

GILBERTO AZEVEDO DE MORAES COSTA

A reparação do dano no processo penal

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

GILBERTO AZEVEDO DE MORAES COSTA

A reparação do dano no processo penal

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 Mestre em Direito, na área de concentração Processo Penal, sob orientação do Professor Doutor José Raul Gavião de Almeida.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Costa, Gilberto Azevedo de Moraes

A reparação do dano no processo penal ; Gilberto Azevedo de Moraes Costa ; orientador José Raul Gavião de Almeida -- São Paulo, 2019.

296 p.

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

1. Reparação do dano. 2. Processo Penal. 3. Sistemas processuais. 4. Ação acessória. 5. Justiça criminal. I. Almeida, José Raul Gavião de, orient. II. Título.

Nome: COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes

Título: A reparação do dano no processo penal

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria como ser desenvolvido sem a colaboração do Dr. José Raul Gavião de Almeida. Após a conclusão de curso de pós-graduação oferecido pela Escola Paulista da Magistratura, pretendi aprofundar meus estudos em processo penal. Sempre achei interessante o estudo conjunto de diversas áreas do direito, e por conta disso surgiu a ideia de escrever sobre a reparação do dano causado pelo crime fora da justiça cível.

Não haveria orientador mais apropriado para essa missão, pois se trata de alguém que, já na década de 1980, optou por estudar algo que era novo e que também envolvia diversas áreas do direito. De fato, em seu mestrado, o Dr. José Raul, antes da Lei 7.347/85, escreveu sobre a legitimidade para a propositura da ação civil pública.

O citado orientador sempre me conferiu grande liberdade para desenvolver o tema escolhido. Aliás, essa foi uma de suas marcas, deixadas ao longo do curso. Durante as aulas, aceitou as mais variadas opiniões dos alunos, mesmo que fossem diversas das suas, demonstrando, assim, que é aberto ao diálogo e ao debate.

Aliás, não por outra razão os créditos que foram oferecidos contavam com os mais diversos profissionais. Em todas as aulas era possível encontrar advogados, membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Judiciário, além de policiais e estudantes. Até mesmo uma aluna com formação em matemática participou de um dos cursos.

O incentivo à pluralidade de opiniões fez com que surgisse o interesse em refletir sobre temas que antes pareciam não comportar discussão. A contribuição foi muito útil para o meu trabalho, e acredito que para os de todos aqueles que tiveram a oportunidade de ter aulas com o Dr. José Raul.

Não há como, igualmente, deixar de agradecer a contribuição da Dra. Marta Saad. Tendo integrado a banca de qualificação, oportunamente teceu observações importantes, indicando relevante material para estudo. Aliás, a sua tese de doutorado serviu de base para o desenvolvimento deste trabalho, pois ali se abordavam teorias a respeito do dano. Ao ler

o que foi defendido, foi possível enriquecer esta dissertação, apresentando outras teorias além das inicialmente planejadas.

Por fim, agradeço a contribuição do Dr. Glaucio Brittes. Mais do que colega de profissão, é um amigo e alguém admirável. Seu incentivo ao estudo e a ajuda na correção de diversos pontos do trabalho contribuíram sobremaneira para que o sonho de cursar o mestrado na USP se tornasse realidade.

*Ao Francisco: meu recente e primeiro filho.
Dedico a você este trabalho, no sonho de
sempre poder incentivá-lo a estudar...*

RESUMO

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes. *A reparação do dano no processo penal*. 2019. 296 páginas. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho tem por objetivo tratar da indenização devida em favor do lesado em decorrência de dano causado pela prática de crime. O estudo a ser desenvolvido é multidisciplinar, pois envolve questões atinentes ao direito civil, ao direito penal, bem como ao processo civil e ao processo penal. A intenção é demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro permite que o lesado proponha a ação reparatoria perante a justiça criminal. Mais do que isso, pretende-se provar que, caso não haja iniciativa da parte interessada, a sentença penal não serve como título executivo judicial, tendo apenas o condão de impedir discussão a respeito da ocorrência do fato e de quem foi o autor. Ao longo do trabalho, serão esclarecidas diversas questões, tais como os legitimados ativos e passivos, as provas que podem ser produzidas, o conteúdo da sentença, os recursos à disposição dos interessados e a formação da coisa julgada.

Palavras-chave: Reparação do dano. Processo penal. Sistemas processuais. Ilícito penal. Ilícito civil. Ação acessória cível. Justiça criminal.

ABSTRACT

COSTA, Gilberto Azevedo de Moraes. *Compensation for damage in criminal proceedings*. 2019. 296 pages. Dissertation (Master in Procedural Law) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

This paper aims to treat the indemnity due in favor of the injured party as a result of damage caused by the crime. The study to be developed is multidisciplinary, because involves questions concerning civil law, criminal law, as well as civil and criminal proceedings. The intention is to demonstrate that the Brazilian legal system allows the injured party to bring civil action towards the criminal justice. More than that, it is intended to prove that if there is no initiative of the interested party, the criminal sentence does not serve as a judicial executive title, only having the ability to prevent discussion about the occurrence of the fact and who was the author. Throughout the work, several issues will be clarified, such as the legitimate parts, the proof that can be produced, the content of the sentence, the resources available and the formation of the *res judicata*.

Keywords: Damage repair. Criminal proceedings. Procedural systems. Criminal offense. Civil illicit. Civil accessory action. Criminal justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 HISTÓRICO	17
1.1 DIREITO ROMANO.....	18
1.2 ORDENAÇÕES DO REINO.....	23
1.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	29
2 SISTEMAS	35
2.1 SISTEMA DA CONFUSÃO	37
2.2 SISTEMA DA SEPARAÇÃO.....	41
2.2.1 Subsistema da obrigatoriedade	42
2.2.2 Subsistema da facultatividade (ou da livre escolha)	43
2.2.3 Subsistema da proibição	45
3 O CRIME E O DANO	49
3.1 O DANO PRIVADO SEMPRE PRESENTE.....	54
3.1.1 A equiparação do perigo ao dano	61
3.2 O DANO PRIVADO NEM SEMPRE PRESENTE.....	63
3.3 SANÇÃO PENAL E RESPONSABILIDADE CIVIL.....	67
3.3.1 A condenação civil no processo penal	69
3.3.1.1 Outros argumentos.....	82
3.3.2 O conteúdo da sentença civil no processo penal	89
4 PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL NO PROCESSO PENAL	95
4.1 LEGITIMADOS ATIVOS	95
4.1.1 Ministério Público	95
4.1.2 Pessoa física ou jurídica de direito privado	98
4.1.3 Pessoa jurídica de direito público	104
4.2 LEGITIMADOS PASSIVOS	104
4.2.1 Autor da infração penal	105
4.2.2 Responsável civil	107
4.3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	108
4.3.1 Assistência	110
4.3.2 Denúnciação da lide	113
4.3.3 Chamamento ao processo	114
4.3.4 Incidente de descon sideração da personalidade jurídica	115
4.4 CAUSA DE PEDIR	117
4.4.1 Cognição quanto à causa de pedir	119
4.5 PEDIDO.....	121
4.5.1 Pedido de restituição	122
4.5.1.1 Restituição de bens apreendidos ou não	122
4.5.1.2 Competência concorrente	125
4.5.1.3 Procedimentos nos juízos de competência concorrente.....	127
4.5.2 Pedido indenizatório	130
4.5.2.1 Pedido de reparação do dano moral	131
4.5.2.2 Pedido de reparação do dano material	133
4.5.2.2.1 <i>Dano emergente</i>	134
4.5.2.2.2 <i>Lucro cessante</i>	135
4.6 MOMENTO PROCESSUAL PARA FORMULAÇÃO DO PEDIDO	136
4.7 PETIÇÃO INICIAL.....	142
4.8 OUTRAS QUESTÕES SOBRE O PEDIDO.....	146

4.8.1 Arbitramento de indenização sem pedido	146
4.8.1.1 Consequências decorrentes da dispensa de formulação de pedido	148
4.8.2 Desistência do pedido	149
4.8.2.1 Desistência tácita	151
4.8.3 Renúncia	153
4.8.4 Pedido de antecipação de tutela	154
4.9 REJEIÇÃO ANTECIPADA DO PEDIDO	157
4.9.1 Rejeição da denúncia ou queixa	158
4.9.2 Excludentes de ilicitude	162
4.9.3 Excludentes de culpabilidade	165
4.9.4 Atipicidade	167
4.9.5 Extinção da punibilidade	167
5 COMUNICAÇÃO E COMPORTAMENTOS DO RÉU	169
5.1 REVELIA	170
5.2 CONTESTAÇÃO	172
5.3 RECONVENÇÃO	176
6 FASE INSTRUTÓRIA	179
6.1 DECLARAÇÕES DO OFENDIDO E DO LESADO	180
6.2 INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS	182
6.3 PROVA PERICIAL	185
6.4 INTERROGATÓRIO DO ACUSADO	188
6.5 PROVA DOCUMENTAL	189
6.6 DEBATES ORAIS E MEMORIAIS	191
7 JULGAMENTO	195
7.1 ESTRUTURA DA SENTENÇA	195
7.2 A CONDENAÇÃO CRIMINAL E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL	197
7.3 A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL	199
7.3.1 Absolvição por prova da inexistência do fato	200
7.3.2 Absolvição por ausência de prova da existência do fato	200
7.3.3 Absolvição por atipicidade	201
7.3.4 Absolvição por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal	203
7.3.5 Absolvição por ausência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal	203
7.3.6 Absolvição por excludentes de ilicitude, culpabilidade e causas de isenção de pena, ou dúvida sobre sua existência	204
7.3.6.1 Erro de tipo	205
7.3.6.2 Erro de proibição	208
7.3.6.3 Coação irresistível e obediência hierárquica	209
7.3.6.4 Estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito	210
7.3.6.5 Inimputabilidade	211
7.3.6.6 Embriaguez completa fortuita	212
7.3.7 Absolvição por inexistência de prova suficiente para a condenação	213
7.4 A SENTENÇA QUE CONCEDE PERDÃO JUDICIAL E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL	216
7.5 A SENTENÇA QUE DECLARA EXTINTA A PUNIBILIDADE E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL	218
7.5.1 Morte do agente	218
7.5.2 Anistia, graça e indulto	219
7.5.3 Retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso	220

7.5.4 Prescrição, decadência e perempção	221
7.5.5 Renúncia do direito de queixa ou perdão aceito	221
7.5.6 Retratação do agente	224
7.6 A PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PENAL EM JULGAMENTO ANTECIPADO E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL	226
7.7 A CELEBRAÇÃO DE ACORDO	228
7.8 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA	231
8 RECURSOS	235
8.1 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	235
8.2 APELAÇÃO	238
8.3 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO	246
8.4 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE	250
8.5 CARTA TESTEMUNHÁVEL	252
8.6 OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO	253
9 COISA JULGADA	259
CONCLUSÃO	267
REFERÊNCIAS	281

INTRODUÇÃO

Aquele que sofre as consequências decorrentes da prática de crime nunca teve no processo penal brasileiro espaço relevante. A participação do ofendido, até antes da reforma do CPP, ocorrida em 2008, era mínima, e por conta disso a doutrina, ao longo de décadas, deixou de dedicar atenção ao tema que é o foco deste trabalho.

Aqui se pretenderá não apenas mostrar que a vítima pode ter papel destacado na justiça criminal; a intenção, mais do que isso, é deixar claro que a sua atuação pode ser importante, e, tomando a iniciativa de ver reparado o dano, terá como satisfazer a sua pretensão em razoável lapso temporal, tornando o processo penal mais efetivo.

O legislador, quando da reforma processual, ainda que lhe caiba o mérito de ter feito fazer constar que o juiz, ao condenar o réu, fixará indenização para reparar o dano ocasionado com o delito (art. 387, IV, do CPP), deixou de disciplinar como isso deve ser feito. Em outras palavras, estabeleceu o resultado, sem indicar qual o meio que precisa ser seguido para alcançar o objetivo.

A ausência de dispositivos legais a respeito de quem tem legitimidade para postular a reparação, de quem pode figurar no polo passivo e de como serão produzidas as provas suscita muitas dúvidas. Aliás, não à toa, surgiram as mais variadas opiniões, havendo autores que sustentam que o juiz arbitra a indenização independentemente de provocação, bem como opiniões no sentido de que o titular da ação penal está autorizado a se manifestar favoravelmente ao arbitramento da indenização em prol do lesado.

A jurisprudência, semelhantemente, ainda não conseguiu sistematizar a forma como se busca a reparação do dano no processo penal, sendo possível encontrar julgados esparsos que, sem elaborada técnica, e sequer especificar o credor, simplesmente condenam o réu ao pagamento de valores a título de perdas e danos, atitude que fere garantias constitucionais.

Em decorrência da grande variedade de posições, restando impossível com base somente nos julgados nacionais e nos ensinamentos dos escritores brasileiros chegar a conclusão segura a respeito de como deve ser a atuação das partes e do magistrado no processo penal onde se discute também matéria de cunho cível, optou-se por buscar

socorro nas lições daqueles que há mais tempo se dedicam ao assunto, isto é, na doutrina estrangeira.

De fato, se no Brasil é possível dizer, na esteira da opinião prevalecente, que a reparação do dano no processo penal é novidade, em outras nações, que seguem igualmente o sistema da *Civil Law*, há mais de século existem previsões legais disciplinando a matéria. Como decorrência lógica, há certa facilidade em encontrar bom número de obras dedicadas exclusivamente ao tema.

Países como Argentina, Espanha, França, Itália e Portugal contam com legislação detalhada sobre o assunto objeto deste estudo. Os autores com tais nacionalidades, por conseguinte, já tiveram a oportunidade de dedicar suas atenções há mais tempo, e conseguiram esclarecer, de forma harmônica, como procede — no processo penal — para se julgar matéria não criminal.

Não basta, porém, simplesmente aplicar, sem nenhuma adaptação, os ensinamentos que professores de outros países legaram sobre a matéria. É imprescindível que se busque a adequação ao modelo de processo penal seguido no Brasil. Mais: o tema, por envolver diversas áreas do conhecimento jurídico, exige que muitos assuntos, não afeitos exclusivamente ao processo criminal, sejam objeto de apreciação.

É imprescindível, então, antes de direcionar o foco de análise à forma como se aprecia a matéria na justiça criminal, que se discutam questões relacionadas ao direito material, mais especificamente se todos os crimes, quando praticados, ocasionam danos, e se as respostas estatais podem ser consideradas sanções em todos os casos.

É igualmente relevante saber como, ao longo do tempo, as leis disciplinaram a maneira como se daria a reparação dos prejuízos sentidos pela vítima. Portanto, a apresentação, ainda que sucinta, do desenvolvimento histórico ajudará na compreensão da matéria.

Assim, em primeiro lugar, a atenção se voltará ao modo como, nas nações mais antigas, o tema foi abordado. Iniciar-se-á pelo direito romano, e, na sequência, será apreciada a legislação editada em Portugal, devendo ser lembrado que alguns Diplomas, mais especificamente as Ordenações Filipinas, vigeram também no Brasil.

Quanto à legislação nacional, os estatutos já revogados, notadamente os Códigos Criminais de 1830 e 1890, assim como o Código de Processo Criminal, de 1832, serão esmiuçados com o intuito de se verificar como era disciplinada a matéria que é o foco principal deste trabalho.

A finalidade é deixar claro como se deu a evolução ocorrida no direito material e sua repercussão no âmbito processual. Quanto ao Brasil, será possível perceber que houve alterações relevantes e verificar-se-á que, em determinada época, ocorreu aquilo que pode ser denominado como a grande mudança do sistema processual.

Por conta disso, será necessário discorrer sobre os sistemas que podem ser seguidos pelas legislações dos países. Basicamente, o objetivo será ilustrar que o modelo vigente em cada nação pode confundir ou não o que é pena (matéria criminal) com o que configura reparação do dano (matéria cível). Conseqüentemente, feita a apresentação, constatar-se-á que, nos lugares em que não se nota a diferença, por uma questão de lógica, tudo é pedido em um único processo. Diversamente, nos ordenamentos que acentuam as diferenças, pode ser que a lei obrigue, impeça ou permita que haja discussão quanto aos temas aludidos.

O passo seguinte será verificar qual o sistema seguido pelo Brasil. Obtida a resposta — ou seja, quando já estiver consolidada a ideia de como deve ser enxergado o dano —, será discutido como se faz para o lesado, observadas as garantias constitucionais, vê-lo reparado no processo penal. A partir de tal momento, se buscará, aplicando dispositivos constantes do CPP e do CPC, apresentar o modelo de processo a ser seguido quando se intenta, além da imposição da pena, a condenação do réu à obrigação de reparação do prejuízo.

Como decorrência da aceitação da ideia de que a legislação pátria escolheu adotar um específico sistema, todo o desenvolvimento da matéria processual terá como norte concepções próprias de tal modelo.

Serão, então, analisadas diversas questões, como as que definem os legitimados a postular a reparação do dano e quem pode figurar no polo passivo da ação reparatória; a maneira como precisa ser deduzida a pretensão e o momento adequado para que isso ocorra; a comunicação do réu a respeito da demanda e a forma como ele pode exercer o

direito de defesa; as provas que podem ser produzidas; o julgamento; os recursos; a coisa julgada.

O intuito, com a elaboração deste trabalho, não é colocar um ponto final quanto ao tema referente à indenização a ser arbitrada no processo penal. Busca-se, na verdade, caminho para torná-lo mais efetivo. Com isso, se suscitará o debate, e almeja-se que no Brasil, tal como em outras nações, surja material suficiente para se examinar detalhadamente esse assunto.

O tema, por ser considerado novidade no ordenamento pátrio, permite o desenvolvimento criativo. Aqui se tentará demonstrar que, à semelhança do que se dá nos países anteriormente citados, o lesado está autorizado a postular, no âmbito do processo criminal, a reparação do dano sofrido em decorrência da prática do crime.

Tendo em vista que a intenção é apresentar um panorama geral sobre o assunto, optou-se por tratar o tema com base no procedimento comum ordinário previsto no CPP. Portanto, somente em algumas passagens, a título exemplificativo, serão feitas menções a outros procedimentos.

1 HISTÓRICO

A Lei 11.719/08 deu nova redação ao art. 387 do CPP, estabelecendo que o juiz, ao proferir sentença, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito (inciso IV). Com isso, reavivou-se a discussão a respeito da função do processo penal, que por um bom tempo parece ter se preocupado somente com o réu, deixando a vítima em segundo plano.

Na verdade, com a modificação legislativa, novamente se colocou em debate a finalidade do processo criminal, que por longos anos teve como único escopo apurar a prática de delito e sua autoria, funcionando como meio para impor ao delinquente somente uma resposta, de natureza sancionatória.

É importante investigar o que justificou a mudança da lei, ou seja, se desde os primórdios da civilização o escopo do processo foi fixar em desfavor do criminoso sanção corporal (inclusive restritiva de liberdade), ou se, em algum momento, buscou-se, em tal espécie de demanda, condená-lo a ressarcir os prejuízos ocasionados.

Igualmente relevante, para o mesmo propósito, é a análise a respeito do pensamento jurídico romano, mais especificamente se os juristas latinos fizeram a distinção entre dois grandes ramos do direito, a saber, o público e o privado, compondo, o primeiro, o direito penal. De fato, uma vez que o processo serve para fazer valer o direito material, não há como deixar de apontar previamente a distinção há muito surgida entre os referidos ramos.

O direito romano, como é sabido, influenciou sobremaneira os ordenamentos da *civil law*, e é por tal motivo que se faz necessária a análise da legislação elaborada naquele império. Com base na evolução histórica será possível verificar como surgiu o processo penal, suas funções, e, por conseguinte, o que motivou a legislação brasileira, durante considerável intervalo de tempo, deixar de prever a possibilidade de fixação de indenização na sentença condenatória.

Por primeiro, e em respeito à ordem cronológica, será objeto de apreciação a legislação romana. Na sequência, a atenção se voltará para as normas que vigoraram em Portugal, entre as quais as Ordenações do Reino, notadamente as Filipinas, pois foram aplicadas no Brasil até a edição do Código Criminal do Império (1830) e do Código de

Processo Criminal (1832). Por fim, e como objeto principal do estudo, analisar-se-á o Código de Processo Penal e suas alterações.

1.1 DIREITO ROMANO

Praticado ato que afete uma pessoa, não é de se estranhar que surja na mente do lesado a vontade de reagir. Esta reação está arraigada no ser humano desde sua concepção e não escapou aos romanos, os quais, no início de sua civilização, desamparados de qualquer recurso estatal, agiam com intuito de repelir a injusta agressão, fazendo valer a defesa privada, baseada na vingança¹.

Manifestações nesse sentido, porém, comprometiam a paz social. Deveras, a reação do lesado fazia com que se acirrassem as disputas familiares, enfraquecendo o tecido social². A comunidade, diante dos inúmeros conflitos que surgiam e se multiplicavam, ficava estagnada. O pagamento de indenização correspondeu, portanto, a uma das primeiras e notáveis evoluções, e encontrou previsão não só em Roma como também no Código de Hamurabi, e até mesmo na legislação chinesa³.

A partir do momento em que surge a concepção de Estado, quando, então, se verifica a distinção entre força e direito, não mais se aceita a ideia de vingança. O Estado começa a exercer o monopólio da força, mas para que isso se dê de forma completa muito tempo se passa. Não há, de fato, como pretender que, de um momento para outro, tudo mude, figurando o ente estatal como soberano e único autorizado a punir aqueles que violam o direito alheio.

Na verdade, nascida a figura do Estado e regulamentado o direito (material), não se considera ainda concluída a estrutura estatal, pois é imprescindível, como etapa seguinte, que se consiga fazer valer as regras criadas. Em outras palavras, surgidas as leis materiais, em momento subsequente é necessário implementá-las, o que ocorre com a criação de órgãos com atribuição para tanto e previsões legais para que se torne viável o cumprimento mediante coerção, isto é, as regras processuais.

¹ JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1, p. 94.

² ALMEIDA, José Raul Gavião de (*Da legitimação na ação civil pública*. 1985. p. 6. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986) lembra que “entre os primitivos ser mais forte equivalia a ter mais direito”.

³ Neste sentido se posiciona PINHO, Ruy Sérgio Rebello (*A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal*. São Paulo: Atlas, 1987. p. 24).

O sentimento de direito imperou, desde cedo, em Roma⁴. Logo se considerou que alguns atos violavam não apenas a pessoa, senão toda a comunidade, e daí apareceu a ideia de separar o direito em dois grandes ramos, quais sejam, o público e o privado.

De se notar, também, que durante os primeiros séculos, o direito esteve ligado à religião e com ela se confundia⁵. Consequentemente, a prática de algumas condutas, que eram consideradas graves, acabava por violar as regras de origem divina, motivo pelo qual mereciam ser repreendidas de forma mais severa. Com o passar dos anos, porém, foi sendo percebida a divisão entre as leis dos deuses e as dos homens, havendo ainda assim disponíveis, dentro destas, algumas que protegiam interesses coletivos e outras que tutelavam somente interesses privados.

O direito, também denominado em Roma *ius civile*, passou a contemplar duas modalidades: público e privado. O primeiro foi criado e editado com intuito de proteger aquilo que pertencia ao estado e também à sociedade, ao passo que o privado regulamentava as relações travadas sem maior repercussão social entre os particulares, estabelecendo condições e limites que precisavam ser observados⁶.

Tenha-se presente que os latinos entendiam que, em alguns casos, mesmo quando a relação jurídica criada envolvesse somente entes particulares, estava em jogo o interesse social, o que fazia com que a norma fosse de direito público⁷. Consequentemente, não estavam os envolvidos autorizados a pactuar de forma a contrariar o preceito legal,

⁴ É importante, porém, observar que “não conheciam os antigos romanos a palavra *direito*, porque o vocábulo cognato e etimológico deste – *directus* – era um adjetivo que significava: que é conforme à linha reta. [...]. O vocábulo que traduz o nosso atual *direito* é, em latim, o vocábulo *ius*. O vocábulo *ius*, *júris* pertence à mesma raiz do verbo *jubere*, ordenar, ou prende-se à mesma raiz do verbo *jurare*, jurar. O *ius* é o *sagrado*, o *consagrado*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 2).

⁵ PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de Jose Ferrandez Gonlalez. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 26.

⁶ BONFANTE, Pedro (*Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci e Andres Larrosa. 4. ed. Madrid: Reus, 1965, p. 13) diz que “el derecho o *ius civile* se distingue en *público* y *privado*. Esta distinción tiene para los romanos un doble significado, que se infiere del sentido ambiguo que tienen las palabras público y privado: público (de *populos*) es un concepto que oscila entre lo que atañe al Estado y lo que concierne a la sociedad, y puede también en nuestro idioma tener relación tanto con el uno (por ejemplo, el Erario público) como con la otra (por ejemplo, la economía pública, la estimación pública), o también ser casi ambiguo el sentido de aquél (por ejemplo, la riqueza pública). Aún más esto acontecía en la lengua latina, que no posee sus correspondientes a nuestros términos individual y social”.

⁷ BERNAL, Beatriz; LEDESMA, José de Jesus (*Historia del derecho romano y de los neorromanistas*. 6. ed. México: Porrúa, 1995, p. 40) afirmam que “de la concepción romana no se infiere que el derecho público no interese a los particulares o que el privado no atañe a la comunidad. Se señalan sólo posiciones posibles para su estudio que de ninguna manera son opuestas, sino que resultan ser expresiones diversas de un mismo todo”.

tratando-se, pois, daquilo que hoje em dia se costuma chamar de norma de natureza cogente⁸.

Mesmo em matéria criminal, havia notável diferença, tanto que existiam duas categorias de infração, a saber: os delitos públicos (*crimina*) e os privados (*delictum* ou *maleficium*). Os primeiros correspondiam a infrações que violavam a ordem pública e, por conseguinte, atingiam o corpo social; os outros, por seu turno, visavam proteger a pessoa, no intuito de impedi-la de sofrer dano pessoal. Como decorrência dessa divisão, enquanto a persecução dos crimes era pública, e assim também as penas (que poderiam ser de morte, multa em favor do erário, etc.); diferentemente, em se tratando de delito, competia ao particular a reação.

Nos tempos mais remotos, não havia limites, e o indivíduo, vítima do delito, livremente se vingava; posteriormente, aplicou-se a lei de talião⁹. Em um estágio mais avançado, porém mesmo antes do surgimento da XII Tábuas, passou-se a utilizar a composição, que inicialmente foi convencional e depois, legal¹⁰. Ou seja, o árbitro, na ausência de composição, fixava uma pena pecuniária, não se tratando, na verdade, de recomposição patrimonial, muito embora pudesse parte da multa ser direcionada ao ofendido¹¹.

Em Roma, portanto, ainda no período pré-clássico, já despontava, mesmo que de forma incipiente, a concepção de que a prática de delito criava para o seu autor o dever de indenizar a vítima. De início, costumava-se obrigar o autor da lesão a entregar animais. Posteriormente, com a evolução, a conduta ilícita fazia com que o indivíduo tivesse de pagar certa quantia em dinheiro¹². De todo modo, importa notar, a sanção era a reparação, ou seja, esta era a pena principal.

Consolidado este entendimento, na sequência, com a edição das XII Tábuas, a previsão legal não se distanciou. Praticado, por exemplo, um furto, caso restasse

⁸ BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci e Andres Larrosa. 4. ed. Madrid: Reus, 1965, p. 14.

⁹ BENEVOLO, Federico. *La parte civile nel giudizio penale*. 3. ed. Torino: Unione, 1892, p. 9.

¹⁰ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Tradução de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976, p. 41.

¹¹ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 406.

¹² ABREU, Florêncio de. Reparação do dano. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 24, jan. 1943.

demonstrada a autoria, o delinquente era condenado a pagar ao proprietário o dobro do valor do bem subtraído¹³.

Ainda de acordo com a lei das XII Tábuas, o pagamento feito em decorrência do cometimento do crime era denominado *damnum*. O termo *poena* era reservado para se referir ao pagamento feito em virtude do ressarcimento que teve como origem a prática de lesão corporal ou homicídio. Nada impedia a cumulação de ações, uma buscando a aplicação da pena e outra visando sanar o prejuízo ocasionado com a prática da conduta ilícita¹⁴. As respostas estatais, consistentes na entrega de bens ou dinheiro¹⁵, entretanto, concorriam para que houvesse confusão entre as demandas, e por isso não tardou a aparecer opinião de que tinham natureza mista.

A propósito, é relevante deixar consignado que no período republicano a palavra *damnum* deixou de ser empregada, passando o termo *poena* a configurar a ideia de sanção e pagamento em geral, de sorte que o conceito passou a incluir as indenizações devidas ao ofendido em razão do dano experimentado, sem distinguir se a infração praticada era pública ou privada¹⁶. Com isso, nota-se que, apesar de alguns avanços, os romanos não tinham conseguido ainda distinguir de forma clara as duas espécies de responsabilidade (civil e penal).

