VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**, cit., t. 1, p. 114.

¹⁰⁸⁵OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 191. Igualmente: RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 589.

¹⁰⁸⁶SOULIER, Gérard. A igualdade da palavra, princípio da democracia e do processo penal, cit., p. 213.

¹⁰⁸⁷LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 479-480.

¹⁰⁸⁸Nesse sentido: “La acción civil ejercitada en el proceso penal, como cualquier outra acción civil, es privada y por ello dispositiva. La acción civil ex delicto no es pública, pues tiene su fundamento en derechos de naturaleza privada que, como tales, se encuentran situados en el ámbito de disposición de sus titulares” (ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal: el salvataje financeiro**, cit., p. 49). “Infere-se pela impossibilidade desta instituição requerer a reparação do dano, pois este versa sobre interesse individual disponível, não se encontrando no âmbito da atuação legítima do *parquet*. Da mesma forma, não caberá ao Ministério Público impugnar a parte civil da sentença, por evidente falta de interesse recursal.” (NUCCI, Guilherme de Souza et al. *Ação civil ex delicto: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008*, cit., p. 422).

Por outro lado, a admissão de interesse público no ressarcimento dos danos quando derivados de infração penal, na esteira do pensamento da escola criminológica positivista, exige lei expressa que discipline e delimite seus termos. Progressivamente, em nosso ordenamento, a reparação dos danos civis tem conquistado espaço dentro do direito penal e do direito processual penal. E assim, seja porque há um movimento de revalorização da vítima dentro do processo penal, seja porque, de fato, há algum interesse público em sua concretização.

Contudo, em todos os momentos e aspectos em que o ressarcimento civil adquire repercussão no campo penal e processual penal, há lei expressa que assim determine. Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, a reparação do dano ou a restituição da coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, somente implica redução da pena eventualmente imposta porque nesse sentido dispõe o artigo 16 do Código Penal. Igualmente, a sentença penal condenatória tem como efeito tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, materializando-se em título executivo judicial após seu trânsito em julgado, porque assim prevê-se nos artigos 91, I, do Código Penal, 63, *caput*, do Código de Processo Penal, e 515, *caput*, VI do Código de Processo Civil de 2015.

Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto a eventual atribuição de legitimidade extraordinária ao Ministério Público para demanda de fixação de valor indenizatório em favor da vítima. Sabe-se que o substituto processual é parte e, na posição de sujeito processual, é legitimado para defesa em juízo do direito de outrem, mas em nome próprio.¹⁰⁸⁹ Seu reconhecimento, todavia, depende sempre de lei expressa,¹⁰⁹⁰ não

¹⁰⁸⁹Nesse sentido: “Substituto processual é o sujeito a quem a lei confere qualidade para estar em juízo, em nome próprio, para a defesa de interesses substanciais alheios; é quem, não sendo parte na relação de direito material controvertida, recebe da lei a legitimatio ad causam.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário do processo civil**, cit., p. 269-270). “O substituto processual é parte, ele próprio, no processo, com a posição de sujeito processual, ou como autor ou como réu. E ele atua, processualmente, no próprio interesse (o Ministério Público, no interesse do Estado, de que é órgão). É substituto processual, ensina Garbagnati, todo sujeito ao qual seja reconhecido, por disposição de lei, o direito de defender processualmente, ‘no próprio interesse, o direito de outrem.’” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., v. 2, p. 27). Igualmente: MARSICO, Alfredo de. **Lezioni di diritto processuale penale**, cit., p. 41.

¹⁰⁹⁰É o que determina, inclusive, o novo Código de Processo Civil: “Art. 18. Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.” Na doutrina: “Só se admite a substituição processual se existe expressa autorização no ordenamento jurídico para tanto. Daí a tipicidade das hipóteses de substituição processual em nosso ordenamento.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**, cit., p. 183).

sendo o art. 129, IX da Constituição Federal,¹⁰⁹¹ por si só, suficiente para tanto.¹⁰⁹² Nem mesmo nas hipóteses de ação penal condicionada à representação do ofendido poderá se falar em legitimação extraordinária, uma vez que são noções distintas.

Não por outra razão, nos países em que se admite a formulação de pedido ressarcitório pelo Ministério Público há previsão legal nesse sentido. Legitimidade extraordinária não se presume. Esse é o exemplo do ordenamento jurídico processual penal português,¹⁰⁹³ espanhol¹⁰⁹⁴ e italiano.¹⁰⁹⁵

Em nosso caso, inexistente tal atribuição ao acusador público, sendo em princípio vedado que patrocine causas individuais disponíveis. Algumas exceções são colocadas pelo próprio Código de Processo Penal. Em seu artigo 68, de já reconhecida inconstitucionalidade progressiva,¹⁰⁹⁶ atribui-se ao Ministério Público a promoção da ação

¹⁰⁹¹“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

¹⁰⁹²GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da Lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do processo penal, cit., p. 357.

¹⁰⁹³Ressalva-se que a doutrina portuguesa insurge-se contra a ampla aplicação do princípio da adesão. Defende-se que tão somente haveria de ter cabimento quando se tratasse de vítimas hipossuficientes. Afirma-se que a tutela do interesse desses prejudicados é questão de política social, sem qualquer pertinência no caso de partes que tenham recursos para arcarem com as custas de uma demanda cível, assistidas por advogados. Conferir: GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**, cit., p. 224. MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**, cit., p. 138-139.

¹⁰⁹⁴Na Espanha, o princípio dispositivo aplica-se em sentido negativo quanto ao pedido civil inserido no processo penal, pois a parte deve renunciar expressamente. Se não o fizer, o Ministério Público tem atribuição expressa para a demanda. Conferir: PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 305. SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 100. OCHOA CASTELEIRO, Ana. **La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva directiva de la UE**. Disponível em: <<http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/65/Indemnizacion.it.en.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2016. p. 3.

¹⁰⁹⁵Na Itália, em razão de lei expressa, o Ministério Público somente atua no exercício da ação civil enxertada no processo penal em caso de absoluta urgência no interesse de incapazes, e isso até a nomeação de curador especial. Conferir: DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**, cit., p. 118. TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 120.

¹⁰⁹⁶O Supremo Tribunal Federal entendeu que há inconstitucionalidade progressiva no art. 68 do Código de Processo Penal, em que se determina a propositura de ação civil *ex delicto* pelo Ministério Público na hipótese de vítima hipossuficiente. Conforme entendimento, a norma ainda é constitucional em razão das circunstâncias fáticas que indicam a necessidade de sua existência, quais sejam, a ausência de completa instituição da Defensoria Pública em todas as comarcas. Superada esta circunstância, a norma será necessariamente inconstitucional: “MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL EX DELICTO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68 - NORMA AINDA CONSTITUCIONAL - ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS - SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 341717 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003, DJe-040 divulg 04-03-2010 public 05-03-2010 ement vol-02392-03 pp-00653 rsjadv mar. 2010, p. 40-41).

civil “ex delicto” quando se tratar de vítima pobre, a seu requerimento.¹⁰⁹⁷ Trata-se de inegável hipótese de legitimidade extraordinária.¹⁰⁹⁸ Outro exemplo encontra-se nos artigos 92 e 93 do mesmo Código, em que se autoriza a promoção ou intervenção na ação civil, pelo Ministério Público, nos casos de questões prejudiciais, tratando-se de crimes de ação penal de iniciativa pública.

Quanto à fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória, silencia-se o Código de Processo Penal. Não relacionada às atribuições constitucionais do Ministério Público, não há como se extrair, ainda que implicitamente, legitimidade para tanto.¹⁰⁹⁹ Com fundamento nesses argumentos, Alexandre Freitas Câmara afirma que “não me parece possível, em primeiro lugar, que ao Ministério Público, titular da ação penal, seja possível atribuir-se tal legitimidade, pois a mesma teria inegável natureza extraordinária, e dependeria, para existir, de expressa previsão legal, que não existe.”¹¹⁰⁰

Ademais, seu reconhecimento em tais termos implicaria evidente desequilíbrio processual. A hiperplasia do polo acusatório, senão o desvirtuamento de seu modelo legal, decorreria da atribuição de poderes processuais para além daqueles afirmados pelo legislador. A ampla defesa encontraria embaraços na medida em que toda defesa penal haveria também de se desdobrar em uma defesa cível, ainda que ausente o interesse do titular do direito material. E mais, difícil a conciliação da ideia de um julgamento justo para réus e vítimas se essa sequer tem a disponibilidade quanto ao seu interesse privado, deduzido extraordinariamente pelo órgão acusador sob o silêncio da lei. Em grande medida, o ofendido permaneceria objeto de tutela, e não propriamente sujeito de direitos, com o qual relaciona-se o direito de acesso à justiça.

Portanto, a dedução de pedido indenizatório pelo Ministério Público somente é legítima na hipótese de prejuízo decorrente de infrações penais que violem interesses

¹⁰⁹⁷Nesse caso, Antônio do Passo Cabral afirma que “(...) é vedado pela Constituição da República que o Ministério Público patrocine causas individuais disponíveis. Apenas uma exceção pode ser imaginada para esta legitimidade: quando a ação civil *ex delicto* puder ser ajuizada pelo MP, na forma do art. 68 do CPP, é natural que ao *parquet* seja também assegurada a legitimidade recursal contra a parte da decisão que fixou erroneamente ou deixou de fixar o valor mínimo da reparação.” (CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 410).

¹⁰⁹⁸LIMA, Miguel Moacyr Alves. A “ação de reparação do dano decorrente de delito” e o Ministério Público. **Revista Justiça**, São Paulo, n. 131-A, p. 84, set. 1985. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6d29dx.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

¹⁰⁹⁹FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A valorização da vítima e o valor mínimo de indenização em sentença penal condenatória. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 71, p. 95, dez./jan. 2012.

¹¹⁰⁰CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei 11.719/2008, cit., p. 115.

difusos, coletivos ou individuais homogêneos (por exemplo, crimes ambientais) e no interesse de incapazes, conforme expressa previsão do artigo 178 do Código de Processo Civil. Nas hipóteses de interesse individual, não terá o Ministério Público legitimidade para a formulação de pedido ressarcitório, pois inexistente atribuição constitucional ou permissivo legal nesse sentido.

Contudo, na superveniência de lei nova que atribua, expressamente, tal legitimidade extraordinária ao Ministério Público, nos casos de interesse individual, é de se ver que sua atuação sempre encontrará limite na vontade do ofendido.¹¹⁰¹

5.4 A legitimidade do ofendido e a extensão dos poderes do assistente de acusação

No caso de ação penal de iniciativa pública, condicionada à representação ou não, em que não tenha o Ministério Público atribuição legal para o requerimento de fixação de valor indenizatório, não é razoável pensar que a norma do artigo 387, IV do Código de Processo Penal não tenha qualquer efetividade. Essa noção seria incompatível com o direito de acesso à justiça do ofendido, gerando situação de desigualdade de oportunidade entre vítimas de distintos processos penais. Nesses casos, é coerente admitir que tenha o próprio lesado, titular do interesse material violado, a legitimidade para a propositura do pedido. No entanto, indaga-se se a vítima pode intervir no processo penal para formulação do requerimento, nessa qualidade, ou se pode, ou mesmo se deve, fazê-lo por meio da habilitação como assistente de acusação.

A forma que o ofendido normalmente encontra para intervir no processo penal é na posição de assistente de acusação. Consiste em “uma modalidade de intervenção de terceiro, facultativa no processo penal.”¹¹⁰² Tradicionalmente, entende-se que não se trata de parte, mas de assistência simples, não se podendo falar em assistência litisconsorcial.¹¹⁰³

¹¹⁰¹“En efecto, si la víctima puede disponer de la acción civil derivada del delito hasta el punto de renunciar a ella es, precisamente, porque, también en la reparación del daño ex delicto prima el interés privado de la víctima en obtener –o no- la correspondiente compensación por el “mal” que se le ha irrogado. De ahí que, consecuentemente, el Ministerio Fiscal pierda en estos casos su legitimación activa en consonancia con la decisión tomada por la propia víctima. Carece de sentido económico -y legal- que el Fiscal persista en su ejercicio cuando la víctima ha preferido reservarse la acción civil.” (HORTAL IBARRA, Juan Carlos. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo, cit., p. 24).

¹¹⁰²BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 299.

¹¹⁰³“Essa intervenção no processo penal se faz ‘ad adjuvandum tantum’, somente para auxiliar o Ministério Público, que é a parte legítima na ação pública. Não se trata, portanto, de assistência litisconsorcial.” (TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**, cit., p. 175). Igualmente: TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., p. 141.

Isso, pois “não há possibilidade para ampliação da legitimidade ativa na causa penal e, devido a esse motivo, não se pode cogitar da atuação assistencial acusadora como equiparada à de parte.”¹¹⁰⁴ Assim, limita-se a auxiliar o Ministério Público, sem qualquer poder para ampliar os limites da acusação.

A partir dessa constatação, discute-se sobre qual a finalidade de sua atuação no processo. Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o assistente de acusação tem como exclusivo interesse velar pelo seu direito à indenização. Afirma o autor que “a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação penal pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença da sede penal exerce na sede civil.”¹¹⁰⁵

Essa, todavia, não parece a melhor posição. Conforme argumento lógico de Gustavo Badaró, “se o interesse do assistente da acusação fosse apenas patrimonial, visando a obter uma reparação do dano, não seria admissível assistência em crime tentado ou crime de que não resultasse prejuízo material. Mais do que isso, caso a demanda cível já tivesse sido proposta e o ofendido já tivesse obtido a condenação civil transitada em julgado, a assistência não deveria ser admitida. Tais situações, contudo, não se verificam na prática.”¹¹⁰⁶

Admitir que o único interesse do assistente de acusação seja influir na formação de título executivo judicial para posterior obtenção de reparação no juízo cível equivale a reduzir sua figura a uma espécie inferior de parte civil. Ademais, tanto são institutos diversos a parte civil e o assistente de acusação, que o Anteprojeto de novo Código de Processo Penal, PLS n. 156/09, em sua redação original, prevê, concomitantemente, as duas modalidades de intervenção do ofendido.

Disto, uma principal conclusão pode ser extraída. Caso o ofendido queira tão somente defender seu interesse na reparação dos danos, não há como obrigá-lo a habilitar-

¹¹⁰⁴VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**, cit., p. 129.

¹¹⁰⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, cit., v. 2, p. 614.

¹¹⁰⁶BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 300. No mesmo sentido: “A meu ver, a melhor posição é aquela que entende o assistente como portador não somente do interesse em ver reparado o dano causado pelo crime, como também portador do interesse de coadjuvar o Estado na sua atividade de coibir a violação criminosa. Esta posição é a que me parece de acordo com nossa realidade e tradições históricas (já apontado), bem como em consonância com as necessidades atuais do processo penal, mesmo em plano mundial.” (PINHO, Ruy Rebello. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**, cit., p. 120). “Ora, quem assiste àquele que representa a titularidade do exercício do poder de punir alguém não tem outro móvel senão o de visar, também, puni-lo, ainda que o interesse indireto do assistente não seja pura e simplesmente o exercício da pretensão punitiva, mas o moral ou econômico. O primeiro, e que traz ao processo, é o de auxiliar o principal, isto é, punir.” (VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**, cit., p. 132).

se como assistente de acusação e auxiliar o Ministério Público no exercício da pretensão penal. Sendo essa também finalidade da ingerência do assistente de acusação, há de se admitir que a vítima deduza o pedido indenizatório no processo penal sem habilitar-se como auxiliar do polo acusatório.

Evidentemente, ao instar o pronunciamento do juízo penal sobre eventual valor indenizatório, o ofendido será um requerente no mesmo sentido que no processo civil.¹¹⁰⁷ Portanto, de início, exige-se representação por profissional com capacidade postulatória.¹¹⁰⁸ Não bastará, ademais, a mera manifestação de interesse. O pedido deduzido deverá respeitar o requisitos formais exigidos pelos artigos 322 e seguintes do Código de Processo Civil, de modo a viabilizar a ampla defesa e o contraditório pelo acusado, sem, contudo, ampliar o contexto fático imputado pelo titular da ação penal. De alguma forma, sua atuação será bastante próxima a da figura da parte civil, sem sua formal adoção pelo legislador processual.

Nesse sentido, o Código de Processo Penal admite que alguns pedidos sejam formulados pelo ofendido, sem sua habilitação como assistente de acusação. Em seu artigo 127, prevê que o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa. Já em seu artigo 134 dispõe que a hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo próprio ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Portanto, não é estranha a intervenção da vítima, ainda que não habilitada como assistente de acusação, para apresentação de requerimentos diretamente vinculados aos seus interesses patrimoniais.

Resta indagar, porém, se habilitado enquanto assistente de acusação, também tem poderes para a formulação de pedido indenizatório. A questão não é supérflua. Se entendido como mero assistente simples do Ministério Público, até porque esse é o titular exclusivo da ação penal pública, não lhe é dado ampliar o objeto do processo. Sobre esse fundamento, Renato Stanzola Vieira afirma que o assistente de acusação sequer defende

¹¹⁰⁷“Toda parte que inste del tribunal penal la tutela de los intereses privados violados por los hechos criminales no deja de ser un demandante en el sentido que dicha exoesión tiene en el proceso civil.” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 319).

¹¹⁰⁸Continua válida a lição de José Frederico Marques: “A capacidade processual da pessoa legitimada a atuar como ofendido é em tudo idêntica à capacidade para os atos da vida civil, com o acréscimo, como é óbvio, das exigências sobre a capacidade postulatória.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, cit., p. 73).

interesses cíveis quando de sua ingerência. Argumenta que “como se adota perspectiva abstrata do tratamento do assistente no processo penal como coadjuvante do acusador oficial, tal processo não cuida do interesse remoto do assistente, seja a reparação civil, seja a higidez da prestação jurisdicional.”¹¹⁰⁹

Por essa mesma razão, entende-se que são taxativos os poderes do assistente de acusação. Encontram-se disciplinados no artigo 271 do Código de Processo Penal, e em outros dispositivos esparsos, a exemplo dos artigos 282, §4º, e 311 do mesmo diploma.¹¹¹⁰ Nesse sentido, aliás, são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça.¹¹¹¹

No entanto, a redação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, ao tutelar interesses patrimoniais da vítima dentro do processo penal, impõe “novas configurações das faculdades e poderes processuais do assistente de acusação.”¹¹¹² Incorre-se em vício de lógica ao se permitir que o ofendido sustente a pretensão penal, mas não possa assim agir quanto à pretensão cível da qual é titular¹¹¹³ e cujo exercício é admitido no processo penal desde a reforma promovida pela Lei n. 11.719/08. Não há como negar que a vítima, habilitada como assistente de acusação, tenha legitimidade para formulação do pedido indenizatório.¹¹¹⁴

Portanto, se em relação à pretensão penal o assistente de acusação mantém-se como assistente simples, limitando-se a auxiliar o órgão de acusação público, quanto à pretensão civil assume o cariz de parte, conquanto o pedido indenizatório deva ater-se à matéria fática descrita na imputação formulada pelo titular da ação penal.

¹¹⁰⁹VIEIRA, Renato Stanziola. **Paridade de armas no processo penal**, cit., p. 133.

¹¹¹⁰DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**, cit., p. 747.

¹¹¹¹“PROCESSO PENAL. ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. RECONHECIMENTO POR ESTA CORTE SUPERIOR. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O assistente de acusação só está autorizado a recorrer em nome próprio nas hipóteses descritas no rol taxativo do artigo 271 do Código de Processo Penal. Precedentes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1279447/RJ**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011). “O assistente de acusação detém legitimidade restrita às hipóteses taxativamente previstas no art. 271 do Código de Processo Penal. (...) Esta Corte Superior de Justiça adota exegese restritiva quanto à intervenção do assistente de acusação, admitindo sua participação apenas nos atos taxativamente previstos no rol do art. 271 do Código de Processo Penal. Assim, a legitimidade recursal do assistente de acusação depende da inércia do Ministério Público, bem como da natureza da decisão a ser impugnada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 430.317/ES**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018).

¹¹¹²CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 407.

¹¹¹³Não se ignora que a linha sucessória do direito civil é diferente da ordem para habilitação como assistente de acusação, contudo, os indivíduos legitimados são, em regra, os credores da relação obrigacional decorrente do ato ilícito. Quando titulares do direito material, configura-se a legitimidade de parte.

¹¹¹⁴Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, cit., p. 318. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 589. NUCCI, Guilherme de Souza et al. *Ação civil ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008, cit., p. 405.

Essa atuação do ofendido, habilitado ou não como assistente de acusação, muito próxima do papel da chamada parte civil, não deve representar uma hipertrofia do polo acusatório e o conseqüente estremecimento da igualdade de partes, do devido processo e das garantias processuais decorrentes. É certo que sistemas que admitem a ingerência de particulares e a defesa de seus interesses patrimoniais civis no processo penal podem provocar certo desequilíbrio.¹¹¹⁵ As críticas nesse sentido são já conhecidas.¹¹¹⁶

Nesse ponto, conjuntamente às garantias processuais constitucionais, deve-se retomar os fundamentos do direito penal moderno. Esse firma-se, primordialmente, no interesse público pela aplicação da lei penal, na oficialidade da persecução penal e na objetividade dos mecanismos de produção de verdade jurídica e das regras processuais.¹¹¹⁷ É sob a perspectiva do interesse público, que rege o direito penal, e do garantismo processual penal, que caberá ao julgador ter prudência e estabelecer limites, no caso concreto, quanto ao comportamento do ofendido no processo penal em que deduza sua pretensão indenizatória, uma vez que ausente qualquer regramento legal de sua atuação.

Sabe-se que as garantias constitucionais processuais, e no caso destaca-se o mandamento da igualdade de partes, são direcionadas tanto ao legislador quanto ao juiz.¹¹¹⁸ Igualmente, sabe-se que a vítima não apresenta a tese acusatória, nem está comprometida à

¹¹¹⁵CORDERO, Franco. **Procedura penale**, cit., p. 114.

¹¹¹⁶Por todos: “Hay buenos argumentos que hablan en favor de la necesidad de aiiviar al proceso penal de la recepción de pruebas sobre la extensión del daño civil y así conformarlo, para que transcurra tranquilamente y conforme a su naturaleza, manteniendo afuera al ofendido, a menudo con sed de venganza. Una participación del ofendido en el procedimiento penal es superflua, incluso para los estrechos límites previstos en nuestro Derecho procesal -es decir, también como acción accesoria-. Basta con que el ofendido tenga la posibilidad de impugnar mediante recursos las clausuras de los procedimientos y las sentencias absolutorias; y, en lo que se refiere a la pretensión resarcitoria civil, es suficiente con que la sentencia condenatoria del acusado vincule a los tribunales civiles en relación al pronunciamiento sobre la culpabilidad, es decir, que equivalga a una sentencia constitutiva civil.” (HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material, cit., p. 86). Essa natural tensão entre o interesse público e o interesse privado, decorrente da ingerência de um ator particular no processo penal, também já foi tema de debate em precedentes da Suprema Corte norte-americana: “JUSTICE BLACKMUN, concurring. I join JUSTICE BRENNAN's opinion. I would go further, however, and hold that the practice - federal or state - of appointing an interested party's counsel to prosecute for criminal contempt is a violation of due process. This constitutional concept, in my view, requires a disinterested prosecutor with the unique responsibility to serve the public, rather than a private client, and to seek justice that is unfettered. See *Brotherhood of Locomotive Firemen & Enginemen v. United States*, 411 F.2d 312, 319 (CA5 1969); see generally Note, *Private Prosecutors in Criminal Contempt Actions under Rule 42(b) of the Federal Rules of Criminal Procedure*, 54 *Ford.L.Rev.* 1141, 1146-1166, (1986).” (US. UNITED STATES SUPREME COURT. **Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils**, (1987), n. 85-1329. Decided May 26, 1987. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/787/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2018).

¹¹¹⁷FERRANTE, Marcelo. El convidado de piedra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal, cit., p. 101.

¹¹¹⁸“O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, cit., p. 9).

sua demonstração.¹¹¹⁹ Nesse sentido, exige-se grande cuidado para que o ator coadjuvante não represente reforço a um dos polos da demanda.

A ingerência do ofendido está limitada, sobretudo, pela garantia processual da paridade de armas. Seus poderes não podem exacerbar aqueles atribuídos ao assistente de acusação nos limites previstos pelo Código de Processo Penal, em uma interpretação estrita. Assim, por exemplo, a propositura de meios de prova não deve ultrapassar os limites do essencialmente necessário à demonstração da tese acusatória, dentro do quadro imputado pelo órgão de acusação. A transgressão desses estreitos limites representará desrespeito à igualdade de partes e, por consequência, ao devido processo penal.

Por fim, cabe analisar quem pode se habilitar como assistente de acusação e requerer a fixação de valor indenizatório. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, “a teor do art. 268 do CPP, a legitimidade para figurar como assistente de acusação é restrita ao ofendido, ao seu representante legal ou, na falta, ao seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”¹¹²⁰ Trata-se de rol taxativo, embora outras hipóteses possam, e de fato o são, previstas em lei.¹¹²¹

Jorge de Figueiredo Dias destaca que o conceito de ofendido é bastante estrito, não podendo abranger “toda pessoa que, segundo as normas do direito civil tenha sido prejudicada em interesses seus juridicamente protegidos” pela infração penal.¹¹²² É bastante comum que a vítima e o civilmente lesado sejam pessoas diversas,¹¹²³ como, por exemplo, pode se observar nos casos em que o prejuízo é suportado por alguma entidade seguradora.¹¹²⁴ Nesse caso, em razão da ausência de qualificação como vítima, somente restará a via cível àquele que sofreu o dano.

¹¹¹⁹ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A participação das vítimas perante o tribunal penal internacional. Uma análise à luz do caso Lubanga Dyilo, cit., p. 150.

¹¹²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 41.052/PA**. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015.

¹¹²¹Conferir artigo 26 da Lei 7492/86, artigo 80 do Código de Defesa do Consumidor e artigos 530-H e 530-I do Código de Processo Penal.

¹¹²²DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 508.

¹¹²³TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**, cit., p. 152.

¹¹²⁴No direito espanhol, embora o rol de legitimados a habilitarem-se como parte civil seja mais extenso do que os legitimados a intervirem como assistente de acusação no direito brasileiro, a mesma solução é indicada quanto às entidades seguradoras. Segundo Teresa Armenta Deu, “se excluye, sin embargo, al asegurador del daño, ya que su perjuicio no se produce a consecuencia directa del delito, sino que tiene como origen el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.” (ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 108).

Figurando o Estado como sujeito passivo do delito, “tem prevalecido o entendimento de que o Poder Público não pode intervir como assistente, pois seria uma superfetação a ingerência da Administração Pública na ação penal pública, movida por um órgão – o Ministério Público – que já atua em nome do Estado.”¹¹²⁵ No entanto, em sentido contrário, Vicente Greco Filho indaga, “poderia a Fazenda, em crime, por exemplo, de peculato, ingressar como assistente? Entendemos que sim, porque o interesse patrimonial e a qualidade de ofendido da Fazenda não se confundem com a função institucional do Ministério Público de titular da ação penal. O Ministério Público não representa a Administração, logo não se esgota nele o interesse de intervir para preservar a reparação civil e colaborar na aplicação da lei penal.”¹¹²⁶

Dentro do direito comparado, encontramos no exemplo italiano e francês a possibilidade de que associações se habilitem como parte civil, conforme a pertinência temática, e exerçam as faculdades atribuídas ao ofendido, no caso de crimes que atinjam interesse coletivo ou difuso.¹¹²⁷

No direito brasileiro, o artigo 80 do Código de Defesa do Consumidor permite que as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor, possam se habilitar como assistentes de acusação no caso de infração penal que envolva relações de consumo. Nesse caso, em razão de expressa previsão que lhes autoriza a habilitação como auxiliares do titular da ação penal, somada à legitimação extraordinária para pugnar pela reparação de danos, é razoável se admitir que também sejam legitimados a requerer a fixação de valor indenizatório no processo penal.

Quanto aos sucessores, não se ignora que a linha sucessória do direito civil é diferente da ordem para habilitação como assistente de acusação. A tutela da reparação do dano vincula-se necessariamente às questões hereditárias, de modo que a legitimidade apurar-se-á conforme dispõe a lei civil. Ademais, deve-se registrar que somente se pode pleitear valor indenizatório decorrente da infração penal em razão dos danos sofridos pela

¹¹²⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 304.

¹¹²⁶GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**, cit., p. 241-242.

¹¹²⁷Conferir: DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**, cit., p. 136. GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure pénale**, cit., p. 600.

vítima, em sentido estrito. Isto significa, eventual sucessor não pode pedir que indenização seja fixada em seu favor ao sustentar a ocorrência de dano indireto ou por ricochete. Essa questão deve ser reservada para o juízo cível.

5.5 Requisitos formais e momento adequado à formulação do pedido indenizatório

O pedido indenizatório, até porque tem natureza jurídica de direito civil, deve atender aos requisitos estabelecidos no processo civil. Enquanto pedido, deve indicar a espécie de provimento jurisdicional pretendido, no caso, sempre condenatório, e especificar concretamente o bem da vida a ser outorgado.¹¹²⁸ Deve restar claro se o valor indenizatório se refere a danos materiais, morais, sociais, estéticos, etc, bem como o valor que se requer.

Necessariamente deverá seguir as formalidades dos artigos 322 e seguintes do Código de Processo Civil, razão pela qual a mera manifestação de interesse na fixação de valor mínimo indenizatório é insuficiente. O pedido deverá ser certo, determinado e, em especial, identificar o sujeito em favor de quem é formalizado.¹¹²⁹ Ainda que seja objeto secundário do processo penal, mantém seu cariz de pretensão e, portanto, sua formulação deve permitir ao acusado a plena reação defensiva.

Aliás, como afirmado, deve, de fato, existir enquanto pedido. Para que alguém possa se defender, é preciso que exista algo do que se defender.¹¹³⁰ A existência de uma postulação hipotética, latente, em potencial, mas não concreta, é de todo incompatível com a garantia do contraditório. É justamente no fato de inexistir previsão expressa de pedido, com a exposição dos fatos referentes à indenização de forma particularizada e

¹¹²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, cit., v. 2, p. 142.

¹¹²⁹A identificação do sujeito beneficiário do pedido tem especial relevância nos casos em que não é a própria vítima que formula o pedido. Explica Ricardo Juan Sánchez: “El ejercicio de la pretensión civil en el ámbito del proceso penal exige, al menos, una previa identificación del sujeto a favor de quien se ejercita y adicionalmente que se le haya hecho el correspondiente ofrecimiento de acciones. Es conveniente que concurren esas dos circunstancias para que el Ministerio Fiscal promueva la acción civil en su favor sin que se provoquen situaciones de indefensión. Pero además la identificación del perjudicado es una exigencia técnico-procesal, pues no cabe la formulación de una pretensión civil sin la correspondiente identificación de sus elementos subjetivos.” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 307).

¹¹³⁰MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal argentino**, cit., v. 1a, p. 316.

individualizada, que residem os maiores entraves de sua concretização e compatibilidade com a estrutura constitucional.¹¹³¹

Portanto, ainda que seja objeto acessório, deve ser apresentado na forma de pedido, com as formalidades inerentes ao processo civil, mas também sob as limitações intrínsecas ao processo penal. A consequência de sua acessoriedade consiste na sua limitação ao fato-crime imputado. Isto é, o requerimento de fixação de valor indenizatório tem compromisso com a definição do objeto do processo penal, não podendo extrapolar a descrição fática contida na imputação.¹¹³² Deve contemplar essa mesma descrição fática e a partir dessa exibir os demais requisitos da responsabilidade civil.

É certo que a fixação de valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória não deixa de ser um reforço à acusação e representa mais um embaraço à defesa. Nereu José Giacomolli adverte que a defesa terá mais uma preocupação, além de demonstrar a necessidade de absolvição, qual seja, a defesa cível, o que potencialmente tornará ainda mais espinhosa a tarefa da defesa criminal.¹¹³³

Sob a perspectiva da ampla defesa, a existência de uma pretensão indenizatória no processo penal impõe o desdobramento da defesa técnica criminal em discussões referentes à pretensão de caráter cível. Energia deixaria de ser empenhada na defesa de uma potencial absolvição criminal para a consecução de uma defesa cível pelo advogado criminal, atuando em terreno que não lhe é familiar.¹¹³⁴ Sob a ótica da garantia do acesso a justiça, representa mais um obstáculo, pois o réu no processo crime, que via de regra não é pessoa abastada, haveria de ser representado por dois advogados especializados para condução de seus interesses no processo penal.

¹¹³¹CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial, cit., p. 863.

¹¹³²SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 119. Paulo de Sousa Mendes fala em princípio da identidade do objeto do processo (conferir: MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**, cit., p. 144).

¹¹³³GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal**: considerações críticas, cit., p. 110.

¹¹³⁴Não é demais lembrar que uma das preocupações centrais da comissão de juristas que apresentou o projeto de lei que acrescentou a possibilidade de fixação de valor indenizatório é, justamente, com a ampla defesa: “a defesa concreta e efetiva é um dos principais requisitos do devido processo legal. Sem o pleno exercício do direito de defesa, não pode haver processo e muito menos condenação. A defesa desdobra-se em defesa técnica e autodefesa, sendo a primeira sempre indisponível e a segunda, dispensável exclusivamente pelo suspeito ou acusado. O primeiro anteprojeto cuida da defesa técnica, cuja ausência infringe a garantia do contraditório, e da defesa deficiente que, embora tecnicamente situada em outro plano, conduz ao mesmo resultado. Exige-se, pois, do defensor empenho na demonstração da tese da defesa mediante manifestação fundamentada.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **A reforma do Código de Processo Penal**, cit.).

Ademais, por óbvias razões derivadas do interesse público na correta aplicação da lei penal, da gravidade de suas sanções em relação às leis civis, bem como dos direitos e garantias constitucionais que regem o direito e o processo penal, a reação do imputado nesse processo encontra limitações naturais que a tornam menor em relação à defesa do civilmente demandado.¹¹³⁵

Por essa razão, o modo de formulação e o momento em que apresentado o pedido reparatório são objeto de preocupação, para que menor possível seja seu impacto às garantias processuais do acusado e ao interesse público que guia o processo penal. A descrição dos fatos, limitada ao fato criminalmente relevante imputado, a demonstração do dano,¹¹³⁶ sua modalidade, e nexos causal, bem como a indicação do sujeito em favor de quem se exercita o pedido, são fundamentais para a reação do acusado.

Veja-se que diante do pedido cível, o réu pode, junto de sua defesa criminal, requerer a diminuição do valor indenizatório pretendido, negar sua autoria ou os fatos que culminaram no dano afirmado, sustentar a inexistência de dano na modalidade requerida e afirmar a ausência de nexos de causalidade, além de opor causas extintivas da obrigação civil, como a confusão, compensação, pagamento, etc.¹¹³⁷

Pode, ainda, indicar que se trata de responsabilidade subsidiária, como nos casos em que o servidor público provoca dano em razão de ilícito praticado no exercício de suas funções, ou mesmo de responsabilidade civil objetiva. Em ambos os casos, não se pode esquecer que a culpa é da essência da responsabilização penal, de modo que não pode a reparação, buscada indiretamente pela via processual penal, seguir outro regime. Somente o pleito reparatório deduzido em apartado do processo penal seguirá o regime jurídico que lhe é próprio.