No ano 66 a.C., o pretor Lucullo publicou édito prevendo a *actio in quadruplum* contra quem praticasse saques, e, talvez por criação jurisprudencial, a mesma ação passou a ser intentada em face do autor de roubo. Como, por intermédio de referida demanda, também era possível buscar a coisa subtraída ou o valor correspondente (ou seja, tinha natureza reipersecutória), os juristas da época sustentaram a natureza híbrida. Justiniano, posteriormente, reafirmou o caráter dúplice da ação¹⁷.

¹³ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Tradução de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976, p. 43.

¹⁴ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (*Instituciones de derecho romano*. Tradução de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 179) afirma que “en materia de acciones penales, ya se hallen en concurso entre sí o con acciones reipersecutorias, prevalece el principio de la acumulación: la víctima del hurto puede intentar la *condictio ex causa furtiva* para la recuperación de la cosa y la *actio furti* para la pena del *duplum* o *quadruplum*, sin que el ejercicio de una perjudique a la otra”.

¹⁵ GREGORACI, Giuseppe. *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*. Torino: Unione, 1903, p. 3.

¹⁶ ABREU, Florêncio de. Reparação do dano. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 25, jan. 1943.

¹⁷ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 414.

É curioso, então, observar que a reparação do prejuízo é algo mais antigo que a imposição estatal de pena afliativa, corporal, restritiva de liberdade¹⁸. Entretanto, o sistema mencionado, em que diversas condutas geravam condenações somente pecuniárias, não vigeu durante toda a existência do império romano. No começo do século II a.C., época em que a capital era uma grande cidade, e local onde ocorriam violentas tensões sociais, houve necessidade de medidas mais enérgicas para manutenção da segurança pública. Foi criada a justiça policial, incumbida de julgar os acusados de crimes graves, podendo, em algumas situações, ser imposta a pena de morte¹⁹.

A passagem dos anos não fez com que o quadro de violência sofresse alterações. No período pós-clássico, com as monarquias absolutistas, as penas continuaram a ser rigorosas e, por conta do sistema que imperava, os julgadores não tinham mais discricionariedade para fixar a sanção; eram obrigados a seguir literalmente as leis, sob pena de sofrer severas consequências. Além disso, é possível perceber que a violação a praticamente qualquer norma passou a ser considerada crime, e, como decorrência lógica, situações de direito privado, que antes, conforme apontado, redundavam no pagamento de indenização ao lesado, deixaram de existir²⁰.

Em referido período, mais especificamente a partir do governo do imperador Constantino, o cristianismo adquiriu a condição de religião oficial²¹. Justiniano, a seu tempo, determinou que aqueles que professassem outra fé, os pagãos, fossem castigados. O sistema processual vigente era o inquisitório, abandonado aquele outro, mais antigo, da época republicana, de viés acusatório²².

¹⁸ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de (*Crime – dano – reparação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1934, p. 22) observa que “estudando a história das legislações em relação à responsabilidade civil, chegaremos à conclusão de que a reparação do dano é mais antiga do que as penas afliativas, como a privação da liberdade e o castigo corporal”. A respeito do tema, BADARÓ, Gustavo Henrique (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 204) observa que “a própria ‘reparação’ não era vista como uma forma de recompor os danos sofridos, mas possuía um caráter penal, repressivo, de um mal que se impõe a alguém pela autoria de um delito”.

¹⁹ KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução de Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966, p. 65-66.

²⁰ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Historia del derecho romano*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus, 1943, p. 392-393.

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 63.

²² TUCCI, Rogério Lauria (*Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 168) sustenta que “na idade republicana, a iniciativa oficial era limitadíssima, sendo admitida somente em casos determinados e excepcionais, ao ponto de justificar-se a afirmativa no sentido de que, naquela época, não havia como considerar-se uma verdadeira atividade inquisitória, de parte do magistrado, no campo penal, para repressão dos respectivos ilícitos. [...] No Principado, entretanto, por força das novas concepções em matéria de repressão criminal e, outrossim, da importância que se reconhecia à

Na verdade, é razoável supor que, num primeiro período, vigorou em Roma o modelo de justiça privada, em que o próprio lesado buscava a satisfação do seu direito e a imposição de pena em face do ofensor. Posteriormente, com destaque para a época republicana, passou-se a adotar um modelo que, em linhas gerais, pode ser tido como acusatório, se bem que, em casos excepcionais, era possível a iniciativa da persecução caber ao próprio magistrado. No último período, pós-clássico, em que os governantes eram reis absolutistas, vigorou a concepção inquisitorial, que está, a propósito, ligada à ideia então formulada pelo cristianismo.

Percebe-se, do que foi explanado, que em Roma, por considerável intervalo de tempo, o pagamento de valores decorrentes do cometimento de ilícitos, que funcionava a princípio como multa, tinha também por finalidade recompor o prejuízo causado à vítima. Muitas vezes, durante uma época, se bem que apenas para infrações mais leves, ou seja, para aquelas consideradas delitos privados, a resposta estatal consistia somente na imposição da sanção pecuniária, e isso pode ser visto como o primeiro sinal de que, no processo penal, é factível a reparação do dano.

É evidente que não havia sido, até então, desenvolvida teoria que conseguisse, de forma clara, distinguir exatamente entre o que correspondia à indenização devida ao ofendido e o que era considerado multa, cujo produto era direcionado ao Estado. Isso porque sequer havia, como é praxe atualmente, a diferença entre as variadas espécies de responsabilidade.

De todo modo, o que vale perceber é que, em dado momento, principalmente durante a república, constatou-se que, talvez por conta da semelhança entre sanção (penal) e reparação do prejuízo (civil), foi possível, em um mesmo processo, deduzir as duas pretensões. Com isso se concluiu que desde os tempos romanos se fez possível a cumulação das duas ações.

1.2 ORDENAÇÕES DO REINO

A legislação de Portugal seguiu, desde o início, no que diz respeito ao processo penal e à forma de repreender a prática de crimes, sistemática que, de um modo geral, pode ser tida como semelhante àquela que vigorou no império romano. Tal como em Roma, nos

(novamente) vasta e ilimitada *coercitio* dos magistrados detentores do *imperium*, a *inquisitio* passou a ser a forma repressiva dos novos, e sempre numerosos, *crimina*".

primórdios, não havia estrutura estatal que conseguisse assegurar ao soberano o poder de regulamentar e, principalmente, fazer valer o direito. Consequentemente, praticada alguma conduta que injuriasse uma pessoa ou violasse seus bens, era cabível a resposta, consistente num mal equivalente. Ou seja, imperava o modelo baseado na vingança.

Cabe pontuar, a respeito do tema, que existe diferença entre a vingança e o simples desforço imediato. No primeiro caso, há um sentimento coletivo de que a retribuição de um mal por outro mal tem suporte em um sistema jurídico; no desforço, por outro lado, o que se vê é apenas a reação instintiva de defesa por parte daquele que foi atacado²³. A vingança, com a evolução da sociedade, tende a não mais ser aceita, ao contrário do que ocorre com o desforço²⁴.

Superada, então, a ideia de vingança, surgiu no sistema lusitano a chamada justiça privada. Por esse modelo, praticada alguma conduta violadora de direito, buscava o lesado as autoridades públicas, para quem relatava o ocorrido. Concluindo que a reclamação prosperava, o ofendido estava autorizado a fazer justiça pelas próprias mãos. Havia, portanto, uma participação, ainda que não completa, da figura do soberano; somente com a sua autorização, e dentro dos limites impostos, é que a reação do lesado se tornava lícita.

Pelo sistema da justiça privada, havia também outra forma de fazer valer o direito, materializada na composição entre o ofensor e o lesado. Mais especificamente, nos casos de infrações legais de menor importância, a medida referida passou a ser obrigatória. Assim, com o pagamento de certa quantia em dinheiro feita pelo ofensor à vítima, esta se dava por satisfeita e ficava, por conseguinte, impossibilitada de praticar atos contra aquele. Ao referido instituto dava-se o nome de corregimento da ofensa²⁵.

Procedimento semelhante se verificava em outras nações europeias²⁶. Os germanos, por exemplo, aplicavam a chamada *Vehrgeld*²⁷, que correspondia ao pagamento feito pelo

²³ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 248.

²⁴ Lembre-se que, até hoje, o ordenamento jurídico brasileiro prevê hipóteses de desforço imediato, como é o caso da retomada rápida da posse esbulhada (art. 1.210, § 1º, do CC).

²⁵ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 252.

²⁶ A propósito, é importante consignar, como o faz HESPANHA, António Manuel (*Apontamentos de história do direito português*. Coimbra: João Abrantes, 1970, p. 6), que, muito tempo depois do fim do império romano (565 d.C), mais especificamente entre os séculos XIII e XVI, surgiu “certa tendência para a unidade dos vários ordenamentos jurídicos europeus, causada imediatamente pela recepção do direito justinianeu e pelo renascimento do direito canônico”. Durante o intervalo mencionado, principalmente desde o início do Século V (ano 409), quando a região da Lusitânia deixou de ser área de domínio romano para ser dos povos bárbaros (ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis*

criminoso em favor do ofendido²⁸. Tal como no modelo português, o valor (ou bem) a ser pago dependia da classe social da vítima. Em outras palavras, a indenização era calculada de acordo com a situação pessoal do ofendido: fosse ele pessoa de mais prestígio, maior valor lhe era devido.

Naquela época, parte da quantia que o ofensor era obrigado a pagar era direcionada ao lesado e parte, encaminhada aos cofres públicos. Ainda que não houvesse composição, e conseqüentemente fosse dado prosseguimento ao pedido de aplicação da justiça privada, a sanção pecuniária continuava a ser devida pelo autor do dano. O montante a ser entregue ao ofendido servia de base para o cálculo da multa, o que leva a crer que já se estabelecera a diferença entre as duas figuras (sanção e indenização)²⁹.

Após a consolidação do estado português, entre os séculos XIII e XIV, época em que vigorava o denominado direito comum, influenciado principalmente pelo pelas leis editadas por Justiniano, era possível perceber algumas características que davam o tom de evolução em comparação com o período anterior, como é o caso do sistema de recursos e a clara diferença entre o processo civil e o processo penal, ambos escritos.

No período mencionado, prevalecia, em detrimento dos costumes locais, a lei escrita, que tratava as matérias de forma diferente das regras vigentes no sistema anterior, de formação do estado, quando eram seguidas as concepções dos povos bárbaros, de características mais próximas ao direito romano vulgar.

Durante o reinado de D. Afonso IV, por volta do ano de 1330, a prática de furto implicava no pagamento de indenização correspondente a nove vezes o valor do bem

do Reino de Portugal. 14. ed. Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1870, p. XII), vigorou o direito romano vulgar, que correspondia a uma estrutura menos complexa do direito romano puro (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 96).

²⁷ FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O estado na reparação do dano à vítima do crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, p. 8, abr. 1992.

²⁸ FELIPETO, Rogério (*Reparação do dano causado pelo crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20) anota que, além da *Wehrgeld*, outras duas indenizações eram previstas pelo sistema germânico. Seriam elas “a *Busse*, quantia paga à vítima a título de pena e o *Friedensgeld*, ou *Fredum*, pago ao Estado para resgatar a paz pública atingida pelo crime”.

²⁹ CAETANO, Marcello (*História do direito português*. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 253) observa que “não se deve confundir a multa (*calumnia* ou *coima*), que os forais mandavam pagar, com a composição. A multa era devida, houvesse ou não composição, e tanto nos homizios como noutros crimes. Os forais fixavam às vezes a importância da composição (como o Código Visigótico já fazia, por exemplo em VI, 4, 3), mas apenas para o cálculo da pena, que era uma quota da importância da indenização. Se as partes não se compusessem e a revindicta prosseguisse, não haveria indemnização, mas persistia a obrigação de pagar a multa”.

subtraído. Duas partes cabiam à vítima, ao passo que o restante era direcionado ao dono da terra³⁰. Ou seja, parcela do valor que precisava ser desembolsado pelo criminoso correspondia à indenização devida à vítima, enquanto que o restante tinha natureza de sanção pecuniária.

Muitas condutas, consideradas contrárias ao direito, eram punidas com a aplicação da pena de morte. No furto e outros crimes menores, tal sanção poderia incidir em caso de reincidência ou na hipótese de o ofensor não efetuar o pagamento devido. De todo modo, houve abrandamento das reprimendas. Já se renunciava a adesão ao que ficou conhecido como o renascimento do direito romano, e que correspondia ao estudo independente da legislação de Justiniano. Os primeiros estudiosos destes textos, e que fizeram escola em Bolonha, eram os glosadores, e o método por eles empregado era o da exegese, caracterizado pela busca da interpretação gramatical dos textos. Eram, por eles, imaginadas situações concretas e fictícias, e buscada a solução mais adequada, o que servia para gerar debates entre os mestres. Superado esse método, apareceram outros estudiosos, os comentadores, que tinham por escopo descobrir o espírito da lei³¹.

Tudo isso serviu para influenciar a edição das novas leis europeias. Em Portugal não foi diferente; tratando-se de uma região onde predominava a religião católica, não era de se esperar o surgimento de normas que destoassem dos preceitos seguidos pela igreja. A base do direito canônico era a legislação romana, sobretudo aquela surgida no período de Justiniano. Logo, os lusitanos, aceitando a mencionada concepção, passaram a criar o seu direito com tais características.

Os antigos costumes, que contrariavam o espírito da legislação, eram em sua maioria proibidos; somente alguns, muito arraigados na sociedade, continuavam a ser aceitos. No que aqui interessa, não se tem notícia de que a tradição de o ofensor pagar à vítima certa quantia em dinheiro como forma de indenização tenha deixado de existir no processo instaurado para apurar a responsabilidade penal.

Nas Ordenações Afonsinas, as primeiras que foram editadas e que correspondiam à compilação de leis novas e antigas, havia previsão de diversas condutas criminosas, algumas denominadas, por influência da Igreja Católica, como pecados; tutelavam bens

³⁰ CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 364.

³¹ SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 141-145.

imateriais e fazia-se necessário, para imposição da pena, verificar se o agente teve ou não intenção de causar algum mal³². Em muitas hipóteses, a pena era de morte, mas a depender do grau de agressividade da conduta, poderia ser cominada sanção corporal ou multa.

Para as infrações que atingiam a pessoa (sua integridade física ou moral) ou seus bens, além da punição, que poderia ser de prisão, ficava o ofensor obrigado a arcar com o pagamento de indenização e multa. A querela, que era a forma de dar início ao processo criminal, competia a qualquer do povo somente em casos de crimes que ofendessem interesses mais relevantes, incluídas às hipóteses de heresia, estupro, feitiçaria, etc. Para as demais hipóteses, a iniciativa era mais restrita, isto é, nem todos tinham legitimidade para postular.

Em seu Livro V, que tratava das infrações penais e da forma como ocorria a apuração e a aplicação da sanção, havia previsão, mais especificamente no Título CVIII, de que não deveria ocorrer a prisão por dívida, salvo por feitos maliciosos. É possível imaginar que, já na vigência das Ordenações Afonsinas, além de se vislumbrar a diferença entre as duas respostas estatais (pena e indenização pecuniária), somente uma delas autorizava a privação da liberdade, muito embora ambas fossem fixadas num único processo, a saber, o criminal.

Nas ordenações Manuelinas, que das três existentes por menos tempo viveu, o tema aqui tratado não foi considerado de maneira relevantemente diversa. A mencionada compilação, mais abrangente que a anterior (Afonsinas), teve, na verdade, como grande mérito, a virtude dispor de maneira mais sistemática as matérias, demonstrando, com isso, a evolução da técnica legislativa. Não se verificou, porém, uma mudança radical no conteúdo das previsões; houve, a bem da verdade, algumas atualizações e ajustes pontuais³³.

Maior relevância tiveram as Ordenações Filipinas, que, aprovadas em 1595, somente passaram a vigor em 1603. Referida legislação foi por muitos anos aplicada no Brasil, mais especificamente, até o surgimento do Código Criminal, de 1830, e do Código de Processo Criminal, de 1832. Não se pode, porém, deixar de salientar que, durante

³² CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 2ª ed. Lisboa: Verbo, 1985, p. 553.

³³ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 280.

referido intervalo de tempo, leis extravagantes foram editadas e alteraram o regramento original.

Tal como nas compilações revogadas, a matéria criminal e processual criminal estavam disciplinadas no Livro V. Percebem-se, pelas disposições pertinentes, previsões de penas corporais e também determinações de reparação de dano. No Título LXXXVI, por exemplo, eram descritas condutas consistentes em atear fogo em bens alheios. Caso fossem constatados danos, além da obrigação de repará-los, ao culpado eram impostas sanções. Se escravo, era o ofensor açoitado publicamente; se fosse homem livre, era degredado para a África por dois anos.

Ainda que de forma diversa do que ocorria na legislação romana, verificava-se com maior nitidez a distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, e conseqüentemente, quais os tipos de ação para violações de interesses meramente privados e outros que atingiam interesses de toda a sociedade. Nem por isso, contudo, deixou-se de se utilizar um único processo para que fossem fixadas as penas e determinado o ressarcimento do dano. A sanção poderia corresponder ao pagamento de valores, e comumente isso ocorria. Não eram raras, entretanto, hipóteses de cumulação: multa, pena corporal e reparação.

Em algumas situações, provavelmente por ser considerada muito grave a conduta, deixava-se de lado a técnica, ignorava-se a diferença que havia entre cada espécie de responsabilidade, culminando o julgador por fazer com que a sanção penal atingisse quem não havia praticado o crime³⁴. Nota-se, por conseguinte, que em raras hipóteses a pena ia além da pessoa do criminoso, para atingir terceiros, principalmente seus bens, e algumas vezes a própria pessoa.

Diante do exposto, tem-se que, desde a Lei Aquília, que veio a substituir o regime introduzido pela Lei das XII Tábuas, foi sendo desenvolvida a noção de responsabilidade pessoal, baseada inicialmente no dano causado à coisa em decorrência do esforço muscular do delinquente contra ela. Não tardou, porém, para que, no direito justiniano, fosse aprimorada a teoria, permitindo-se, então, que a responsabilidade fosse também reconhecida sem que houvesse necessidade de ocorrência de lesão material. Mais do que

³⁴ COSTA, José da Silva (*Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1867, p. 31) lembra que “A Ord. do L. 4, tit. 46, § 3º fazia confiscar os bens conjugais indistintamente, quando se tratava de punir o crime de heresia”.

isso, dispensava-se, de igual modo, comprovar a necessidade de o ofensor, com a sua conduta, obter vantagem econômica; bastava a ocorrência de prejuízo. Além disso, se, no começo, não se perquiria o elemento subjetivo, bastando a existência do nexa causal entre a conduta e o dano, passou-se, depois, a exigir a ocorrência de culpa (em sentido amplo) para imputação da responsabilidade. Melhor dizendo, buscava-se apurar se houve voluntariedade por parte do ofensor em seu agir³⁵.

Nota-se, diante disso, que de maneira gradual e lenta foram sendo desenvolvidas teorias para se diferenciar as variadas espécies de responsabilidade. Cada qual seguiria um padrão, com características próprias. No Brasil, quando da edição do Código Criminal do Império, eram observadas as diferenças. A prática de crime tinha, semelhantemente ao que ocorre nos dias atuais, como consequência a imposição de pena. Diferentemente, tratando-se de ilícito civil, não se cogitava de sancionar o causador do dano. Contudo, o Código de Processo Criminal seguia, para parcela da doutrina, o modelo – que mais adiante será detalhado – da confusão.

1.3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código Criminal do Império foi editado em 1830. No que aqui interessa, cabe pontuar que nele havia detalhada previsão a respeito da reparação do dano devida à vítima de crime. Entre os arts. 21 e 32 estava disciplinada a matéria, e de acordo com a sistemática adotada, de ordinário, era o processo penal o campo próprio para apurar o prejuízo patrimonial decorrente do delito.

As exceções estavam previstas no art. 31, e uma delas correspondia à opção que poderia ser feita pelo ofendido, que era livre para postular a reparação junto ao juízo cível. Tal dispositivo serviu para gerar debates doutrinários. Parte entendia que, embora fosse feita a opção, o magistrado criminal fixava a indenização³⁶; outros chegavam a conclusão

³⁵ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973, p. 418-419.

³⁶ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953, p. 332-333) afirma que “é verdade que o § 3.º do art. 31 do Código Criminal permitia ao ofendido optar pela ação civil, em sede civil, sem ter de esperar a decisão criminal. Mas se, com a ação civil ou sem ela, o Tribunal concedia o ressarcimento do dano patrimonial, não há que se falar de livre escolha no sentido do sistema francês”.

diversa, qual fosse, a de que o ofendido, mesmo no processo penal, deveria intentar a ação cível³⁷.

O Código de Processo Criminal, promulgado em 1832, dois anos depois do Diploma já mencionado, complementava a matéria, prevendo no art. 79, § 2º, que na denúncia e na queixa deveria haver menção ao valor provável do dano sofrido. Já se notava a diferença entre as duas mencionadas figuras, tendo legitimidade para oferecer a queixa o ofendido (seu pai, mãe, tutor ou curador) e competindo ao Ministério Público (e a qualquer do povo) a denúncia.

Entretanto, não ficava claro, pela redação do dispositivo, se era ou não necessária a formulação de pedido, mais especificamente a dedução de demanda de natureza civil. Era possível interpretar que, independentemente de quem fosse o autor, na própria ação penal havia a obrigação de atender ao requisito citado, ou seja, deveria a parte fazer menção ao prejuízo ocasionado com a conduta ilícita. Não constava do texto legal, conforme é possível perceber, expressa menção ao dever de formular o pedido; bastava a alusão ao valor.

Percebe-se, então, que a legislação, no campo processual, não atendia à boa técnica³⁸. Parece que, a princípio, mesmo sendo matéria de interesse privado, e, portanto, dispositiva, cabia a qualquer dos autores da ação penal quantificar o dano patrimonial, o qual era estabelecido pelo julgador independentemente de pedido propriamente dito, e mesmo na hipótese em que o ofendido optasse por buscar a satisfação do prejuízo na esfera cível.

Portanto, muito embora, na seara material, já fosse feita a diferenciação entre as variadas espécies de responsabilidade, figurando somente a penal como de interesse

³⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de (*Ação penal: análise e confrontos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938, p. 216-220) sustentou, após afirmar ter o Código seguido o modelo francês, que “o ofendido não podia, em juízo criminal, intentar *ação privada* ou *civil*, sem mover também a *ação pública*, porque por essa via de processo a satisfação é solidariamente subordinada à condenação criminal”. SIQUEIRA, Galdino (*Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Magalhães, 1930, p. 68) embora não se estenda muito sobre o tema diz que “pelo antigo direito português as ações penais e civis reputam-se em regra *cumuláveis*, e o mesmo vem estatuído pelo nosso Código Criminal de 1830, art. 31 e Cod. do Proc. Criminal de 1832, arts. 269, § 5º, e 338”.

³⁸ BUENO, José Antonio Pimenta (*Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857, p. 237), ao abordar as passagens do Código de Processo, diz que “esta é pois a disposição legislativa que entre nós vigora sobre tão importante assunto, e disposição mais lacônica do que convinha”.

público, no direito processual não se percebiam, com a necessária clareza, as consequências decorrentes da natureza jurídica de cada uma das citadas espécies.

No Código de Processo Criminal existia mais uma previsão que dificultava o trabalho dos intérpretes. O art. 269, § 5º, previa competir ao juiz, quando da proposição dos quesitos ao Conselho de Jurados, indagá-los se caberia a indenização. A pergunta, aparentemente, poderia ser formulada independentemente de o lesado ter ou não optado pela ação cível e também no caso de não ter sido intentada, no próprio processo penal, demanda ressarcitória.

O modelo adotado, sintomaticamente denominado por alguns como da confusão³⁹, acabava por permitir que, sem amparo em lei não processual, a reparação do dano se tornasse matéria de ordem pública, na medida em que era mencionada obrigatoriamente por qualquer dos autores da ação criminal, em sua inicial, e tratada pelo magistrado na sentença.

Não tardou, porém, para que, constatada a deficiência do sistema, fossem revogados os dispositivos mencionados. Em 3 de dezembro de 1841, foi editada lei de reforma do processo penal, a qual previa, no art. 68, que a indenização, em todos os casos, seria pedida em ação cível, não sendo lícito, porém, questionar a existência do fato e indagar quem fosse o seu autor, quando tais questões já se achassem decididas no processo criminal.

Passou-se, então, a partir do mencionado Diploma, a valer no Brasil o modelo da separação. Houve, na doutrina, quem elogiasse a mudança⁴⁰, a despeito de posicionamentos em sentido contrário⁴¹. De todo modo, ainda que se concluísse ser salutar a possibilidade de análise das duas matérias (penal e civil) em um mesmo processo, a mudança legal teve o mérito de afastar as discussões antes existentes.

³⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953, p. 332.

⁴⁰ Um doutrinador que comemorou a mudança foi MENDES, João (*O processo criminal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Baptista de Souza, 1920. v. 2. p. 461), que assim se manifestou: “em suma, na nossa legislação, a obrigação de indenizar o dano é discutida em ação cível e em juízo cível; a experiência das nações que tem mantido sistema oposto, segundo as críticas quase unânimes dos respectivos juriconsultos, confirmam a sabedoria da nossa legislação”.

⁴¹ ABREU, Florêncio de (Reparação do dano. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 24, jan. 1943) afirmou que “o que na prática se há observado é que a declaração acadêmica de um direito de pedir não tem passado em geral de letra morta, de verdadeiro ato de ironia para os ofendidos”.

Até a promulgação do Código Civil de 1916, vigorou no Brasil, no que toca ao direito privado, uma legislação confusa e retalhada, que tinha como base as Ordenações Filipinas. Estas, na verdade, ao menos em parte, vigoraram por mais de trezentos anos. Antes do surgimento do Diploma civil, foi editada a Consolidação, de autoria de Teixeira de Freitas. Tratava-se de uma compilação de leis de natureza privada e, quanto ao assunto aqui debatido, havia previsão, nos arts. 798 e 799, de que a reparação do prejuízo ocasionado pelo crime deveria ser buscada por ação cível, não sendo, nesse âmbito, possível discutir a existência do fato e sua autoria, se tais matérias já tivessem sido julgadas na esfera penal.

Ainda antes do Código Civil hoje revogado, foi publicada, no ano de 1899, a nova consolidação das leis civis (conhecida como Consolidação de Carlos de Carvalho), que tratou o tema de maneira semelhante com as regras até então vigentes⁴².

O Código Penal da República foi editado alguns anos antes, mais especificamente em 1890, e, a respeito da matéria, dispunha que um dos efeitos da condenação definitiva era a obrigação de reparar o dano. Não discrepava deste regramento aquele que posteriormente foi trazido pelo Código Civil, que em seu art. 1.525 estabelecia que a responsabilidade civil era independente da criminal, com ressalvada de dois pontos: existência do fato e autoria, quando essas questões se achassem decididas no crime.

Mais tarde, em 1940, surgiu o Código Penal. O art. 74, I, dizia que era efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano decorrente do crime. Com a reforma de 1984, a matéria passou a ser tratada no art. 91, I, mas sem sofrer alteração.

Completa o sistema hoje vigente o Código de Processo Penal, que no art. 63 prevê a possibilidade de o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros executarem a sentença penal condenatória. O parágrafo único do referido dispositivo, com a redação dada pela Lei 11.719/08, faz expressa alusão ao art. 387, o qual traça o conteúdo da sentença penal condenatória, estabelecendo como uma das obrigações do magistrado a necessidade de arbitrar um valor mínimo devido para reparar os danos causados pela infração (inc. IV).

⁴² “Art. 1012 - A indenização independe de propositura de ação criminal e deve ser pedida por ação cível. § 1. Se a existência do fato e quem seja o seu autor já se acharem decididos no juízo do crime, não se poderá mais questionar sobre uma e outro e a ação cível se limitará à liquidação das perdas e danos. § 2. Somente quanto a esses pontos faz coisa julgada a sentença de absolvição do acusado proferida em juízo criminal. § 3. A ação penal e a ação cível podem ser intentadas simultânea ou sucessivamente”.

Incidindo no mesmo erro do legislador de 1832, o atual deixou de fazer expressa menção a diversos pontos relevantes, tais como a necessidade ou não de dedução de pedido e os legitimados ativos e passivos.

Ao longo do trabalho serão debatidas as diversas possibilidades de interpretação que surgem dos dispositivos legais que disciplinam o tema e se tentará apresentar uma visão que busque conciliar o disposto no art. 387, IV, do CPP com os princípios que regem a matéria referente à satisfação do prejuízo, que tem natureza privada, mesmo quando decorre da prática de crime.

2 SISTEMAS

Para saber quais medidas podem ser impostas em uma sentença penal, é necessário analisar os diversos sistemas criados ao longo do tempo pelas legislações. Alguns ordenamentos preveem somente a possibilidade de tratar de matéria criminal; outros, diferentemente, permitem que, em decorrência de pedido feito pelo lesado, seja também julgada a matéria cível. Há, ainda, previsões no sentido de ser obrigatória a cumulação.