Para tanto, além de se tratar de pedido certo, determinado, exhaustivamente fundamentado, é relevante o momento em que admitida sua postulação. É que, ao ser citado em um processo penal, o réu somente tem ciência da imputação criminal, mas “não tem conhecimento da pretensão indenizatória da vítima, não sendo razoável que dele se

¹¹³⁵ALVARADO VELLOSO, Adolfo. **Introducción al estudio del derecho procesal**, cit., v. 1, p. 222.

¹¹³⁶Ressalte-se que deverá se tratar de dano certo, efetivo, economicamente quantificável, e não dano hipotético: “Para la interposición y posterior enjuiciamiento de una demanda de condena, es necesario que se haya producido un dano cierto y efectivo, evaluable económicamente y no simplemente hipotético. No es posible deducir pretensiones y obtener sentencias condenatorias de futuro.” (ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal**: el salvataje financeiro, cit., p. 26).

¹¹³⁷FENECH, Miguel. **El proceso penal**, cit., p. 169.

exija resposta quanto ao que dos autos não consta.”¹¹³⁸ A garantia do contraditório demanda o respeito ao direito à informação e a garantia da ampla defesa exige tempo para tanto. Nesse mesmo passo, a igualdade de partes, o desenho da estratégia defensiva e o direito a prova pressupõe um procedimento certo, seguro e previsível.

Na história de nosso direito processual penal, o antigo Código de Processo Penal do Distrito Federal determinava, em seu artigo 37, §1º, que a constituição da parte civil somente poderia ser admitida antes da abertura da fase instrutória do procedimento. Igualmente, encontra-se no direito comparado, especificamente no exemplo espanhol, o fim do trâmite de qualificação ou formulação da acusação como termo final para a constituição da parte civil.¹¹³⁹

Conquanto nosso panorama legislativo atual não adote a figura da parte civil, a exigência de pedido expresso para a fixação de valor indenizatório no processo penal e a legitimação da vítima para tanto implicam funções muito semelhantes às comumente atribuídas àquele sujeito processual. Assim, experiências pretéritas e estrangeiras não deixam de ser um parâmetro de análise.

E ainda mais importante é a noção de que a fixação de valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória somente pode ser desenhada a partir das regras procedimentais já existentes no processo penal.¹¹⁴⁰ Não é dado ao aplicador do direito legislar. A reforma não trouxe etapas adicionais ao procedimento, de modo que a criação de uma nova etapa processual pelo intérprete seria um desrespeito à duração razoável do processo e, principalmente, à legalidade do procedimento.

A quebra da previsibilidade procedimental, da qual decorrem expectativas para ambas as partes, constituiria grande óbice à construção de uma estratégia defensiva eficaz, o que contraria a garantia da ampla defesa. Ademais, é o procedimento que une os atos processuais em face do provimento jurisdicional pretendido, dando unidade e coerência ao processo.¹¹⁴¹ A análise da pretensão cível indenizatória não deverá representar embaraço ao procedimento, de modo a comprometer a consecução de seu objetivo final, nem às

¹¹³⁸NUCCI, Guilherme de Souza et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008, cit., p. 404.

¹¹³⁹Conferir: ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**, cit., p. 108.

¹¹⁴⁰NUCCI, Guilherme de Souza et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008, cit., p. 404.

¹¹⁴¹FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**, cit., p. 31.

garantias processuais penais asseguradas no procedimento estabelecido. Deverá partir do que há de procedimentalizado pelo legislador processual.

A reforma promovida pela Lei n. 11.690/2008, dentro das reformas setoriais que introduziram a fixação de indenização, em movimento moderno de revalorização da vítima no processo penal, alterou a redação do artigo 201, §2º, do Código de Processo Penal, e passou a prever a comunicação ao ofendido quanto à designação de data para a audiência. Com isso não apenas instituiu mecanismo de ampliação da possibilidade de participação da vítima no processo penal,¹¹⁴² mas também oportunidade em que se pode assinalar prazo razoável para que o lesado deduza pedido indenizatório antes da abertura da instrução do processo.

Já procedimentalizada pelo legislador processual, tal notificação ao ofendido para a audiência presta-se, perfeitamente, como oportunidade em que poderá requerer o que entender de direito.¹¹⁴³ Bastará apenas que o juízo lhe assinale prazo razoável para apresentação do pedido indenizatório, respeitadas as formalidades exigidas para esse, antes da abertura da instrução processual. Isto é suficiente para o exercício das garantias da ampla defesa e contraditório em grau razoável pelo acusado, sem perturbação do devido procedimento legal e da duração razoável do processo.

5.6 Fase instrutória e prova da pretensão cível

Enquanto pretensão civil deduzida no processo penal, o valor indenizatório mínimo requerido tem estrutura diretamente relacionada ao direito à prova. Necessariamente apresentado na forma de pedido, às partes deve-se oportunizar sua prova e contraprova.¹¹⁴⁴ E não poderia ser diferente, uma vez que “a quantificação do valor mínimo indenizatório depende da existência de provas nos autos que permitam ao juiz aferir a extensão do dano ou ao menos ter algum parâmetro para tanto.”¹¹⁴⁵

¹¹⁴²GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008, cit., p. 281.

¹¹⁴³NUCCI, Guilherme de Souza et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008, cit., p. 419.

¹¹⁴⁴Não é demais lembrar que “dentre as atividades necessárias à tutela dos interesses postulados pelas partes, sobressai, sem dúvida, a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 306).

¹¹⁴⁵CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 409.

Corolário da garantia do contraditório, “o ‘direito à prova’ é uma expressão sintética que compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões.”¹¹⁴⁶

É sabido que os fatos e os atos jurídicos são objetos de afirmação ou negação em um processo. Em sentido processual, a prova é um meio de verificação das proposições formuladas pelas partes em juízo.¹¹⁴⁷ Assim, a atividade probatória tem como finalidade dar conhecimento dos fatos que sustentam suas pretensões ao julgador.¹¹⁴⁸ As fases de seu procedimento consistem na proposição das provas, sua admissão, produção e, por fim, sua valoração pelo juízo, todas compreendidas pelo direito à prova.¹¹⁴⁹

O resultado probatório decorrerá da atividade de instrução,¹¹⁵⁰ portanto, resultado da atividade probatória. Trata-se do elemento de prova valorado pelo juiz. Sendo certo que, via de regra, não há apenas um meio de prova produzido no processo, mas diversos, os resultados probatórios relativos devem ser valorados pelo juiz e cotejados com o objetivo de reconstituir o fato alegado a ser provado.¹¹⁵¹

A estrutura particular da pretensão civil deduzida no processo penal, não obstante, exigiria uma regulamentação especial em matéria de prova, tanto quanto à oportunidade de seu exercício, quanto ao seu oferecimento, valoração e concreta produção.¹¹⁵² Ausente tal regramento, ao intérprete caberá a conciliação das regras probatórias características do processo civil com as limitações inerentes ao processo penal democrático de cariz acusatório.

Não apenas há divergência quanto à forma e limitação da produção de provas entre o processo civil e o processo penal, como também ao ônus de prova e, por conseguinte,

¹¹⁴⁶TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**, cit., p. 83. Igualmente: “El derecho a ofrecer prueba comprende, naturalmente, el de producirla y obtener de las autoridades a cargo de la instrucción del procedimiento un pronunciamiento concreto sobre la pertinencia de tales probanzas.” (CARRIÓ, Alejandro. **Garantías constitucionales en el proceso penal**, cit., p. 46).

¹¹⁴⁷COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**, cit., p. 217.

¹¹⁴⁸Conforme ensinamento de Eugenio Florian, objeto de prova é aquilo sobre o que o juiz deve adquirir conhecimento necessário para resolver a questão submetida ao seu exame (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 308).

¹¹⁴⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 310-311.

¹¹⁵⁰Na conceituação de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “instruir consiste em dar conhecimento. Denominam-se instrução tanto a atividade de instruir quanto seu resultado.” (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Contrariedade na instrução criminal**, cit., p. 110).

¹¹⁵¹TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**, cit., p. 63-64.

¹¹⁵²MORAS MOM, Jorge R. **La acción civil reparatoria y el proceso penal**, cit., p. 143.

diversos são os critérios de julgamento.¹¹⁵³ Segundo Paolo Tonini, “a quantidade de provas necessárias para convencer o juiz é diferente no processo civil e no penal.”¹¹⁵⁴ Não por outra razão, a atividade probatória do requerido naquele é mais intensa,¹¹⁵⁵ enquanto que nesse a liberdade defensiva é mais extensa.

Como consequência, quanto à prova e contraprova da fixação de valor indenizatório no processo penal, levanta-se uma primeira questão. Se mais intensa é a atividade probatória do réu em relação ao pedido cível, tendo em conta as regras de ônus de prova e critério de julgamento próprios do processo civil, sua defesa criminal estará relegada a um segundo plano ou haverá de renunciar a uma defesa cível efetiva em favor de uma adequada defesa penal. Mais além, o que fazer se a prova de sua defesa implicar a exasperação da indenização civil.¹¹⁵⁶ O respeito e consonância da ampla defesa tanto em relação à imputação penal quanto em relação à pretensão ressarcitória é o primeiro desafio a ser enfrentado.

Soma-se a isto o próprio risco de desvirtuamento do processo penal, em si mesmo considerado, para a apuração de questão cível, em prejuízo ao interesse público envolvido na sua solução.¹¹⁵⁷ Prolongar a discussão indenizatória em detrimento da discussão penal

¹¹⁵³Nesse sentido: “Los principios que rigen la prueba son diferentes. En el ámbito civil rige la carga de la prueba en su sentido clásico, mientras que en el penal, está prohibido grabar al acusado con cualquier tipo de carga u obligación de esta naturaleza. Un hecho civil puede quedar fijado por la simple admisión de las partes, lo que no sucede en el ámbito penal” (ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal**: el salvataje financiero, cit., p. 45). No mesmo sentido: “Não há como negar que as instâncias penal e civil analisam os diversos aspectos da causa segundo disciplinas normativas específicas, inclusive em termos de ônus da prova, com uma necessidade de maior certeza para a imputação de natureza penal” (GOMES JR., Luiz Manoel. Da formação, da suspensão e da extinção do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 806).

¹¹⁵⁴Prosseguindo em seu raciocínio, o autor afirma que “no primeiro [processo civil], o *quantum* de prova é idêntico para o requerente e para o requerido. O requerente deve provar os fatos constitutivos do seu direito para eliminar a dúvida do juiz (art. 2697, inciso I, do Código Civil). A insuficiência ou a contraditoriedade da prova por ele fornecida (por exemplo, sobre a existência de um crédito), é equiparada à inexistência de prova e faz com que o juiz indefira o pedido. Da mesma forma ocorre quando o ônus da prova compete ao requerido (...). Em contrapartida, no processo penal, o órgão acusador tem o ônus de provas a responsabilidade do acusado de modo a eliminar a dúvida. Quando restar dúvida (o que a jurisprudência anglo-americana define como ‘razoável’), o acusado deve ser absolvido.” (TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**, cit., p. 68-69).

¹¹⁵⁵LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional, cit., p. 132.

¹¹⁵⁶O problema é identificado por: SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**, cit., p. 91.

¹¹⁵⁷Não é demais, neste ponto, relembrar o delineamento do interesse público no processo penal, constante em precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos. Confira-se: “[T]he purpose of a criminal court is not to provide a forum for the ascertainment of private rights. Rather it is to vindicate the public interest in the enforcement of the criminal law while at the same time safeguarding the rights of the individual defendant. The public interest in the accuracy and justice of criminal results is greater than the concern for judicial economy professed in civil cases (...).” (US. UNITED STATES SUPREME COURT. **Standefer v. United States**, (1980), n. 79-383. Decided: June 9, 1980, cit.).

representa a distorção do processo penal para benefício de questão predominantemente privada.

Por tais razões, a solução, conquanto casuística, parece residir na complexidade da prova referente à pretensão ressarcitória, de modo que “não poderá o juízo criminal ampliar demais a atividade probatória a respeito do dano civil para não causar desvios procedimentais ou subverter a correta condução do processo para a solução da pretensão punitiva”¹¹⁵⁸ Isso significa, considerada a inconveniência de uma instrução probatória detalhada quanto ao valor reparatório, deve-se privilegiar a produção de prova pré-constituída. Ao prudente arbítrio do juízo, se a prova requerida por qualquer das partes for complexa e, desde que pertinente e relevante ao feito, a decisão final não poderá comportar a fixação de valor indenizatório mínimo.¹¹⁵⁹

A fim de se garantir o direito à prova, sem que o processo penal tenha pervertida sua finalidade principal ou maculada qualquer garantia processual do imputado, o julgador deverá deixar de fixar valor mínimo indenizatório no caso de complexidade da instrução da questão cível. Ao imputado tem-se assegurada a garantia da ampla defesa criminal efetiva. Se afirmado que a prova defensiva referente à pretensão ressarcitória for complexa, a fim de salvaguardar sua defesa criminal, a discussão do dano civil deverá ser deixada para o juízo cível. A mesma solução se impõe no caso de a prova de sua defesa criminal implicar a exasperação da indenização civil.

No caso de prova complexa requerida pelo acusador ou pelo ofendido legitimado para tanto, no intuito de preservar a correta aplicação da lei penal pelo necessário processo penal, da mesma forma deverá o juízo criminal deixar de fixar o valor indenizatório mínimo pedido.

A complexidade como parâmetro de controle judicial da instrução da pretensão cível, outrossim, importa também à garantia da duração razoável do processo. Isso, porque demandará atividade processual probatória que, por sua vez, consumirá tempo para a sua

¹¹⁵⁸CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 409. Eugênio Pacelli de Oliveira, por sua vez, ao afirmar que a inovação processual não equivale à adoção de cumulação de instâncias, mas a mera especificação do valor cabalmente demonstrado na ação penal, assevera que sequer é possível a instrução da reparação civil. Tal posicionamento, contudo, parece contrastar com o direito à prova de ambas as partes (Cf. OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**, cit., p. 657).

¹¹⁵⁹Essa foi a solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação penal n. 470. Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, acórdão eletrônico dje-074 divulg 19-04-2013 public 22-04-2013 rtj vol-00225-01 pp-00011.

concretização. A produção de prova enquanto ação, e não omissão, somente poderá prolongar o processo.¹¹⁶⁰

Nessa medida, o controle da fase instrutória torna-se ainda mais crítico, não sendo poucas as vozes na doutrina que alertam para o risco de indevida prorrogação do feito.¹¹⁶¹ A perspectiva de violação à duração razoável do processo é ainda mais grave se considerada a possibilidade de existência de medida cautelar, pessoal ou real, o que faz ainda mais severos os prejuízos da demora ao imputado.¹¹⁶² Nesse caso, é de todo inadmissível a dilação probatória cível, prolongando o processo, quando já encerrada a instrução criminal.¹¹⁶³

¹¹⁶⁰São escassos os estudos empíricos e exemplos concretos. Não obstante, tem-se o estudo de Jesus Antonio Muñoz Gomez que, ao analisar diversos processos penais na Colômbia, ainda na década de 80, constatou que a intervenção da parte civil não acarreta a aceleração do processo, mas somente seu prolongamento. Cf. MUÑOZ GOMEZ, Jesus Antonio. La duración real del proceso penal. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 15, n. 198, p. 198-222, 1981.

¹¹⁶¹Nesse sentido: “Pensamos que o ingresso da vítima no processo penal para postular apenas a satisfação do dano pode causar tumulto e arrastar o processo por mais tempo.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, cit., v. 2, p. 36). “É mais um entrave à resposta da jurisdição criminal dentro do tempo razoável. Por isso, são inadmissíveis os meios de prova e a metodologia de busca desta, quando objetivarem a reparação cível.” (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal: considerações críticas**, cit., p. 110). Igualmente, já na década de 80, José Carlos Barbosa Moreira alertava quanto à incompatibilidade entre celeridade processual e intervenção da parte civil e dilação instrutória no processo penal (conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo, cit., p. 114). Em sentido diverso, Fauzi Hassan Choukr entende que a discussão de valor indenizatório na sentença penal condenatória estimula a celeridade do processo, pois o acusado teria interesse que seus bens não fiquem indisponíveis por muito tempo no caso de pendência de medida cautelar real (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, cit., p. 862).

¹¹⁶²Não é demais lembrar que “a eventual indisponibilidade patrimonial do réu, que por si só é gravíssima, mas que, se for conjugada com uma prisão cautelar, conduz à inexorável bancarrota do imputado e de seus familiares. A prisão (mesmo cautelar) não apenas gera pobreza, senão que a exporta, a ponto de a ‘intranscendência da pena’ não passar de romantismo do Direito Penal.” (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 184). Do mesmo modo, “porque autorizado o seu encarceramento antecipado, deverão todos os partícipes da persecução empreender o máximo de celeridade a fim de se chegar à solução final, para dar uma resposta definitiva à situação indesejada de prisão provisória. O julgamento final no menor tempo possível, respeitando-se as demais garantias processuais é, portanto, uma forma de se atribuir maior efetividade e respeito à presunção de inocência.” (MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**, cit., p. 351).