Em razão da liberdade de criação legislativa dos Estados, cada qual está autorizado a tratar a matéria das mais variadas formas. Há uma grande gama de possibilidades, e, ao mesmo tempo, não se vislumbra identidade entre as legislações, tampouco consenso por parte dos doutrinadores. Aliás, por conta disso, não se pode afirmar que tal ou qual país adotou oficialmente este ou aquele sistema. É possível apenas indicar algumas características de ordem geral.

Embora parte da doutrina faça referência a quatro sistemas, quais sejam, o da separação, o da solidariedade, o da livre escolha e o da confusão⁴³, há quem prefira apontar a existência de somente dois grupos, a saber, o da acumulação de duas ações em um único processo e o da separação⁴⁴.

Figueiredo Dias afirma haver três modelos: o da confusão, o da absoluta independência e o da interdependência⁴⁵, os quais serão detalhados adiante. Importa, porém, desde logo anotar que enquanto no primeiro, e por isso o nome, não se enxerga diferença entre matérias civil e penal, nos outros dois se nota a distinção. Mas enquanto no da absoluta separação não se permite discutir no processo penal as consequências civis, no outro ou a discussão pode ser obrigatória ou facultativa.

Considerando, pois, que as consequências, a depender do rumo a ser seguido, são bastante distintas, torna-se importante especificar a natureza da matéria tratada pela sentença penal. Caso se adote o modelo da confusão, que equipara as medidas de natureza

⁴³ FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado pelo crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 39-48.

⁴⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 388.

⁴⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo (*Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966, p. 8-10). AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de (*Crime – dano – reparação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1934, p. 19) também segue a corrente que prevê a existência de três sistemas.

civil e penal, haverá repercussão em temas ligados ao processo, pois tudo estará ligado ao interesse público.

As citadas classificações criadas pela doutrina podem ser criticadas, já que não foram adotados critérios de igual natureza para distinguir os diversos modelos. Realmente, e começando pela proposta formulada por Figueiredo Dias, constata-se que, enquanto o modelo da confusão leva em conta a inexistência de clara distinção entre as respostas estatais que podem ser impostas na sentença (de direito material), os outros dois (da independência absoluta e da interdependência) partem da ideia de que há diferença entre as medidas fixadas (de direito material).

Melhor explicando, no caso de confusão, leva-se em conta o critério substantivo, nos outros dois, além do mesmo paradigma, é adotado também outro, de ordem processual, que consiste na possibilidade ou não de cumulação de ação civil no processo penal. Assim, no que deveria ser uma subdivisão, o modelo da absoluta independência se distanciaria do outro (da interdependência) em virtude de não autorizar a dedução de pretensão civil.

Para retratar de maneira mais nítida as distinções de igual natureza, diga-se que, num primeiro estágio, há apenas dois modelos, quais sejam, o da confusão e o da separação. Naquele, em decorrência de sua própria característica, inexistente diferença entre resposta civil e penal: não se cogita de subdivisão.

O mesmo não ocorre em relação ao outro (da separação), pois em se cogitando da diferença entre a natureza jurídica das várias espécies de medidas que podem ser aplicadas, resta, como critério de segunda ordem, e de índole processual, saber se há obrigatoriedade, proibição ou possibilidade.

Os sistemas que não permitem a dedução de pretensão de cunho reparatório civil no processo penal podem ser denominados de proibição (absoluta separação ou simplesmente separação). Diferentemente, os ordenamentos jurídicos que preveem tal possibilidade podem ser chamados, para se adotar a nomenclatura já consagrada, de livre escolha (de facultatividade ou de relativa dependência). Por fim, haveria o da obrigatoriedade, em que seria imprescindível a cumulação.

Em razão da existência de aparentes pontos de encontro, é necessário distinguir o sistema da confusão do subsistema da obrigatoriedade. Em ambos, a sentença penal dispõe

sobre sanção e reparação. No primeiro caso, se ignora a distinção (ou se confunde) de naturezas entre elas e, por conseguinte, são sempre vistas como matérias de ordem pública; no segundo (obrigatoriedade), a diferença é nítida, e a não formulação de pedido de natureza civil redundaria na impossibilidade de pleiteá-la em outro juízo. Ou seja, a não dedução do pedido reparatório no processo penal é causa de preclusão.

Conclui-se que o primeiro critério para separação dos sistemas é de cunho material. Consequentemente, na etapa inicial é imprescindível verificar se o ordenamento jurídico distingue ou equipara as medidas que podem ser impostas em uma sentença penal. Não havendo separação, o modelo adotado é o da confusão. Caso ocorra a distinção, passa-se ao segundo critério de análise, quando então precisará ser verificado se o sistema proíbe, obriga ou permite.

Na sequência, serão analisados de forma mais detalhada os sistemas que podem ser adotados, devendo, porém, ser lembrado que nem sempre os ordenamentos jurídicos seguem rigorosamente algum dos modelos apresentados. É possível encontrar nas legislações, inclusive a brasileira, previsões esparsas que insinuam a adoção de modelo diverso.

2.1 SISTEMA DA CONFUSÃO

Nos primórdios da civilização, quando o pensamento jurídico não havia ainda atingido certo grau de desenvolvimento⁴⁶, inexistia diferença clara entre as cominações impostas pelo particular ou pelo soberano contra aquele que havia praticado um mal. Não havia distinção entre matérias penal e civil, em razão da ausência de elementos precisos que servissem para delimitar as diversas áreas do direito.

Praticada, então, alguma conduta que atingisse a esfera de interesses de uma pessoa, dispunha o lesado da possibilidade de, por sua conta, aplicar a sanção correspondente, a qual poderia ser idêntica àquela que incidiria na hipótese de o indivíduo atentar contra o interesse do soberano. Pelo mal causado, outro mal era criado. Prevalecia, portanto, em qualquer situação, a ideia de vingança.

⁴⁶ Vide item 1.1.

Mesmo posteriormente, quando o Estado já havia passado a exercer o monopólio da jurisdição e proibido a iniciativa da resposta sancionatória particular, fazendo com que o lesado tivesse de postular a aplicação da sanção estatal, esta não era ainda baseada em critérios que definissem rigorosamente a diferença entre os posteriormente cultuados campos do direito, quais sejam, público e privado.

Ainda não estava consolidada a ideia de que algumas condutas, com acentuada gravidade, causavam prejuízo que atingia direitos não apenas da vítima, senão de toda a coletividade, e por isso precisavam ser repreendidos de maneira mais enérgica. Consequentemente, não se imaginava que em outras situações, de menor gravidade, não era necessário impor pena, senão determinar que o agente causador do dano o reparasse.

Como decorrência lógica da inexistência de divisão no campo material, não se cogitava separar a jurisdição em penal e cível. No processo (único que era), buscava-se a reparação do dano causado e a imposição de pena, medidas que eram calcadas ainda na concepção de vingança, muito embora a resposta estatal, vista sob a ótica hoje vigente, atendessem também aos interesses do lesado⁴⁷.

Em outras palavras, nas situações em que alguém causasse dano a outrem, poderia a vítima reclamar pela imposição da resposta estatal, e como a causa material era única, isto é, decorria de um só fato, entendia-se que as medidas serviam para atender aos interesses daquele que concretamente havia sofrido as consequências da ação ilícita.

A ausência de separação entre matéria civil e matéria penal fazia também com que não fosse possível delimitar a natureza do provimento estatal. Por conta disso é que se dá a este sistema a denominação apresentada⁴⁸.

Apesar de ter sido praticamente extinto nos sistemas jurídicos dos mais variados países⁴⁹, ainda hoje é possível encontrar resquícios de sua existência até mesmo no ordenamento jurídico brasileiro, o que se verifica quando o produto da sanção penal é

⁴⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966, p. 8.

⁴⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Instituição de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 387) afirma que, pelo sistema da confusão, “a mesma ação visa à imposição da pena e à reparação (*lato sensu*)”.

⁴⁹ BARREIROS, José António (*Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 509-510) afirma que “hoje em dia, efectivamente, já não subsiste o sistema arcaico da *absoluta identidade* das acções civis e criminais que, paradigmático de um acusatório privado primitivo, foi consagrado no antigo Direito Alemão (*compositio*) e no Direito Romano (*delicta privata*)”.

direcionado ao ofendido⁵⁰, o que ocorre, por exemplo, na hipótese prevista no art. 45, § 1º, do CP.

Com a evolução do pensamento jurídico, consolidada a divisão entre os diversos ramos do direito, e no que diz respeito à separação entre matéria civil e penal, passou-se a entender que, praticado um crime, o interesse da coletividade é ferido, e por tal motivo um órgão específico, com atribuição para defender a sociedade precisaria ser criado. O Ministério Público, então, surgiu e tornou-se o titular da ação penal.

Possuindo, portanto, legitimidade para postular a aplicação de reprimenda, nos ordenamentos que seguem o modelo da confusão – o que configura desvirtuamento da natureza do Ministério Público – passou a ter legitimidade também para buscar provimentos judiciais que interessam somente ao lesado.

Consequentemente, o direito patrimonial, que é conhecido por ser disponível, deixa de sê-lo, igualando-se quanto à sua natureza jurídica ao direito penal. Vale dizer, ambos, no sistema da confusão, precisam ser atendidos, pois, a legitimá-los, está o interesse público⁵¹.

Como desdobramento de tal característica, os princípios que regem o sistema processual civil deixam de incidir. O verdadeiro titular do direito violado não precisa deduzir pedido, e ocorrendo uma eventualidade em que não se vislumbre a provocação do Ministério Público, está o magistrado autorizado a agir de ofício.

No direito material, a consequência desse posicionamento consiste no fato de que a reparação dos danos ocasionados deixa de ter natureza civil e passa a corresponder a efeito penal da condenação⁵².

Talvez, nos dias que correm, o maior exemplo de adoção do modelo da confusão seja o mexicano. De acordo com o art. 2º do Código Federal de Procedimientos Penales, que coincidentemente foi também objeto de reforma no ano de 2008, o Ministério Público

⁵⁰ GAROFALO, Raffaele (*A reparação às vítimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1899, p. 31), um dos expoentes da Escola Positiva, defendia a ideia de direcionar a multa imposta na sentença penal à vítima.

⁵¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966, p. 21.

⁵² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966, p. 23.

tem, dentre outras funções, já no momento da averiguação prévia da responsabilidade pela infração penal, a de praticar atos tendentes a obter a reparação do dano causado à vítima⁵³.

Outrossim, o representante do citado órgão, ao oferecer as suas conclusões, o que corresponde no CPP pátrio às alegações finais, tem que requerer a aplicação das sanções, incluindo a reparação do dano⁵⁴. Ou seja, a lei expressamente prevê tal medida como uma espécie de pena⁵⁵.

Pela legislação mexicana, o representante do Ministério Público tem o dever de pleitear a reparação do dano e o magistrado, por seu turno, é obrigado a se debruçar sobre o tema. Caso ocorra omissão, aquele que não se manifestou a respeito da matéria está sujeito ao pagamento de multa⁵⁶.

A vítima, entretanto, na hipótese de ausência de pronunciamento judicial a respeito da matéria, estará autorizada a buscar em sede civil a reparação do dano. Desde 1969, a

⁵³ “Artículo 2º.- Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales. En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público: [...] II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño”.

⁵⁴ Artículo 292.- El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición breve de los hechos y de las circunstancias peculiares del procesado; propondrá las cuestiones de derecho que se presenten; y citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables. Dichas conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a acusación.

Artículo 293.- En el primer caso de la parte final del artículo anterior, deberá fijar en proposiciones concretas, los hechos punibles que atribuya al acusado, solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, y citar las leyes y la jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos constitutivos del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad, así como las circunstancias que deban tomarse en cuenta para individualizar la pena o medida. Para este último fin, el Ministerio Público considerará las reglas que el Código Penal señala acerca de la individualización de las penas medidas”.

⁵⁵ ASSIS, Araken de (*Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 51) diz “o art. 29 do Cód. Penal mexicano (1931), através de enunciado normativo contaminado de *error inaudit*, reputa o ressarcimento pena pública, capaz de aplacar o clamor público e os instintos de vingança”. Não divergente é a opinião de MOREIRA, José Carlos Barbosa (Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 108), que anota que “a reparação do dano civil, quando a cargo do *próprio delincente*, assume o caráter de sanção *penal*, equiparada à multa, e é exigível de ofício pelo Ministério Público (*Código Penal*, art. 34), sem que se torne parte no processo criminal a pessoa lesada, a quem incumbe ministrar dados ao acusador público (*Código de Procedimientos Penales*, art. 141)”. Esclareça-se, neste ponto, que o trecho doutrinário supracitado foi escrito antes da reforma do Código mexicano, que alterou a redação do art. 141, mas não deixou de prever o ofendido como coadjuvante, ou seja, continua ainda hoje não ostentando a qualidade de parte.

⁵⁶ “Artículo 31 Bis.- En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente. El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo”.

legislação do mencionado país passou a prever formas de minimizar os prejuízos decorrentes da prática de uma infração penal⁵⁷.

2.2 SISTEMA DA SEPARAÇÃO

O modelo adotado pela maior parte das legislações atuais é, em linhas gerais, o da separação. E isso decorre da distinção existente entre matéria civil e penal, tratando-se de um sistema que, em comparação ao anteriormente estudado, é mais avançado. Realmente, a sua existência pressupõe certo grau de desenvolvimento do pensamento jurídico.

Sem ignorar a distinção entre as duas áreas do direito mencionadas, a sua aplicação faz com que nasça a possibilidade de cada ordenamento jurídico seguir uma das três subdivisões (da proibição, da obrigatoriedade ou da faculdade). Nos dois últimos casos, perante a jurisdição penal, será postulada a reparação do dano surgido em decorrência da prática de infração penal; no primeiro, tal prática estará vedada.

Já assim é possível perceber que, enquanto a demanda cível tem por escopo principal recompor o prejuízo experimentado pelo seu autor (o lesado), a tutela penal visa impor uma pena ao delinquente.

É possível ainda apontar que, via de regra, a ação civil pode ser proposta em face dos herdeiros do causador do dano ou mesmo de pessoas que foram, por previsão legal, erigidas à categoria de responsáveis, como é o caso, por exemplo, dos empregadores, por atos praticados pelos empregados no exercício da atividade profissional.

Na ação penal, por seu turno, somente pode ser réu o próprio indivíduo que praticou (ou concorreu para) o delito, não sendo autorizada a extensão da responsabilidade criminal a terceiros. Outrossim, em decorrência de o cometimento de um crime lesar a sociedade, o

⁵⁷ RAMÍREZ, Sergio García (*El nuevo procedimiento penal mexicano: la reforma de 1993-1994*. México: Porrúa, 1995, p. 118) anota que “surgió en el Estado de México, por primera vez en la República, una Ley para el Auxilio a la Víctima del Delito, de 1969, entendido este concepto en amplio sentido. La gran reforma de 1983 – luego desarrollada por otros cambios jurídicos – mejoró la posición del ofendido. Sobre este particular represento un gran avance la inclusión del perjuicio al lado del daño, entre los conceptos para el resarcimiento, y la expresa apertura de la vía civil para exigir la reparación cuando no sea posible obtenerla en sede penal, por no ejercicio de la acción, sentencia absolutoria o sobreseimiento”.

autor da demanda penal será, como regra, o Ministério Público, órgão criado para representá-la⁵⁸.

Há, além disso, como característica dos modelos da cumulação, a necessidade de formulação de pedido ressarcitório, até porque, do contrário, seria estranho falar em verdadeira cumulação. Realmente, a se imaginar o arbitramento de indenização independentemente de provocação, existiria atuação oficiosa do órgão julgador.

2.2.1 Subsistema da obrigatoriedade

Há na doutrina⁵⁹ quem diga que o sistema mencionado é adotado pela chamada Escola Positiva, pois os adeptos desta teoria sustentam que a reparação do dano, tal como a imposição da pena, são matérias a ser tratadas na sentença proferida no processo penal.

Ocorre que os seguidores de referida escola, na verdade, apesar de não o reconhecerem expressamente, seguem o modelo da confusão⁶⁰, na medida em que defendem que a reparação do dano é de interesse do estado, havendo, por conseguinte, a possibilidade de o juiz, no silêncio do titular da ação penal, fixar *ex officio* a indenização em favor do ofendido⁶¹.

O Ministério Público, de acordo com tal corrente de pensamento, teria por função postular, além da imposição da sanção penal, a condenação do autor do crime ao pagamento de valor a título de perdas e danos, o que faria independentemente da provocação do lesado, isto é, do particular que teve o seu patrimônio lesado.

É importante, porém, não incidir no aludido equívoco. O subsistema da obrigatoriedade é diverso do sistema da confusão. O modelo a ser abordado no presente tópico reconhece a distinção entre as matérias cível e penal e prevê que as duas ações serão propostas em um mesmo processo, qual seja, o criminal. Nele serão deduzidos dois pedidos, um visando a imposição da pena e outro buscando a reparação do dano causado.

⁵⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966, p. 9.

⁵⁹ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – dano – reparação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1934, p. 19-20.

⁶⁰ Vide item 2.1.

⁶¹ GAROFALO, Raffaele (*A reparação às vítimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1899, p. 1), a propósito, começa sua obra por dizer que “dois fins deveria atender o Estado, quando é cometido um delito: à tutela da sociedade contra atentados semelhantes, e à reparação do dano”.

Não é difícil encontrar quem⁶² dê a tal sistema a denominação de solidariedade, e indique como ponto de distinção em relação ao modelo da confusão justamente a existência de duas ações num único processo.

Parece, no entanto, que o termo escolhido para retratá-lo não é o mais ilustrativo, pois quando se pensa em solidariedade, principalmente ativa, se cogita da existência de mais de um titular do direito, podendo ambos exercê-lo.

Não é isso, porém, o que sucede no sistema em comento, na medida em que o Ministério Público não pode, em lugar do lesado, pleitear a indenização em razão da ocorrência do dano. O titular da ação penal age de maneira obrigatória, ou seja, sem poder dispor da ação penal, ao contrário do que se dá com o lesado, que, sendo titular de direito disponível, escolheria entre atuar ou não. A obrigatoriedade estaria, então, na impossibilidade de escolher o ofendido outra via: teria de se valer do processo penal.

Portanto, mesmo que talvez não seja a melhor expressão, aparentemente dar ao modelo aqui estudado o nome de subsistema da obrigatoriedade retrata de forma mais clara o que efetivamente ocorre quando ele é aplicado.

Com efeito, praticado um crime, o órgão estatal acusador tem o dever de propor a demanda penal em face do autor da infração. Não busca, porém, o Ministério Público saber se o lesado tem intenção de ver ressarcido o prejuízo ocasionado. A este, caso tenha interesse em ter seu direito atendido, cabe o ônus de agir, o que fará dentro do processo penal.

O modelo que mais se aproxima do subsistema aqui tratado é o português. Isso porque, de acordo com o art. 71 do CPP lusitano⁶³, somente de forma excepcional, nos casos expressamente previstos em lei, é que o pedido indenizatório será formulado perante o juízo cível.

2.2.2 Subsistema da facultatividade (ou da livre escolha)

⁶² TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituição de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 387.

⁶³ O art. 71 do CPP português está assim redigido: “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”.

O modelo da livre escolha parte do pressuposto de que, no âmbito do direito material, há diferença entre as esferas civil e penal, cada qual sendo regida por uma gama de princípios que lhe são próprios, e no cenário processual possibilita que o lesado pela prática do crime deduza pretensão de natureza privada⁶⁴.

Com isso, já se torna possível apontar as principais características do sistema. Quanto à matéria de fundo, o ressarcimento corresponde a uma típica indenização de natureza civil, sendo, portanto, disponível⁶⁵. Não se tratando de sanção, servirá para reparar o dano ocasionado exatamente na medida de sua extensão⁶⁶, conforme preconizado pela lei civil.

No âmbito processual, para que a matéria seja apreciada pelo julgador, é imprescindível a formulação de pedido, não sendo, portanto, autorizada a fixação *ex officio*. Como desdobramento da disponibilidade, pode o ofendido desistir do pedido e até mesmo renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.

O Ministério Público, por não ter legitimidade para patrocinar judicialmente interesses privados de pessoas determinadas, não se manifesta sobre a matéria, carecendo, como decorrência lógica, de legitimidade para recorrer caso o pedido do ofendido não seja acolhido.

Na verdade, portanto, pelo sistema aqui tratado, o ofendido apresenta pedido de natureza civil perante o juízo penal, fazendo com que nova ação nasça. Tratando-se,

⁶⁴ GARRAUD, René (*Précis de droit criminel*. 4. ed. Paris: L. Larose & Forcel, 1892, p. 424) diz que “l’action publique et l’action civile sont *indépendantes* l’une de l’autre. 1° En effet, bien qu’elles résultent occasionnellement du même fait matériel, l’*infraction*, elles ont cependant une *cause juridique* différente. L’action publique naît du délit, envisagé comme un trouble de l’ordre social. L’action civile naît du délit, considéré, au point de vue privé, comme un fait dommageable. 2° Aussi ces deux actions n’ont pas le même *objet*. L’une tend à l’application d’une peine, l’autre à réparation du préjudice causé. 3° Elles appartiennent à des *personnes différentes* : l’action publique, à la société, que, ne pouvant l’intenter elle-même, en délègue simplement l’exercice, non pas à tous les membres du corps social, mais à des fonctionnaires spéciaux ; l’action civile appartient à la personne lésée, au point de vue de sa propriété comme de son exercice. 4° L’action publique peut être *exercée* seulement contre les auteurs ou complices de l’infraction. L’action civile peut être exercée, en outre, contre leurs héritiers et contre les personnes que la loi déclare civilement responsables”.

⁶⁵ LEONE, Giovanni (*Lineamenti di diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1956, p. 181) diz que “l’azione civile sperimentata in sede penale non perde il suo carattere civile sia per l’interesse che a mezzo di essa il privato mira a raggiungere (interesse meramente privato: restituzione o risarcimento), sia per i poteri di disponibilità dell’azione medesima che al titolare di essa la legge riconosce (rinuncia alla costituzione di parte civile, revoca presunta ed espressa, ecc)”.

⁶⁶ A doutrina italiana debate a possibilidade de o dano indireto também possibilitar a dedução de pretensão indenizatória. A respeito do tema, ver LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 12. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017, p. 130.

contudo, de faculdade, pode o lesado optar por não propor a demanda ou, se preferir, valer-se da jurisdição exclusivamente civil.

Caso escolha litigar fora do processo penal, há a possibilidade de o ordenamento jurídico conter norma que preveja, por exemplo, a necessidade de suspensão, até que seja apurada a responsabilidade no processo criminal, o que se dá em decorrência de haver uma questão de prejudicialidade.

Costuma a doutrina apresentar como espécie do sistema da livre escolha o modelo francês⁶⁷, e isso porque o art. 1º do Code D'Instruction Criminelle de 1808⁶⁸ já previa a existência da ação de reparação, conferindo legitimidade ativa aos que sofreram danos decorrente da prática de crime ou contravenção.

Nino Levi⁶⁹ sustenta que o ordenamento jurídico italiano copiou o modelo francês⁷⁰, prevendo desde o Código sardo, de 1848, a parte civil no processo penal. As mudanças legislativas e a edição de novos Códigos não suprimiram tal figura. Realmente, o art. 74⁷¹ e seguintes do atual Diploma processual penal tratam do tema.

Outras legislações estrangeiras preveem a ausência de obrigatoriedade de decisão única a respeito da pena e da reparação. Ou seja, mesmo que a sentença penal possa tratar da indenização, o que depende de iniciativa da parte, nada impede que, no cível, o interessado proponha a ação. O sistema argentino atualmente em vigor é um exemplo⁷².

2.2.3 Subsistema da proibição

⁶⁷ FOURNIER, André (*Code de Procédure Criminelle de L'Etat de New-York*. Paris: L. Larose, 1893, p. XVIII-XIX), após tratar do modelo norte-americano, observa que “notre code d’instruction criminelle, sur ce dernier point, a adopté un système absolument contraire. Il autorize la partie lésée par une infraction quelconque, em se constituant partie civile, à réclamer des dommages-intérêts devant la juridiction répressive déjà saisie de l’action publique (art. 1, 3, §1, 63 à 68)”. É de se observar que o comentário foi feito sob a égide do Código de 1808, mas o sistema implementado posteriormente, ou seja, o *Code de procédure pénale*, editado em 1957, tratou a matéria de maneira semelhante.

⁶⁸ “ARTICLE PREMIER. L’action pour l’application des peines n’appartient qu’aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. L’action en réparation du dommage causé par un crime, par un délit, ou par une contravention, peut être exercée par tous ceux qui ont souffert de ce dommage».

⁶⁹ LEVI, Nino. *La parte civile nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1925, p. 6-7.

⁷⁰ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 402), que entende que tudo tem origem italiana, não poderia deixar de dizer que “este sistema, de origen italiano (como lo hemos demostrado) está vigente aún en el derecho francés, belga, español, etc.”.

⁷¹ “L’azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all’articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell’imputato e del responsabile civile”

⁷² RAMOS, Sylvia Jacqueline Sack. *La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2015, p. 123.

Este último modelo, de forma semelhante aos que integram o sistema maior de separação, também distingue no campo do direito substantivo a matéria civil da penal. Em sede processual se diferencia, pois não autoriza a dedução de pedido de caráter indenizatório perante a jurisdição criminal.

A sua principal característica, portanto, consiste em não permitir que temas não relacionados exclusivamente à responsabilidade penal sejam discutidos no processo. Com isso, é possível dizer que o processo penal se torna mais enxuto e, conseqüentemente, mais puro.

Caso fosse adotado integralmente o modelo em comento, a legislação teria de prever a completa desvinculação dos processos, de modo que, mesmo tendo sido de forma definitiva reconhecido que o réu do processo penal não foi o autor do crime, ou que o fato não existiu, estaria o juiz cível autorizado a reanalisar tais temas na ação proposta pelo ofendido⁷³.

Em outras palavras, um mesmo fato seria julgado duas vezes, em juízos distintos, podendo ocorrer de um magistrado chegar a uma conclusão completamente diversa daquela adotada pelo outro julgador. As soluções, que podem ser radicalmente antagônicas, fazem com que, nem mesmo naqueles países que são apontados pela doutrina como sendo seguidores do aludido modelo, o adotem em sua extrema pureza.

Não se tem ciência, a propósito, de um ordenamento que siga na sua plenitude o sistema aqui tratado. Pelo contrário, mesmo que se escolha o modelo da proibição, via de regra a lei estabelece certa interferência de um julgado no outro processo⁷⁴. Isto é, geralmente se vislumbra a existência de uma relação de dependência entre as ações, de sorte que o resultado obtido num processo influencie ou vincule o destino do outro.

Perceba-se, porém, que, adotado o modelo da proibição, ainda que com a atenuação referida, pode existir norma que exclua (ou simplesmente não preveja) a possibilidade de

⁷³ PINHO, Ruy Sérgio Rebello (*A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 34) diz que tal sistema “é aquele em que as ações civil e penal têm curso apartado, não se relacionando nem influenciando a outra”.

⁷⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa (Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p.106) observa “a possibilidade de recíprocas interferências, que ao ângulo procedimental (v.g., suspensão dos processos em certas circunstâncias, até que o outro chegue ao término), quer mesmo sob a forma de uma *vinculação*, mais ou menos intensa, que se impõe ao julgamento civil, à vista do teor do precedente julgamento penal”.

liquidação da sentença penal no juízo cível. Ou seja, além de a decisão final penal não abordar a questão referente à reparação, não figuraria como título executivo. Em cada juízo seria necessária a tramitação de uma ação de conhecimento⁷⁵.

A Inglaterra é muitas vezes apontada pela doutrina como sendo um país que segue o modelo da proibição⁷⁶. Todavia, como lembra José António Barreiros⁷⁷, mesmo no referido Estado foram surgindo previsões legais que permitiram aos tribunais com competência penal fixar o pagamento de compensação pecuniária em favor do lesado.

É possível vislumbrar vantagens e desvantagens nesse sistema. No processo penal, por exemplo, não se perquiriria outra coisa a não ser a responsabilidade criminal, com o que o trâmite seria mais célere em decorrência da existência de menor quantidade de matéria a ser apreciada⁷⁸. Por outro lado, isso geraria a necessidade de propositura de mais uma demanda, na esfera cível, o que redundaria em um maior volume de processos.

O Código de Processo Penal, até antes da reforma de 2008, que criou a regra inserta no art. 387, IV, era, de costume, apresentado pela doutrina como exemplo do modelo aqui tratado. Isso se dava sem que houvesse regra expressa proibindo a dedução de pedido ressarcitório, partindo os autores da premissa de que, por ter sido disciplinada a possibilidade de execução da sentença penal condenatória no juízo cível, estava, conseqüentemente, vedada a dedução de ação visando à condenação do responsável pelo prejuízo no processo criminal.

Mais adiante se debaterá se, somente com a criação do dispositivo legal citado, passou a ser autorizada a formulação de pedido ressarcitório ou se, mesmo antes da alteração legislativa, já era possível cogitar da existência das duas ações (penal e civil) num único processo (penal).