¹¹⁶³Não por outra razão a Comissão de Constituição e Justiça determinou o arquivamento do PL n. 7222/06, que previa também a possibilidade de o juízo criminal julgar questão cível. Consta do parecer: “não estou convencido de que tal mudança seria em prol da celeridade processual, até porque os juízos e Câmaras penais dentro dos Tribunais são especializados na legislação e jurisprudência penal, não cabendo a eles decidir matéria cível. Permitir que todos julguem todas as matérias é quebrar o sistema e impedir a especialização, o que vai, justamente, em sentido contrário à celeridade processual. Se há necessidade de que as decisões judiciais sejam mais agilmente tomadas, e esta necessidade existe, de fato, devemos trabalhar para eliminar os entraves, mas nunca permitir que se crie um caos jurídico, que implicará, necessariamente, em maior morosidade.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. **Parecer ao PL n. 7222/06**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=673212&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7222/2006>. Acesso em: 15 mar. 2017).

A par do controle da instrução do dano civil pela complexidade, outros pontos merecem considerações, em razão da imbricação das regras de prova no processo civil e no processo especial. Em especial, tem-se o direito ao silêncio do acusado e o valor do depoimento do ofendido que formula o pedido reparatório dentro do processo penal.

É certo que o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio¹¹⁶⁴ são corolários do devido processo penal.¹¹⁶⁵ Todavia, trata-se de direito que se aplica de forma diversa na dinâmica probatória do processo civil.¹¹⁶⁶ Na defesa cível dentro do processo penal, se aplicada a lógica daquele, o critério de preponderância de prova, o direito ao silêncio poderá ser afetado pela necessidade de produzir prova cível. Isso é, para desincumbir-se de seu ônus de prova quanto ao pedido cível, o acusado poderia ter violado seu direito ao silêncio.

Por essa razão, defende-se que, ao menos nesse ponto, o regime processual civil deverá apartar-se de suas regras próprias e adaptar-se as que impõe o regime processual repressivo.¹¹⁶⁷ Há, de alguma forma, a indicência indireta do critério de julgamento *in dubio pro reo* na pretensão civil formulada no processo penal.¹¹⁶⁸ Exercido o direito ao silêncio, o critério de julgamento quanto ao valor mínimo indenizatório fixado na sentença penal condenatória deverá coincidir com o do próprio sistema penal.

¹¹⁶⁴O direito ao silêncio tem origem no *ius commune* Europeu, no início do século XVII. Conforme Albert Alschuler, “the roots of the privilege in the early seventeenth century (and earlier) art to be found not in the common law of England, but in the *ius commune* – the law applied throughout the European continent and in the English prerogative and ecclesiastical courts. When seventeenth-century common law restricted the power of the High Commission to ask incriminating questions of suspected religious dissenters, these courts were, for the most part, requiring the commission to adhere to the law it purported to observe. Several maxims of the *ius commune* expressed its most important limitation on interrogation. In addition to the familiar *Nemo tenetur* maxim, given above, the *ius commune* made use of two more: *Nemo punitur sine accusatore* (‘No one is punished in the absence of an accuser’) and *Nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (‘No one is bound to reveal his own shame’).” (ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HERLHOLZ, R. H. et al. **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 185). Por certo, tal direito assumiu diferentes contornos em seu desenvolvimento histórico, de modo que posteriormente passou a referir-se não apenas à instauração do procedimento criminal ou a uma acusação inicial, mas também à toda condução do processo penal, independentemente da prova já colhida, desembocando no direito ao silêncio e de não contribuir ativamente à construção e confirmação da tese acusatória. (Cf. Id. *Ibid.*, p. 185-201).

¹¹⁶⁵TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**, cit., p. 73.

¹¹⁶⁶No processo civil, o direito ao silêncio restringe-se ao depoimento pessoal, nas hipóteses do artigo 388 do Código de Processo Civil. “Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos: I - criminosos ou torpes que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; III - acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; IV - que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III. Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.” Contudo, seu exercício terá efeito direto quanto ao seu ônus de prova, uma vez que segue lógica diferente àquela do processo penal.

¹¹⁶⁷MORAS MOM, Jorge R. **La acción civil reparatoria y el proceso penal**, cit., p. 144.

¹¹⁶⁸SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 112.

Quanto ao depoimento do ofendido, tradicionalmente entende-se que “tendo em vista seu natural interesse no feito, seu depoimento não tem o mesmo valor que o depoimento de uma testemunha.”¹¹⁶⁹ Isso, porque tem um natural interesse no processo que o impede que seja considerado da mesma forma que uma testemunha.¹¹⁷⁰

Entretanto, tanto mais questionável o valor epistemológico de seu depoimento se vier a exercer sua pretensão ressarcitória no processo penal.¹¹⁷¹ Há o evidente risco de parcialidade em suas declarações, de modo a produzir um depoimento distorcido, porque interessado, e criar, eventualmente, uma reparação de todo indevida. Evidente, contudo, que não por isso se deve submeter o depoimento do ofendido a uma regra de exclusão probatória, mas que lhe seja redimensionado a contribuição probatória, tal qual o interrogatório do próprio acusado.¹¹⁷²

Em conclusão, não se deve esquecer que a pretensão civil é marcada pela acessoriedade quando discutida no processo penal. Isto é, não pode protagonizar a instrução processual.¹¹⁷³ Ausente regulamentação legal quanto à oportunidade de seu oferecimento, valoração e produção, a complexidade da prova cível deve servir como parâmetro concreto para seu controle. Entretanto, no caso de imprescindibilidade de produção de prova complexa ou de confronto com as garantias processuais do imputado, o valor indenizatório não deverá ser fixado sequer em patamar mínimo. Não é demais também ressaltar que, na hipótese de risco ao interesse público ou a direito do acusado, o regime processual civil deverá apartar-se de suas regras próprias e adaptar-se aos limites decorrentes do regime processual penal, tal como para a preservação do direito ao silêncio.

Por fim, ainda dentro da relação entre o direito à prova e a fixação do valor indenizatório na sentença penal condenatória, cabe destacar que, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de incidente de recurso repetitivo, fixou o tema n. 983. Por esse, entende-se que nos casos de infrações penal que envolvam violência doméstica, é

¹¹⁶⁹DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**, cit., p. 636.

¹¹⁷⁰“Sin necesidad de hacer el paralelo entre el lesionado en el proceso civil y el lesionado en el penal, basta con que observemos que el impulso que mueve a este último es, como a aquél, un considerable interés personal; además, parece que no está en armonía con los principios fundamentales del moderno proceso que sea a un tiempo sujeto procesal y testigo.” (FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**, cit., p. 241).

¹¹⁷¹DOMINIONI, Oreste. **La testimonianza della parte civile**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 36-37.

¹¹⁷²Id. Ibid., p. 148. Em sentido contrário, ao analisar a figura do assistente de acusação, Gustavo Badaró afirma que o sujeito “não poderá ser assistente de acusação e prestar declaração como ofendido, nos termos do art. 201 do CPP. Há uma incompatibilidade ontológica entre tais posições. Uma delas é parte, sujeito processual, a outra é fonte de prova.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 306-307).

¹¹⁷³PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal, cit., p. 299.

possível o arbitramento de dano moral, dispensada a instrução, uma vez que se trata de dano *in re ipsa*.¹¹⁷⁴

¹¹⁷⁴Tema n. 983: “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.” A tese jurídica fixada decorreu do julgamento dos Recursos Especiais n. 1675874/MS e 1643051/MS, cujas ementas transcreve-se: “RECURSO ESPECIAL. RECURSO SUBMETIDO AO RITO DOS REPETITIVOS (ART. 1.036 DO CPC, C/C O ART. 256, I, DO RISTJ). VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO MÍNIMA. ART. 397, IV, DO CPP. PEDIDO NECESSÁRIO. PRODUÇÃO DE PROVA ESPECÍFICA DISPENSÁVEL. DANO IN RE IPSA. FIXAÇÃO CONSOANTE PRUDENTE ARBITRÁRIO DO JUÍZO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça - sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), e em razão da determinação de que "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º) - tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei nº 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano - o material e o moral -, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o quantum ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais - visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza -, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único - o criminal - possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada. 7. Não se mostra razoável, a esse fim, a exigência de instrução probatória acerca do dano psíquico, do grau de humilhação, da diminuição da autoestima etc., se a própria conduta criminosa empregada pelo agressor já está imbuída de desonra, descrédito e menosprezo à dignidade e ao valor da mulher como pessoa. 8. Também justifica a não exigência de produção de prova dos danos morais sofridos com a violência doméstica a necessidade de melhor concretizar, com o suporte processual já existente, o atendimento integral à mulher em situação de violência doméstica, de sorte a reduzir sua revitimização e as possibilidades de violência institucional, consubstanciadas em sucessivas oitivas e pleitos perante juízos diversos. 9. O que se há de exigir como prova, mediante o respeito ao devido processo penal, de que são expressão o contraditório e a ampla defesa, é a própria imputação criminosa - sob a regra, derivada da presunção de inocência, de que o onus probandi é integralmente do órgão de acusação -, porque, uma vez demonstrada a agressão à mulher, os danos psíquicos dela derivados são evidentes e nem têm mesmo como ser demonstrados. 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1675874/MS**. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018). Conferir também: BRASIL.

5.7 Fixação de valor mínimo indenizatório e sistema recursal

A inclusão da definição de valor indenizatório no processo penal pela Lei n. 11.719/08, sem a devida regulamentação, também motiva paradoxos na etapa recursal do processo. Nesse sentido, Gustavo Badaró aduz que “a mudança das regras sobre o relacionamento entre a jurisdição civil e a penal, passando a determinar que a sentença penal condenatória já estabeleça um valor mínimo de indenização (CPP, art. 64, c.c. o art. 387, *caput*, IV), criou a possibilidade de haver uma apelação penal do acusado, do querelante ou mesmo do assistente de acusação, com o interesse exclusivo de discutir o valor do dano. Haverá, portanto, um total desvirtuamento do processo penal, que poderá ter sua fase recursal destinada, exclusivamente, a uma discussão patrimonial, que deveria ser resolvida nas vias cíveis.”¹¹⁷⁵

É nítida a incoerência de um potencial recurso de conteúdo exclusivamente civil dentro de um processo criminal. Ao regimento interno do Tribunal caberá definir se uma Turma recursal cível julgará o recurso criminal, ou se uma Turma criminal julgará recurso em matéria exclusivamente cível, o que, em qualquer uma das hipóteses, soará como um contrassenso. É duvidoso que tal possibilidade seja conforme o mandamento de desenho legal do procedimento mais adequado à tutela do direito material, decorrente da norma do devido procedimento legal.

Tanto melhor seria reduzir o cabimento do recurso às bases que fundamentam a existência do dano civil, deixando a rediscussão do valor para o juízo cível, desde que o legitimado para formulação da pretensão indenizatória seja também titular da ação penal.¹¹⁷⁶ Não haveria óbice ao acesso à justiça garantido também à vítima, uma vez que se lhe oportunizou a participação no devido processo penal, deduzindo seu interesse. Contudo, seu direito encontra limites e deve ser compatibilizado com a cláusula do devido procedimento legal.

Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1643051/MS**. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

¹¹⁷⁵BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 850.

¹¹⁷⁶No exemplo espanhol: “Es jurisprudencia reiteradísima, como ya vimos (capítulo IV, apartado III), la que afirma que en casación no puede cuestionarse el *quantum* de la indemnización, sino tan sólo las bases que el órgano de instancia haya considerado para su fijación.” (SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**, cit., p. 416).

A par dessa latente distorção do processo penal, outras questões também podem ser colocadas em razão de eventual recurso exclusivamente contra a condenação civil dentro da sentença penal. Assim, questiona-se se, no caso de recurso restrito ao valor fixado a título de dano civil, a condenação criminal poderia ser executada, ou teria de aguardar o desfecho do julgamento recursal. Ainda, na pendência de tal recurso, indaga-se se o condenado poderia ser considerado reincidente. Ou mesmo se haveria de aguardar o trânsito em julgado da questão cível para ajuizar ação de revisão criminal.

A resposta parece se encontrar no destaque, em separado, da fundamentação da responsabilidade civil dentro da condenação criminal. Isso, porque a condenação civil induz um capítulo de sentença próprio,¹¹⁷⁷ de modo que o recurso contra esse não impedirá o trânsito em julgado do capítulo que trata da condenação criminal.¹¹⁷⁸ Trata-se de circunstância em que as relações jurídicas processuais de natureza civil e penal separam-se e recuperam sua autonomia.¹¹⁷⁹

Conquanto fundem-se sobre as mesmas bases fáticas, mais adequado seria se a motivação da sentença condenatória contemplasse destaque para o reconhecimento da responsabilidade civil, de modo a favorecer-lhe a autonomia e a recorribilidade em

¹¹⁷⁷Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, “cada capítulo do decisório, quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma distinção funcional entre eles, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito (...)” E prossegue: “Definem-se portanto os capítulos de sentença, diante do direito positivo brasileiro e dessas considerações, como unidades autônomas do decisório da sentença. É no isolamento dos diversos segmentos do decisório que residem critério aptos a orientar diretamente a solução dos diversos problemas já arrolados, quer no tocante aos recursos, quer em todas as demais áreas de relevância (...)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 34-35). De alguma forma, antes mesmo da Lei n. 11.719/08, a professora Ada Pellegrino Grinover já enxergava a divisão da sentença condenatória penal em diferentes capítulos quanto à matéria civil e criminal: “A lei opera a ampliação do objeto do processo (penal), para nele incluir o julgamento implícito sobre o dever de indenizar ou a declaração da inexistência do direito à reparação do dano ‘ex delicto’. Essa posição indica que a questão da reparação civil passa dos motivos ao próprio dispositivo (implícito) da sentença penal, como resposta à ampliação do objeto do processo, que abrange a condenação – ou a imunidade, em caso de absolvição – à indenização.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 97).

¹¹⁷⁸CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 418. NUCCI, Guilherme de Souza et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008, cit., p. 414.

¹¹⁷⁹É o que afirma Giovanni Leone: “Así se explica por que el art. 202 limita el conocimiento del juez de la impugnación sólo a la parte de la sentencia que atañe a la responsabilidad civil, cuando sólo en cuanto a esa parte sea propuesta la impugnación sin suspender la ejecución de las disposiciones penales de la sentencia; demostrando con ello que, cuando se presenten las condiciones favorables, ambas relaciones procesales se separan y recuperan su autonomía (...)” (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., v. 1, p. 478).

apartado. Indicados seus pressupostos próprios, beneficia-se a separação da análise de tais pretensões na eventualidade de um recurso próprio.

Portanto, no caso de recurso específico em relação à responsabilidade civil, da aplicação da teoria dos capítulos da sentença decorre a certificação do trânsito em julgado referente à condenação penal, tendo direta implicação quanto ao cumprimento da pena, à configuração da reincidência e à admissibilidade de ajuizamento de revisão criminal. Ainda, terá impacto direto quanto ao cômputo do prazo da prescrição da pretensão punitiva (cujo termo final é o trânsito em julgado da sentença condenatória) e da prescrição da pretensão acusatória.¹¹⁸⁰

O inverso, entretanto, não ocorre. No caso de recurso exclusivo contra à condenação penal, não poderá o ofendido, desde já, promover no juízo cível a execução do valor indenizatório fixado. A própria lei exige que se trate de sentença penal condenatória transitada em julgado. Na letra do artigo 63 do Código de Processo Penal, “transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.” O Código de Processo Civil, por sua vez, em seu artigo 515, VI, define como título executivo judicial “a sentença penal condenatória transitada em julgado”.

Conclui-se, dessa forma, que a utilização da teoria dos capítulos de sentença coaduna-se com a segurança jurídica, inerente ao Direito moderno e ao devido processo, uma vez que resguarda a própria efetividade da aplicação da lei penal. Compreender que o recurso contra a condenação civil impede o trânsito em julgado da matéria penal significa submeter o interesse público na efetividade do direito penal material à quantificação de valor ressarcitório afeito ao interesse privado do ofendido. Ademais, abrir-se-ia a oportunidade ao manejo sistemático de recursos protelatórios de conteúdo unicamente civil a fim de se obter o transcurso do lapso prescricional da pretensão punitiva.

5.8 Rediscussão do valor indenizatório fixado na sentença penal condenatória

É um consenso que a literalidade da redação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, ao referir-se a valor mínimo indenizatório, não obsta que a vítima, em sede de liquidação civil, possa discutir o montante determinado, provando-lhe maior extensão.

¹¹⁸⁰CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 418.

Não obstante, maior dúvida surge quando se cogita de que o condenado possa também propor a rediscussão, perante o juízo cível, aduzindo que a quantia haveria de ser fixada em patamar inferior.

O problema assume relevância não diante de inércia do acusado no processual penal, que deixa de impugnar em sede recursal o referido valor. Mas, sobretudo, diante de eventuais amarras probatórias. Isso é, caso a prova de que tal indenização haveria de se dar em patamar inferior ao fixado implicasse violação da ampla defesa penal. Nesse caso, exigir-se-ia do acusado que, de alguma forma, produzisse prova favorável à tese acusatória a fim de se evitar condenação civil em grandeza superior à devida.

A solução parece se encontrar na própria estabilidade ínsita à sentença condenatória penal, em oposição à imutabilidade da sentença penal absolutória. Conforme ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, “parece-nos que a qualidade da sentença não (mais) sujeita a desconstituição é efetivamente a imutabilidade; enquanto a qualidade da sentença sujeita a desconstituição seria simplesmente a estabilidade. Para o processo penal, diríamos assim que a qualidade da sentença absolutória passada em julgado é realmente a imutabilidade; enquanto, na sentença condenatória, tratar-se-ia de mera estabilidade.”¹¹⁸¹

Consideradas as limitações probatórias quanto à questão cível inserida no processo penal, a melhor solução parece residir na possibilidade de rediscussão desse valor em eventual liquidação civil. O reconhecimento da estabilidade da sentença condenatória, em oposição à imutabilidade, permite ao acusado o exercício de sua ampla defesa cível na seara devida, sem qualquer prejuízo à ampla defesa penal ou mesmo à segurança jurídica esperada dos pronunciamentos judiciais.

Conclusão semelhante é apresentada por Antonio do Passo Cabral. Segundo o autor, “diante das limitações que impedem a ampla produção de prova para a fixação do valor mínimo do dano no processo penal, a cognição judicial revela-se sumária.”¹¹⁸² A partir desse pressuposto, conclui que “a consequência teórica desta constatação é compreender que, neste ponto, a sentença criminal pode não assumir uma estabilidade forte, típica da coisa julgada. Vale dizer, o valor indenizatório mínimo adquire apenas uma

¹¹⁸¹GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal, cit., p. 88.

¹¹⁸²CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 413.

estabilidade fraca, própria de decisões precárias, baseadas em cognição menos intensa e sujeitas a alterações.”¹¹⁸³

5.9 Direito Intertemporal

Um último ponto a ser enfrentado, de grande impacto prático, refere-se à aplicabilidade da norma contida no artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, às infrações penais cometidas antes de sua vigência.

Bem se sabe que, por força do disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, adota-se o sistema do isolamento dos atos processuais quanto à aplicação da norma processual penal no tempo. Por outro lado, quanto à norma penal material, vige a irretroatividade, salvo se de algum modo beneficiar o réu, conforme artigo 2º do Código Penal e artigo 5º, XL da Constituição Federal. Quanto às normas mistas ou híbridas, essas de conteúdo material e processual, ou normas formalmente processuais, mas que produzem efeitos materiais, inquestionavelmente segue-se o regime de direito material.¹¹⁸⁴

A dúvida surge, porém, quando incerta a natureza jurídica da norma. Até porque sua natureza não depende do corpo de disposições em que se encontre inserida, mas sim de seu próprio conteúdo. Há uma natural dificuldade em se identificar uma norma como de direito processual ou de direito material,¹¹⁸⁵ ou mesmo se se trata de norma híbrida.

Rogério Lauria Tucci afirma que “são normas de direito substancial as que atribuem virtualmente ao Estado o *ius puniendi*, conferindo, outrossim e *lato sensu*, ou a órgãos da Administração Pública, ou a particulares, o poder de disposição relativo ao conteúdo material do processo penal (pretensão punitiva e/ou pena, de um lado e pretensão de liberdade, de outro).”¹¹⁸⁶ Quanto às normas de direito processual, aduz que são aquelas “que disciplinam toda a atividade processual, estabelecendo garantias jurisdicionais para a execução das decisões, com o determinar as formas pelas quais os sujeitos processuais devem exercer o mencionado poder dispositivo sobre o conteúdo material do processo,

¹¹⁸³CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC, cit., p. 413.

¹¹⁸⁴Nesse sentido: TUCCI, Rogério Lauria. **Direito intertemporal e a nova codificação processual penal**, cit., p. 22.

¹¹⁸⁵JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 53.

¹¹⁸⁶TUCCI, Rogério Lauria. **Direito intertemporal e a nova codificação processual penal**, cit., p. 115.

bem como atribuindo aos órgãos oficiais e aos particulares igual poder de disposição sobre o conteúdo formal do processo.”¹¹⁸⁷

A conceituação, entretanto, não é de modo algum pacífica na doutrina. Veja-se que Gustavo Badaró, em concepção mais abrangente, entende que “todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material”¹¹⁸⁸

Dada a multiplicidade de conceitos doutrinários parece até mesmo impossível encontrar um critério fixo preestabelecido que possa cuidar de antemão da correta classificação de todas as normas. Conquanto exista uma diferença fundamental entre as normas de direito processual e de direito material a partir dos círculos sobre os quais atuam, em determinados casos o problema somente poderá ser resolvido no caso concreto.¹¹⁸⁹

No caso da fixação de valor indenizatório o problema se agrava, uma vez que sua natureza é de direito civil e, portanto, não se enquadra nas definições de norma penal de conteúdo material. Sua precisa classificação, como regra de direito material ou processual, tem impacto direto na sua aplicabilidade às infrações penais cometidas anteriormente à sua vigência.

Tratando-se de regra que estabelece o conteúdo de uma sentença condenatória, isto é, elemento integrante de seu corpo, parte da doutrina entende que consiste em norma essencialmente processual, de modo que atinge fatos criminosos praticados antes de sua entrada em vigor.¹¹⁹⁰ Argumenta-se, conjuntamente, que a responsabilidade civil e o dever de indenizar os danos suportados pela vítima de uma infração penal sempre existiram, de modo que não há propriamente uma novidade quanto ao aspecto material, mas somente em relação ao conteúdo processual, qual seja, o novo requisito integrante da sentença penal condenatória.¹¹⁹¹

No entanto, em que pese o respeitável entendimento destacado, a norma, conquanto tenha conteúdo processual, pois acrescenta elemento à sentença, produz também inegável efeito material. O reconhecimento de quantia devida a título de indenização na própria sentença penal atende a interesse de natureza material, sendo o fundamento de tal

¹¹⁸⁷TUCCI, Rogério Lauria. **Direito intertemporal e a nova codificação processual penal**, cit., p. 115.

¹¹⁸⁸BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo penal**, cit., p. 103.

¹¹⁸⁹DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**, cit., v. 1, p. 36.

¹¹⁹⁰Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza et al. *Ação civil ex delicto: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008*, cit., p. 425.

¹¹⁹¹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 590-591.

responsabilidade civil eminentemente material, alocado nos artigos 186 e 927 do Código Civil.¹¹⁹² Refere-se à consequência material do ato ilícito. Repercuta diretamente na esfera de interesse concreto do condenado e o atinge no campo do direito material.

Assim, é evidente o conteúdo híbrido da norma, que traz em si disposições de caráter processual e material, de modo que deverá seguir o regime de direito intertemporal de direito material.¹¹⁹³

Dada a sua repercussão prática, o problema tem sido enfrentado constantemente pelo Superior Tribunal de Justiça, que nesse ponto tem pacificada sua jurisprudência. Reiteradamente, tem esse Tribunal afirmado que o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal é uma norma que também contém referencial de direito material, sendo mais rigorosa ao réu, pois cuida do interesse material do ofendido de reparação civil pelos danos suportados. Assim, configura-se regra de natureza híbrida, razão pela qual segue o regime de direito material, e não se aplica à infrações penais cometidas antes de sua vigência.¹¹⁹⁴

¹¹⁹²Eis o texto dos dispositivos: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

¹¹⁹³Nesse sentido: “Ora, nada obstante o caráter eminentemente processual de um dispositivo legal que estabeleça o conteúdo de uma sentença condenatória, entendemos que o fato da lei também prescrever que dentre os requisitos integrantes da decisão está a questão da reparação do dano (que é indubitavelmente de Direito Material, como demonstrado acima com a transcrição do texto constitucional e do Código Civil), torna-o uma norma processual penal material. É norma jurídica de Direito Processual, pois trata da decisão final a ser proferida em um processo, sem, no entanto, deixar de ser uma norma de Direito Material, visto que também trata de matéria atinente a Direito Civil e ao próprio Direito Constitucional. Nestas condições, ditas normas não são puramente processuais (ou formais, técnicas), mas processuais penais materiais.” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A sentença penal condenatória e a reparação dos danos causados pela infração: o direito intertemporal**, cit., p. 11). Igualmente: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**, cit., p. 435.

¹¹⁹⁴Nesse sentido, destacam-se os precedentes: “No que se refere à fixação de valor mínimo a título de reparação de danos, esta Corte adotou o entendimento de que a regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. VI - Na hipótese, conclui-se pela efetiva violação ao artigo 387, IV, do Código de Processo Penal e, portanto, pela necessidade de afastamento da condenação dos recorrentes ao pagamento de indenização a título de valor mínimo de reparação de danos supostamente causados pela conduta típica, uma vez que os crimes ocorreram anteriormente à vigência da Lei n.º 11.719/2008. Precedentes. Agravo regimental parcialmente provido, para afastar a reparação civil fixada no acórdão condenatório.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no HC 404.550/PR**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, Julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018). “No caso, o disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal (norma de direito material mais rigorosa ao réu), que cuida da reparação civil dos danos sofridos pelo ofendido, foi aplicado a delito praticado antes da entrada em vigor da Lei n. 11.719/2008.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no HC 331.162/PE**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016). “A regra do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a fixação, na sentença condenatória, de valor mínimo para reparação civil dos danos causados ao ofendido, é norma híbrida, de direito processual e material, razão pela que não se aplica a delitos praticados antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.719/2008, que deu nova redação ao dispositivo. Precedentes da Quinta Turma.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1254742/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013).

CONCLUSÕES

O objeto da presente dissertação é o estudo da fixação de valor indenizatório mínimo na sentença penal condenatória, introduzida pela Lei n. 11.719/08. Adotou-se como objetivo perquirir seus limites e possibilidades de funcionamento sob a perspectiva da garantia processual síntese do devido processo legal. A partir da problemática da ausência de sua procedimentalização pelo legislador, buscou-se oferecer respostas concretas para a efetivação da reparação civil em sede penal, nos termos do referido dispositivo legal.

Para tanto, partiu-se dos fundamentos da responsabilidade jurídica e da diferenciação entre ato ilícito civil e ato ilícito penal. Neste ponto, observa-se que o vínculo entre a vontade humana livre e o ato praticado consiste na razão da responsabilidade. Isto pressupõe reconhecer que, conquanto se admita alguma determinação causal na conduta humana, essa é compatível com um espaço de liberdade e possibilidade de autodeterminação. Trata-se da culpa enquanto pressuposto genérico da responsabilidade, embora alguns setores do ordenamento jurídico apresentem exceções.

À luz do direito, a responsabilidade é analisada enquanto juridicização de fatos sociais. Isto significa, enquanto fato social relevante, determinada ação lesiva terá significação jurídica, o que potencialmente culminará em uma imputação e em um juízo de responsabilização jurídica.

Dado que a ciência do direito propõe sua divisão metodológica em ramos, tem-se como resultado a possibilidade de múltipla incidência jurídica. Tal fenômeno explica como um mesmo fato pode ser valorado por setores diversos do ordenamento jurídico e ajustar-se ao suporte fático de uma ou mais normas. Assim, um mesmo fato histórico pode implicar responsabilidade penal, apurada em um necessário processo penal, como também responsabilidade civil, administrativa ou política, todas distintas e, em algum grau, independentes. O que indicará qual a natureza jurídica da responsabilidade imputada é a natureza do ato ilícito praticado e sua regulamentação por determinado setor do Direito.

Interessa à presente pesquisa a distinção entre ato ilícito civil e ato ilícito penal, uma vez que se discute a reparação daquele no seio do processo penal. Entre si, apresentam traços coincidentes. Consistem em fato humano reprovável, doloso ou culposos e contrário

à norma jurídica. Historicamente, a separação entre o ilícito civil e o ilícito penal fez-se de modo progressivo. No direito antigo, a própria noção de reparação tinha caráter sancionatório. Nas sociedades então existentes, a responsabilidade civil e penal são dois aspectos de um conceito unitário.

A responsabilidade civil extracontratual como conceito autônomo da responsabilidade penal, cientificamente delimitado, somente surgirá com o Código Civil francês de 1804 e a adoção legal da expressão “faute”, que abrange a noção de infração e de capacidade e censura ao agente. O direito penal, por sua vez, no século XVIII, é edificado como ciência independente. Trata-se de consequência imediata dos trabalhos dos pensadores iluministas no desenvolvimento sobre os fundamentos, os objetos, as medidas típicas e as penas atinentes apenas ao direito penal. A partir de então, resta claro o fenômeno da multiplicidade da incidência normativa a um mesmo fato.

Ao longo da história diversos critérios foram apresentados, admitidos e contestados para definir com exatidão a diferença entre os atos ilícitos civis e penais. Todavia, o que se pode perceber é que não são diferentes em sua essência. Atos concretos são definidos como um ou outro mediante valoração e escolha política pelo legislador. Consequentemente, toda disparidade entre ambos será extrínseca e decorrente do sistema positivo de coibição de violação ao direito em que estão alocados. Em última análise, a distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal exprime a diferença de seleção de valores, condutas, finalidades e mecanismos de funcionamento entre o sistema do direito penal e o sistema do direito civil em um determinado contexto histórico.

A agravar a crise de paradigmas para definição entre ato ilícito civil e ato ilícito penal, é perceptível, nesse movimento de confusão e progressiva separação de seus conceitos, também um recente desenho de reaproximação, não obstante o atual estágio de cientificidade do direito não permita mais sua fusão. Assim, se é possível falar em uma consolidação da distinção entre o ato ilícito civil e o ato ilícito penal, como produto de um processo histórico iniciado no século XVIII e concluído no século XIX, atualmente, observam-se novos movimentos de reaproximação entre as duas esferas, reforçando os pontos de contato entre a responsabilidade penal e a responsabilidade civil.

Essa reaproximação explica-se por dois principais fatores. De um lado, a crescente preocupação com os interesses das vítimas, sua participação no processo e na solução da questão penal, conduz a reflexões sobre a conciliação e reparação dos danos dentro do processo penal. De outro, no âmbito do direito civil, tem-se resgatado um caráter

preventivo à responsabilidade civil, e não apenas reparatório. Por essas mesmas razões, a criminologia crítica tem considerado determinadas características e mecanismos do direito civil adequados à solução do caso penal. Ainda, verifica-se a tendência de se atribuir um caráter repressivo à responsabilidade civil, como no caso da chamada responsabilidade civil punitiva.

Esse movimento de reaproximação entre as esferas cível e penal torna ainda mais complexa a questão da responsabilização simultânea. Novos fatores entram em jogo quando a apuração das responsabilidades jurídicas respectivas não se confina em compartimentos estanques e bem delimitados. Considerado que usualmente cada responsabilidade é apurada por meio do processo respectivo, a concomitante responsabilização demanda o desenvolvimento de mecanismos processuais para sua compatibilização, o que se concretiza dentro de sistemas de coordenação de jurisdições.

A jurisdição enquanto conceito não esteve imune ao processo histórico de desenvolvimento do direito ocidental. Em um primeiro momento considerava-se que a atividade jurisdicional consistia tão somente na aplicação da lei ao caso concreto, ou seja, a norma concreta nasce antes e independentemente do exercício da jurisdição. Trata-se do chamado “juiz boca da lei”, concepção conforme os valores iluministas de extrema separação entre as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, competindo a esse tão somente a aplicação do direito criado por aquele.

Paulatinamente, reações antiformalistas suplantam a antiga e formalista teoria, de modo que se rejeita um papel meramente declaratório ao Poder Judiciário. Atribui-se-lhe a função de conceber a norma aplicável ao caso concreto, bem como se lhe confere importância aos fatos sociais existentes. Sobreleva-se a pacificação do conflito e a criação da norma aplicável ao caso controvertido como inerentes à jurisdição.

Atualmente, a atividade jurisdicional ainda deve compor a expansão de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, a crescente submissão de questões jurídicas em tese aos tribunais, em diferentes graus de abstração, por vezes comparáveis à atividade legislativa e o alçamento de sua função de garantia de direitos constitucionais.

Conquanto seja manifestação do poder estatal, e assim uma e indivisível, a jurisdição admite a divisão de tarefas, inerente a qualquer organismo complexo. Assim, em razão de opção metodológica, fundamentada na diversidade de interesses levados ao Poder Judiciário, tem-se diferentes espécies de jurisdição para atender a uma conveniência de

trabalho. O que permitirá falar-se em jurisdições especializadas, como jurisdição cível ou penal, é sua dimensão enquanto atividade. Não obstante, enquanto poder, função e garantia não seja possível estabelecer qualquer distinção, enquanto atividade jurisdicional viabilizasse sua divisão, o que se dá por meio do objeto analisado em cada processo e das regras de competência que definem qual órgão jurisdicional exercerá sua atividade.

O objeto do processo é sempre uma pretensão processual que lhe dá início. Na divisão entre processo penal e processo civil, será o conteúdo de cada pretensão que distinguirá uma da outra. No caso do processo penal, a pretensão processual é formulada por meio da imputação, materializada em um ato processual formal de acusação que dará início ao processo penal. Essa imputação contém em si um fato penalmente relevante e sua atribuição a alguém, de modo que seu objeto ou conteúdo é exatamente tal fato penal que se atribui. Seu conteúdo é, portanto, o fato penalmente relevante atribuído a alguém por meio de um juízo de imputação. Diversamente, a pretensão processual civil, deduzida pela demanda, versará sobre conflito de natureza civil.

A diferença da natureza dos conflitos apresentados e julgados permite constatar, de imediato, diferenças essenciais que caracterizam e conferem lógica própria ao processo civil e ao processo penal, bem como a necessidade de especialização para seu julgamento adequado. Essa necessidade é que implicará a repartição da atividade jurisdicional, ou sua especialização, mediante regras de competência.

Distintas a jurisdição cível e jurisdição penal pela pretensão processual deduzida nos processos sob sua competência, cabe definir suas relações na hipótese de responsabilidades jurídicas concomitantes, decorrentes de um mesmo fato histórico. Isso, pois cada uma das atividades jurisdicionais especializadas apresenta regime jurídico próprio. Não se trata, nesse momento, da elaboração de diferentes metodologias de reparação de danos decorrentes da infração penal. O que se tem em vista é a conciliação de decisões judiciais potencialmente conflitantes e a regulamentação da teia de relações e pontos de contato entre jurisdição penal e civil. Os sistemas para tanto desenvolvidos consubstanciam-se, assim, verdadeiros esquemas de coordenação entre a atividade jurisdicional civil e a atividade jurisdicional penal.