⁷⁵ Tal sistema vigora, por exemplo, no direito norte-americano. FOURNIER, André (*Code de Procédure Criminelle de L'Etat de New-York*. Paris: L. Larose, 1893, p. XVIII) diz que “l'action civile ne peut être intentée que devant les juridictions civiles, et l'action criminelle ne peut l'être que devant les juridictions criminelles”.

⁷⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966, p. 10.

⁷⁷ BARREIROS, José António. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 510.

⁷⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 2, p. 108) anota que “a *Exposição de motivos* do Cód. de Proc. Penal acolhe a argumentação de Sá Pereira no sentido de que: 1.º) a reparação do dano é matéria de Direito civil; 2.º) a repressão sofreria se, no crime, a pleiteássemos. Aí se resumem, a meu ver com felicidade e clareza, as razões que costumam apresentar-se em prol do divórcio entre as duas ações, desprezando-se, além disso, os argumentos manifestamente improcedentes, como sejam o de que a cumulação incita o ressentimento pelo contato prolongado entre as partes, o de que empresta aspecto de vingança ao processo, etc.”

3 O CRIME E O DANO

É necessário analisar, neste tópico, os elementos da responsabilidade civil para, na sequência, verificar se todo ilícito penal é também um ilícito civil e se todo ilícito absoluto (civil e penal) causa dano. Nos termos do art. 186 do CC, pratica ato ilícito (civil) quem, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem.

A primeira observação que pode ser feita sobre o tema aqui em debate diz respeito à necessidade de distinguir, no campo cível, antijuridicidade de ilicitude. Nem todo ato antijurídico é também ilícito, pois, para que o seja, é necessário ser culpável. Portanto, antijurídico é o comportamento contrário ao ordenamento jurídico. A culpabilidade, por seu turno, é a possibilidade de imputar a prática de ato culposo ou doloso a alguém⁷⁹.

A interpretação do dispositivo citado poderia levar a uma conclusão inicial de que, não havendo culpa (negligência, imprudência ou imperícia) e, por maior razão, dolo, a conduta não poderia ser considerada antijurídica. O indivíduo que não tem consciência do que faz, seja pela idade, seja por deficiência mental⁸⁰, ou por atuar em erro, ignorando, de forma escusável e inevitável que seu comportamento é vedado por lei, não cometeria ato antijurídico.

Não é isso, porém, o que ocorre. O menor, absolutamente incapaz, que adota comportamento que viola disposição legal, pratica, sim, ato antijurídico. Não se considera, porém, ilícita a conduta, pois não se pode dizer se o indivíduo agiu com dolo ou culpa.

Aquele que não alcançou a maioridade, mais especificamente o menor de 16 anos, é, nos termos do art. 3º do CC, absolutamente incapaz. Consequentemente, por presunção legal absoluta, não tem consciência do que faz (ou, o que dá no mesmo, não se perquire a sua vontade e intenção). Logo, aplicado o art. 186 do mesmo Diploma nos termos aqui explicados, não se pode considerar ilícito, por exemplo, o dano ocasionado pela conduta de uma criança.

⁷⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 365.

⁸⁰ Observe-se que o art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência enumera os atos em que o indivíduo exerce atos com plena capacidade. O art. 84, § 1º, por sua vez, dispõe que, quando necessário, o deficiente será submetido à curatela, o que atingirá somente atos de natureza patrimonial e negocial. Portanto, salvo melhor juízo, ainda hoje, quem tem alguma deficiência que lhe retire a faculdade de decidir de forma consciente por seus próprios atos não responde pelos danos ocasionados, que têm natureza patrimonial.

Percebe-se, então, que de acordo com a redação da lei civil há necessidade da presença do requisito subjetivo para que se considere ilegal o ato. E a reforçar este entendimento, é possível invocar o art. 932, II, do CC, o qual dispõe que os pais são responsáveis pelos atos praticados pelos filhos menores que estão sob sua autoridade e companhia.

A criança, também de acordo com o referido dispositivo (que está em consonância com o art. 186 do CC), não pratica ato ilícito; contrária ao direito e imputável é a conduta do pai, que, tendo o filho menor sob seu comando próximo, deixa de adotar comportamento ativo, de vigilância sobre o descendente, permitindo que ele cause dano a outrem.

A previsão em debate se assemelha à regra inserta no art. 936 do mesmo Diploma, dispositivo que estabelece a obrigação de o dono reparar o prejuízo ocasionado por seu animal, caso não fique demonstrada culpa da vítima ou força maior. Ou seja, de ordinário, o proprietário arca com as consequências do comportamento de seus semoventes, pois tem o dever de guardar e vigiá-los. Somente quando o ofendido for o responsável pelo dano, ou na hipótese de força maior, restará excluída a responsabilidade.

A incrementar a ideia de que ilícito é, via de regra, o comportamento culposos, cite-se ainda o disposto no art. 927, parágrafo único, do CC. Lá, o legislador tratou de hipóteses excepcionais, fazendo constar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida implicar, por sua natureza, risco ao direito de terceiro. Em outras palavras, a norma estabelece que, em algumas poucas situações, não se perquire o elemento subjetivo.

O legislador, pela norma em comento, criou hipótese de responsabilidade diferenciada, em que, para beneficiar o hipossuficiente da relação extracontratual, adotando critério de equidade, dispensa-o de provar a presença do elemento culpa, bastando a demonstração do dano e do nexos causal⁸¹.

⁸¹ Doutrinadores mais antigos criticam esse tipo de previsão legal de responsabilidade. COLOMBO, Leonardo A. (*Culpa aquiliana: cuasidelitos*. 2. ed. Buenos Aires: TEA, 1947, p. 56) diz que “para la nueva doctrina – construída, según la sagaz frase de Sachet, ‘bajo el aspecto seductor de un motivo de equidad’ – poco importaba que el riesgo se hubiese suscitado al ejercitar un derecho, en contra del antiguo aforismo *qui suo iure iititur neminen laedit*, porque para ella el acto era razón suficiente para engendrar la

Outra exceção é a regra contida no art. 928, *caput*, do CC, segundo a qual o incapaz (inclusive o menor) responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

O ato praticado pelo incapaz será antijurídico, mas não ilícito. A responsabilidade, por conseguinte, que na espécie é subsidiária, existirá independentemente da presença do elemento da imputabilidade, e assim ocorre igualmente por questão de equidade⁸², ou seja, como decorrência de um dos princípios norteadores do Código Civil, a saber, o da eticidade⁸³.

Para que se possa falar em dever de reparação, ao menos um dos dois requisitos constantes do dispositivo legal precisa estar presente. Assim, o incapaz responderá pelo dano (i) na hipótese de ausência do dever por parte dos responsáveis ou (ii) quando se constate a impossibilidade financeira, traduzida na total inexistência de meios ou a reduzida capacidade econômica⁸⁴.

Portanto, de forma semelhante ao que ocorre no direito penal, que tem como um de seus vetores não aceitar a responsabilidade objetiva, no direito civil a regra, embora comporte exceções, é também a responsabilidade subjetiva.

A ideia tratada até aqui – é importante deixar claro – não é a única presente na doutrina. Há autores que, ao invés de falar em ilicitude e antijuridicidade, preferem dizer que existe apenas aquele primeiro elemento, o qual se divide em objetivo e subjetivo⁸⁵.

De acordo com essa corrente, a ação ou omissão levada a efeito por qualquer pessoa, sem que se perquiria se ela tem consciência e se agiu de forma culposa, pode ser

responsabilidad. Encerraba así, en una fórmula matemática (hecho-daño-responsabilidad), lo que otrora consistía en un proceso individual interno, de cariz ético y psicológico”.

⁸² O CC/02 parece ter se inspirado na legislação suíça. Lembra MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53, p. 172) que “no Código federal suíço das Obrigações, art. 54 (antigo art. 58), pôs-se a regra jurídica de poder o juiz, se a equidade lho exige, condenar a pessoa, mesmo se incapaz de discernimento, à reparação total ou parcial do dano que ela causou”.

⁸³ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 913.

⁸⁴ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 915).

⁸⁵ VON TUHR, Andreas (*Derecho civil: teoría general de derecho civil alemán*. Tradução de Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. 3, t. 2, p. 135) afirma que “es posible que el acto no sea culpable – ilicitud objetiva – cuando, v.gr., por ignorancia excusable de la ley, se cumple una acción prohibida o se ignoran los hechos a que se refiere la disposición legal”.

ilícita (objetivamente), o que ocorrerá quando contrariar alguma norma. Será, além disso, subjetivamente ilegal quando o autor, sendo capaz, agir de maneira imprudente ou negligente (ou com dolo). Presentes as duas espécies (objetiva e subjetiva), é possível cogitar da prática de ato civil ilícito.

Nem todo ilícito, porém, seguida qualquer das posições mencionadas, tem (ou gera) como consequência o dever de indenizar; somente haverá tal obrigação se ocorrer dano, isto é, nas hipóteses em que a ofensa a direito alheio for monetariamente quantificável. Em outras palavras, é possível que o ato praticado seja antijurídico (ou objetivamente ilícito), pois contrário a alguma previsão legal, e que o agente atue com culpa (o que revela que é subjetivamente ilícito), mas, ainda assim, nem sempre se poderá falar em dever de reparação.

A redação do art. 186 do CC, neste particular, acarreta divergências de interpretação. Alguns autores acreditam, conforme apontado e defendido, que o dano é elemento acidental⁸⁶ e, portanto, dispensável; outros estudiosos, diferentemente, sustentam que o prejuízo, ainda que meramente moral, é indispensável para a configuração do ilícito⁸⁷. Ou seja, para esta concepção, não bastam a ação e a intenção: é necessária a presença do resultado (mesmo que este não seja materialmente perceptível).

Consequentemente, para a primeira corrente, todo crime é também um ilícito civil; para a outra concepção, nem todo crime configura um ilícito civil, pois, como é sabido, alguns delitos não causam danos⁸⁸. A posição apresentada inicialmente tem como base a

⁸⁶ NORONHA, Fernando (*Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 360), ao comentar o art. 186 do CC, escreve que “a referência ao dano extrapola da noção de ato ilícito: não é sempre que os atos ilícitos causam danos”. No mesmo sentido se manifesta MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53, p. 196), que anota que “o fato pode ser fato ilícito absoluto sem causar dano”.

⁸⁷ De acordo com parcela da doutrina, “o dano é também elemento essencial do ato ilícito e da responsabilidade civil. Cuidando-se de elemento essencial do ato ilícito, fonte da responsabilidade civil, sem dano não há ato ilícito, ainda que se esteja diante de conduta antijurídica” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1, p. 338). Não divergente é a opinião de LOPES, Miguel Maria de Serpa (*Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1, p. 489-490), que diz que “a violação da lei constitui um dos elementos do ato ilícito, os quais se completam com a culpa ou o dolo do seu autor, com o dano resultante do fato lesivo e com a relação de causalidade entre o fato e a lesão”.

⁸⁸ Sintetizando as correntes de pensamento, GOMES, Orlando (*Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 310) anota que “para que o *ilícito civil* se caracterize, é necessário que do ato resulte prejuízo para alguém. Se de uma ação contrária ao direito não resulta dano, o *delito civil* não se verifica, consoante o entendimento dos autores que se inspiram no *Direito romano*. Contra essa concepção insurgem-se os partidários da doutrina germânica, para a qual o ato não é ilícito somente quando cause dano, mas sempre

concepção alemã⁸⁹, ao passo que a outra, que aponta o dano como elemento essencial, segue a doutrina francesa⁹⁰.

A ideia de que o dano é elemento essencial na configuração do ilícito parte da concepção patrimonialista do direito civil. Tal forma de ver a mencionada área da ciência jurídica é uma das características que marcou o surgimento do Código Civil francês, editado em 1804, quando se buscava basicamente garantir a igualdade perante a lei, a liberdade de contratação e a segurança nas relações⁹¹. O atual Diploma brasileiro foi concebido com outro espírito, motivo pelo qual o art. 186 do CC pode ser interpretado da maneira aqui defendida.

Concluindo-se, então, que todo ilícito penal configura também ilícito civil, é importante deixar esclarecido que, apesar disso, nem todo crime gera o dever de reparação. E isso porque – mais uma vez se diga – nem sempre o delito ocasiona danos. Os crimes de perigo abstrato, como é o caso da posse de arma de fogo, não ocasionam, por si só, qualquer prejuízo patrimonial.

De forma derradeira, é necessário observar que, mesmo estando presente o dano, era, pelo menos até a promulgação da CF/88, possível que ele fosse insuscetível de reparação. Na vigência do Código Civil de 1916 o debate, neste ponto, se acirrava. Isso porque a doutrina não era unânime no sentido de que o art. 159 (que continha previsão

que expresse determinada conduta, independentemente de qualquer consequência prejudicial a outrem. Por outro lado, ainda que se considere a produção do dano elemento essencial à caracterização do ato ilícito, não se deve confundir *fato ilícito* com *fato danoso*. Há *atos* que causam prejuízo a outrem, mas não são *ilícitos*”.

⁸⁹ Além do autor já citado (von Tuhr), é possível fazer referência também a ENNECCERUS, Ludwig (*Tratado de derecho civil: parte general*. Tradução de Blás Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 194, v. 2, t. 1, p. 421-422), que, ao abordar os elementos do ilícito civil, faz referência ao ato, à violação do ordenamento jurídico, à culpa e ao nascimento do dever de indenizar como consequência do ato.

⁹⁰ JOSSERAND, Louis (*Derecho civil: teoría general de las obligaciones*. Tradução de Santiago Cunchillos e Manterola. Buenos Aires: EJE, 1950. v. 1, t. 2, p. 293) diz que “puede haber delito penal sin que haya delito civil; porque el delito y el cuasidelito civiles implican la existencia de un daño privado, sufrido por determinada persona; ahora bien, hay infracciones a la ley penal que no causan daño a ningún particular (ciertas contravenciones; tentativas que no producen su efecto)”. Não divergente é a posição de MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean (*Lecciones de derecho civil: la responsabilidad civil; los cuasicontratos*. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJE, 1978. v.2, t. 2, p. 58) que sustentam que “por consistir el efecto de la responsabilidad civil en la reparación de un daño, no podría existir responsabilidad civil sin un daño”.

⁹¹ REALE, Miguel (*Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 412), ao comentar o entusiasmo com que foram recebidos os Códigos editados em França, principalmente ao Civil, diz que “a sociedade burguesa triunfante exprimia suas aspirações e balizava seus interesses em leis de grande perfeição formal, segundo os princípios fundamentais da *liberdade* de iniciativa e de contrato, de *segurança*, e de *certeza* em todos os atos da vida civil, de clara definição de direitos e deveres, de faculdades e sanções”.

próxima daquela existente hoje no art. 186 CC/02) correspondia a uma cláusula geral⁹² prevendo a possibilidade de reparação tanto do dano material como do dano moral.

Acreditava-se que, apesar da previsão mencionada, era necessário haver regra específica, como aquela constante do art. 1.547, parágrafo único, que dispunha sobre o arbitramento de valor correspondente ao dobro da multa criminal caso não se conseguisse provar o dano material na ocorrência de crime de calúnia ou injúria⁹³, para que fosse possível a fixação da indenização por dano moral.

A partir, porém, do surgimento da atual Constituição da República, aparentemente não mais se colocou em dúvida a possibilidade de reparação dos danos, qualquer que fosse a sua natureza, e também a cumulação das indenizações (por dano material e por dano moral). Em obediência à sistemática criada, o Código de 2002 estabeleceu a regra geral da reparação no art. 927.

Na sequência, serão estudadas algumas concepções existentes sobre a matéria em exame e, em cada tópico, se tentará indicar em qual dos sistemas mencionados no capítulo anterior elas se enquadram.

3.1 O DANO PRIVADO SEMPRE PRESENTE

Quando da análise dos sistemas⁹⁴, ficou consignado que a doutrina costuma indicar como exemplo de modelo da obrigatoriedade aquele preconizado pelos adeptos da chamada Escola Positiva, podendo aqui ser feita especial menção a Ferri, um dos seus mais expressivos corifeus.

De acordo com a citada corrente, caberia ao magistrado, atendendo a pedido do Ministério Público (ou mesmo de ofício), ao prolatar sentença condenatória, fixar tanto a

⁹² SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e (O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 667, p. 14, maio 1991) foi um dos poucos a defender essa concepção.

⁹³ BEVILAQUA, Clovis (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 4, p. 687) defendia a ideia de que, “estabelecendo as bases da indenização, no caso de homicídio, o Código Civil não atendeu ao dano moral, que considera em outros casos, por não haver elementos seguros para a apreciação desse dano, que varia, consideravelmente segundo as hipóteses”. Ou seja, o autor, sem negar a existência do dano moral, entendia não ser ele indenizável. No mesmo sentido se manifestou MOREIRA, José Carlos Barbosa (Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 97), que escreveu ser possível que “o ordenamento *exclua* a responsabilidade civil do causador em relação a determinadas espécies de dano (moral, por exemplo), ou ao dano produzido sob certas circunstâncias”.

⁹⁴ Vide item 2 e subitens 2.1 e 2.2.

reprimenda, traduzida via de regra em pena privativa de liberdade, como a indenização a ser paga pelo réu em prol da vítima em decorrência do prejuízo ocasionado⁹⁵.

O dano privado, na visão do mencionado professor italiano⁹⁶, existiria sempre, pois não corresponderia, ao contrário do que habitualmente se diz, a um dano material e exterior, tratando-se de um estado psicológico pelo qual passa a vítima, que pode ser uma pessoa determinada ou toda a sociedade.

Já aí se percebe que, contrariando as correntes apresentadas no tópico anterior, Ferri defende ideia que pretende ser inovadora. Distancia-se, com isso, do pensamento em voga quando da edição do Código Civil francês, segundo o qual somente haverá ilícito civil quando houver dano; e se afasta, igualmente, da concepção germânica, que, embora não veja o dano como necessário para a configuração do ato ilícito, o tem como pressuposto para que seja exigível a reparação.

Material ou moral, individual ou coletivo, para qualquer das correntes mencionadas, o dano precisa existir para que se possa falar em reparação. Somente quando ele resta evidenciado é que se discute a possibilidade de arbitramento de indenização. Aliás, se não há prejuízo, sequer tem cabimento falar em reparação. Para Ferri, porém, as coisas não se passam assim.

Prosseguindo na defesa de sua tese, o autor italiano contraria a divisão existente desde Roma, assegurando que todas as normas de direito privado são, na verdade, de natureza pública, pois emanadas de um ente estatal⁹⁷. E nisso, mais uma vez, segue rumo diverso da concepção dominante, ignorando a gama de princípios que rege cada um desses sistemas (público e privado).

⁹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 160) diz que os adeptos da Escola Positiva sustentam que “a ordem jurídica só será inteiramente restaurada se, no processo criminal, além de ser punido, o réu também seja condenado à reparação do dano; decorre daí que o juiz deveria, de ofício, decidir sobre a reparação, ou incumbiria ao Ministério Público pleiteá-la”.

⁹⁶ Logo no início de sua exposição, FERRI, Henrique (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 559) afirma que “como o dano público subsiste, para cada crime, independentemente das suas consequências, o mesmo deve dizer-se do dano privado, que antes de ser um resultado material e exterior é um facto psicológico no sujeito passivo do crime”.

⁹⁷ FERRI, Henrique (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 560) diz que “as normas de direito privado têm sempre natureza pública, porque a organização jurídica é essencialmente estadual”.

Inexiste questionamento quanto à origem das normas, que é sempre estatal nos ordenamentos que seguem a *civil law*. Ocorre que, enquanto algumas previsões legais tutelam interesses coletivos, sendo, por conseguinte, cogentes e insuscetíveis de estipulação em sentido contrário, outras, diferentemente, visam assegurar somente interesses particulares, motivo pelo qual o titular tem a faculdade de abrir mão do direito protegido, lhe sendo lícito também tratar a matéria de forma diferente.

O indivíduo que sofreu dano que é patrimonialmente quantificável, seja material ou moral, por ser titular de um direito disponível, tem liberdade para abrir mão de eventual ressarcimento. Logo, não tem cabimento outra pessoa, em substituição, um representante da sociedade (ou, ainda mais grave, o magistrado), pretender defendê-lo, praticamente forçando-o a receber aquilo que não quer.

O dano decorrente do descumprimento de uma norma de natureza penal ou fruto do inadimplemento de um negócio jurídico (ou de um ilícito extracontratual, mas meramente civil) é, em sua substância e natureza, idêntico. Consequentemente, se não faz sentido – e ninguém defende isso – o representante do Ministério Público postular em juízo, em prol do credor, o valor que deixou de ser pago pelo devedor a título, por exemplo, de aluguel, por ser o dinheiro algo disponível, da mesma forma não tem cabimento o mesmo órgão pretender seja o furtador condenado a ressarcir o valor do bem subtraído da vítima, pois ela tem liberdade para decidir se quer ou não buscar a indenização a que faz jus.

Veja-se, por exemplo, para ficar apenas na legislação pátria, que os arts. 389 e 402 do CC, que tratam do inadimplemento das obrigações, estipulam, tal como o art. 927 do mesmo Diploma, a obrigação de reparação das perdas e danos, que correspondem aos prejuízos efetivamente sofridos e aos lucros cessantes. É bem verdade que, num contrato, as partes podem prever de forma antecipada a solução a ser dada para o caso de inadimplemento, estabelecendo de antemão um valor determinado se vier a ocorrer a situação prevista em cláusula. No entanto, caso inexista no negócio jurídico disposição neste sentido, a indenização será calculada pela extensão do dano, isto é, serão adotados os mesmos critérios para reparação do prejuízo causado por atividade ilícita extracontratual (art. 944 do CC), a qual abarca a prática de infração penal. Resumindo, independentemente da origem do dano, a reparação se dará de forma idêntica.

A propósito, e para reforçar o que aqui foi sustentado, nota-se que os arts. 948, 949 e 950 do CC individualizam aquilo que é devido nas hipóteses de homicídio e lesão corporal praticados sem que exista entre autor do crime e vítima qualquer anterior relação contratual. Por sua vez, o art. 951 do mesmo Diploma dispõe que as citadas normas deverão ser aplicadas para a hipótese de ressarcimento devido por quem, no exercício de atividade profissional, agindo com culpa, causar a morte ou lesionar o paciente.

A lei, portanto, dispensa idêntico tratamento ao dano decorrente de ilícito penal e de ilícito civil, sendo, pois, contrária ao direito vigente a opinião de Ferri⁹⁸. Aliás, ele não ignorava tal fato. Preferia, porém, dizer que estavam equivocados aqueles que afirmavam que a reparação do dano causado pelo crime está regulamentada no Código Civil (italiano)⁹⁹. Na visão do citado professor, o Estado, na defesa social de combate à criminalidade, deveria impor contra o autor da infração penal sanções preventivas, reparadoras, repressivas e eliminativas, todas de caráter público¹⁰⁰.

Com isso, deixava transparecer que, na sua concepção, a indenização fixada em prol do ofendido, de caráter reparatório, seria uma pena imposta em face do criminoso. Ocorre que, para não reconhecer expressamente a confusão que fazia entre as duas medidas, preferia dizer que, segundo os termos da sua teoria, a indenização não era uma pena, senão uma sanção reparadora¹⁰¹.

Ao apresentar a segunda consequência da adoção de sua tese, afirmava não haver diferença substancial entre reparação do dano e pena¹⁰². Sucede que, se de acordo com o próprio autor, a prática de delito causa danos público e privado, não parece fazer muito sentido o responsável pelo ocorrido sujeitar-se somente às previsões contidas na legislação penal, por mais abrangentes que sejam.

⁹⁸ FERRI, Henrique (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 560) sustenta que “o dano *ex-delicto* é essencialmente diverso do dano *ex-contractu*, porque o crime pertence ao direito público e não é um <negócio jurídico> para se regular com as normas do direito privado”.

⁹⁹ FERRI, Henrique (*Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 561) afirma ser “um erro o repetir, como todos fazem, que o dano *ex-delicto* e a sua reparação devem regular-se pelo art. 1151.º do Código Civil [italiano]”.

¹⁰⁰ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 561-562.

¹⁰¹ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 566.

¹⁰² FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 564.

Aliás, a depender do que esteja previsto na lei, concluir-se-á que, na verdade, a matéria, independentemente do Diploma onde está situada, guarda relação com o direito privado, e não com o direito público. Ou seja, não é a localização da previsão que ditará sua natureza, a não ser que, de maneira forçada, se pretenda que tudo integre o direito público.

Florian¹⁰³, que criticava a Escola Positiva, anotou que seria inadmissível aceitar o conceito de pena privada, e ainda pior seria pretender qualificar como sanção uma medida cuja aplicação dependeria da vontade do lesado. Contudo, firme em suas convicções, Ferri rebateu os argumentos citados e sustentou que seu conterrâneo havia se esquecido de que a reparação do dano decorrente de crime é função do direito público (inclusive o penal), cabendo ao direito privado regulamentar a reparação do dano contratual¹⁰⁴.

É de se ter presente, porém, que, embora, de ordinário, os delitos decorram de relações extracontratuais, nada impede que o delito surja da violação de um contrato¹⁰⁵. Isso se dá, por exemplo, quando o depositário inverte a posse sobre o bem que lhe foi confiado, passando-se a comportar como dono. Além de cometer infração contratual (art. 629 do CC), pratica o delito de apropriação indébita.

Seria, então, de se questionar se, num caso como o mencionado, tratamento diverso precisaria ser dado. Caso a resposta fosse afirmativa, situação curiosa surgiria, na medida em que a existência de um vínculo jurídico anterior entre ofensor e lesionado serviria para afastar a aplicação da pena privada, ou, nas palavras de Ferri, a sanção reparadora.

Não aceitando o sistema posto e pretendendo, portanto, a alteração, de forma forçada o citado professor, em seu anteprojeto, mais especificamente no art. 95, fez constar que seria nula qualquer transação ou convenção celebrada entre o réu e o ofendido (ou seus herdeiros) que dissesse respeito aos direitos à reparação do dano¹⁰⁶.

¹⁰³ FLORIAN, Eugenio. *Trattato di diritto penale: dei reati e delle pene in generale*. 2. ed. Milano: Dottor Francesco Villardi, [194-?]. v. 1, parte 2, p. 10.

¹⁰⁴ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 564.

¹⁰⁵ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 395.

¹⁰⁶ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 565.

O dispositivo, além de colocar a vítima na condição de incapaz, se tivesse se tornado lei, impediria a celebração de acordos, ou seja, a elaboração de negócios jurídicos de conteúdo meramente patrimonial, invertendo a lógica do sistema jurídico, que tem como um de seus princípios a liberdade contratual (ainda que mitigada)¹⁰⁷.

A terceira consequência que foi apontada por Ferri em decorrência da aplicação de sua teoria revela, de forma mais clara, a sua pretensão em colocar em um único ramo do direito tanto aquilo que se refere ao direito criminal como o que guarda relação com o direito cível. Realmente, de acordo com o doutrinador, da mesma forma que o criminoso não pode invocar a ausência de alarme social para isentar-se da aplicação da pena, está impedido de alegar a inexistência de dano material para deixar de arcar com a indenização¹⁰⁸.

Mais do que igualar matérias diferentes, o professor italiano, ainda que de forma indireta, acabaria por admitir a ocorrência de abusos. Com efeito, se a indenização serve para reparar o prejuízo ocasionado, e, justamente por isso, é calculada com base na extensão do dano, está aberta a via da arbitrariedade a partir do momento em que tal critério desaparece.

A se ter como dispensável a verificação do dano, que pode ou não existir, e estando o juiz obrigado a fixar em todos os casos algum valor em prol da vítima, não sobraria alternativa ao julgador a não ser adotar critérios sem nenhuma relação com os fatos para atender à obrigação de arbitrar a indenização. Aliás, desde o instante em que a indenização não tem mais por escopo reparar um prejuízo, só resta concluir que a medida se torna uma pena¹⁰⁹, justamente a pena que o próprio Ferri disse não existir.

Ao final de sua exposição, o doutrinador (embora mais uma vez se contradiga), no intuito de provar que a legislação atual ampara a sua teoria, cita a previsão existente no

¹⁰⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53, p. 123), que segue corrente diversa de Ferri, esclarece que “com o dano e a composição do suporte fático da regra jurídica sobre responsabilidade, que incide na espécie e no caso, nasce o direito à indenização, *direito de crédito*. Tal direito, de ordinário, é transmissível, renunciável e dispensável. Mesmo se o fato ilícito absoluto atingiu a pessoa, física ou psiquicamente, o direito, que resulta, é direito patrimonial. Por outro lado, a ação é *prescritível*”.

¹⁰⁸ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 568.

¹⁰⁹ Veja-se que, de acordo com o art. 90 do anteprojeto, “quando o crime não tiver causado prejuízo economicamente apreciável, o juiz poderá acrescentar a obrigação de pagar, *em benefício da Caixa de Multas*, uma soma não superior a cinquenta mil liras” (FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D’Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 569).

Código Penal italiano, e que é semelhante à encontrada no Diploma brasileiro (art. 16), de que a restituição da coisa ou a reparação do dano antes do recebimento da denúncia acarreta a diminuição de pena.