Para tanto, quatro sistemas diferentes foram criados, cada qual com suas especificidades e mecanismos interentes. São esses os sistemas da confusão, da solidariedade ou cumulação obrigatória, da livre escolha ou cumulação facultativa e da separação de instâncias ou independência. Esses sistemas de coordenação de jurisdição são

agrupados, sem a rigidez inexistente fora do plano abstrato, com fundamento na separação ou na união do exercício das pretensões processuais decorrentes da prática de ato definido como infração penal.

Em favor dos sistemas de união argumenta-se que: a) melhor atendem ao princípio de economia processual, uma vez que desnecessária a repetição da instrução e de atos processuais; b) favorecem o interesse do lesado, pois esse terá rapidamente atendida a sua pretensão ressarcitória; c) excluem o risco de decisões contraditórias, uma vez que uma mesma decisão abarcará a pretensão cível e penal e será prolatada por um mesmo juízo; d) a atuação da parte lesada implicará colaboração com o órgão de acusação e com a formação de convicção pelo julgador, tornando mais eficiente a repressão penal; e) a imposição de indenização civil em desfavor do condenado presta-se como reforço da sanção criminal.

Em defesa dos sistemas de separação assevera-se que: a) as responsabilidades penais e civis têm fundamentos diferentes; b) há necessidade de especialização dos órgãos jurisdicionais diante da diversidade da natureza dos conflitos examinados; c) são muito diferentes as categorias e estruturas do processo civil e do processo penal, de modo que inadequadas para análise de objeto que lhes é estranho; d) fundir em um só processo a discussão de causas diversas provocará perturbação no andamento do feito; e) os critérios para a apuração da responsabilidade penal e da responsabilidade civil são diversos; f) a discussão de matéria de natureza privada causará prejuízos na apuração da infração penal de interesse público; g) a colaboração de parte civil para a prova da infração penal e do conseqüente prejuízo acarretará desequilíbrio entre as partes, eis que o imputado ver-se-á atacado por um órgão estatal e por um agente privado, tendo de se defender de pretensões heterogêneas simultaneamente.

Evidentemente, os diversos sistemas estudados não encontram existência pura no plano fático. Cada ordenamento jurídico nacional desenvolve mecanismos próprios para atenuar seus rigores e contemplar a função jurisdicional em sua totalidade. Não há um pêndulo que permaneça em um dos polos extremos da estrita separação ou da total cumulação.

Todavia, o que se permite concluir em relação a tais modelos, sigam um princípio de união ou de separação, é que todos buscam realizar interesses legítimos diretamente conectados aos escopos da jurisdição. E, assim, qualquer que seja o modelo adotado, os princípios e garantias processuais decorrentes do devido processo deverão ser observados

tanto pelo legislador, quando da criação do desenho procedimental, quanto pelo órgão judiciário diante de um caso concreto.

Por essa razão, o implemento de sistemas, ou mesmo de mecanismos tendentes à união de objetos, terão como efeito a incidência de princípios e regras processuais penais, ao lado de normas civis e processuais civis, quando da apuração de eventual compensação civil decorrente de infração penal, respeitada sua natureza jurídica.

É exatamente essa constatação que elege, necessariamente, a garantia-síntese do devido processo legal como parâmetro de estudo da fixação do valor indenizatório no processo penal, assim como o seria para qualquer outro mecanismo inserido no contexto de coordenação de atividades jurisdicionais.

Enquanto garantia-síntese, o devido processo legal traduz valores constitucionais superiores, com certa carga de abstração e que conferem uma feição política e um compromisso ético ao processo. Presta-se não apenas à integração de lacunas, como se limitavam os antigos princípios gerais de direito, mas dá congruência, equilíbrio e legitimidade ao sistema jurídico processual, inspirando a solução de problemas concretos mediante técnicas de incidência distintas das regras.

A cláusula constitucional do devido processo legal insere-se no contexto de reinserção de valores éticos no ordenamento jurídico. Seja visto como garantia, ou também como princípio – questão teórica que envolve verdadeira multiplicidade de critérios doutrinários para sua classificação –, sua função axiológica e normativa envolve uma necessária filtragem e interpretação das regras que compõem o sistema jurídico processual. Ressalte-se, também, que lhe serve de inspiração a ótica publicista, segundo a qual representa não só garantia das partes, mas também de um processo justo de interesse público.

Particularizado no âmbito penal, fala-se em devido processo penal. Enquanto garantia-síntese, revela-se por um verdadeiro catálogo de garantias em constante construção. De especial interesse, constitui-se pelas seguintes garantias: a) imparcialidade do julgador; b) devido procedimento legal; c) acesso à justiça; d) contraditório; e) ampla defesa; f) igualdade entre os sujeitos parciais; g) razoável duração do processo; h) motivação das decisões; e i) segurança jurídica, característica dos ordenamentos jurídicos ocidentais modernos.

Essas conclusões levantadas em uma primeira parte da pesquisa permite a construção do cabedal teórico para o exame crítico da valoração da fixação de valor indenizatório no processo penal, inserida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 11.719/08.

Em seu processo histórico, o ordenamento processual brasileiro partiu de um sistema de separação facultativa, adotado pelo Código Criminal de 1830, migrou para um sistema de cumulação obrigatória, carregado pelo Código de Processo Criminal de 1832, e, por fim, consolidou o sistema de independência de instâncias pela reforma processual de 1841. Em linhas gerais, o modelo estabelecido em 1841 é até hoje vigente.

Após a proclamação da República, alguns sistemas diversos foram criados em códigos estaduais. Assim, o Código Processual Penal do Rio Grande do Sul adotou o sistema da adesão facultativa, enquanto o Código de Processo Penal do Distrito Federal, promulgado em 1925, instituiu o sistema da livre escolha, mediante a habilitação do ofendido como parte civil no processo penal. Todavia, a unificação do processo penal nacional pelo Código de Processo Penal de 1941, ainda em vigor, restabeleceu o modelo de separação de instâncias desenhado pela reforma processual de 1841.

Posteriores leis extravagantes e reformas processuais bem ilustram a reaproximação entre as esferas de responsabilidade civil e penal. Nesse sentido, a Lei de Execuções Penais estatui que o produto da remuneração pelo trabalho deverá atender à indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios. Em conformidade, assevera que é dever do preso indenizar a vítima e seus sucessores. Já a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, estreita os laços entre reparação civil e reprimenda penal ao acrescentar a pena de prestação pecuniária enquanto pena restritiva de direitos e adotar a figura do arrependimento posterior.

Ainda mais profundas são as novidades que acompanharam a promulgação do Código de Trânsito Brasileiro, e as Leis 9.099/95 e 9.605/98. O Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/97, instituiu, em seu artigo 297, a chamada multa reparatória, especificamente quanto aos crimes de trânsito. Trata-se de pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia referente ao prejuízo material resultante do crime. Quanto aos Juizados Especiais Criminais, especial ênfase tem a composição civil nas ações penais públicas condicionadas e nas ações penais de iniciativa privada, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Trata-se de institutos em que se destaca a predisposição à descarcerização, inclusive cautelar, e a busca pelo

consenso. Em relação à Lei de Crimes Ambientais, essa passa a prever a fixação de valor mínimo para reparação dos danos ambientais em sentença penal condenatória. Isso significa, consiste em antecedente à posterior previsão de fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória, de forma generalizada, que integrará o ordenamento processual penal pelas reformas processuais de 2008.

A reforma introduzida pela Lei n. 11.719/08 representa o ponto de chegada de um movimento de aproximação, separação e reaproximação entre responsabilidades civil e penal no direito processual penal brasileiro. Remodela a sentença penal condenatória mediante a alteração do art. 387, IV, do Código de Processo Penal, impondo a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, na sentença penal condenatória.

Conquanto não seja o último diploma normativo promulgado na linha cronológica de revalorização da reparação civil dentro do processo penal, simboliza seu vértice. Isto, pois autoriza a condenação civil pelo juízo penal, com a correspondente fixação de valor indenizatório. E, diferentemente das Leis n. 9.099/95, n. 9.503/97 e n. 9.605/98, o faz forma generalizada.

A problemática surge na medida em que a Lei n. 11.719/08 concede ao juízo penal o poder de determinar o valor reparatório civil na sentença penal condenatória, sem, contudo, definir qualquer forma de fazê-lo. Isto é, a inovação tem como grande entrave a ausência de sua procedimentalização. A questão essencial que envolve a fixação de valor indenizatório na sentença penal condenatória diz respeito ao seu modo de realização, e não ao seu conteúdo ou à sua repercussão no processo civil. Inexistente qualquer disposição legal acerca de sua operacionalização, a regra traz incertezas quanto à forma de sua aplicação.

Sendo certo que não é permitido ao intérprete legislar, a fixação de valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória somente pode ser desenhada a partir das regras procedimentais já existentes no processo penal, e à luz crítica da garantia-síntese do devido processo.

Os principais problemas práticos levantados, decorrentes da ausência de procedimentalização do dispositivo, são: a) a necessidade de pedido exposto e a possibilidade ou não da fixação de valor indenizatório “ex officio” pelo juízo penal; b) a legitimidade ou não do Ministério Público para a formulação do pedido indenizatório; c) a legitimidade do próprio ofendido ou do assistente de acusação para requerer o

ressarcimento civil no processo penal; d) os requisitos formais e o momento adequado à formulação do pedido indenizatório; e) os limites da instrução em relação à pretensão cível; f) a recorribilidade do capítulo condenatório civil da sentença penal; g) a possibilidade de eventual rediscussão do valor mínimo definido perante o juízo cível; e h) a aplicação da norma introduzida pela Lei n. 11.719/08 no tempo.

Em relação à exigência de pedido ou não, é certo que a pretensão penal não pode subsidiar a pretensão cível, em especial a definição de seu conteúdo e montante mínimo, pois são diferentes, fundamentam-se em institutos jurídicos distintos e, por consequência, cada qual deverá ter sua própria motivação. Afastada a noção de que se trata de mero efeito extrapenal da sentença, e em razão da disponibilidade do direito civil envolvido, da inércia de jurisdição, da separação de funções ínsita ao processo penal democrático, bem como da garantia de congruência entre o provimento jurisdicional e a imputação e demanda, pressuposto da imparcialidade contraditório e ampla defesa, exige-se a formulação de pedido expresso para o cumprimento da regra do art. 387, IV do Código de Processo Penal. Conclui-se, portanto, pela impossibilidade de determinação de ofício de valor ressarcitório mínimo.

Quanto à dedução de pedido indenizatório pelo Ministério Público somente é legítima na hipótese de prejuízo decorrente de infrações penais que violem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (por exemplo, crimes ambientais) e no interesse de incapazes, conforme expressa previsão do artigo 178 do Código de Processo Civil. Nas hipóteses de interesse individual, não terá o Ministério Público legitimidade para a formulação de pedido ressarcitório, pois inexistente atribuição constitucional ou permissivo legal que lhe confira legitimidade extraordinária para tanto. Não é demais lembrar que a legitimidade extraordinária não se presume, mas decorre de lei expressa.

No caso de ação penal de iniciativa pública, condicionada à representação ou não, em que não tenha o Ministério Público atribuição legal para o requerimento de fixação de valor indenizatório, não é razoável pensar que a norma do artigo 387, IV do Código de Processo Penal não tenha qualquer efetividade. Essa noção seria incompatível com o direito de acesso à justiça do ofendido, gerando situação de desigualdade de oportunidade entre vítimas de distintos processos penais. Nesses casos, é coerente admitir que tenha o próprio lesado, titular do interesse material violado, a legitimidade para a propositura do pedido.

A forma que o ofendido encontra para intervir no processo penal é, normalmente, na posição de assistente de acusação. Todavia, a vítima pode não ter interesse em auxiliar o Ministério Público no exercício da pretensão penal. Assim, há que se admitir que deduza

sua pretensão ressarcitória, representado por por profissional com capacidade postulatória, independentemente de habilitação como assistente de acusação.

Quanto à atuação do ofendido, é sob a perspectiva do interesse público, que rege o direito penal, e do garantismo processual penal, que caberá ao julgador ter prudência e estabelecer limites, no caso em concreto, quanto ao comportamento do ofendido no processo penal em que deduza sua pretensão indenizatória, uma vez que ausente qualquer regramento legal sobre tal atuação. A ingerência do ofendido está limitada, sobretudo, pela garantia processual da paridade de armas. Seus poderes não podem exacerbar aqueles atribuídos ao assistente de acusação nos limites previstos pelo Código de Processo Penal, em uma interpretação estrita.

A figura do ofendido deve ainda ser interpretada restritivamente, dentro do rol taxativo do artigo 268 do Código de Processo Penal. É bastante comum que a vítima e o civilmente lesado sejam pessoas diversas, todavia, somente aquele que qualifica-se como vítima direta da infração penal poderá requerer valor ressarcitório no seio do processo penal. Esse mesmo raciocínio afasta a legitimidade de sucessores para o requerimento em seu favor na hipótese de ocorrência de dano indireto ou por ricochete.

Como exceção legal, o artigo 80 do Código de Defesa do Consumidor permite que entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos do consumidor, possam se habilitar como assistentes de acusação no caso de infração penal que envolva relações de consumo. Nesse caso, em razão de expressa previsão que lhes autoriza a habilitação como assistentes, somada à legitimação extraordinária para pugnam pela reparação de danos, é razoável se admitir que também sejam legitimados a requerer a fixação de valor indenizatório no processo penal.

No tocante à formalidade do pedido, até porque tem natureza jurídica de direito civil, deve atender aos requisitos estabelecidos pelo processo civil. Enquanto pedido, deve indicar a espécie de provimento jurisdicional pretendido, no caso, sempre condenatório, e especificar concretamente o bem da vida a ser outorgado.

Mesmo sendo objeto acessório, deve ser apresentado na forma de pedido, com as formalidades inerentes ao processo civil, mas também sob às limitações intrínsecas ao processo penal. Isso significa, limita-se ao fato-crime imputado, tem compromisso com a definição do objeto do processo penal, não podendo extrapolar a descrição fática imputada. Considerado o direito de defesa do acusado, exige-se a descrição dos fatos, limitada ao fato criminalmente relevante imputado, a demonstração do dano, sua modalidade, e nexos causal, bem como a indicação do sujeito em favor de quem se exercita o pedido, sendo fundamentais para a reação do acusado.

Além de se tratar de pedido certo, determinado e exaustivamente fundamentado, é relevante o momento em que admitida sua postulação. Aqui deve-se partir do que há de procedimentalizado pelo legislador. Existente a previsão de comunicação ao ofendido quanto à designação de data para a audiência no artigo 201, §2º, do Código de Processo Penal, tem-se não apenas mecanismo de ampliação da possibilidade de participação da vítima no processo penal, mas também oportunidade em que se pode assinalar prazo razoável para que o lesado deduza pedido indenizatório antes da abertura da instrução do processo.

Assim, bastará apenas que o juízo lhe assinale prazo razoável para a apresentação do pedido indenizatório, respeitadas as formalidades exigidas para esse, antes da abertura da instrução processual, o que também permitirá o exercício das garantias da ampla defesa e contraditório em grau razoável pelo acusado, sem perturbação do devido procedimento legal e da duração razoável do processo.

Relativamente à instrução do pedido ressarcitório, não se deve esquecer que a pretensão civil é marcada pela acessoriedade quando discutida no processo penal. Isto é, não pode protagonizar a instrução processual. Ausente regulamentação legal quanto à oportunidade de seu oferecimento, valoração e produção, a complexidade da prova cível deve servir como parâmetro concreto para seu controle. Entretanto, no caso de imprescindibilidade de produção de prova complexa ou de confronto com as garantias processuais do imputado, o valor indenizatório não deverá ser fixado sequer em patamar mínimo. Não é demais ressaltar que, na hipótese de risco ao interesse público ou a direito do acusado, o regime processual civil deverá apartar-se de suas regras próprias e adaptar-se aos limites decorrentes regime processual penal, tal como para a preservação do direito ao silêncio.

No tocante à relação entre a fixação de valor indenizatório na sentença penal e o sistema recursal, pondera-se que a utilização da teoria dos capítulos de sentença coaduna-se com a segurança jurídica, inerente ao Direito moderno e ao devido processo, uma vez que resguarda a própria efetividade da aplicação da lei penal. Compreender que o recurso quanto à condenação civil impede o trânsito em julgado da matéria penal significa submeter o interesse público na efetividade do direito penal material à quantificação de valor ressarcitório afeito ao interesse privado do ofendido. Ademais, abrir-se-ia a oportunidade ao manejo sistemático de recursos protelatórios de conteúdo unicamente civil a fim de se obter o transcurso do lapso prescricional da pretensão punitiva.

Quanto à possibilidade de rediscussão do valor definido na sentença penal, já em sede cível, é de se considerar eventuais amarras probatórias resultantes da defesa penal. Trata-se de casos em que a prova de que a indenização haveria de se determinar em patamar inferior ao fixado implicasse violação da ampla defesa penal. Nesse caso, exigiria-se do acusado que, de alguma forma, produzisse prova favorável à tese acusatória a fim de evitar condenação civil em grandeza superior ao devido.

Consideradas as limitações probatórias quanto à questão cível inserida no processo penal, a melhor solução parece residir na possibilidade de rediscussão desse valor em eventual liquidação civil. O reconhecimento da estabilidade da sentença condenatória, em oposição à imutabilidade, permite ao acusado o exercício de sua ampla defesa cível na seara devida, sem qualquer prejuízo à ampla defesa penal ou mesmo à segurança jurídica esperada dos pronunciamentos judiciais.