Segundo Ferri¹¹⁰, a referida norma demonstraria que a reparação do dano não se limita a configurar uma relação de direito privado, acarretando consequências de direito público, na medida em que a sanção reparadora redundaria na diminuição da sanção repressiva. Sucede que, não bastasse inexistir a mencionada sanção reparadora, a referida regra foi criada apenas por razões de política criminal¹¹¹, vale dizer, para dar tratamento mais benéfico àquele que demonstra arrependimento pela prática do crime.

Não há dúvida de que o arrependimento posterior (que consiste na diminuição do prejuízo) tem repercussão no campo do direito penal. Nem por isso se pode dizer que a necessária redução da sanção, que se dá por força da previsão legal mencionada, comprova que o ressarcimento do dano privado passa a ter natureza de direito público. Aliás, basta anotar que, se não houver reparação ou restituição dentro do limite temporal constante do dispositivo do Código, a minorante não incide, mas ainda assim seus efeitos são sentidos no âmbito do direito patrimonial.

A influência que um fato privado causa na seara do direito criminal não torna ambos os ramos integrantes do direito público. Há, no caso em debate, como dito, apenas a previsão de redução da sanção, em razão de fundamentos de política criminal.

Enfim, por tudo o que ficou consignado neste tópico, parece possível observar que Ferri não distinguia em termos claros o que integra e o que distingue os dois grandes ramos do direito (público e privado). Pelo contrário, suas manifestações levam a crer que a intenção deliberada era confundi-los. Com efeito, sustentando que a reparação do dano não deixava de ser uma sanção, equiparava-a à pena prevista na legislação criminal, dando a ambas tratamento semelhante.

A aplicação da teoria de Ferri, que é de direito substantivo, acarreta, como decorrência lógica, repercussão no direito adjetivo. Realmente, a partir do momento em

¹¹⁰ FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931, p. 570.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 518.

que a reparação do prejuízo sofrido pelo lesado passa a ser de interesse público, o órgão estatal criado para defendê-lo tem legitimidade para postular a fixação da indenização. Mais do que isso, vislumbrando a existência de direito indisponível, insuscetível de renúncia, o magistrado está autorizado a, de ofício, analisar o tema, ou seja, independentemente de prévia provocação.

Portanto, caso se adote a classificação de sistemas apresentada em tópico anterior, bem se percebe que a proposta de Ferri se encaixa no modelo da confusão, e não no da obrigatoriedade. De fato, se nos primórdios, em razão da ausência do conceito de interesse público, considerava-se que as medidas impostas contra a pessoa do criminoso, tanto a privação da liberdade como a condenação ao pagamento de indenização, atendiam aos interesses da vítima, o que Ferri fez foi apenas inverter os polos.

Passando, então, a tratar tudo como sendo relacionado ao direito público, de maneira semelhante ao que antes ocorria, Ferri fez com que ressurgisse no processo penal aquela espécie de sanção pecuniária de natureza não definida, em que não se consegue distinguir o que é multa e o que configura reparação do prejuízo.

Este é o ponto principal que distingue o sistema da confusão do sistema da separação.

3.1.1 A equiparação do perigo ao dano

Uma corrente de pensamento, próxima da anteriormente analisada, defende que todo crime causa dano. Isso porque, na visão de quem segue esse entendimento, o dano corresponde à lesão de um interesse¹¹². Seja, portanto, ofensa a algo concreto, seja ofensa a algo não palpável, não se vislumbra diferença.

Se a norma penal, tal como a civil, protege interesses, e esse é o escopo da lei, sempre que houver violação a preceito legal haverá ato lesivo, ou, em outras palavras, existirá dano¹¹³. Não importa, segundo a visão em análise, se o crime se consumou ou

¹¹² CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Antonio Milani, 1926, p. 17.

¹¹³ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. p. 10. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007) diz que “Carnelutti nega qualquer diferença entre o dano criminal (imediate ou direto) e o dano civil ou privado (dano ressarcível). Não é concebível, para ele, crime sem dano; ilícito é sempre um fato lesivo ou perigoso. O dano se encontra em todos os crimes, sem distinção, nos crimes imperfeitos e tentados”.

parou na tentativa, ou mesmo se se trata de delito de perigo¹¹⁴, pois em todas as situações mencionadas se verificará ofensa ao preceito legal, ou seja, lesão a interesse.

Aliás, por conta do raciocínio aplicado, não se cogitaria da divisão comumente feita pelos estudiosos, entre crime de perigo e crime de dano. De fato, a partir do momento em que dano nada mais é do que lesão a interesse, em qualquer espécie de delito se constatará a existência de dano.

A diferença entre o crime e o ilícito civil estaria, então, na resposta prevista para cada conduta, algo a ser escolhido pelo legislador. No primeiro caso, isto é, na hipótese de cometimento de delito, será imposta em desfavor do autor a pena. Diferentemente, levada a efeito conduta prevista como ilícito extrapenal, a consequência consistiria no dever de reparação¹¹⁵.

Uma mesma conduta, é importante deixar claro, pode, segundo o defensor da teoria em análise, ensejar a aplicação das duas respostas. Ocorre que, havendo identidade entre crime e ilícito civil (dano), conseqüentemente, não há diferença entre lesado e ofendido. Na linha de pensamento de Carnelutti, o sujeito passivo da infração penal (ofendido) é quem tem direito à reparação do prejuízo¹¹⁶.

Daí se constata que, embora em alguns aspectos a teoria em debate se afaste daquela criada por Ferri, na medida em que há distinção entre os ramos do direito, a saber, público e privado (integrando o penal, o primeiro, e o civil, o segundo), o fato é que, não se vislumbrando diferença entre ofendido e lesado, Carnelutti se aproxima do expoente da

¹¹⁴ A propósito, CARNELUTTI, Francesco (*Il danno e il reato*. Padova: Antonio Milani, 1926, p. 26) diz: “non intendo negare nè che sia esatta nè che sia utile una classificazione dei reati in *reati di danno* e *reati di pericolo*; peraltro mi sembra che, al fine di evitare conseguenze nocive alla chiarezza nella stessa nozione del reato, debba esser posto in rilievo come anche il perocilo sia *niente altro che un danno*, onde, nella antitesi tra pericolo e danno, quest’ultima parola si usa con significato più ristretto allo scopo di indicare una sottospecie del danno”.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Antonio Milani, 1926, p. 31-32.

¹¹⁶ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de (*Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978, p. 87) afirma que “desta perfeita identificação do crime com o dano ressarcível, advém, no entendimento de Carnelutti, uma outra consequência, que é mesmo o aspecto que mais nos interessa a nós neste momento, e que se traduz em uma coincidência: na coincidência da noção, própria do direito penal, de <ofendido> e da noção, própria do direito civil, de <lesado>. O sujeito passivo do crime, isto é, o titular daquele interesse que é imediatamente protegido pela norma penal é também, para Carnelutti, o titular do direito ao ressarcimento”.

Escola Positiva naquilo que diz respeito ao dever (do lesante) e ao direito (do lesado) ao ressarcimento¹¹⁷.

Partindo da premissa de que o dano não pertence a nenhum ramo específico do direito, tratando-se de uma figura neutra, caberia ao legislador, valendo-se de critérios de discricionariedade, escolher se a conduta seria criminosa ou apenas um ilícito civil. E optando por esta última via, estabeleceria ou não o dever de reparação.

O problema que se constata na teoria de Carnelutti – e a crítica serve para Ferri – é que o dano tem sempre natureza civil, independentemente de estar previsto em norma penal. Aquilo que mais evidencia a ideia de dano é a possibilidade de sua reparação pelo equivalente em dinheiro¹¹⁸.

O crime de dano (art. 163 do CP) comprova tal afirmação, na medida em que estabelece como típica a conduta de destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia. O ataque ao bem sem dono (*res nullius*) é atípico, pois a conduta, embora cause a modificação da coisa, não lesa o patrimônio de alguém. Não sendo um ilícito civil, não o é também um ilícito penal.

3.2 O DANO PRIVADO NEM SEMPRE PRESENTE

Negada a aceitação da tese defendida por Ferri, segundo a qual todo crime causa um dano privado (que o autor intitula público) e gera, por conseguinte, a obrigação de o seu autor indenizar a vítima, é importante analisar agora a questão referente aos interesses metaindividuais e a existência de delitos que, quando cometidos, não lesam a pessoa ou seu patrimônio.

¹¹⁷ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978, p. 87.

¹¹⁸ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de (*Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978, p. 87) afirma: “mas não temos, agora, que pensar muito para ver onde está mal uma formulação doutrinária como esta. Como não necessitamos de gastar muitas palavras para nos inteirmos de como anda defeituoso um raciocínio que abica em tal conclusão. E basta quase, senão só, trazer até nós o que deixamos dito, mesmo há pouco, para Ferri. E, em suma, que o dano é um conceito civil, que se sucede e se alcança em função do interesse ou valores civis e em que fundamentalmente se apoia a sanção civil”. Ideia semelhante é defendida por MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53, p. 123), que diz que “seja qual for o dano, mesmo o dano moral, o seu valor é fixável em dinheiro. As ofensas à personalidade têm de ser medidas pecuniariamente, por mais estranho que seja ao patrimônio o direito ferido”.

A matéria guarda relação tanto com o direito civil como com o direito penal, mais especificamente no tocante aos crimes de perigo, mas não só eles. Praticada uma conduta ilícita, nada impede que, embora se vislumbre a possibilidade de ocorrência de dano concreto, este não venha a acontecer. O indivíduo que conduz, embriagado, veículo automotor pode, em razão do seu estado mental, lesionar algum pedestre ou colidir com um objeto na via pública. Nem sempre, porém, isso ocorre. Mas, impreterivelmente, a segurança viária é colocada em risco.

Seguida qualquer das correntes mencionadas em tópico anterior¹¹⁹, diante de uma situação dessas, não haveria o que ser indenizado, já que a reparação pressupõe a existência de dano. Uma concepção mais antiga, a propósito, seria no sentido de que, não constatado prejuízo material, não se cogitaria de reparação. Assim, por exemplo, se o condutor se aproximasse com o automóvel de alguma pessoa, e esta tivesse de se jogar para não ser atingida, embora motivado pelo pânico, não se cogitaria de arbitramento de indenização, pois o abalo moral decorrente do acontecido não seria monetariamente quantificável.

Concepção como a mencionada já foi, contudo, superada. Ninguém mais questiona que o abalo moral, ao menos no que diz respeito à pessoa física¹²⁰, é indenizável, e isso, no Brasil, sequer é colocado em dúvida nos dias atuais diante das previsões constantes do art. 5º, V e X, da CF. De todo modo, parece irrefutável a afirmação de que somente se cogita de reparação quando se constata a presença do dano. O art. 927 do CC/02 assim dispõe.

No âmbito do direito criminal, a ideia de que apenas se puniria a conduta que atingisse pessoa determinada (ou seus bens particulares) vigorou nos primórdios da civilização¹²¹. A sanção, com caráter de vingança, era imposta em virtude da ocorrência de danos perceptíveis. Levava-se em conta, portanto, tão só o desvalor do resultado, e não propriamente a reprovabilidade da conduta¹²². Desde longa data, porém, constam das

¹¹⁹ Vide item 3.

¹²⁰ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEJA, 1951. v. 1, p. 393), ao tratar do direito italiano, diz que as pessoas jurídicas não são suscetíveis de sofrer danos morais.

¹²¹ Vide item 1.1.

¹²² WELZEL, Hans (*O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 44), ao criticar a corrente tradicional, afirma que “a doutrina da ação causal tampouco permite compreender os delitos *culpotos*, embora tenha considerado durante muito tempo que era esse o seu ‘campo’”. Desconhece que a parte essencial do fato culpoto, para o Direito Penal, não consiste no *resultado* causado por um ato voluntário (assim, por exemplo, Mezger, I, 4. ed., p. 45), mas na *ação* defeituosa; conseqüentemente, não no

legislações previsões de crimes que, quando praticados, não causam prejuízo que possa ser monetariamente quantificado.

Inicialmente, a sociedade, a esse respeito, erigiu à qualidade de muito relevantes valores de cunho religioso. Assim, retratando a vontade geral, havia em Diplomas antigos, a exemplo das Ordenações Afonsinas, crimes de feitiçaria e heresia, como lembra a doutrina¹²³.

O bem jurídico protegido por normas deste jaez é imaterial, motivo pelo qual é impossível ser qualificado como pertencente a uma pessoa específica. Já despontava, de forma embrionária, a ideia de direito supraindividual. O direito penal, que há muito tempo serve para proteger interesses de toda a coletividade, apenava comportamentos como o mencionado, que não causam qualquer dano econômico.

Foram criados, também, os delitos contra a honra, e, embora a moral corresponda a algo não palpável, tem como ser individualizada, e, se bem que perdendo parte de sua característica, materializada. Quando a conduta criminosa atinge a reputação de uma pessoa, nela se concretiza a ação ilícita, não havendo assim dificuldade em falar na existência de dano. Nota-se, com isso, que, desde antigamente até não muito tempo atrás, para que se pudesse falar em reparação era imprescindível a individualização dos lesados. Não se cogitava dos chamados danos coletivos.

Tantos outros bens e interesses indispensáveis para o bom convívio social passaram, ao longo dos séculos, a ser protegidos pela norma penal, tais como a paz pública, a segurança do estado, a liberdade de ação, etc., todos de natureza metaindividual. Além disso, durante a primeira revolução industrial, começou-se a se considerar o perigo, e não mais o dano, como sendo o ponto de maior relevância para a criação de normas penais.

Deixou-se, então, de se dar tamanha importância ao resultado concreto decorrente da ação, para justamente ser valorizada ela própria. A forma de produção, que de manual e pequena se transformou em industrial por conta da técnica de repetição, inclusive com emprego de máquinas, fez com que o perigo na ocorrência de danos fosse mais evidente.

desvalor do *resultado*, mas no desvalor da *ação*. A mesma sistemática parece que pode ser aplicada aos crimes dolosos de perigo abstrato. Não há resultado concreto: pune-se a conduta levada a efeito.

¹²³ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 333.

Realmente, a atividade industrial acarreta a exposição de pessoas e bens a riscos elevados, motivo pelo qual foi objeto de preocupação dos estudiosos e da legislação.

Concomitantemente, o Estado começou a atuar de maneira mais ativa na vida das pessoas, principalmente naquilo que diz respeito à segurança¹²⁴. Ou seja, surgiu de forma clara a ideia de regulamentar as condutas que geram risco. No entanto, é bem de ver, nem toda conduta que traz perigo causa dano – pelo contrário, na maioria dos casos nenhuma repercussão concreta se nota.

Não é necessário, porém, para que se possa falar em dever de indenizar, que a conduta levada a efeito cause prejuízo a alguém em particular. Aquele que polui, nas suas mais variadas formas, o faz de maneira a atingir pessoas indeterminadas, causando danos para a comunidade como um todo. A responsabilidade civil, em casos tais, independe da presença do elemento culpa, e o dano é indenizável mesmo não sendo possível individualizar os lesados. Há como vislumbrar, inclusive, a presença dos danos morais coletivos, os quais poderão ser arbitrados na sentença penal condenatória, atendendo a pedido formulado por quem tem legitimidade para tanto.

Diferente, porém, parece ser a consequência decorrente da conduta de quem, violando um preceito legal, acaba por praticar um crime que somente gere perigo. De ordinário, o autor de infração desta natureza não dá causa a um resultado que possa ser economicamente quantificado, justamente porque, para o direito penal, o que interessa é o desvalor da ação.

O direito civil, diferentemente, máxime em matéria de responsabilidade contratual e extracontratual, embora não esteja totalmente preso, ao menos norteia-se pela ideia de dano quantificável, material ou moral, ou seja, com algo que possa ser convertido em valores monetários. Em outros termos, o que tem relevância é o resultado.

É por conta disso que, diferentemente do que defende a Escola Positiva, não há, como em todos os casos de prática de infração penal, que se falar em imprescindibilidade de estabelecimento, em sentença, de fixação de indenização. Esta somente terá cabimento quando houver dano, que corresponde à deterioração sofrida pela pessoa (ou coletividade)

¹²⁴ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 351.

ou que afete seu patrimônio¹²⁵, pois, em ambos os casos, é possível que seja calculado o montante devido.

3.3 SANÇÃO PENAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

Conforme é possível perceber daquilo que ficou consignado nos itens anteriores, todo crime configura um ilícito civil. Nem todo delito, porém, redundando no dever de indenizar. Isso porque algumas infrações penais não causam danos que possam ser monetariamente quantificáveis.

Cabe agora verificar as diferenças entre as consequências decorrentes do cometimento de um crime e de um ilícito não-penal. Neste último caso, isto é, no que toca à responsabilidade civil, um dos princípios regentes é a impossibilidade de a reparação configurar pena. Tal preceito é aplicado, em regra, nos países de *civil law*. Diferentemente, nos ordenamentos de *common law* existe a figura denominada *exemplary damages*. A ideia de que, no âmbito civil, o ofendido não pode, com a reparação, alcançar situação mais benéfica do que aquela que se verificaria caso nada tivesse ocorrido, vem da época das glosas¹²⁶. Seguindo tal concepção, o Código Civil atual prevê, de ordinário, que a indenização seja medida pela extensão do dano (art. 944, *caput*), estipulando a possibilidade de redução equitativa somente quando se vislumbra excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

A sistemática aplicável, portanto, é a de que, no âmbito civil, não se busca a punição daquele que causou prejuízo. O autor do ato ilícito tem como obrigação, a princípio, somente a reparação do dano, na exata medida de sua extensão, não sendo obrigado a suportar nada além disso. O ilícito unicamente civil, em razão de não ser algo que, de acordo com o legislador, afete interesses que atinjam a sociedade como um todo, não gera, como consequência, a punição do seu autor, que tem por obrigação somente reparar o prejuízo.

Há quem, a respeito do tema aqui debatido, prefira especificar e individualizar cada uma das espécies de resposta civil. A restituição da coisa obtida de forma ilícita

¹²⁵ BENEVOLO, Frederico. *La parte civile nel giudizio penale*. 3. ed. Torino: Unione, 1892, p. 316.

¹²⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e (O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 667, p. 11, maio 1991) diz que “desde a glosa, especialmente a glosa ‘*Lucratus non sit*’ impede-se que, através da reparação, a vítima possa ter benefícios, vale dizer, possa estar numa situação econômica melhor do que o que se encontrar anteriormente ao ato delituoso”.

corresponderia à forma mais singela de satisfação. Mas como é possível que não seja suficiente para sanar por completo o dano, fala-se, então, em ressarcimento, que consiste no pagamento do dano emergente e do lucro cessante. O termo reparação, por sua vez, seria de aplicação restrita àquilo que é arbitrado em prol do lesado e decorre de lesão não patrimonial, a saber, o dano moral¹²⁷.

Como se vê, existe uma denominação exata para cada espécie de satisfação do dano. No entanto, em razão de ter sido difundido o uso indistinto de tais expressões, o que se verifica até mesmo nos textos legais, se usará – como já se empregou – reparação como sinônimo de ressarcimento.

Pena, por outro lado, corresponderá à resposta estatal imposta em face daquele que praticou crime. Isso se dá justamente em virtude de o direito penal ter como funções a repressão daqueles que, com os seus atos, atingem a sociedade e a prevenção para que novos ilícitos não ocorram. A reprimenda, portanto, corresponde a uma reprovação, um agravamento imposto em desfavor do autor do delito¹²⁸.

É de se imaginar, diante do que foi dito até então, que pena e ressarcimento (*lato sensu*) não se confundem, cumprindo cada qual as suas específicas funções¹²⁹. Nada impede, porém, que, levada a efeito uma conduta prevista como criminosa, sejam impostas ambas as espécies de respostas, pois atingem interesses e direitos diversos. Por certo, um mesmo ato pode ser civil e penalmente ilícito. Aliás, presentes os requisitos autorizadores,

¹²⁷ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituição de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2, p. 380.

¹²⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich (*Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Joé Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993, p.10-11) diz que “**pena** es la compensación de una infracción jurídica mediante la imposición de un mal que, adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, expresa una reprobación pública del hecho y obtiene así la salvaguardia de Derecho”.

¹²⁹ FLORIAN, Eugenio (*Trattato di diritto penale: dei reati e delle pene in generale*. 2. ed. Milano: Dottor Francesco Villardi, [194-?]. v. 1, parte 2, p. 11) aponta algumas diferenças entre os institutos dizendo que “immediatamente la pena serve all’interesse generale, il risarcimento ad un interesse privato; la pena si applica soltanto a chi sia in certo grado colpevole, l’obbligo del risarcimento prescinde da ciò; la pena si applica soltanto agli autori o partecipanti del reato e però ha carattere personale, l’onere del risarcimento incombe non solo a cotesti autori e complici ma anche agli eredi; la pena è istituto di diritto pubblico, normalmente sottratto alla efficacia dei patti privati, il risarcimento è istituto di diritto privato, suscettivo delle modificazioni (transazione, cessione, rinuncia, ecc.) lecite nella sfera del diritto privato; la pena consiste in una coercizione che immediatamente o condizionalmente tocca la persona, il risarcimento è costrizione, che normalmente tocca il patrimonio, non la persona; la pena è un male e ferisce delinquente, il risarcimento mira a medicar ela ferita col delitto cagionara senza allargala o recarne altra, cioè, il risarcimento mira a togliere le conseguenze material del reato ed a ripristinare, direttamente o indirettamente, lo stato di fato precedente, la pena aggiunge qualche cosa a cotesta riparazione e va al di là di questa. Se il risarcimento fosse una pena, assai spesso la prestazione di esso dovrebbe impedire l’applicazione della pena; il che fortunatamente non accade: sarebbe cotesto un monstruoso privilegio per i ricchi”.

ordinariamente, em favor da vítima se fixa indenização, e em prejuízo do autor do fato é estabelecida a pena.

É possível, apesar das diferenças entre as medidas, que o legislador, talvez sem obedecer rigorosamente à técnica, mas por questões de política-criminal, preveja a conversão de uma em outra, e isso tem sido percebido, mesmo que de forma pontual, nos dias atuais, pois há certa tendência em patrimonializar as das penas¹³⁰.

A conversão permitida por força de algumas disposições legais, deixando-se de lado as possíveis vantagens que isso acarrete no seio da sociedade, acaba por dificultar a elaboração de critérios diferenciadores entre as figuras¹³¹, autorizando imaginar que, com o crescimento de hipóteses legais, se restabelecerá o sistema vigente nos tempos remotos, à época em que não se sabia, com clareza, o que era considerado pena e o que correspondia à indenização.

Veja-se, a propósito, que, de acordo com o art. 51 do CP, a multa imposta ao réu tem natureza de dívida de valor. O mesmo Diploma legal prevê a possibilidade de, cumpridos alguns requisitos, ser a pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos. E uma das opções que se abre ao julgador é o arbitramento de prestação pecuniária em favor da vítima (art. 45, § 1º, do CP).

Na legislação extravagante, é possível encontrar exemplo de sanção penal com natureza de indenização civil. O art. 297 do CTB prevê a chamada multa reparatória, que consiste no pagamento de determinada soma de dinheiro em favor do ofendido.

3.3.1 A condenação civil no processo penal

¹³⁰ FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado pelo crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 22.

¹³¹ ENNECCERUS, Ludwig (*Tratado de derecho civil: derecho de obligaciones*. Tradução de Blás Pérez González e José Alger. Barcelona: Bosch, 1944, v. 2, t. 1, p. 619-620) afirmou que “todas las pretensiones por delito se dirigen a la *indemnización*. Los créditos dirigidos al pago de penas privadas eran ya extraños al moderno derecho común y no han sido recogidos por el C.c. 1. Asimismo la compensación llamada ‘Busse’ cuya procedencia puede reconocer el juez penal en los casos de injuria y calumnia, de lesión corporal y algunos otros no es una pena sino una indemnización y un desagravio que no se limita al daño patrimonial, y cuya cuantía ha de determinarse al arbitrio del juez dentro del tipo máximo fijado por la ley. Por ello esta compensación excluye el ejercicio de una ulterior pretensión de indemnización contra el condenado a la *Busse*”. A respeito do tema, ver também TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v.1, t. 2, p. 127.

A doutrina é praticamente unânime no sentido de que, com a promulgação do CPP, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da separação¹³², mais especificamente o da proibição, sustentando que estava vedada, ao menos até a reforma de 2008, a possibilidade de o ofendido postular, junto ao juízo criminal, a reparação do dano sofrido com a prática do crime¹³³.

Aparentemente, influenciados pela mudança ocorrida com a Lei 261, de 3 de dezembro de 1841, que alterou o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo de 1832, os autores concluíram que, também no então novo Diploma, editado em 1941, não estava autorizada a condenação cível no processo criminal.

Retomando ponto já analisado neste trabalho, na redação original dos códigos do Império, o delinquente era obrigado, por força da sentença condenatória proferida no juízo criminal – que tratava também de assunto cível –, a satisfazer o dano causado pelo delito. A matéria estava disciplinada entre os arts. 21 e 32 do Código Criminal e também em alguns dispositivos do Diploma processual. Por conta do tratamento dado, e principalmente pela faculdade de ser pleiteada em qualquer jurisdição (cível ou penal) a reparação, não faltou quem dissesse que no Brasil vigorava sistema próximo ao francês¹³⁴.

Com a edição da Lei 261 de 1841, porém, tudo mudou; o art. 68 determinou que, em todos os casos, a indenização seria pedida por ação civil (no juízo cível).

Editado o CPP atual, fizeram-se constar entre os arts. 63 e 68 as regras a respeito da ação civil. O primeiro dispositivo (art. 63, *caput*) estatui que, transitada em julgado a sentença penal condenatória, o ofendido (ou herdeiro) pode, perante o juízo cível, promover a execução para efeito da reparação do dano.

Interpretando este dispositivo, praticamente nenhum autor concluiu que ali estava prevista a possibilidade de o juiz criminal condenar o réu a ressarcir o prejuízo decorrente

¹³² PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 768. No mesmo sentido: FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 399.

¹³³ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953, p. 335) diz que “não existe ação civil no juízo criminal, nem em confusão nem em solidariedade com a ação penal e não se permite sequer a livre escolha. Em outras palavras: não há comistão nem acumulação, obrigatória ou facultativa. Quem quiser *mover ação civil* terá de fazê-lo na sede civil. A lei brasileira adotou o sistema da independência”.

¹³⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal: análise e confrontos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938, p. 216.

do cometimento do delito. Pontes de Miranda¹³⁵ foi um dos únicos a se manifestar de forma contrária. Para ele, o referido artigo conferia ao magistrado com competência criminal o poder de condenar civilmente o réu.

O seu pensamento, apesar de ser indiscutivelmente minoritário, pode ser acolhido, pois não contraria qualquer previsão legal, tampouco o espírito do Código. Além disso, sua tese encontra respaldo nas previsões existentes nas normas de direito processual civil, as quais levam ao entendimento de que executável, por excelência, é o título que condena alguém ao cumprimento de determinada obrigação.

Constam do rol do art. 515 do CPC os títulos executivos judiciais. O inciso I alude às decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia; no inciso VI há menção à sentença penal condenatória transitada em julgado.

Não era muito diferente o tratamento dado pelo CPC/73, quer em sua redação original, quer naquela empregada após a reforma de 2005. Na última versão, o Diploma, mais especificamente no art. 475-N, dispunha que tanto a sentença proferida no juízo criminal (inciso II) como a sentença proferida no processo civil que reconhecesse a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia (inciso I) eram executáveis.

Ora, mesmo após a difusão do pensamento – baseado na doutrina italiana – de que a decisão declaratória é também suscetível de execução, nunca se discutiu que, como regra geral, o maior exemplo de título executável é a sentença condenatória¹³⁶. No caso, o que se nota da redação do CPC/15 – no que diz respeito à sentença penal condenatória – é apenas uma menção mais miúda de um fenômeno processual complexo.

A sentença penal que condena o réu ao cumprimento de sanção, não necessariamente trata apenas da matéria criminal; pode, além disso, dispor sobre matéria

¹³⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 27, p. 263) sustenta que “os arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal atribuem – fora de qualquer dúvida – ao juiz criminal *condenar civilmente*”.

¹³⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 485 ao 538)). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 8, p. 261) anota que “a sentença condenatória, desde as fontes romanas do processo arcaico, sempre foi o título executivo judicial por excelência”.

civil, o que ocorrerá quando houver provocação para que haja manifestação neste sentido. Somente quando discorrer sobre o pedido (de reparação dos danos), é que será possível a execução perante o juízo cível. Do contrário, não havendo condenação (ou ao menos declaração), não é possível, por falta de objeto, postular a execução a que alude o art. 63 do CPP¹³⁷.

A sentença penal que acolhe a pretensão acusatória, no entanto, tem o condão de impedir que, na ação de reparação de danos, a ser ajuizada perante a justiça cível, se discuta a existência do fato e a autoria (art. 935 do CC). Tal força impeditiva configura o chamado efeito preclusivo panprocessual da decisão criminal passada em julgado¹³⁸. Assim, proposta a ação prevista no art. 64 do CPP, o âmbito de discussão estará limitado, não podendo abranger as referidas matérias (fato e autoria).