Por fim, ao enfrentar a questão de direito intertemporal, conclui-se que a regra em exame estabelece o conteúdo de uma sentença condenatória, o que indica seu caráter processual. Não obstante, produz também efeito material ao referir-se à consequência material do ato ilícito. Assim, evidente seu conteúdo híbrido, de modo que deverá seguir o regime de direito intertemporal de direito material, aplicando-se somente a infrações penais cometidas após o início de sua vigência.

REFERÊNCIAS

- ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 6. ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2012.
- ACERO, Julio. **Procedimiento penal**. 4. ed. Puebla: Editorial Jose M. Cajica, 1956.
- ADRAGÃO, Paulo Pulido. **Lições de história do direito romano, peninsular e português**. Coimbra: Almedina, 2016.
- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Aplicação da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 8, n. 32, p. 187-212, out./dez. 2000.
- ALBUQUERQUE, F. M. Xavier de. Conceito de mérito no direito processual penal. In: JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (Org.). **Estudos de direito e processo penal em homenagem a Néelson Hungria**. Rio de Janeiro: Forense, 1962. p. 302-314.
- ALEXANDRE, Maria Isabel. **O ônus da prova na acção civil enxertada em processo penal**. Lisboa: Cosmos, 1991.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A mediação perante os objectivos do direito penal. In: PELIKAN, Christa. et al. **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 40-42.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Cruzeiro do Sul, 1937.
- ALMEIDA, Luis Nunes de. Natureza da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 29, p. 5-26, 1969. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7Ba688f166-4d22-48f4-9a56-c90a50011c36%7D.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.
- ALMEIDA JR., João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920.
- ALSCHULER, Albert W. A peculiar privilege in historical perspective. In: HERLHOLZ, R. H. et al. **The privilege against self-incrimination: its origins and development**. Chicago: The University of Chicago Press, 1997. p. 181-204.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). **Proceso civil e ideología**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 219-248.
- _____. **Introducción al estudio del derecho procesal**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1997. v. 1.

- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação de danos: a terceira via**. Leme: J.H. Mizuno, 2005.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Estudos de direito intertemporal e processo**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.
- AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.
- AMODIO, Ennio. The accusatorial system lost and regained: reforming criminal procedure in Italy. In: ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.). **Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness / Criminal justice between crime control and due process**. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 23-31.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Noções elementares de processo civil I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.
- ANGELIN, Karinne Ansiliero. **Dano injusto como pressuposto do dever de indenizar**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.
- ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2016.
- ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho procesal**. Madrid: Aguilar, 1960.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do federalismo. In: BASTOS, Celso (Coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos. **Teoría general del proceso**. 7. ed. México: Editorial Porrúa, 1998.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991. (Coleção “Os Pensadores”, v. 2).
- ARMENTA DEU, Teresa. **Lecciones de derecho procesal penal**. 10. ed. Madrid: Marcial Pons, 2017.
- ARNAUD, André-Jean. et al. (Coords.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. 2. ed. Tradução de Vicente de Paulo Barretto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- ASENCIO MELLADO, José María. **La acción civil en el proceso penal: el salvataje financiero**. Lima: Ara Editores, 2010.

ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Eficácia civil da sentença penal condenatória no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 109-117, abr./jun./1993.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. p. 135-162.

AZEVEDO, Vicente de Paula Vicente de. **Crime – dano – reparação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1934.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Correlação entre acusação e sentença: releitura da *emendatio libelli* à luz do contraditório sobre as questões de direito, no novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 357-378. (Coleção repercussões do novo CPC; v. 13. Coord. Geral Fredie Didier Jr.).

_____. **Juiz natural no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BANACH-GUTIERREZ, Joanna B. Some reflections on the concept of due process: what kind of 'doing justice' is emerging in contemporary criminal proceedings? *New Journal of European Criminal Law*, v. 3, n. 1, p. 83-101, Mar. 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 96-116.

_____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 65-78.

_____. El neoprivatismo en el proceso civil. In: MONTERO AROCA, Juan (Coord.). **Proceso civil e ideología**. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 201-218.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(Re)forma do processo penal**: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis nº 11.690/08 e nº 11.719/08. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, L. A. **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Safe, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 75-136. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5).

BESSLER, John. The public interest and the unconstitutionality of private prosecutors. **Arkansas Law Review**, v. 47, n. 3, p. 511-602, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Tratado de direito penal: parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

_____; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2017.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. La acción penal y la víctima em el derecho chileno. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, Valparaíso, n. 37, p. 513-545, 2011.

BRUN, André. **Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle**. Paris: Recueil Sirey, 1931.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro**. Edição anotada, atualizada e complementada por José Frederico Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

BURINI, Bruno Corrêa. **Efeitos civis da sentença penal**. 2005. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Acción civil y criminal (relaciones). In: ALTERINI, Atilio; LÓPEZ CABANA, Roberto (Dirs.). **Enciclopedia de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 88-104.

CABRAL, Antônio do Passo. A fixação do valor mínimo da indenização cível na sentença condenatória penal e o novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schiatti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 403-430. (Coleção repercussões do novo CPC; v. 13. Coord. Geral Fredie Didier Jr.).

_____. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 49, p. 302-328, 2010.

CAETANO, Marcello. **História do direito português: das origens ao séc. XVI**. 3. ed. Lisboa: Verbo, 1992.

CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1943. v. 1.

_____. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1973. v. 1 e 2.

_____. Proceso como juego. In: CALAMANDREI, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Depalma, 1973. v. 3, p. 259-294.

_____. **Processo e democracia: conferências pronunciadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México**. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei 11.719/2008. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 46, p. 111-122, 2009.

CAMPBELL, Charles Arthur. **In defence of free will**. Disponível em: <<http://www.informationphilosopher.com/solutions/philosophers/campbell/defence.html>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPONI, Remo. Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo civile: brevi osservazioni. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Orgs.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 159-164.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder Judiciário na sociedade contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 60, p. 110-117, out./dez. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Uthea, 1944. v. 1 e 2.

CARRIÓ, Alejandro. **Garantías constitucionales en el proceso penal**. 2. ed. Buenos Aires: Hamurabi, 1990.

CARVALHO, Milton Paulo de. Ação de reparação de dano resultante do crime: influência da sentença penal condenatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 80, p. 75-89, out./dez. 1995.

CASTRO OSPINA, Sandra Jeannette. Alternativas a la pena privativa de libertad: sistemas de conciliación delincente-víctima. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 18, n. 23, p. 23-44, 1995/1996.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. t. 2.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 7. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

_____. A ordem constitucional e o processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 57-68, out./dez. 1994.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

CIOTOLA, Marcello. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. In: PEIXINHO, Manoel Messias. et al. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006. p. 43-66.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade? **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru/SP, n. 44, p. 113-128, set./dez. 2005.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 2010.

COQUIBUS, Juan Emilio. **Teoria y practica del derecho procesal penal**. “Guia” del instructor. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1951. t. 1.

- CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 4. ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. I-CXIV.
- CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 2. ed. Varese: Giuffrè, 1971.
- CÓRDOBA ÂNGULO, Miguel. Protección de la víctima en el nuevo sistema procesal colombiano. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 24, n. 75, p. 75-91, 2003.
- COSTA, Cláudio. **Uma introdução contemporânea à filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- COSTA, José da Silva. **Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto**. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1867.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no direito processual penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- CREUS, Carlos. **Reparación del daños producido por el delito**. Santa. Fé: Ed. Rubinzal Culzoni, 1995.
- CRUZ, Guilherme Braga. A formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 50, p. 32-77, 1955. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66222/68832>>. Acesso em: 02 fev. 2017.
- CYRILLO, Alcides. **Estudo sobre a parte civil nos processos penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1939.
- D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Estado Novo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. Edição digital, disponível para Kindle (formato ePub).
- DARRITCHON, Luis. Accion civil en el proceso penal. In: ALTERINI, Atílio; LÓPEZ CABANA, Roberto (Dirs.). **Enciclopedia de la responsabilidad civil**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996. p. 80-87.
- D'AVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 121, p. 99-126, jul. 2016.
- DELLA CASA, F.; VOENA, G.P. Soggetti. In: CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Compendio di procedura penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 2010. p. 1-168.
- DELMANTO JR., Roberto. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Filosofía del derecho**. Tradução de Luiz Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1947.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1.

_____. **Direito penal português: as consequências jurídicas do crime**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1 e 2.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Consecuencias jurídicas económicas del delito: naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. La reparación del daño como alternativa a determinadas penas. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 18, n. 27, p. 27-41, 1995/1996.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela. Colaboração premiada (Lei n. 12.850/2013): natureza jurídica e controle da validade por demanda autônoma – um diálogo com o Direito Processual Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; PACELLI, Eugenio; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). **Processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179-222. (Coleção repercussões do novo CPC; v. 13. Coord. Geral Fredie Didier Jr.).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. O conceito de mérito em processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, p. 20-46, 1984.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2016. v. 1 e 2.

_____. **Intervenção de terceiros**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____. **Nova era do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

_____. **Vocabulário do processo civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros Ed., 2016.

DOMINIONI, Oreste. **La testimonianza della parte civile**. Milano: Giuffrè, 1974.

DOTTI, René Ariel. Princípios do processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Processo Penal: processos em espécie**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 397-424. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

_____. O problema da vítima. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Processo Penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 853-862. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

EGAÑA, José Luis. Marco constitucional del nuevo sistema procesal penal. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 29, n. 2, p. 211-229, 2002.

ELIAS, Cristiano. Dos efeitos civis gerais da sentença penal. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 6, n. 2, p. 62-76, 2012.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro comentada**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 1.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 2.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2008.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FENECH, Miguel. **El proceso penal**. 4. ed. Madrid: Ageda, 1982.

FERNANDES, Alceu Cordeiro. Da influência do julgado criminal sobre a ação civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 481-492. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

FERNANDES, Antônio Scarance. **Incidente processual: questão incidental, procedimento incidental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros Ed., 1995.

_____. Os procedimentos no Código Projetado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 213, p. 5-6, ago. 2010.

_____. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Reação defensiva à imputação**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; GOMES, Luiz Flavio; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRANTE, Marcelo. El convidado de piedra. Sobre el rol de la víctima en el proceso penal. **Lecciones y ensayos**, Buenos Aires, v. 63, p. 85-114, 1995. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/63/el-convidado-de-piedra-sobre-el-rol-de-la-victima-en-el-proceso-penal.pdf>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminale**. 4. ed. Torino: Fratelli Rocca, 1900. Edição digital disponível para Kindle (formato ePub). Disponível em: <<https://archive.org/details/sociologiacrimin00ferr>>. Acesso em: 19 mar. 2017.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. A valorização da vítima e o valor mínimo de indenização em sentença penal condenatória. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 71, p. 89-101, dez./jan. 2012.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de derecho procesal penal**. Tradução de L. Prieto Castro. Barcelona: Bosch, 1934.

FRANCO, Alberto Silva. Prazo razoável e o Estado Democrático de Direito. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 13, n. 152, p. 6-7, jul. 2005.

FRANCO, Ary Azevedo. **Código de Processo Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1.

FREITAS, Vladimir Passos de. Condenação civil na ação penal não funciona na prática. **Consultor Jurídico**, 06 set. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-06/condenacao-civil-sentenca-criminal-aplicacao-pratica>>. Acesso em: 03 fev. 2017.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 15. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis-RJ: Vozes, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental (um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual)**. 2007. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GALANTER, Marc. Acesso à justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Tradução de João Eberhardt Francisco et al. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Porto Alegre, ABraSD, v. 2, n. 1, p. 37-49, jan./jun. 2015.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. São Paulo: Max Limonad, 1982.

GAVIRIA LONDOÑO, Vicente Emilio. Estado actual de los derechos de las víctimas en el proceso penal: evolución (¿involución?) dogmática, jurisprudencial y legislativa. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 30, n. 37, p. 37-71, 2009.

_____. Responsabilidad civil y responsabilidad penal. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 26, n. 78, p. 25-52, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Reformas do processo penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GIOFFREDI, Carlo. **I principi del diritto penale romano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1970.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Madrid: Editorial B de F, 2016.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. Atualizador: Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Provas: Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 246-297.

GOMES JR., Luiz Manoel. Da formação, da suspensão e da extinção do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 798-811.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. **Constitución y proceso penal**. Madrid: Tecnos, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. **Código de Processo Penal anotado**. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Sobre o dever imposto ao juiz do crime de fixar valor mínimo de reparação dos danos civis causados pela infração quando da prolação da sentença penal condenatória: implicações da lei 11.719/2008 no âmbito do processo civil e do processo penal. **Ciências Penais**, São Paulo, v. 12 p. 349-367, jan./jun. 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2006. p. 369-406.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: sentença, prescrição, nulidades e recursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25-52. (Coleção doutrinas essenciais; v. 5).

_____. A eficácia da sentença penal no processo civil. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 270-278.

_____. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: processos em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 25-37. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

_____. **Novas tendências do direito processual**: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____. **O processo**: III Série: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

_____. **A reforma do Código de Processo Penal**. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13200-13201-1-PB.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2017.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Anotações sobre a função da sentença penal condenatória no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 10, n. 38, p. 261-265, abr./jun. 1985.

_____. **A filosofia do direito**: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GUINCHARD, Serge; BUISSON, Jacques. **Procédure pénale**. 2. ed. Paris: Litec, 2002.

HAMILTON, Sérgio Demoro. Primeiras observações sobre a presença da parte civil no Projeto de Código de Processo Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 11, n. 61, p. 61-68, ago./set. 2014. Disponível em: <<https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

HARDING, Christopher. Overview of different types of procedure. In: ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.). **Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness / Criminal justice between crime control and due process**. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 3-9.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.

HIRSCH, Hans Joachim. La reparación del daño en el marco del derecho penal material. Tradução de Elena Carranza. In: MAIER, Julio B. (Org.). **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992. p. 53-90.

HORTAL IBARRA, Juan Carlos. La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo. **Indret**: revista para el análisis del derecho, Barcelona, n. 4, p. 1-29, oct. 2014. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/1079.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017.

HULSMAN, Louk. **Pensar en clave abolicionista**. Tradução de Alejandra Vallespir. Buenos Aires: CINAP, 1997.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. 1 e 2.

IMBERT, Jean; LEVASSEUR, Georges. **O poder, os juízes e os carrascos: 25 séculos de repressão**. Tradução de Carlos Sampaio. Lisboa: Estúdios Cor, 1975.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIN, Pierre Souto Maior. **Direito processual penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JIMENÉZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1956. t. 1, 2, 3 e 5.

JIMENO-BULNES, Mar. American criminal procedure in a european context. **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, v. 21, p. 409-459, 2013. Disponível em: <https://www.lawschool.cornell.edu/research/lay_participation_in_law/upload/MarJimeno-Bulnes.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. **Direito intertemporal processual penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1.

KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das Leis 9.099/95 e 10.259/2001 – Leis dos Juizados Especiais. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Processo penal: processos em espécie**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1153-1184. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hammerle. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene P. Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Atlas, 2006.

LAPLACE, Pierre Simon. **A philosophical essay on probabilities**. Translator Frederick Wilson Truscott e Frederick Lincoln Emory. New York: John Wiley & Sons, 1902. Edição Digital.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 7. ed. Tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Dos efeitos civis do julgamento criminal**. São Paulo: Saraiva, 1930.

LECEY, Eladio. Direito ambiental penal reparador: composição e reparação do dano ao ambiente: reflexos no juízo criminal e a jurisprudência. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, Rene Ariel (Orgs.). **Doutrinas Essenciais. Direito penal econômico e da empresa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 213-230. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3).

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. v. 1.

LEONEL, Ricardo de Barros. Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Orgs.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 117-142.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini. A eficácia da sentença penal no processo civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 772, p. 753-766, fev. 2000.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido processo legal**. Porto Alegre: Safe, 1999.

LIMA, Miguel Moacyr Alves. A “ação de reparação do dano decorrente de delito” e o Ministério Público. **Revista Justitia**, São Paulo, v. 47, n. 131-A, p. 79-92, set. 1985. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/6d29dx.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JR., Aury. A (de)mora jurisdicional no processo penal: o direito a um processo sem dilações indevidas. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, ano 4, n. 15, p. 65-86, 2004.

- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília-DF: Ed. Universidade de Brasília, 1980.
- LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2.
- MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria geral do processo penal**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MACHADO, Maíra Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 317-344, mar./abr., 2007.
- MAIER, Julio B. **Derecho procesal penal argentino**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. v. 1a e 1b.
- MALAN, Diogo. Defesa penal efetiva. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 67-94. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).
- _____. Ideologia política de Francisco Campos: influência na legislação processual brasileira (1937-1941). In: MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULLOCKI, Victoria-Amália de (Orgs.). **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 1-85.
- MANZINI, Vincenzo. **Il diritto criminale nella piu antica legge conosciutta**. Disposizioni penali del codice babilosene di Hamurabi. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1903. Reimpressão: Kessinger Publishing, 2010.
- _____. **Trattato de diritto processuale penale italiano**. 13. ed. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1949. v. 1 e 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1 e 2 e 3.
- _____. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 2.
- _____. **Tratado de direito penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 e 2.

MARSICO, Alfredo de. **Lezioni di diritto processuale penale**. 3. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1955.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

McGEHEE, Lucius Polk. **Due process of law under the Federal Constitution**. New York: Edward Thompson Company, 1906. Reimpressão: Forgotten Books, 2015.

MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 18, n. 70, p. 159-174, abr./jun. 1981.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2010.

MELLO FILHO, José Celso. A tutela judicial da liberdade. *Justitia*, n. 105, p. 35-51, 1979. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/43cwa1.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

MELO, Lydio Machado Bandeira de. **Tratado de direito penal: da responsabilidade penal e da isenção de pena**. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares, 1962. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira. Comentários ao Artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 368-374.