No último dispositivo citado está escrito também que, sem prejuízo daquilo que consta no artigo antecedente (art. 63 do CPP), poderá ser proposta no juízo cível ação para ressarcimento contra o autor do crime e, se for o caso, em face também do responsável civil. Trata-se, como se vê, de faculdade de escolha de juízos, e não – é claro – de possibilidade ou não de ajuizamento da demanda, pois, quanto a isso, não há de se duvidar que, por abordar matéria dispositiva, cabe ao interessado decidir se postula, ou não, a indenização.

O art. 63 do CPP disciplina a execução do título, o que pressupõe a condenação ou a declaração da responsabilidade civil; o art. 64, por seu turno, regulamenta a ação de conhecimento, vale dizer, o meio pelo qual se busca a condenação. Neste último dispositivo consta o termo “poderá”¹³⁹, o qual não pode ser interpretado como deverá. Vale dizer, é aberta em favor do lesado a faculdade de escolher onde postulará o ressarcimento do dano.

¹³⁷ Veja-se, a propósito, que (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 485 ao 538). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 8, p. 267) diz que o efeito de tornar certa a obrigação de reparar o dano “não se insere na motivação da sentença. Constitui parte que integra o seu dispositivo e, portanto, adquire a autoridade de coisa julgada”. Ora, mas para que isso ocorra, tem de haver pedido, pois, do contrário, nada constará sobre a matéria no dispositivo da decisão final de primeiro grau. Saliente-se, porém, que o doutrinador mencionado não aborda tal questão.

¹³⁸ GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 23-24.

¹³⁹ Para facilitar a compreensão, cite-se o teor do dispositivo (art. 64, *caput*, do CPP): “Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, 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”.

É bem verdade que, na Exposição de Motivos do CPP, se fez constar que, à semelhança do que ocorria no regime anterior, era mantida a separação entre a ação penal e a ação civil, não se vislumbrando a figura – tachada de ambígua – da parte civil no processo penal¹⁴⁰. Mas é de se ponderar que, apesar de se tratar de fonte de interpretação, não tem, a exposição, caráter vinculante; tampouco está ela a autorizar entendimento que contrarie as disposições do Código.

Perceba-se, a reforçar o entendimento que aqui se defende, que não faria muito sentido o CPP prever medidas assecuratórias, de natureza cautelar – a exemplo do sequestro e da hipoteca de bens –, e não autorizar que o pedido principal – e que justifica a concessão da medida – fosse postulado no mesmo processo. Em outros termos, não parece razoável adotar interpretação no sentido de que o acessório pode ser pedido, mas o principal não.

Aliás, bem se vê no art. 127 do CPP, que um dos legitimados a requerer o sequestro de bens é o ofendido. A matéria, por ser eminentemente patrimonial, tem natureza cível e, por conseguinte, a ela são aplicáveis todos os princípios que norteiam essa espécie, notadamente a disponibilidade. Ou seja, cabe ao interessado decidir se é ou não o caso de deduzir a pretensão, podendo, após ter concluído pela afirmativa, dela desistir.

Algo semelhante se dá com o instituto da hipoteca legal. O art. 134 do CPP faz expressa alusão ao ofendido, dando-o como legitimado a pleitear a referida medida cautelar. O art. 135, §§ 2º e 3º, do mesmo Diploma, por sua vez, estabelece que, após pronunciamento do perito, será arbitrado o valor da responsabilidade, isto é, fixar-se-á o montante da indenização, que aqui tem caráter provisório.

É bem verdade que o art. 143 do CPP prevê a remessa dos autos de hipoteca ou arresto ao juízo cível, o que poderia levar a crer que somente em tal sede seria lícito o lesado buscar o ressarcimento do dano, quer mediante liquidação, seguida de execução, quer mediante ação de conhecimento. Contudo, é importante se atentar para o fato de que as medidas cautelares mencionadas (e previstas no CPP) visam garantir o sucesso da execução, processo (ou fase processual) que inegavelmente tem curso fora do âmbito

¹⁴⁰ No item VI da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal consta que “O projeto, ajustando-se ao Código Civil e ao novo Código Penal, mantém a separação entre a ação penal e a ação civil *ex delicto*, rejeitando o instituto ambíguo da constituição de ‘parte civil’ no processo penal”.

penal. Em outras palavras, o dispositivo citado não serve como fundamento para justificar a impossibilidade de formulação de pedido indenizatório no processo penal.

No sentido inverso, observa-se claramente que todas as previsões constantes do Capítulo VI, do Título VI, do Livro I, revelam que o juízo criminal tem competência para apreciar matéria de natureza cível. Realmente, se lhe é lícito deferir medidas assecuratórias e, mais do que isso, arbitrar o valor da responsabilidade, não teria sentido não dispor de competência justamente para condenar ao pagamento, que é a essência do título executivo judicial. Diante disso, fica afastada a tese segundo a qual não caberia a apresentação de pedido condenatório cível no processo penal por ausência de competência, em razão da matéria, do magistrado criminal.

Outro dispositivo do CPP que corrobora a ideia de que o magistrado criminal tem competência para tratar de matéria cível, notadamente sobre reparação de dano, é o art. 630. Embora disponha sobre revisão criminal, nele consta que, formulado o pedido e presente qualquer uma das situações autorizadoras, o tribunal reconhecerá ao interessado o direito à justa indenização.

Note-se que o acórdão que declara ter ocorrido o erro judicial, por si só, não é suscetível de execução perante a justiça civil¹⁴¹. Para que o seja, é imprescindível que a parte formule pedido de natureza ressarcitória¹⁴². E, então, acolhida a pretensão, se formará o título executivo, qual seja, aquele previsto no art. 515, I, do CPC¹⁴³. A mesma sistemática deve ser aplicada à sentença penal condenatória, não bastando, para afastar a exigência de dedução da pretensão reparadora, a invocação da regra contida no art. 91, I, do CP.

Os doutrinadores costumam dizer que, em razão da previsão constante do dispositivo citado, segundo a qual é efeito da condenação criminal tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo delito, não há necessidade de expressa manifestação, na sentença penal, a respeito do dever do réu em ressarcir o prejuízo. Tratando-se de efeito

¹⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1080.

¹⁴² FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 2, p. 355.

¹⁴³ É bem verdade que o art. 515, I, do CPC faz expressa alusão às “decisões proferidas no processo civil”. Mas, a se interpretar literalmente e de forma restritiva o dispositivo, teria o atual Diploma processual civil tornado sem efeito o art. 630 do CPP, o que não parece razoável.

secundário da decisão¹⁴⁴, e diante da previsão constante do art. 515, VI, do CPC, todas as sentenças penais condenatórias seriam, na visão dos autores, títulos executivos judiciais, o que afastaria (ou impediria) a dedução do pedido condenatório cível no processo criminal.

Se assim o fosse de verdade, o acórdão que acolhe o pedido feito na revisão criminal também serviria de título executivo, pois o art. 5º, LXXV, da CF estabelece que o Estado indenizará o condenado por erro judiciário¹⁴⁵. Ou seja, tal como prevê o art. 91, I, do CP, a regra constante da Carta Magna também torna certa a obrigação de indenizar. Diante disso, é possível dizer que não é suficiente haver dispositivo que preveja a obrigação de reparação do dano causado pelo crime.

Ademais, conforme ficou consignado¹⁴⁶, apesar de todo crime configurar um ilícito civil, nem todo delito ocasiona prejuízo de ordem patrimonial. Consequentemente, não gerando obrigação quantificável monetariamente, não há que se falar em execução, tampouco em liquidação.

Salvo melhor juízo, para que se possa logicamente afirmar que toda sentença penal condenatória é título executivo judicial (e isso porque ela geraria a obrigação de reparação ao dano), haveria de se concluir que toda infração penal ocasiona dano patrimonialmente aferível. Com isso, porém, seria seguida, mesmo que de maneira não assumida, a teoria defendida pela Escola Positiva, ou seja, uma concepção que, por equivocada, há muito tempo foi abandonada.

Portanto, tal como defendia Liebman¹⁴⁷, é necessário entender que a sentença penal condenatória, que não trata de matéria de responsabilidade civil, permite somente a propositura da ação de conhecimento, onde se pede a condenação do autor do delito ao ressarcimento do dano. Melhor dizendo, a decisão definitiva originada no processo

¹⁴⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3, p. 75.

¹⁴⁵ A doutrina (OLIVEIRA JUNIOR, Antonio Sydnei de. *Revisão criminal: novas reflexões*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 193 e CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 140) se manifesta no sentido de que, para haver indenização na revisão criminal, precisa o interessado formular pedido específico, não se tratando de consequência automática da procedência da pretensão revisional.

¹⁴⁶ Vide item 3.2.

¹⁴⁷ LIEBMAN, Enrico Tulio (*Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 68) afirma que “a sentença condenatória penal torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime (CP, art. 74, I); ela funciona a este respeito como sentença meramente declaratória, e autoriza a proposição da ação para ressarcimento do dano no juízo cível (CPP, art. 64). Contudo, no caso de conter condenação expressa nas perdas e danos, a sentença penal pode valer também como título executório e a execução lhe pode ser promovida no juízo cível (CPP, art. 63)”.

criminal serve para impedir que se discuta na justiça cível a ocorrência do fato e sua autoria. Somente quando houver expressa condenação patrimonial na sentença penal é que se cogitará de execução, ou seja, da aplicação do art. 63 do CPP.

Barbosa Moreira¹⁴⁸, ao comentar a posição seguida pelo processualista italiano, critica-o dizendo que o art. 64 do CPP não prevê que aquilo que “autoriza” a propositura de ação de conhecimento perante a justiça cível é a sentença penal condenatória. De fato, nesta consideração, a objeção tem pertinência, na medida em que, independentemente da existência da condenação criminal, está ao lesado facultada a dedução da pretensão baseada na responsabilidade civil.

No mais, porém, a opinião de Liebman é de ser acolhida, pois, não existindo condenação (ou ao menos declaração) cível no juízo criminal, não há o que ser executado. Em suma, o que se tem, diante das previsões legais (arts. 63 e 64 do CPP), são as seguintes opções: a) o lesado postula a condenação ao ressarcimento do dano no processo penal e, acolhido o pedido, executa a sentença no juízo cível (art. 63); b) o lesado não postula no processo criminal a condenação do réu ao pagamento de indenização, e, então, abrem-se mais duas alternativas: b¹) aguarda o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e dela se vale no processo civil para limitar o âmbito de discussão; b²) independentemente do destino da ação penal, pede, desde logo, a condenação do réu ao ressarcimento do prejuízo.

Neste último caso, diante da possibilidade de haver pronunciamentos judiciais conflitantes, está o magistrado cível autorizado a suspender o processo até o julgamento definitivo da ação criminal (art. 64, par. único, do CPP e art. 313, V, *a*, do CPC). Reconhecida a inexistência do fato, o pedido reparatório será julgado improcedente (art. 66 do CPP); condenado o acusado, no cível se discutirá basicamente a existência do dano e sua extensão¹⁴⁹.

¹⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença penal como título executivo civil. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 43, out./dez. 1971.

¹⁴⁹ MACEDO, Alexander dos Santos (*Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989, p. 24) observa que “a natureza do fenômeno processual compreendido pela influência da sentença penal sobre a jurisdição civil, ao ponto de obstar nova cognição no cível das questões ali já decididas, embora não cobertas elas próprias pela **auctoritas rei iudicate**, Machado Guimarães identifica como, também, de eficácia preclusiva panprocessual da coisa julgada material do processo criminal. A despeito de objetos diversos, a lei atribui **excepcionalmente**, à decisão sobre aquelas questões, a referida eficácia”.

A corroborar a ideia de que o ofendido tem liberdade de escolher por aguardar o pronunciamento judicial definitivo da questão criminal, para somente após propor ação perante a justiça cível, cite-se o art. 200 do CC, que estabelece que a prescrição da pretensão ressarcitória não flui enquanto tramita o processo instaurado perante a justiça penal.

Os dispositivos citados (constantes do CC, CPC e CPP) trazem a ideia de que o sistema jurídico, como um todo, tem por uma de suas principais metas buscar a coerência. Seria alarmante o juiz criminal decidir, de forma definitiva, que houve crime e que determinado indivíduo foi o autor, e tal pronunciado não vincular o magistrado cível¹⁵⁰. A possibilidade de o interessado aguardar a decisão final no processo penal revela o escopo mencionado. O mesmo pode ser dito no tocante às outras previsões legais referidas.

Prosseguindo em suas críticas à corrente seguida por Liebman, Barbosa Moreira manifesta-se contrariamente à ideia de que somente seria executável a sentença penal condenatória que também impusesse ao réu a obrigação de pagamento das perdas e danos. Segundo o autor carioca, caso fosse exigida a condenação cível, ficaria ao critério do julgador determinar a natureza da sentença, pois somente se ele inserisse a cláusula condenatória cível estaria a decisão sujeita à execução no juízo não criminal¹⁵¹; caso, porém, optasse por não fazer alusão à matéria, restaria ao interessado somente a ação de conhecimento.

É de se ponderar, entretanto, nesse particular, que não dispõe o magistrado da faculdade mencionada. Isto é: não é ele que, a seu bel prazer, estabelece a natureza da decisão. É necessário, para que haja condenação ao ressarcimento dos danos, que o ofendido formule pedido neste sentido em face do réu.

¹⁵⁰ SOARES, Oscar de Macedo (*Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910, p. 175) já observava que “a lei, para evitar dissonâncias de julgamento e por outras considerações de ordem superior, determina que se não possa questionar sobre a existência do facto ou quem seja o seu autor quanto estes pontos já estiverem decididos no crime”.

¹⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*A sentença penal como título executivo civil*. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 43, out./dez. 1971) diz, ao abordar o texto de Liebman, que “a premissa implícita parece ser, ainda aqui, a da impossibilidade de conceber-se uma execução *civil* sem prévia condenação *também civil*; para resguardar o princípio, tem-se de converter a sentença penal, de *civilmente declaratória*, em sentença *também civilmente condenatória*, mediante a inserção da cláusula relativa às perdas e danos. Ficaria, portanto, à discrição do juiz criminal determinar a natureza da sentença ao ângulo civil: ela seria civilmente declaratória *ou* condenatória, conforme se aditasse ou não, ao pronunciamento impositivo de pena, a referida cláusula”.

Aparentemente, Barbosa Moreira chegou à conclusão mencionada porque adotou como premissa inicial a ideia de que, independentemente da dedução de pedido e de pronunciamento judicial expresso, a sentença penal condenatória, por força do que dispõe a redação atual do art. 91, I, do CP, corresponde também a uma sentença cível declaratória¹⁵².

Em uma passagem do texto, mais especificamente em sua conclusão, o referido autor afirma que um dos efeitos secundários da sentença penal condenatória consiste em tornar certa a obrigação de reparar o dano decorrente do crime, o que corresponde a declarar tal dever. Por isso, no âmbito do processo civil, a decisão penal definitiva seria – ainda que isso não seja manifestado expressamente – uma sentença cível de natureza declaratória, suscetível de execução¹⁵³. Logo, na visão do autor, seria de se estranhar que o magistrado tivesse de condenar civilmente o réu para que se pudesse falar em execução.

Cabe, porém, rechaçar a ideia de que o art. 91, I, do CP (correspondente ao antigo art. 74, I, do CP em sua redação original), independentemente da formulação de pedido, faz da sentença penal condenatória uma sentença civil possível de ser executada. A concepção mencionada tem resquícios nas ideias defendidas pelos adeptos da Escola

¹⁵² MOREIRA, José Carlos Barbosa (A sentença penal como título executivo civil. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 47, out./dez. 1971) diz expressamente que segue a corrente de MARQUES, José Frederico (*Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 370) para quem a sentença penal condenatória tem natureza declaratória civil.

¹⁵³ Segundo MOREIRA, José Carlos Barbosa (A sentença penal como título executivo civil. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 42, out./dez. 1971), “nos termos do art. 74, n.º I, do Código Penal [em sua redação original], inclui-se entre os efeitos da condenação criminal o de ‘tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime’. A expressão ‘tornar certa’ traz logo à mente a ideia de *declaração*: na técnica, bem conhecida, do direito italiano, ‘*accertare*’ equivale a ‘declarar’, e as decisões a que em nossa terminologia se chama ‘declaratórias’ são lá designadas como ‘*sentenze di mero accertamento*’. Deve então concluir-se que a sentença condenatória penal se apresenta, *do ponto-de-vista civil*, como sentença *declaratória* – no sentido de que o juiz, além de impor ao réu a sanção criminal cabível, declara a existência, contra ele, do crédito do ofendido? Tal construção importa atribuir a uma sentença declaratória efeito executório: a execução destinada a satisfazer o direito à reparação (C.P.P., art. 63) teria como *título* decisão que, vista pelo prisma civil, não se poderia reputar condenatória, mas simplesmente declaratória da obrigação de indenizar”. Após rechaçar a tese de que haveria pronunciamento implícito ou tácito (p. 46), faz alusão aos efeitos secundários ou acessórios da sentença, explicando que estes surgem “*ex vi legis*, de modo automático, pelo simples *fato* de haver o juiz sentenciado neste ou naquele sentido” (p. 47). Conclui, então, que “é o que acontece com o efeito executório civil da sentença penal condenatória. Ela, por si só, *torna certa* a obrigação do réu de reparar o dano causado pelo crime (art. 74, n.º I, do Código Penal), independentemente de pedido e de investigação, por parte do juiz, sobre a existência de tal relação jurídica extrapenal; e constitui título para a execução civil (art. 63 do Código de Processo Penal), sem que ao órgão da jurisdição criminal se depare a necessidade, *ou mesmo a possibilidade*, de proferir, a respeito, declaração ou condenação, assim tampouco lhe seria dado *excluir* a exequibilidade da decisão, no juízo civil, para efeito de reparação de dano” (p. 47). Respeitado tal posicionamento, não há como aceitá-lo, pois, embora num primeiro momento o doutrinador negue a possibilidade de condenação implícita, ao dizer que se está diante de efeito secundário, algo automático à sentença, nada mais faz do que, com outras palavras, dizer que entende, sim, existir uma condenação (ou ao menos uma declaração) tácita.

Positiva. Roberto Lyra, um dos seguidores de tal pensamento, baseando-se nos ensinamentos de Garofalo e Ferri, diz que a reparação do dano decorrente do cometimento de crime não tem natureza exclusivamente privada, senão também pública, funcionando como uma espécie de sanção¹⁵⁴. Não por outra razão, ao analisar o mencionado dispositivo legal, diz que, diferentemente do modelo seguido pelo CP de 1890, que dispunha que a obrigação de ressarcir o prejuízo era regulada pelo direito civil, com o Diploma de 1940 a sentença penal condenatória, por si só, torna certo o dever, somente competindo ao juízo cível a liquidação¹⁵⁵.

Percebe-se, pela forma como se expressa o doutrinador, que, para ele, por ser matéria de ordem pública, e não havendo menção expressa da aplicabilidade da lei civil, dispensável se torna a dedução de pedido ressarcitório, havendo em todos os casos, a favor do lesado, um título suscetível de ser executado.

A Escola Positiva encontrou muitos adeptos na América Latina. No Brasil, em particular, diversos foram os autores que seguiram as ideias apresentadas pelos autores italianos citados¹⁵⁶, alguns deles não atentando para o fato de que a responsabilidade civil não corresponde a uma sanção¹⁵⁷. Isso influenciou na forma de interpretar o Código Penal¹⁵⁸ (e também o CPP e o CPC), podendo ser dito que, diante das raras manifestações em sentido contrário, consolidou-se a crença de que a sentença condenatória criminal, independentemente de qualquer manifestação expressa, é título executivo judicial de natureza civil.

Tal posicionamento, porém, precisa ser tido como superado, na medida em que, passada a fase de empolgação com as concepções surgidas, não há mais quem, nos dias

¹⁵⁴ LYRA, Roberto (*Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 551) diz que “a indenização do dano é instituto do direito criminal, constituindo meio de luta contra o delito”.

¹⁵⁵ De acordo com LYRA, Roberto (*Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2, p. 552), “ao contrário do art. 70 do Código de 1890, a obrigação não é regulada, segundo o direito civil. A sentença condenatória *torna certa* a obrigação, somente cabendo ao juízo cível a liquidação (arts. 63 e segs. do Código de Processo Penal)”.

¹⁵⁶ DOTTI, René Ariel (*Curso de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 284) anota que “os estudos e as conquistas da Escola Positiva se manifestaram em nosso país com bastante intensidade”.

¹⁵⁷ BRUNO, Anibal (*Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3, p. 244) intitula de sanções civis a restituição e a reparação.

¹⁵⁸ MARQUES, José Frederico (*Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 371) semelhantemente aos outros autores brasileiros mencionados, sustenta que “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. O Estado exerce, por isso, uma tutela administrativa dos interesses privados atingidos pelo crime”.

atuais, entenda que às matérias de direito privado sejam aplicados os princípios que regem o direito público.

Giulio Battaglini¹⁵⁹, ao tratar da diferença entre o ilícito penal e o ilícito civil, dizia que este consistia num prejuízo econômico, e que, de um mesmo fato, poderia ser vislumbrada tanto a presença de um (civil) como a do outro (penal), ou de ambos concomitantemente, fenômeno esse que justifica, no sistema italiano, a possibilidade de o ofendido figurar como parte civil no processo penal.

Atuando como parte, o ofendido, para fazer valer o seu direito, tem que praticar atos tendentes a assegurá-lo. Se nada faz, não lhe é conferido título executivo judicial – e isso porque, sendo matéria dispositiva, não cabe ao estado atuar oficiosamente. No Brasil, ainda que se imaginasse vedada a possibilidade de constituição de parte civil no processo penal, não teria como o art. 91, I, do CP ser interpretado na forma como foi apresentada pela maioria dos doutrinadores.

Tornar certa a obrigação de indenizar – haja ou não pedido indenizatório no processo penal – significa que, apurado no processo civil de conhecimento a existência do dano, não pode aquele que foi condenado criminalmente negar a existência do fato nem sua responsabilidade. O dispositivo em comento, tal como outros mencionados alhures, tem por finalidade garantir coerência ao sistema, impedindo que numa sede se conclua de forma completamente diversa daquela e do que foi decidido em outra.

A previsão constante do Diploma penal é completada pela regra inserta no art. 935 do CC (art. 1.525 do CC/16), o qual dispõe que, embora a responsabilidade civil seja diversa da criminal, não se pode questionar a existência do fato ou de seu autor quando tais questões tiverem sido decididas na esfera criminal. Em outros termos, a previsão do Código Civil é no sentido de que, reconhecidos o fato e a autoria, é certa a obrigação de reparação do dano existente. Mas, para que se evidencie a existência do prejuízo, é necessária a produção de provas, o que não se permite no âmbito da execução¹⁶⁰.

¹⁵⁹ BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 144-145.

¹⁶⁰ Embora TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (*Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2, p. 840) digam que, reconhecida a existência do fato e sua autoria no processo penal, caiba no cível “avaliar a

É um contrassenso entender que o art. 63 do CPP confira título executivo ao lesado, impondo-o, porém, no processo em trâmite perante a justiça cível, o ônus de provar a existência do dano¹⁶¹. A dívida, para ser exigível, precisa ser certa e líquida. O primeiro requisito (a certeza) consiste na demonstração da existência da obrigação, e somente haverá tal dever quando estiver evidenciada a ocorrência do dano suscetível de ressarcimento.

A redação empregada pelo Código Penal poderia ser melhor (ou mais completa) – tal como era no Diploma de 1890, que, em seu art. 70, estatuiu que a obrigação de reparar o dano era regulada segundo a lei civil. A mudança da legislação, porém, não fez com que aquilo que tinha natureza eminentemente dispositiva deixasse de ter, passando a ser de ordem pública.

No Código Penal italiano, há previsão semelhante àquela encontrada no Diploma brasileiro revogado. O art. 185¹⁶² faz também expressa alusão ao fato de que a obrigação em decorrência do dano é regulada pela lei civil. E na Itália não parece haver quem diga que, independentemente de pedido, a sentença penal condenatória confira título executivo em favor do lesado.

A interpretação defendida no presente trabalho pode ser acolhida, pois não viola o art. 515, VI, do CPC. Em tal dispositivo, é bem verdade, consta que um dos títulos executivos judiciais é a sentença penal condenatória. Mas a interpretação que precisa ser dada é a de que executável é a decisão final proferida no processo criminal que condena civilmente o réu à reparação do dano.

A corroborar tal entendimento, destaque-se o art. 63, parágrafo único, do CPP, em sua redação atual, se refere à execução do valor fixado nos termos do art. 387, IV, do mesmo Diploma. Não foi a reforma operada pela Lei 11.719/08 que permitiu que, somente agora, se pudesse falar em execução. Isso já ocorria. A mudança teve, porém, o mérito de

existência e a extensão do dano sofrido pela vítima”, sustentam que o art. 63 do CPP confere ao ofendido título executivo judicial.

¹⁶¹ Poder-se-ia argumentar, para contrariar o entendimento sustentado neste trabalho, que na execução individual da sentença civil coletiva o exequente teria, como pressuposto para receber algum valor, de provar o dano. Mas, além de se estar diante de uma condenação diferenciada (uma condenação genérica que não especifica os beneficiados), indubitavelmente o título somente executivo existiria em decorrência de algum legitimado (p. ex. o Ministério Público) ter ajuizado a ação cível (coletiva).

¹⁶² “Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. []
Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”

deixar claro que a sentença penal pode (ou não) condenar civilmente. Será título executivo quando assim o fizer.

Barbosa Moreira¹⁶³ ressaltava, como uma das razões para sustentar a sua tese, que o art. 387 do CPP – que trata dos requisitos da sentença penal condenatória –, em sua redação original, não fazia alusão ao fato de o magistrado criminal ter de se pronunciar sobre a condenação civil. Tal fundamento, que já na época poderia ser rebatido pelo argumento de que o rol do mencionado dispositivo não é exaustivo, resta agora totalmente superado. Com efeito, há nos dias que correm expressa previsão (inciso IV) no sentido de que o julgador fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração penal.

Leia-se: formulado o pedido, o magistrado fixará o montante da indenização.

3.3.1.1 Outros argumentos

Como visto, a maior parte dos doutrinadores entende que a sentença penal condenatória, independentemente ter sido formulado pedido condenatório de natureza indenizatória, é título executivo judicial perante a justiça cível. Para tal corrente de pensamento, por força do que dispõe o art. 91, I, do CP, estaria dispensada a necessidade de provocação do juízo criminal para que se pronunciasse sobre a matéria civil.

Percebe-se, porém, que no mesmo dispositivo (art. 91, II) constam outros efeitos da sentença penal condenatória. São eles: perda, em favor da União, do produto do crime e, ressalvado o direito do lesado ou terceiro de boa-fé, dos instrumentos que consistam em coisas ilícitas. Mas, para que isso ocorra, é indispensável manifestação judicial específica¹⁶⁴.

A perda dos bens e do produto do delito não é sanção. Trata-se, na verdade, de providência de cunho extrapenal¹⁶⁵. Logo, ainda que se cogite estar diante de interesse indisponível, se faz imprescindível requerimento e, do mesmo modo, declaração judicial. No caso de omissão da sentença penal em decorrência da ausência de pedido, terá o interessado de pleitear a medida junto à justiça civil.

¹⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença penal como título executivo civil. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 45, out./dez. 1971.

¹⁶⁴ Neste sentido é possível citar o seguinte julgado do STJ: REsp 1133957/MG, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 01/02/2013.

¹⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 309.

Não há, portanto, motivo para que, quanto ao dever de reparar o dano, a sistemática seja diferente. Aliás, por quase sempre se caracterizar como direito patrimonial disponível, maior razão existe para se exigir a dedução de pretensão e, conseqüentemente, de apreciação específica do tema.

O só fato de o art. 92, parágrafo único, do CP estabelecer que, para a incidência dos efeitos (também secundários, e portanto de natureza extrapenal) previstos nos incisos do mesmo dispositivo (art. 92, I, II e III, do CP), seja necessário pronunciamento judicial fundamentado não significa que, quanto à consequência listada no inciso I do art. 91 do mesmo Diploma, não precise haver declaração expressa.

A previsão legal em comento serve apenas para elucidar que, tratando-se de providências extrapenais, é imprescindível que haja abordagem específica. Caso a intenção fosse indicar que somente algumas específicas consequências dependeriam de pronunciamento expresso, a redação dos dispositivos seria diversa. Nos incisos de um único artigo estariam previstos todos os efeitos secundários da sentença penal condenatória, enquanto que, no parágrafo, se ressalvariam aqueles casos em que haveria necessidade de abordagem clara e certa.

Na verdade, o emprego de dois artigos se dá em virtude de o legislador ter optado por separar em cada um deles aquilo que é efeito genérico da condenação penal e o que é consequência específica. No art. 91 estão disciplinadas as decorrências gerais, ao contrário do que ocorre no art. 92, que prevê os desdobramentos que podem surgir somente em algumas hipóteses.