MENDES, Paulo de Sousa. **Lições de direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2014.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A coisa julgada**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIR PUIG, Santiago. **El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. 1 e 2.

_____. **Tratado de direito privado: parte especial**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. t. 1 e 53.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. 4.

MOMMSEN, Theodor. **Derecho penal romano**. Tradução de P. Dorado. Bogotá: Editorial Temis, 1991.

MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al derecho procesal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal**: una explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das Leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção “Os Pensadores”, v. 21).

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAS MOM, Jorge R. **La acción civil reparatoria y el proceso penal**. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1996.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A sentença penal condenatória e a reparação dos danos causados pela infração**: o direito intertemporal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador-BA, n. 132, jun. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1490/1170>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: teoria geral do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 265-288. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

_____; MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. A reforma processual penal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n.º 183, p. 155-166, jul./set. 2009.

MUÑOZ GOMEZ, Jesus Antonio. La duración real del proceso penal. **Derecho Penal y Criminología**, Bogotá, v. 15, n. 198, p. 198-222, 1981.

NALINI, José Renato. Os juizados penais e a filosofia da Lei 9.099/1995. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: processos em espécie. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 999-1025. (Coleção doutrinas essenciais; v. 4).

NERY JR. Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2008.

NIRIELLA, Jeeva. Restitution or compensation to the victim of crime. **Sri Lanka Journal of International Law**, Colombo, v. 15, p. 139-148, 2003.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____ et al. Ação civil *ex delicto*: problemática e procedimento após a Lei 11.719/2008. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 98, n. 888, p. 395-439, out. 2009.

NUÑEZ, Ricardo. **La acción civil en el proceso penal**. Córdoba: Ed. Córdoba, 1948.

OCHOA CASTELEIRO, Ana. **La indemnización de la víctima en el proceso penal español y la nueva directiva de la UE**. Disponível em: <<http://www.protectingvictims.eu/upload/pages/65/Indemnizacion.it.en.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Escopo jurídico do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 203, p. 305-317, jan. 2012.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Segurança jurídica e processo**: da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

PALAZZO, Francesco. **Introduzione al principi del diritto penale**. Torino: Giappichelli, 1999.

PALOMO HERRERO, Yolanda. La pretensión civil deducible en el proceso penal. **Revista Juridica de Castilla y Leon**, Valladolid, n. 14, p. 293-334, jan. 2008.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves. **O princípio do devido processo legal**: direito fundamental do cidadão. Coimbra: Almedina, 2009.

PASSOS, Edilenice. **Código de Processo Penal**: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília-DF: Senado Federal – Secretaria de Informação e Documentação, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. 2. ed. Tradução de Maria Ermantina A. P. Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre neurociencia y responsabilidad penal. In: DEMETRIO CRESPO, Eduardo (Dir.); MAROTO CALATAYUD, Manuel (Coord.). **Neurociencias y derecho penal**: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Montevideo e Buenos Aires: Editorial B de F, 2013. p. 105-135.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. Tradução de José Fernandez Gonzales. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1972.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru-SP: Ed. Jalovi, 1980.

_____. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru-SP: Ed. Jalovi, 1983.

PIERSON, Frances L. Victim compensation through sentencing. **Colonial Law**, v. 14, n. 19, p. 19-35, 1984-1985. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?filename=7&article=1022&context=wmcl&type=additional>>. Acesso em: 20 maio 2017.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Delito e reparação do dano, no anteprojeto do Código Civil brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 67, p. 93-114, 1972. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66645/69255>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

PINA, Rafael de. **Manual de derecho procesal penal**. Madrid: Editorial Reus, 1934.

PINHO, Ruy Rebello. **A história do direito penal brasileiro: período colonial**. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1973.

_____. **Reparação do dano causado pelo crime e o processo penal**. São Paulo: Atlas, 1987.

PINTO, Estevam. Da ação privada no processo penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 1049-1053. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

PISANI, Mario. A reparação às vítimas de crime no projeto brasileiro e nas tendências jurídicas contemporâneas. **Justitia**, São Paulo, v. 86, p. 35-45, 1974. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/0d3bz0.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Mais de cento e vinte e seis anos de inquérito policial: perspectivas para o futuro**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Recentes alterações na legislação processual penal extravagante**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Responsabilidade penal**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

_____. **Teoria do processo penal**. Disponível em: <<http://sergio.pitombo.nom.br/artigos-results-word.php>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

PRADO, Fernando de Albuquerque. Autoridade do julgado civil no juízo criminal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal: teoria geral do processo penal**. São Paulo: RT, 2012. p. 1069-1090. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

PRADO, Maria das Graças P. A reparação do dano "ex delicto" no Brasil - uma questão de vinculação de normas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 81, n. 681, p. 299-313, jul. 1992.

PUNZI, Carmine. **L'interruzione del processo**. Milano: Giuffrè, 1963.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 91-107, maio 2005.

_____; MACHADO, Marta Rodrigues de Assis. **Questões atuais acerca da relação entre as responsabilidades penal e civil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/reconst_da_do_gmatica_flavia_puschel_e_marta_machado.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal: parte geral**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012. v. 1.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. **Elementos do processo criminal**. São Paulo: Typographia Dous de Dezembro, 1856.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RANIERI, Silvio. **Manuale di diritto processuale penale**. 3. ed. Padova: Cedam, 1957.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1, t. 1.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Horizontes do direito e da história**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Tratado general de filosofía del derecho**. 21. ed. México: Editorial Porrúa, 2013.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. Educação em direitos e Defensoria Pública: reflexões a partir da Lei Complementar n. 132/09. In: RE, Aluísio Iunes Monti Ruggeri; REIS, Gustavo Augusto Soares dos (Orgs.). **Temas aprofundados da Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 1, p. 717-744.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. Breves considerações sobre a revalorização da vítima e a reparação do dano no processo penal brasileiro. **Revista de estudos criminais**, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 27-45, 2009.

RIVERA SILVA, Manuel. **El procedimiento penal**. 6. ed. México: Editorial Porrúa, 1978.

ROBERTSON, Cliff. **Constitutional law and criminal justice**. Boca Raton, FL: CRC Press, 2009.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSA, Eliézer. **Novo Dicionário de processo civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 2. ed. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. 1.

RUBIA, Francisco J. **El fantasma de la libertad: datos de la revolución neurocientífica**. Barcelona: Crítica, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários ao Artigo 127 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 1518-1524.

SÁNCHEZ, Ricardo Juan. **La responsabilidad civil en el proceso penal**. Madrid: La Ley, 2004.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Tradução de João Dell'anna. 35. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANDERS, Andrew. A fair trial for the suspect? In: ESER, Albin; RABENSTEIN, Christiane (Hrsg.). **Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness / Criminal justice between crime control and due process**. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. p. 191-204.

SANTALUCIA, Bernardo. **Diritto e processo penale nell'antica Roma**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1998.

SANTANA, Selma Pereira de. A reparação como sanção autônoma e o direito penal secundário. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 9, n. 51, p. 155-176, 2008.

_____. A tensão dialética entre os ideais de “garantia”, “eficiência” e “funcionalidade”. **Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 13, n. 52, p. 250-275, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SCHULZ, Fritz. **Derecho romano clásico**. Tradução de José Santa Cruz Teigeiro. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960.

SCHÜNEMANN, Bernd. A posição da vítima no sistema da justiça penal: um modelo em três colunas. Tradução de Luís Greco. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coords.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 112-123.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Cognição e execução no sistema de tutela jurisdicional civil brasileiro**. 2016. Tese (Livre Docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

_____. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Orgs.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros Ed., 2013. p. 430-466.

SILVA, Germano Marques da. A mediação penal: em busca de um novo paradigma? In: PELIKAN, Christa et al. **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 95-108.

SILVA, Ivan Luiz da; SANTOS, Gustavo Ataíde Fernandes. A contribuição da vítima para a solução do conflito criminal nos processos de competência dos juizados especiais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 207, p. 45-62, jul./set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português: fontes de direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

SILVA MELERO, Valentin. Relaciones entre el derecho civil y el derecho penal. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, t. 1, fasc. 1948, p. 246-256, 1948. Disponível em: <https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1948-0024600256_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_Relaciones_entre_el_Derecho_civil_y_el_Derecho_penal>. Acesso em: 09 fev. 2017.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. A cultura inquisitória vigente e a origem autoritária do Código de Processo Penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Coords.). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália**. Florianópolis-SC: Empório do Direito, 2016. v. 1, p. 57-72.

SIMÃO, José Fernando. **Responsabilidade civil do incapaz**. São Paulo: Atlas, 2008.

SIQUEIRA, Galdino. **Curso de processo criminal**. 2. ed. São Paulo: Livr. Magalhães, 1937.

SOLER, Sebastian. **Derecho penal Argentino**. 4. ed. Buenos Aires: TEA, 1970. v. 2.

SOULIER, Gérard. A igualdade da palavra, princípio da democracia e do processo penal. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Coord.). **Processo penal e direito do homem: rumo à consciência europeia**. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 207-216.

SOUZA, Juarez de. Fundamentos para uma política de acesso a reparação civil por danos criminais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 50, n. 197, p. 7-28, jan./mar. 2013.

SOUZA, Rafael Soares. A sentença penal condenatória e o valor mínimo para reparação dos danos. **Revista dos Tribunais Nordeste**, v. 6, p. 235-252, jul./ago. 2014.

STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges; BULOC, Bernard. **Procédure pénale**. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980.

STRECK. Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. **El debido proceso penal**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução de João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do delito**. São Paulo: Estúdio Editores, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A reforma processual penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Orgs.). **Doutrinas essenciais. Processo penal**: teoria geral do processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 899-903. (Coleção doutrinas essenciais; v. 1).

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. 11. ed. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. **A prova no processo penal italiano**. Tradução de Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 2.

_____. **Instituições de processo penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 1, 3 e 4.

_____. **A relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

TRINDADE, Lourival Almeida. **A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direito intertemporal e a nova codificação processual penal**. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1975.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo: José Bushtsky Editor, 1976.

_____. **Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Visão do direito processual penal moderno. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). **Justiça penal, 7: críticas e sugestões: justiça criminal moderna, proteção a vítima e a testemunha, comissões parlamentares de inquéritos, crimes de informática, trabalho infantil, TV e crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 9-33.

_____; CRUZ E TUCCI, Jose Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias**. São Paulo: Saraiva, 1989.

TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille (Coord). **Processo penal e direito do homem: rumo à consciência europeia**. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri/SP: Manole, 2004. p. 5-18.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Ed. Economica, 1989.

UBERTIS, Giulio. **Elementos de epistemología del proceso judicial**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Editorial Trotta, 2017.

ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. 2003. Tese (Doutorado). 2003. Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo penal**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010. t. 1.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo penal e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VIEIRA, Renato Stanzola. **Paridade de armas no processo penal**. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2014.

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del proceso civile: due process of law e art. 24 const**. Milano: Giuffrè, 1970.

VINEY, Geneviève. **Traité de droit civil: la responsabilité: conditions**. Paris: L.G.D.J., 1982. t. 4.

VITU, André. **Procédure pénale**. Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

VOGLER, Richard. Due process. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András (Eds.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. New York: Oxford University Press, 2013. p. 929-947.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá; LEVENE HIJO, Ricardo. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945. v. 1 e 2.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Os atores e seus papéis. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 213, ago. 2010. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4174-Os-atores-e-seus-papeis>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. Mulheres de Atenas, meninos do Brasil. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 220, mar. 2011. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4305-Mulheres-de-Atenas-meninos-do-Brasil>. Acesso em: 20 maio 2016.

_____; MONTECONRADO, Fabíola Girão; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A participação das vítimas perante o tribunal penal internacional. Uma análise à luz do caso Lubanga Dyilo. In: AMBOS, Kai; STEINER, Christian (Eds.). **Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga**. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014. p. 107-152.

Outras fontes consultadas:

LEGISLAÇÃO, JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania. **Parecer ao PL n. 7222/06**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=673212&filena me=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7222/2006>. Acesso em: 15 mar. 2017.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 1.655, de 1983. **Diário do Congresso Nacional**, Capital Federal, Seção I, ano XXXVIII- Suplemento n.º 80, 01 de julho de 1983. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD01JUL1983SUP.pdf#page=1>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Exposição de motivos n. 211, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

_____. **Diário do Senado Federal**, Brasília-DF, ano 63, n. 021, 07 mar. 2008.

_____. **Diário do Senado Federal**, Brasília-DF, ano 64, n. 051, 23 abr. 2009.

_____. **Exposição de Motivos em Anteprojeto**. Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Brasília-DF: Senado Federal, 2009.

_____. Exposição de Motivos do Código Penal. In: HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.v. 1, t. 1, p. 201-274.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, de 08 de setembro de 1941. In: PIERANGELLI, José Henrique. **Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas**. Bauru-SP: Ed. Jalovi, 1983. p. 533-543.

_____. Senado Federal. **1º Relatório Parcial**. Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei Nº 8.045, de 2010, do Senado Federal, que trata do “Código de Processo Penal”. Brasília: Congresso Nacional, 2018.

_____. Senado Federal. **Redação final do Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009**. Brasília-DF: Senado Federal, 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no HC 331.162/PE**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/04/2016, DJe 25/04/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no HC 404.550/PR**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 21/06/2018, DJe 28/06/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1279447/RJ**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 03/02/2011, DJe 21/02/2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 850.273/BA**. Rel. Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), quarta turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1254742/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/10/2013, DJe 05/11/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1483846/DF**. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/02/2016, DJe 29/02/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 48.085/PA**. Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 48.379/SP**. Rel. Ministro Gurgel De Faria, Quinta Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 12/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 362.478/SP**. Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 20/09/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 430.317/ES**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1039015/SP**. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 16/09/2008, DJe 26/09/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1180237/MT**. Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1193083/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 27/08/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1248490/RS**. Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 21/05/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1440.721/GO**. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1631870/SE**. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 24/10/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1643051/MS**. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1651518/MS**. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 13/06/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1675874/MS**, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 343.917/MA**. Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16/10/2003, DJ 03/11/2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 618934/SC**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 24/11/2004, DJ 13/12/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 622117/PR**. Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06/05/2004, DJ 31/05/2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 736.784/SC**. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 920582/RJ**. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 18/09/2008, DJe 24/11/2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 41.052/PA**. Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AP 470**. Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2012, acórdão eletrônico dje-074 divulg 19-04-2013 public 22-04-2013 rtj vol-00225-01 pp-00011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **EP 22 ProgReg-AgR**. Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, processo eletrônico dje-052 divulg 17-03-2015 public 18-03-2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 96905**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-146 divulg 29-07-2011 public 01-08-2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 341717 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 05/08/2003, DJe-040 divulg 04-03-2010 public 05-03-2010 ement vol-02392-03 pp-00653 rsjadv mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 128245**. Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, processo eletrônico dje-225 divulg 20-10-2016 public 21-10-2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RvC 5437**. Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, acórdão eletrônico dje-052 divulg 17-03-2015 public 18-03-2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **SE 5.206 AgR**. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - CORTE IDH. **Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador**. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C, n. 129. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela**. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C, n. 206. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Caso Blake Vs. Guatemala**. Sentencia de 24 de enero de 1998. Série C, n. 36. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai**. Sentença de 31 de agosto de 2004. Serie C, n. 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2017.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - ECHR. **Case of Foti and Others V. Italy**. Application no. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77. Judgment. Strasbourg, 10 December 1982. Disponível em:

<<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22foti%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-57489%22%5D%7D>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS - ECHR. **Case of Neumeister V. Austria**. Application no. 1936/63. Judgment of May 7, 1974. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20NEUMEISTER%20v.%20AUSTRIA%20\(ARTICLE%2050\)%5D%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%22,%22itemid%22:%5B%22001-57543%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22CASE%20OF%20NEUMEISTER%20v.%20AUSTRIA%20(ARTICLE%2050)%5D%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%22,%22itemid%22:%5B%22001-57543%22%5D%7D)>. Acesso em: 10 fev. 2018.

_____. **Case of Zimmermann and Steiner V. Switzerland**. Application no. 8737/79. Judgment of July 13, 1983. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22zimmermann%22%5D%22,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%22,%22itemid%22:%5B%22001-57609%22%5D%7D>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. IDH. **Case of Cantos v. Argentina**. Judgment of November 28, 2002. Série C, n. 97. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_ing.pdf. Acesso em: 20 mar. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução nº 40/34**. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. 29 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DeclPrincBasJusVitCrimAbuPod.html>>. Acesso em: 20 maio 2017.

PORTUGAL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão 2.647/06.2TAGMR.G1.S1**. 5ª Secção. Rel. Helena Moniz, data do acórdão: 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/2aa065e42d6694ba80257e730054dd5b?OpenDocument>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão 448/06.7TCLSB.S1**. 5ª Secção. Rel. Santos Carvalho, data do acórdão: 12/11/2009. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/e125ce58ed89dc428025766d00311fe3?OpenDocument>>. Acesso em: 11 set. 2017.

_____. Tribunal de Relação do Porto. **Acórdão 6.413/13.0TDPRT-A.P2**. Rel José Carreto, acórdão de 01/07/2015. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/924c5da40fa6412a80257e8200325ff3?OpenDocument>>. Acesso em: 29 set. 2017.

RÁO, V.; FARIA, A. B. de; CASADO, P. de C. Projeto do Código do Processo penal da República dos Estados Unidos do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 34, n. 3, 137-292, 1938. São Paulo, Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65837/68448>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

US. UNITED STATES SUPREME COURT. **Standefer v. United States**, (1980), n. 79-383. Decided: June 9, 1980. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/447/10.html>>. Acesso em: 12 out. 2018.

_____. **Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils**, (1987), n. 85-1329. Decided May 26, 1987. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/481/787/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2018.