Botelho de Mesquita, um dos autores que seguem a corrente majoritária, afirma que a sentença penal condenatória não é o único exemplo de título executivo em que não há expressa condenação do réu ao cumprimento de obrigação cível. O art. 76 do CPC/73, que dispunha sobre a denunciação da lide, previa, no entendimento do doutrinador, que a sentença apenas declarava o direito do evicto ou a responsabilidade por perdas e danos, e algo semelhante ocorria em relação ao formal e à certidão de partilha (arts. 584, V, e 1.027 do CPC/73)¹⁶⁶.

¹⁶⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 49.

Quanto a este último, porém, é de se notar que se trata de título formado num processo de rito específico, onde, ainda assim, há provocação da autoridade judicial para que se pronuncie sobre a matéria. Em relação ao outro exemplo, algo parecido se verifica: o interessado busca a decisão, a qual é, na verdade, condenatória¹⁶⁷. Em comum, nota-se que o juiz emite pronunciamento específico sobre a matéria cível, o que não ocorre no processo penal, onde o magistrado, na sistemática da corrente majoritária, aborda somente as consequências penais, funcionando o art. 91, I, do CP, portanto, como uma espécie de complemento da omissão da sentença.

Ainda na visão do autor paulista, duas classes de decisões penais conteriam implicitamente julgamento quanto à obrigação de indenizar: a condenatória, que afirmaria a existência do dever; e as absolutórias que reconhecessem a inexistência do fato ou a presença de qualquer das exceções previstas no art. 65 do CPP, a saber, o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal ou o exercício regular de direito¹⁶⁸. Nestas hipóteses, a decisão afirmaria a inexistência do dever.

A par de as coisas não se passarem exatamente assim, pois, de acordo com o art. 929 do CC, a pessoa lesada, ou dono da coisa, que não for culpado pelo perigo decorrente do estado de necessidade tem direito à indenização¹⁶⁹, na verdade a ausência da obrigação civil reparatória decorre da incidência da regra contida no art. 935 do CC, norma essa que visa resguardar a coerência do ordenamento jurídico¹⁷⁰.

Nos termos do citado dispositivo, passada em julgado a sentença penal condenatória, não é possível discutir em ação cível sobre a existência do fato ou quem seja o seu autor. Em outras palavras, praticado um delito, e já tendo sido no campo criminal decidido que o fato ocorreu e quem foi o autor, não mais está autorizada a reabertura da discussão na seara extrapenal. Cuida-se de previsão que tem por escopo tornar o sistema

¹⁶⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1, t. 1, p. 357-358.

¹⁶⁸ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 52-53.

¹⁶⁹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007, p. 279.

¹⁷⁰ GUIMARÃES, Luiz Machado (*Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969, p. 18) observa que “com o trânsito em julgado da sentença que define a lide, o processo de cognição atinge o seu fim, no duplo sentido desta palavra: chega a seu termo, *finda*, e ao mesmo tempo realiza o seu escopo, a sua *finalidade*, que é a terminação do litígio mediante a força vinculativa da coisa julgada. É evidente que esta força não poderia ser alcançada sem a eficácia preclusiva panprocessual, que, estendendo-se aos futuros processos, torna obrigatória para os respectivos juízes a norma concreta formulada pela sentença e impede, por esta forma, seja ressuscitado o litígio”.

harmônico, ainda que eventualmente possa se verificar situação injusta. Prevalece, a respeito, a segurança jurídica.

Para afastar a incidência de previsão semelhante contida no Diploma civil revogado (art. 1.525 do CC/16), Botelho de Mesquita argumentava que, com a edição do CPP, por conta principalmente do disposto nos arts. 63, 65, 66 e 67 (que estavam em consonância com o art. 74, I, do CP em sua redação original), havia sido revogada aquela norma, editada em momento anterior¹⁷¹.

Ocorre que, depois da promulgação do Código de Processo Penal, o legislador voltou a insistir no tema, fazendo constar do Código Civil de 2002 a regra inserta no art. 935. Logo, caso fosse adotado o pensamento mencionado, por uma questão de lógica, estariam atualmente revogados os citados dispositivos do CPP e do CP, o que, em absoluto, ocorre. O doutrinador, a propósito, não defende a revogação¹⁷².

A aceitação da tese da condenação implícita acarreta prejuízo principalmente para o acusado. Há, por certo, violação ao direito de defesa, pois, se não há formalmente um pedido, o réu fica impedido de exercer o contraditório.

Não há dúvida de que, a se considerar que todo ilícito penal é também um ilícito civil, a insurgência quanto a ocorrência daquele redundaria, por conseguinte, na negação deste. No entanto, deve ser aqui lembrado que nem todo crime ocasiona dano indenizável (havendo, aliás, quem vá além e diga, por interpretação do art. 186 do CC, que somente haverá ilícito civil na presença do dano), e nem sempre a defesa quanto a uma matéria (penal) se equipara à defesa quanto à outra (civil). Sustentado no juízo criminal o estado de necessidade, não se preocupará o acusado em negar que sua conduta não causou dano a ninguém; limitar-se-á a provar a excludente de ilicitude penal para não sofrer sanção.

¹⁷¹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 46-47.

¹⁷² Diz MESQUITA, José Ignacio Botelho de (*A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57) que “o fato de haver o Novo Código Civil, em seu art. 935, praticamente repetido a regra do citado art. 1.525 não altera essa conclusão. Em face do sistema adotado pelo Código Penal e pelo Código de Processo Penal, acima descrito, a regra do art. 935 do NCC aplicar-se-á exclusivamente ao caso da ação de indenização proposta perante o juízo cível. Correndo em separado o processo-crime, poderá ser suspenso o curso do processo civil até o julgamento definitivo da ação penal (CPP, art. 6, parág. único). Sobrevindo sentença penal condenatória, tornar-se-á certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, ficando prejudicado o disposto no art. 935, 2ª parte, do NCC. Não sendo condenatória a sentença penal, aplicar-se-ão as disposições dos arts. 65, 66 e 67 do CPP, que não são contrariadas pelo disposto no NCC. O art. 935 do NCC contém disposição geral que não revoga as disposições especiais dos arts. 65, 66 e 67 do CPP”.

Diante do exposto, é de se concluir que a ideia de que cada matéria (civil e penal) corresponde a um círculo¹⁷³, e o penal está contido no civil, não pode ser integralmente aceita. Ainda que se adote a teoria segundo a qual haveria sempre correspondência entre as duas espécies de ilícitos, o círculo penal ficaria parcialmente fora da circunferência cível, pois no quesito dano indenizável, que é justamente o que interessa em sede de responsabilidade civil, ou seja, quanto à obrigação de tornar certa a obrigação de reparar o dano decorrente do delito, há discrepância entre as áreas.

A se imaginar que toda ação penal é também uma ação civil¹⁷⁴, não há como impedir que o réu se defenda em relação às duas matérias. Porém, é de se estranhar a reação a algo implícito, isto é, a um suposto pedido que não se sabe se o titular do direito está interessado em exercer.

Se é lícito ao ofendido participar do processo¹⁷⁵, não faz sentido, na hipótese de ele optar por não agir, que se lhe confira um título executivo, algo que ele não quis, ao menos num primeiro momento, que se formasse. Se posteriormente surgir a intenção de obtê-lo, nada lhe impede de, junto ao juízo cível – pois o seu interesse é meramente patrimonial –, postular a condenação. Se já se formou a coisa julgada penal, incide o art. 935 do CC, norma que, conforme visto, limita o âmbito de discussão.

Do contrário, adotada a teoria de que sempre a decisão final criminal de procedência do pedido deduzido na denúncia forma título executivo judicial cível, impossível não desrespeitar alguns princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser feita menção, por exemplo, à legitimidade do Ministério Público.

Para aqueles que se manifestam no sentido de que o art. 91, I, do CP incide independentemente de provocação, o referido órgão agiria em nome próprio, mas por direito do ofendido¹⁷⁶, tese que não pode ser aceita, exceto em situações excepcionais, pois

¹⁷³ É o próprio MESQUITA, José Ignacio Botelho de (*A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 59), que emprega a ideia de círculos para se referir ao direito penal e ao direito civil.

¹⁷⁴ Anote-se, a propósito, que CARNELUTTI, Francisco (*Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1, p. 167) diz que um dos princípios que regem a matéria pode ser chamado de “*la extesión del proceso penal a la responsabilidad civil*. No habría motivo para suspender el proceso civil, si el proceso penal no hubiese de surtir efectos también sobre la materia propia del proceso civil”.

¹⁷⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de (*Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 57) afirma que por haver uma espécie de solidariedade entre o processo penal e o processo civil é que o ofendido, naquele, “é admitido (e com justiça) a participar”.

¹⁷⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 58

contrária ao que estabelece o art. 127 da CF. De acordo com o dispositivo mencionado, o Ministério Público defende os interesses sociais e os individuais indisponíveis, ou seja, somente quando se vislumbra a presença dessas hipóteses está autorizada a sua atuação. Via de regra, porém, o dano decorrente de um crime, como, por exemplo, um delito patrimonial, é de interesse privado disponível.

A corroborar o que foi dito, acrescenta-se que não há quem cogite que o mesmo órgão esteja autorizado a providenciar a liquidação perante a justiça cível de um título formado em favor da vítima. E nisso se nota o descompasso da tese. Se o Ministério Público pode buscar a condenação, não faz sentido não poder liquidá-la.

A doutrina estrangeira, ao tratar da matéria aqui debatida, é firme no sentido de que compete ao interessado, ou seja, ao próprio particular, buscar a condenação cível, não sendo função do órgão acusador exercer tal papel, exceto em algumas situações raras, como é o caso de o lesado ser incapaz, titular, portanto, de direito indisponível¹⁷⁷.

Outrossim, é importante observar que no sistema italiano, embora exista previsão (art. 651 do CPP¹⁷⁸) dispondo que após proferida a sentença penal condenatória não há o que discutir no juízo cível a respeito da existência do fato, sua ilicitude e autoria, não se cogita conferir ao lesado, que não participou do processo onde se deu a condenação, título executivo¹⁷⁹.

¹⁷⁷ CARNELUTTI, Francisco (*Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1), sem negar que no processo penal se declara a responsabilidade civil, aponta, justamente por isso, a necessidade de o interessado integrar a relação processual. Em suas palavras, como “el proceso penal sirve también al accertamiento de la responsabilidad civil, por lo menos para su *an*, si no para su *quantum*, es conveniente que, además del Ministerio Público, pueda *actuar* en el mismo proceso la *parte lesionada* o, en otros términos, que pueda ser propuesta, a la par que la pretensión penal, la pretensión civil (relativa a la restitución, al resarcimiento o a la reparación)”.

¹⁷⁸ “Efficacia della sentenza penale di condanna nel giudizio civile o amministrativo di danno 1. La sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceita' penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale. 2. La stessa efficacia ha la sentenza irrevocabile di condanna pronunciata a norma dell'articolo 442, salvo che vi si opponga la parte civile che non abbia accettato il rito abbreviato”.

¹⁷⁹ FAZZALARI, Elio (*Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 298-299), ao tratar da sentença penal condenatória, afirma que ela “conterá, em seguida, eventualmente – na hipótese em que exista a ‘constituição da parte civil’ (art. 76 ss. CPP), isto é, a participação da parte lesada no processo penal, para dali obter o ressarcimento – a declaração sobre o direito ao ressarcimento do dano e, via de regra, também sobre o *quantum debeatur* (o juiz penal, nesses casos, faz as vezes daquele civil)”.

A mesma sistemática há de ser aplicada no Brasil. E embora no Código Penal italiano (art. 185) a redação empregada seja um pouco diferente daquela constante do art. 91, I, do CP, pois lá consta que o crime obriga o ressarcimento do dano, a ideia que transmite é idêntica, na medida em que não deixa de dispor, ainda que com palavras diversas, que a sentença torna certo o dever de reparar o prejuízo decorrente do crime.

Nos dois diplomas há expressa alusão ao dano, o que evidencia que esse é o pressuposto da indenização. Aliás, tratando-se de algo de natureza patrimonial, é desnecessário dizer – como faz a legislação italiana – que a matéria é regulada pela lei civil. Na verdade, sequer precisaria existir o art. 91, I, do CP. Independentemente dele, em virtude justamente de o CC (art. 927 – ou o art. 159 do CC/16) estabelecer que o autor de ato ilícito fica obrigado a reparar o dano causado a outrem, a norma constante do CP nada mais faz do que repetir algo que já existia no ordenamento.

A norma contida no Código Civil (e que se assemelha àquela outra existente no Diploma de 1916) prevê a regra geral da responsabilidade civil¹⁸⁰, não estabelecendo, como faziam leis mais antigas, de forma taxativa quais as situações em que a prática de um ilícito causava dano e redundava no dever de indenizar.

O marco da criação de uma norma de caráter geral sobre responsabilidade civil, e que se espalhou para muitas legislações de origem romana, é o Código Civil francês de 1804¹⁸¹, que, em sua redação original, no art. 1382¹⁸², previu que todo ato humano culposos que causa a outro um dano gera o dever de reparação.

A natureza jurídica do art. 91, I, é cível, muito embora se localize no Código Penal. Portanto, tal como no Diploma civil, a previsão, ainda que complementada pelo art. 515, VI, do CPC, não faz da sentença penal condenatória, que não trata especificamente do dever de ressarcir o dano, um título executivo judicial.

¹⁸⁰ DE CUPIS, Adriano (*Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946, p. 6) diz que o dano, além de ser um fenômeno físico, é também fenômeno jurídico. Em suas palavras: “due elementi concorrono allora a costituire sinteticamente la sua struttura: l’elemento materiale o sostanziale, consistente nel fatto fisico e rappresentante il nucleo interiore, e l’elemento formale, che ad esso proviene dalla norma giuridica”.

¹⁸¹ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 154.

¹⁸² Em razão da modificação legislativa ocorrida em 10 de fevereiro de 2016, a previsão sobre a responsabilidade civil passou a ocupar o art. 1240, o qual adota a mesma redação do antigo art. 1382, a saber: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”.

Realmente, tal como ocorre no processo civil, se, na sentença, mais especificamente no dispositivo, não ficar reconhecida (por condenação ou declaração) a obrigação de indenizar, não será a previsão do CPC que alterará o estado das coisas. O inciso VI do art. 515 do CPC deve ser lido tal como está redigido o inciso I do mesmo dispositivo, sendo imprescindível que fique expresso na decisão o dever de ressarcir.

Por conta disso, a propósito, é possível também falar em inutilidade da previsão legal. O inciso VI do mencionado artigo não precisaria existir. Na verdade, melhor seria que não constasse do CPC, haja vista que sua presença somente cria dificuldade de interpretação, sendo suficiente a regra contida no inciso I.

Mais uma vez, cite-se a lei italiana. O Código de Processo Civil (art. 474¹⁸³) de tal país não prevê como título executivo judicial a sentença penal condenatória. E isso se dá justamente porque, na verdade, no que aqui interessa, exequível é sentença civil (que nada mais é do que um capítulo da decisão penal) proferida no processo criminal.

O art. 387, IV, do CPP reforça esse entendimento, na medida em que, prevista a possibilidade de condenação do réu ao ressarcimento do dano, nada mais fez o legislador do que reconhecer de forma bastante clara que, no processo criminal, está autorizada a condenação civil. Não parece que o dispositivo citado trate de condenação de natureza penal.

3.3.2 O conteúdo da sentença civil no processo penal

O Código de Processo Penal não especifica de forma clara qual espécie de reparação (*lato sensu*) o juiz está autorizado a deferir na hipótese de ser constatado que o crime ocasionou dano. Assim, é necessário uma análise dos dispositivos para verificar qual a abrangência, e se existe alguma limitação.

¹⁸³ “Art. 474. (Título executivo). L'esecuzione forzata non puo' avere luogo che in virtu' di un titolo esecutivo per un diritto certo, liquido ed esigibile. Sono titoli esecutivi: 1) le sentenze, e i provvedimenti ai quali la legge attribuisce espressamente efficacia esecutiva; 2) le cambiali, nonche' gli altri titoli di credito e gli atti ai quali la legge attribuisce espressamente la stessa efficacia; 3) gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato dalla legge a riceverli, relativamente alle obbligazioni di somme di danaro in essi contenute”.

A restituição, que, como visto, é a devolução do bem espoliado ao dono ou possuidor, está tratada entre os arts. 118 e 120 do referido Diploma¹⁸⁴. Caso não reste dúvida a respeito do direito do requerente, a entrega ocorrerá sem delongas. O CPP, a propósito, prevê como competentes a apreciar tal questão tanto o juiz como a autoridade policial. Quanto a este último servidor público, entretanto, conforme se verificará em outro tópico¹⁸⁵, é de se questionar se, após a promulgação da CF/88, ainda goza da referida atribuição.

Uma questão que surge é se pode o lesado optar por não receber o bem que lhe foi espoliado e postular o valor correspondente. Nessa hipótese, não se tratando de um direito evidente, inquestionavelmente apenas o magistrado estaria habilitado a apreciar o pedido; até porque caberia a ele decidir sobre o montante devido.

No art. 120 do CPP consta que a restituição será ordenada, quando cabível. Ou seja, nem sempre tal providência se verificará. A norma citada tem que ser interpretada em consonância com o art. 952 do CC, que estabelece que, havendo usurpação ou esbulho, há o dever de restituição, sem prejuízo da indenização, que consistirá no pagamento do valor das deteriorações e lucros cessantes. O mesmo dispositivo estabelece que, faltando a coisa, a obrigação converte-se em pecuniária, fazendo jus o proprietário ao recebimento do equivalente, que consiste no preço ordinário do bem, mais o valor de afeição, o que pode ser traduzido em indenização por dano moral¹⁸⁶.

Não há, diante do exposto, em princípio, a faculdade de o lesado enjeitar a coisa e postular o preço correspondente. Sempre que for cabível (art. 120 do CPP), se faz possível a restituição, medida que, caso seja espontânea, pode acarretar benefícios ao réu do processo penal (art. 16 e art. 65, III, *b*, ambos do CP).

No processo penal, tendo em vista o regramento apresentado, pode ser determinada a restituição e, além disso, outras medidas suscetíveis de satisfazer o interesse da vítima.

¹⁸⁴ A respeito do tema, ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2, p. 357) anota que “o normal é voltarem as coisas apreendidas ao poder de quem tem a respectiva posse ou propriedade, modo com o qual se efetiva um restabelecimento do estado anterior ao delito; é essa, sem nenhuma dúvida, a melhor forma de composição do dano, inteiramente diversa, aliás, da indenização, com que se procura compensar indiretamente o prejuízo, entregando-lhe o equivalente em dinheiro”.

¹⁸⁵ Vide ítem 4.5.1.

¹⁸⁶ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 946.

Na doutrina estrangeira¹⁸⁷ não falta quem sustente que, mesmo no âmbito diverso do processo civil, é possível tanto a restituição como a indenização (esta, entendida em sentido amplo, abrangendo o ressarcimento e a reparação), somente sendo necessária previsão legal específica para que seja pleiteado algo completamente diferente¹⁸⁸. No Brasil, a mesma sistemática pode ser aplicada, tendo em vista que, de acordo com a corrente que se segue neste trabalho, está autorizada a dedução de ambas as pretensões supraespecificadas.

No art. 387, IV, do CPP consta que o juiz arbitrará montante mínimo para reparação dos danos causados pelo crime, levando-se em conta os prejuízos sofridos pelo ofendido. Não é possível saber, apenas com a análise isolada do dispositivo, se o legislador teve o cuidado de empregar os termos com precisão técnica. De todo modo, destacam-se no texto as expressões “reparação”, “danos” e “prejuízos”.

Caso fosse seguida uma interpretação restritiva, poderia ser dito que estaria autorizada apenas a reparação do dano moral. Mas com isso se desconsideraria a importância do termo prejuízo, e, por conseguinte, quanto aos danos materiais, nada poderia ser feito. De fato, em relação a estes, seguida a precisão técnica, o que ocorre é o ressarcimento.

Dano pode ser conceituado como o sacrifício que é imposto a uma pessoa, bem ou interesse¹⁸⁹. Percebe-se, portanto, que se está diante de um conceito bastante aberto, e nada impede que nele se inclua tanto o aspecto material como, também, o moral.

Prejuízo seria, para alguns autores, algo mais restrito, que abrangeria somente o dano material. Como consequência, o magistrado teria apenas que, na sentença penal condenatória, se ater a este aspecto¹⁹⁰. Também é possível encontrar quem, sem negar a

¹⁸⁷ NUÑEZ, Ricardo C. *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 53.

¹⁸⁸ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 391.

¹⁸⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v.1, t. 2, p. 119) afirma que dano consiste no “sacrifício, total ou parcial, de algo que convém a um ser”. No mesmo sentido se manifesta MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de (*Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53. p. 180), que conceitua dano como “qualquer lesão ou dano à pessoa ou algum bem ou interesse”.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 723) defendem essa posição mais restritiva. Segundo eles, “a lei não se reportou aos danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral

possibilidade de arbitramento da indenização por dano moral, diga que se trata de uma tarefa árdua¹⁹¹.

Perceba-se que, sendo adotada qualquer das correntes restritivas, haveria um descompasso entre o que estabelece a legislação civil e a penal, na medida em que, naquela sede, não haveria qualquer óbice ao arbitramento de indenização que abrangesse todos os aspectos¹⁹², ou seja, os danos emergentes e os lucros cessantes¹⁹³.

A propósito, consigne-se que os danos emergentes se subdividem em danos materiais e danos morais. Ou seja, os primeiros estariam sujeitos a ressarcimento, ao passo que os outros seriam recompostos pela reparação.

Note-se, nesse particular, que, se o intuito foi amparar aquele que sofreu as consequências da infração penal, não existe razão para adoção de qualquer um dos posicionamentos mais restritivos. Não parece que, empregando os dois termos, se pretendeu impedir a análise da ocorrência, por exemplo, de dano moral no processo penal.

Parece, portanto, que o prolator da sentença está autorizado, em decorrência da própria redação do dispositivo, a arbitrar indenização que abranja o dano material, o dano moral e o lucro cessante¹⁹⁴.

implicaria, a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei 11.719/08”.

¹⁹¹ “Tenho que a questão não seja resolvida pela natureza do dano, se material ou moral, se referente aos danos emergentes ou lucros cessantes, etc. O que deve ser o norte para tal verificação é a prova necessária para aferir o valor mínimo dos danos. E é forçoso reconhecer que dificilmente os danos morais podem ser provados sem grandes incidentes probatórios, p.ex., por prova exclusivamente documental. Note o leitor que o mesmo talvez não seja tão improvável de ocorrer com os lucros cessantes” (CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. *Revista do Ministério Público. Edição comemorativa*, Rio de Janeiro, 2015, p. 1600).

¹⁹² CÂMARA, Alexandre Freitas (Efeitos civis e processuais da sentença penal condenatória criminal – reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 56, p. 73, jun./jul. 2009) observa que o “novo regime não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação de danos. Afinal, permanece em vigor o art. 64 do CPP”.

¹⁹³ “O art. 402 (antigo, art. 1.059) do Código Civil estabelece que ‘as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar’. Perdas e danos são expressões redundantes, pois significam a mesma coisa, qual seja, o dano emergente (o que efetivamente a vítima perdeu). O lucro cessante (o que razoavelmente deixou de ganhar) não está abrangido por essa terminologia” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4, p. 270).

¹⁹⁴ FEITOZA, Denilson (*Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 576) diz que “O CPP emprega as expressões ‘reparação’ e ‘ressarcimento do dano’ em sentido amplo, para abranger todas as possibilidades de satisfação do dano, patrimonial ou não-patrimonial”.

Muitas vezes é até mais fácil vislumbrar a ocorrência do dano moral. Pense-se, por exemplo, em um caso de estupro. A vítima sofre abalo psíquico maior do que um dano material¹⁹⁵. Aliás, nesse caso, se poderia até mesmo entender que o dano moral se configura *in re ipsa*, ou seja, decorre do simples fato de o crime ter sido levado a efeito.

O Código Civil, em relação a alguns crimes específicos, descreve aquilo que é devido em favor da vítima e de seus herdeiros. As previsões são exemplificativas, de modo que não existe impedimento para que, verificado dano além ou diverso dos que são mencionados nos dispositivos, seja arbitrada indenização para repará-lo.

Tratando-se de homicídio, por exemplo, nos termos do art. 948 do CC, o responsável por causar a morte tem o dever de pagar as despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família. É obrigado, ainda, a arcar com as prestações de alimentos em favor daqueles a quem o morto devia.

Nas hipóteses dos crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria), o Código Civil (art. 953) estabelece genericamente que a indenização consistirá na reparação dos danos que de tais infrações resultem. O parágrafo único, por sua vez, traz regra interessante, na medida em que estabelece que, se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz, de forma equitativa, arbitrar indenização, o que fará levando em conta as circunstâncias do caso concreto¹⁹⁶.

Outra questão interessante a se debater diz respeito à possibilidade de o lesado postular a condenação do acusado ao ressarcimento daquilo que foi despendido com a contratação de advogado para fazer valer o seu direito. Mais especificamente, o valor dos honorários contratuais.

O art. 389 do CC estabelece que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários de advogado. Esta última

¹⁹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan (*Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 619) diz que “diante da ausência de definições, não há porque se excluir eventual indenização por danos morais”.

¹⁹⁶ A respeito do tema, DONNINI, Rogério (Da responsabilidade civil (Arts. 927 a 954). *In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (coord.). Comentários ao Código Civil brasileiro: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito; da responsabilidade civil; das preferências e privilégios creditórios (arts. 854 a 965)*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 8, p. 479), embora não cogite da possibilidade de arbitramento pelo magistrado criminal, diz, ao comentar o dispositivo, que “no caso de impossibilidade de prova, pela vítima, dos danos materiais suportados, ou se eles inexistirem, ao juiz será atribuída a fixação, equitativamente, dos danos morais e à imagem, se efetivamente violados esses direitos da personalidade”.

verba, para que o credor não fique prejudicado, precisa ser incluída no cálculo, pois, do contrário, não há que se falar em ressarcimento integral.

O posicionamento mencionado, apesar de defendido por alguns autores¹⁹⁷, não é o majoritário na jurisprudência, principalmente naquela formada no STJ¹⁹⁸, onde se costuma decidir que, por não ter o causador do dano qualquer vínculo jurídico com o patrono da parte lesada, não é devido valor a tal título.

¹⁹⁷ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. (Arts. 233 a 420 – Obrigações. *In*: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 402). No mesmo sentido, HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. *Direito das obrigações*. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). *Direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, p. 206-207.

¹⁹⁸ AgInt no REsp 1653575/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 23/11/2017 e REsp 1.480.225/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 11/9/2015.

4 PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL NO PROCESSO PENAL

Na seção anterior ficou assentado que é possível a dedução de pedido condenatório cível no âmbito do processo penal. Mais especificamente, salientou-se que, constatada a existência de danos decorrentes da prática de alguma infração penal, seja ela contravenção ou crime, nada impede a formulação do pedido de reparação, que pode abranger tanto o aspecto material como moral.

Compete agora verificar quem pode apresentar o pedido e analisar se o titular da ação penal, mais especificamente o Ministério Público, tem legitimidade para, em todos os casos, deduzir a pretensão reparatória.

4.1 LEGITIMADOS ATIVOS

Em razão da inexistência, no CPP, de dispositivos que tratem especificamente da maneira como a ação de conhecimento de natureza civil deve ser proposta no processo penal, a análise desenvolvida a seguir toma como base disposições que abordam temas relacionados.

Para que seja possível compatibilizar a previsão constante do art. 387, IV, do CPP com os princípios que norteiam o direito processual, mais especificamente o ramo civil, é imprescindível que sejam utilizadas normas que, embora integrem o diploma mencionado, disciplinem assuntos correlacionados.

4.1.1 Ministério Público

O Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da CF, tem por função promover a ação penal pública, o que equivale dizer que é o titular de referida espécie de demanda. Outrossim, de acordo com o art. 127 da mesma Carta, entre as suas incumbências está a de defender os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Não se deve tirar a conclusão, diante de tais previsões, de que sempre que ocorrer a prática de um crime estará o Ministério Público autorizado a pleitear a reparação do dano decorrente do cometimento de infração penal¹⁹⁹. Apesar de o delito atingir a sociedade

¹⁹⁹ A opinião defendida não é unânime. No Brasil, principalmente, é possível encontrar quem defenda outras ideias. NUCCI, Guilherme de Souza (*Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora

como um todo — e por isso a pena consiste numa retribuição —, o ato ilícito de natureza criminal pode também violar o direito de um indivíduo em particular, o qual terá de, por meios próprios, e caso disponha de condições financeiras, procurar a reparação.

Desde a edição do CPP, principalmente por conta da atual roupagem constitucional, as funções da mencionada instituição sofreram mudanças. O art. 68 do Diploma processual penal estabelece que a ação civil *ex delicto* será promovida pelo Ministério Público nas situações em que se constatar ser o titular do direito à reparação pessoa pobre. Apesar do texto da lei, não há mais como a aplicar, pois, nos dias que correm, compete à Defensoria Pública patrocinar os interesses dos necessitados.

O STF²⁰⁰, chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade do dispositivo, decidiu que, de ordinário, a defesa dos direitos dos hipossuficientes é incumbência da Defensoria Pública. Por conseguinte, o Ministério Público somente poderia promover a ação civil na ausência daquela outra instituição, ou seja, quando na comarca, em razão da não existência de órgão incumbido de patrocinar os interesses das pessoas carentes, ficassem elas impossibilitadas de fazer valer os seus direitos.

Atualmente, portanto, operada essa divisão, não mais competindo ao Ministério Público a defesa dos necessitados, cabe-lhe, por outro lado, buscar a proteção dos interesses individuais indisponíveis e dos coletivos. Aliás, por conta disso, tem legitimidade para promover a ação civil pública²⁰¹.

Tal espécie de demanda está regulamentada pela Lei 7.347/85, a qual, logo no art. 1º, dispõe que por intermédio da ação civil pública se buscará a responsabilização dos causadores de danos materiais e morais “ao meio-ambiente”, “ao consumidor”, “a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”, “por infração da

Revista dos Tribunais, 2011, p. 736) entende, por exemplo, que o pedido reparatório pode ser deduzido pelo ofendido ou pelo Ministério Público.

²⁰⁰ “No contexto da Constituição Federal de 1988, a atribuição dada ao Ministério Público para promover ação civil de reparação de danos *ex delicto*, quando for pobre o titular da pretensão, foi transferido para a Defensoria Pública; porém, se este órgão não foi implementado, nos moldes do art. 134 da Carta Política e da LC 80/94, inviabilizando, assim, a transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo Penal, que legitima o *Parquet* para promover tal pleito indenizatório, será considerado ainda vigente” (RE 147.776/SP, Rel. Sepúlveda Pertence, Dje 19.05.1998).

²⁰¹ ALMEIDA, José Raul Gavião de (*Da legitimação na ação civil pública*. 1985. p. 45-46. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986), antes da edição da lei da ação civil pública já defendia que o titular para propor tal espécie de demanda era o Ministério Público.

ordem econômica” ou da “ordem urbanística”, “à honra e à dignidade de grupos sociais, étnicos ou religiosos”, “ao patrimônio público e social”, e todos os demais interesses difusos ou coletivos.

Diante da citada previsão, é razoável entender que, praticado, por exemplo, crime ambiental, está o órgão ministerial autorizado a, no processo penal, pleitear a reparação do dano ocasionado. O art. 225, *caput*, da CF dita que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado. O art. 20 da Lei 9.605/98, com base em tal previsão, prevê a possibilidade de fixação de valor mínimo indenizatório²⁰².

Outro diploma que disciplina matéria referente aos interesses sociais é a Lei 8.429/92, a qual traça conceitos sobre atos de improbidade administrativa e prevê as sanções aplicáveis aos infratores. Das previsões constantes dos arts. 9º, 10 e 11 é possível perceber que algumas delas se assemelham a condutas tipificadas como crime. O art. 9º, X, é um exemplo. O servidor público que receba vantagem econômica para omitir ato de ofício a que esteja obrigado pratica o crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). Ou seja, com um único ato, o indivíduo infringe normas de direito administrativo e de direito penal, ocasionando danos.

Nada impede, numa situação como essa, que o Ministério Público postule, na ação penal, a reparação do prejuízo ocasionado. É possível, aliás, a depender do ato de improbidade praticado, cogitar da ocorrência de dano moral coletivo. Em casos tais, terá o mencionado órgão legitimidade, pois se está diante de um interesse social. Em outros termos, estando a instituição autorizada a postular a medida perante a justiça civil, lhe é lícito também pedir a mesma providência junto à justiça penal.

²⁰² É bem verdade que o dispositivo estabelece que, sempre que possível, na sentença penal se fixará o valor da reparação, o que pode levar à conclusão de que o arbitramento se dá independentemente da formulação de pedido. Não é isso, porém, o que sucede, não devendo ser acolhida a interpretação literal e isolada da previsão legal. Para que haja condenação, é imprescindível que o legitimado deduza sua pretensão, não sendo lícito ao juiz fixar de ofício o montante da reparação, mesmo estando diante de um direito indisponível. Não se pode deixar de lado o princípio segundo o qual o Poder Judiciário atua mediante provocação. A previsão em comento poderia, quando muito, em termos literais, ser aplicada em consonância com a regra constante do art. 12 do mesmo diploma, que estatui que uma das penas restritivas de direito é a prestação pecuniária, a qual pode ser imposta em desfavor do condenado e determinado que o valor será direcionado à vítima. Mas, também aqui, poderia ser formulada crítica, pois, de ordinário, a sanção não pode ter natureza de indenização em favor do lesado. Somente por questões de política-criminal é que teria como justificar a mudança da natureza jurídica da sanção, transformando-a em indenização.

Aliás, é bom que se diga que as atribuições do Ministério Público não mudam, esteja ele a postular perante uma vara cível ou uma criminal. Independentemente da nomenclatura dada a cada órgão jurisdicional (vara cível, criminal, da fazenda pública, etc.), precisará o promotor de justiça atentar para o que estabelece a CF (e também a lei) sobre as funções da referida instituição.

Talvez, em decorrência de se tratar de uma (suposta) novidade no ordenamento jurídico brasileiro, os estudiosos da matéria não tenham ainda podido levar em conta que, com a dedução do pedido, inicia-se uma demanda de natureza civil, muito embora integrada ao processo penal.

Trata-se de ação extrapenal, pois a providência pleiteada, de cunho patrimonial ressarcitório, não se confunde com aquela outra, típica das ações criminais, e que consiste em aplicação de sanção em desfavor do denunciado.

Por fim, é importante deixar consignado que o Ministério Público pode também figurar como autor da demanda civil na hipótese de constar como vítima menor carente absolutamente incapaz, ou seja, quando está em situação de risco, pois titular de direito indisponível; o mesmo se diga em relação aos indígenas²⁰³.

4.1.2 Pessoa física ou jurídica de direito privado

O art. 63 do CPP estabelece que a execução, perante o juízo cível, será promovida pelo ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. A redação do dispositivo poderia ser um pouco mais clara, na medida em que prevê, como um dos legitimados (representante legal), quem, na verdade, somente atua por conta de outrem.

A representação pode ser legal ou convencional (art. 115 do CC). Será dessa última espécie quando a pessoa, por vontade própria, outorgar a alguém poderes de atuação. Com isso, forma-se o contrato de mandato (art. 653 e segs. do CC), e o mandatário passa a atuar por conta do mandante, em nome próprio ou do representado²⁰⁴. Por outro lado, a

²⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução do Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 293.

²⁰⁴ Apesar da redação do art. 653 do CC, que passa a ideia de que em todos os casos o representante convencional atua em nome do representado, nem sempre isso ocorre. Aliás, por conta de tal peculiaridade, não se pode falar – também como faz a lei – que a procuração é o instrumento do mandato. Mencionada espécie de negócio jurídico tem como característica primordial a outorga de poderes de uma pessoa para outra. A que recebe, porém, nem sempre atua em nome daquela, sendo necessário somente que aja por conta dela. O art. 663 do CC comprova a veracidade da teoria aqui defendida, pois estabelece

representação será legal nas hipóteses em que, independentemente da constituição por vontade própria, a lei estabelece quem representará os interesses do indivíduo. É o que ocorre em relação aos pais no tocante aos filhos menores. Estes são representados por aqueles.

Diferentemente da ideia passada pelo CPP, o representante legal não atua por interesse próprio, senão no do representado, e, além disso, em nome dele. Por conseguinte, não faz sentido o Diploma processual prever como legitimado alguém que não seja o ofendido ou o herdeiro.

Os outros legitimados, de acordo com o Código, são, como visto, os herdeiros. Estes podem ser titulares por direito próprio, isto é, na hipótese em que são afetados diretamente pelo crime (ex. homicídio praticado contra o pai), independentemente da transmissão de direitos. Por outro lado, a legitimidade pode surgir em decorrência do recebimento de herança (ex. furto praticado contra o autor da herança, que com o óbito transmite aos herdeiros o direito ao ressarcimento)²⁰⁵.

A atuação desses últimos se justifica, pois, com o falecimento do ofendido, em decorrência do princípio da *saisine* (art. 1.784 do CC), a herança (inclusive os direitos deixados pelo morto) transmite-se desde logo aos herdeiros²⁰⁶. Caso, portanto, um indivíduo sofra dano decorrente do cometimento de um crime, terá direito ao ressarcimento. Se vier a falecer, transmitirá por herança tal direito.

Legitimado a postular a reparação não é exatamente aquele indivíduo que figura como sujeito passivo da conduta criminosa, mas quem, em decorrência da ação ilícita, sofreu prejuízo. O critério, portanto, para saber a quem compete propor a ação é de ordem

a responsabilidade pessoal do mandatário que age em seu próprio nome, ainda que o negócio seja de conta do mandante.

²⁰⁵ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 1, p. 487. No mesmo sentido: OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. v. 2, p. 116.

²⁰⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 18. p. 31) diz que “o Código não estabeleceu quando se opera a transferência dos direitos, afirmando, apenas, que isso acontece com a abertura da sucessão. Não há discussão, entretanto, sobre coincidir esse momento com o da morte do sucedido”.

extrapenal. Em outros termos, deve figurar como autor quem sofreu o dano material ou moral²⁰⁷.

Por isso, quando a vítima morre em decorrência do crime, mesmo quem não figura como herdeiro pode ser legitimado a postular a reparação do dano sofrido. Isso se dá, por exemplo, quando, havendo na linha direta, parentes mais próximos, os distantes ficam sem nada receber do monte mor. O avô e o neto do falecido podem, por exemplo, postular a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral²⁰⁸.

Diante do que foi dito, é possível concluir que figurará no polo ativo da demanda ressarcitória não exatamente o ofendido, mas sim o lesado, isto é, aquele que experimentou as consequências decorrentes da infração penal²⁰⁹. Pode, além disso, o autor da ação civil ser pessoa física ou jurídica.

Uma questão que se coloca é se apenas aquele que diretamente sofreu dano tem direito de pedir a indenização, ou se também tem cabimento o pedido apresentado por quem diz ter sofrido prejuízo indireto. O citado art. 63 do CPP não faz distinção, mencionando genericamente o ofendido. De semelhante teor é a redação do art. 387, IV, do mesmo Diploma, o qual não especifica se a indenização será devida somente ao indivíduo que sofreu o dano imediato.

Diante de tais previsões, parece não haver óbice para que o pedido indenizatório seja deduzido também por quem, não guardando vínculo direto com o ocorrido, tenha experimentado prejuízo. Não parece possível, no sistema brasileiro, seguir orientação

²⁰⁷ De acordo com o art. 74, 1 do CPP português, “o pedido de indemnização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente”. A doutrina se manifesta no mesmo sentido. FLORIAN, Eugenio (*Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1931, p. 213) diz que “la acción civil corresponderá a quien ha experimentado el daño del delito, y de esta suerte se lleva a aquélla al verdadero origen del derecho al resarcimiento”. Citem-se, ainda, ALCALAZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945, p. 32.

²⁰⁸ COCITO, Francesco (*La parte civile in materia penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1881, p. 14) afirma que “indubitatamente questa azione spettarebbe, come già secondo il diritto romano, sia alla vedova, sia al marito ancorché nn fossero eredi, sia ai figli legittimi che naturali, sia ai nipoti, sia agli ascendenti, fratelli e sorelle”.

²⁰⁹ SILVA, Germano Marques da (*Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais e objecto*. 7. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 356) diz que “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido pelo *lesado*, entendendo-se como tal a *pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime*, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente (art. 74.º, n.º 1).

restritiva, como ocorre, por exemplo, na França²¹⁰ e na Argentina²¹¹. Nesta, tal posicionamento é aceitável, pois alguns Códigos processuais, como é o caso do Diploma da Província de Córdoba²¹², preveem expressamente como legitimado tão só o lesado que sofreu dano direito.

Ainda sobre a matéria, é possível discutir se o cessionário pode figurar no polo ativo. O art. 286 do CC prevê ser possível a cessão do crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação. O direito ao recebimento de alimentos é uma hipótese de proibição²¹³, pois, em se tratando de algo personalíssimo, a cessão desnatura a sua natureza e justificativa, que é a necessidade de o indivíduo ser sustentado por não conseguir obter, por meios próprios, renda para fazer frente às suas despesas. De ordinário, porém, nada impede a transmissão do direito.

A sub-rogação é também exemplo de transmissão de direitos. Ela pode ser legal (art. 346 do CC) ou convencional (art. 347 do CC). Nesta última hipótese, mais especificamente aquela prevista no inciso I, o credor, por força de negócio jurídico, recebe do terceiro o pagamento devido e, por conseguinte, lhe transfere todos os direitos. Regendo-se a situação de forma idêntica à cessão de crédito (art. 348 do CC), o sub-rogado passa a ter direito de receber aquilo que pagou.

Isso se dá, por exemplo, quando a vítima de furto figura como beneficiária em contrato de seguro. A seguradora indeniza o valor do prejuízo (p. ex. paga ao proprietário o valor do automóvel subtraído) e se sub-roga no direito de cobrar do autor do delito aquilo que desembolsou (art. 786 do CC).

²¹⁰ VITU, André (*Procédure pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 152) diz que “Il faut que Le préjudice soit *direct*, c’est-à-dire lié d’un lien de cause à effet à l’infraction”.

²¹¹ DÍAZ, Carlos Alberto Chiara e OBLIGADO, Daniel Horacio. *La reparación del daño en el proceso penal*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007, p. 165-166.

²¹² O art. 24 do CPP de Córdoba está assim redigido: “La acción Civil destinada a obtener la restitución del objeto materia del delito y la indemnización por el daño causado, sólo podrá ser ejercida por la víctima, sus herederos en los límites de su cuota hereditaria o por otros damnificados directos, contra los partícipes del delito y, en su caso, contra el civilmente responsable. Sólo podrá ejercerse la acción civil en el proceso penal si se tratare de un delito doloso y en los delitos culposos únicamente si se tratare de un homicidio o de lesiones gravísimas. Estas limitaciones no regirán en los casos de conexión de causas en las que se imputen delitos dolosos y culposos, ni en los casos de conexión de causas en las que se imputen otros delitos culposos además de los enumerados o mediare entre ellos un concurso ideal de delitos”.

²¹³ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420 – Obrigações. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 231.

Nas hipóteses de cessão, o que se nota é que o ofendido, de algum modo, tem desde logo, ainda que por outro meio e muitas vezes não de forma integral, ressarcido o prejuízo sofrido em decorrência do cometimento de crime. Em outros termos, por opção sua, transmite seu crédito a outrem e recebe algo em troca.

Um dos fundamentos que permite o lesado postular a reparação do dano no processo penal é a celeridade. Valendo-se de tal faculdade, não tem o prejudicado que aguardar a formação da coisa julgada penal para somente após, em outro processo, junto ao juízo cível, obter o título executivo. Mas, se desde logo, por outros meios (ex. por cessão de crédito), o ofendido é indenizado, não mais se justifica a propositura da demanda ressarcitória na seara criminal, ação esta que teria como autor um terceiro (ex. o subrogado).

A cessão de crédito, por ser negócio jurídico, é celebrada, via de regra, com intuito de o cessionário obter lucro. Em outras palavras, ele adquire por menos aquilo que é, na verdade, uma expectativa de direito (pois é possível que o réu seja absolvido em razão, por exemplo, do reconhecimento da inexistência do fato). Logo, nada obsta que aguarde a formação da coisa julgada penal ou postule, desde logo, mas perante a justiça cível.

Perceba-se, também, que a atuação do cessionário no processo penal poder gerar discussão que extrapola o âmbito da matéria a ser apreciada, e que consiste na reparação do dano. Com efeito, apresentando-se como credor quem não figura como lesado, pode o réu questionar a sua legitimidade, aduzindo, por exemplo, algum vício do negócio jurídico da cessão²¹⁴.

A corroborar o entendimento aqui defendido, da inadmissibilidade de o cessionário figurar no polo ativo, é possível acrescentar que tanto o art. 63 como o art. 387, IV, ambos do CPP fazem menção somente ao ofendido, figura que não se confunde com a daquele outro (cessionário). Este, vale anotar, não adquire a qualidade de lesado; limita-se a obter o crédito eventualmente devido pelo autor da infração penal²¹⁵.

²¹⁴ Em sentido contrário, admitindo o cessionário como autor da ação civil, cite-se a doutrina de BENEVOLO, Federico. *La parte civile nel giudizio penale*. 3. ed. Torino: Unione, 1892, p. 45-46.

²¹⁵ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 409) afirma que “cuando el asegurador ha pagado la indemnización, se encuentra subrogado de ordinario en el ejercicio de los derechos que

Outra questão que se coloca é se, na presença de dano a bens de interesse difuso, coletivo ou metaindividual, as pessoas enumeradas no art. 5º da Lei 7.347/85 teriam legitimidade para propor ação reparatória.

Já foi visto, no tópico acima, que o Ministério Público pode ajuizar a demanda. Logo, por se tratar de hipótese de legitimidade concorrente, não parece haver óbice para que os demais figurem no polo ativo. Assim, nada impede que, por exemplo, a Defensoria Pública ou uma associação²¹⁶ que preencha os requisitos legais (art. 5º, V, alíneas *a* e *b*, da Lei 7.347/85) postule a condenação do autor do crime ao pagamento de determinado valor por ter causado dano ao meio ambiente.

Não há solidariedade ativa, ou seja, solidariedade entre os autores da ação reparatória. Isso porque a solidariedade não se presume, decorrendo da lei ou da vontade das partes (art. 265 do CC). Por conseguinte, caso o crime ocasione danos a mais de uma pessoa, cada qual terá o ônus de pleitear a reparação.

É possível, portanto, a formação de litisconsórcio ativo. Haverá, entre as causas, conexão pela causa de pedir (art. 113, II, do CPC), consubstanciada na existência do mesmo delito. O litisconsórcio será facultativo, pois não é obrigatória a participação de todos os lesados no processo; e comum²¹⁷ (ou simples), em razão de poder o pedido de cada um dos autores ser julgado de uma maneira diferente.

No tocante à restituição – outra providência que pode ser buscada na ação civil –, a parte legítima para postulá-la é, nos termos do art. 120, § 4º, do CPP, o proprietário da coisa. O dispositivo citado está em consonância com o art. 1.228, *caput*, do CC, que dispõe que o dono tem a faculdade de reaver o bem de quem injustamente o possui ou detenha.

O possuidor legítimo, igualmente, faz jus à medida mencionada. Isso porque, nos termos do art. 1.210, *caput*, do CC, ele tem direito a ter a coisa restituída contra quem

competen al asegurado frente a los terceros responsables (art. 1916, Cód. civ.), pero esto no significa que pueda ejercitar la acción civil en el proceso penal”.

²¹⁶ RAMOS, Sylvia Jacqueline Sack. *La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2015, p. 137-138. Em sentido contrário, aduzindo que no sistema francês não cabe essa espécie de ação, VITU, André. *Procédure pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 151.

²¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel (*Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 68) diz ser preferível denominar o litisconsórcio de comum (em detrimento da denominação simples), “porque se trata de hipóteses em que, havendo situações jurídico-processuais diferenciadas entre os litisconsortes, o processo mais se complica no tratamento diferente dado a cada um”.

injustamente dela se apoderou. Portanto, apesar da redação do mencionado dispositivo do Diploma processual, não é somente o proprietário que pode postular a restituição²¹⁸.

4.1.3 Pessoa jurídica de direito público

O lesado pela prática de delito pode compor a administração pública (direta ou indireta), seja pessoa jurídica de direito privado (empresa pública ou sociedade de economia mista), seja pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Municípios, autarquias ou fundações).

O Ministério Público, diferentemente do que ocorria na vigência das constituições revogadas, não tem mais legitimidade para representar tais entes. O papel atual do referido órgão é a defesa do interesse geral, que não se confunde com o interesse público, sinônimo de interesse da administração pública, podendo, inclusive, ser contrário a ele²¹⁹.

O aparelho estatal deve, portanto, ter seus interesses patrocinados por aqueles que, por norma legal, são incumbidos de exercer tal função. A Advocacia-Geral da União representa referido ente judicial e extrajudicialmente (art. 131, *caput*, da CF). Os Procuradores dos Estados, por seu turno, representam as unidades federadas (art. 132, *caput*, da CF).

Caso seja cometido algum crime que lese o patrimônio de uma das pessoas citadas, ela, por intermédio de seu representante, poderá postular a reparação ou a restituição. Igualmente, lhe está aberta a faculdade de pleitear a concessão de medidas assecuratórias.

Apesar do que dispõe o art. 142 do CPP, por conta da atual configuração do Ministério Público, não mais lhe incumbe requerer a hipoteca legal ou o arresto em favor da Fazenda Pública. Em outras palavras, o aludido órgão é parte ilegítima para buscar a tutela jurídica em prol dos entes que compõem a administração pública²²⁰.

4.2 LEGITIMADOS PASSIVOS

²¹⁸ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2, p. 363-364) sustenta que tanto o dono como o possuidor podem postular a restituição.

²¹⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 156

²²⁰ POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155.

Visto no tópico anterior quem pode postular, no processo penal, a reparação do dano ou a restituição do bem, cabe agora analisar quais são as pessoas que, em razão do prejuízo decorrente da prática do crime, têm legitimidade para figurar no polo passivo da ação civil.

Cabe, portanto, verificar se somente o autor, ou seja, aquele que praticou a conduta descrita no tipo penal, responde pela lesão ou se também outras pessoas, a exemplo do partícipe e do responsável civil, estão obrigadas a arcar com as despesas oriundas do cometimento do delito.

Para facilitar o entendimento, tal como se fez anteriormente, o tema será dividido em tópicos, dedicando-se cada um deles a uma categoria de possíveis responsáveis.

4.2.1 Autor da infração penal

Não há discussão quanto ao fato de o autor material da infração penal ser responsável pelo prejuízo ocasionado por sua conduta²²¹. Realmente, de ordinário, por ser o dano fruto da ação do indivíduo, tem ele, por força do disposto no art. 927 do CC, obrigação de repará-lo.

É indiferente que o prejuízo decorra do cometimento de crime ou contravenção²²². O que interessa, quando se está a tratar de responsabilidade civil, é a verificação do resultado que, de alguma forma, lesa bem ou interesse alheio.

Havendo mais de um autor da infração penal, todos respondem de forma solidária (art. 942 do CC). Por conta de tal preceito, é irrelevante, perante o lesado, o fato de a participação criminosa do agente ter sido de menor importância (art. 29, § 1º, do CP). Quando muito, em ação regressiva, travada entre os responsáveis pelo pagamento da indenização, pode ser discutida essa questão.

Cabe, na mesma linha de raciocínio, concluir que o partícipe, tal como o autor, responde pelo prejuízo ocasionado. Portanto, mesmo que o ato que cause a lesão (ato material) seja levado a efeito somente por um indivíduo (ex. o tiro que matou a vítima), os

²²¹ LEVI, Nino (*La parte civile nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1925, p. 186), a propósito, diz que “l’azione contro l’autore materiale del reato non dà luogo a dubbi”.

²²² ROMANO – DI FALCO, Enrico. *Processo penale e azioni civili e amministrative secondo i nuovi codici*. Milano: Giuffrè, 1943, p. 55.

que concorreram para a prática do delito (ex. o mandante e o indivíduo que consciente do que ocorreria emprestou a arma de fogo) com ele respondem igualmente.

Isso se dá porque, além de todos os que foram mencionados serem penalmente responsáveis, também o são civilmente, e de forma solidária. Aliás, por conta disso, o lesado tem a faculdade de escolher litigar contra um, alguns ou todos pela reparação do dano²²³. Feita a opção, por exemplo, pelo mandante, pode dele ser cobrado integralmente o valor devido.

O litisconsórcio passivo, portanto, será facultativo. Por outro lado, a decisão pode ser diferente entre os réus – um pode ser condenado, e outro absolvido. Por conta disso, o litisconsórcio será comum (ou simples).

O sucessor do autor do crime, pelo sistema brasileiro, não pode figurar no polo passivo da ação civil proposta no processo penal. Embora as obrigações civis sejam transmitidas aos herdeiros até o limite da herança (art. 5º, XLV, da CF), em razão de a demanda indenizatória ser acessória à penal, morto o acusado da prática do delito, e extinta, por conseguinte, a punibilidade (art. 107, I, do CP), se encerra a atividade jurisdicional no juízo criminal.

Dúvida pode surgir quando, figurando mais de um indivíduo no polo passivo da ação criminal, um deles venha a morrer. Se a demanda cível foi proposta somente em face dos demais, não parece haver empecilho para o seu prosseguimento no juízo criminal. A mesma solução pode ser aplicada na hipótese de o falecido figurar como corréu, salvo se o autor insistir em habilitar os herdeiros, caso em que as partes serão remetidas à justiça cível.

Se o lesado, em razão da morte de um dos coobrigados, abrir mão da faculdade de litigar contra os herdeiros, nada impede o prosseguimento da ação civil no processo penal. Em virtude de a obrigação entre os acusados ser solidária, continuará o ofendido com o direito de postular a integralidade da indenização contra eles, os quais, em ação regressiva, poderão acionar os herdeiros do morto. Perderá, porém, o autor da demanda cível o direito de executar o patrimônio deixado pelo falecido. Isso porque nem ele, nem seus herdeiros, serão condenados no processo penal.

²²³ NUÑEZ, Ricardo C. *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 83.

4.2.2 Responsável civil

O sistema brasileiro não admite a ampliação do polo passivo do processo penal para inclusão de terceiros, como é o caso do responsável civil. É dizer: somente pode ser réu na ação civil proposta no processo penal aquele que figura como acusado (na ação criminal).

O art. 144 do CPP estabelece que as medidas assecuratórias (ex. hipoteca e arresto) somente poderão ser postuladas em face do responsável civil no juízo extrapenal. Diante de tal previsão, é possível concluir que não há como, com a propositura da demanda ressarcitória, incluir terceiros que não sejam aqueles que figuram penalmente responsáveis. Ou seja, somente poderá ser réu na ação civil quem for acusado na ação penal.

Não teria sentido a lei proibir a concessão de medida cautelar e permitir a condenação do responsável civil no processo penal. Ainda que as providências previstas nos arts. 134, 136 e 137 do CPP tenham por finalidade garantir o sucesso da execução, fase processual que tramita junto ao juízo cível, o que se depreende da regra proibitiva (art. 144) é que ela visa não permitir que outras pessoas, não envolvidas com o fato delituoso em si, integrem o polo passivo, pois isso ampliaria a discussão, fazendo com que o foco principal do processo pudesse ser desviado²²⁴.

Realmente, a partir do momento em que se permite que terceiro integre a lide civil, este poderá alegar matéria que não diga respeito especificamente sobre a ocorrência do dano e sua extensão, como é o caso da própria condição de responsável civil. Se o crime for praticado em concurso com adolescente, poderia o lesado cogitar da aplicação da regra condita no art. 932, I, do CC, que trata da responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos menores. O genitor, de sua parte, estaria autorizado a sustentar que o descendente não estava sob sua autoridade e companhia no momento da prática do ilícito, o que afastaria a qualidade de coobrigado.

²²⁴ De acordo com CYRILLO, Alcides (*Estudo sobre a parte civil nos processos penais*. São Paulo: [s.n.], 1939, p. 55), “só contra o réu pode-se instaurar a instância civil nesse mesmo processo [criminal]; os terceiros responsáveis serão demandados perante a jurisdição civil”.

Da mesma forma, caso o ofendido pretendesse incluir pessoas que entende tenham participado gratuitamente do produto do crime (art. 932, V, do CC), nada impediria que elas negassem o recebimento não oneroso, com o que a discussão se voltaria a ponto que pouco tem a ver com o dano decorrente da infração penal.

Outras legislações, entretanto, permitem seja o responsável civil citado para participar do processo penal. É o que ocorre na França²²⁵, na Itália²²⁶ e em Portugal²²⁷. Na Itália, em especial, houve discussão quanto aos limites de atuação. Na doutrina italiana, existe opinião no sentido de que ele está autorizado a suscitar questões prejudiciais, incidentais e preliminares, além de, ao ser interrogado, poder ficar em silêncio ou faltar com a verdade²²⁸.

4.3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Vistos quem são os legitimados ativos e passivos, cabe verificar a possibilidade de haver intervenção de terceiros na ação civil em trâmite perante a justiça criminal. Mais especificamente, cabe analisar se é viável a aplicação dos institutos da assistência, denunciação da lide, chamamento ao processo e incidente de desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 a 137 do CPC).

Embora o Diploma processual civil preveja também o *amicus curiae* (art. 138), tal figura não guarda relação com a matéria aqui analisada. Com efeito, a sua participação se dá com intuito de ampliar a discussão a respeito de um tema específico, não funcionando como alguém que atua a favor de uma das partes.

Mais do que isso, o *amicus curiae* não tem responsabilidade penal nem civil – e nem poderia –, motivo pelo qual não interessa, neste tópico, analisar a sua possível participação no processo criminal.

²²⁵ A propósito, STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges (*Procédure pénale*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980, p. 182) dizem que a ação civil “peut être exercée non seulement contre l’auteur et le complice de l’infraction, mais encore contre les *héritiers*, contre les *tiers civilment responsables* de l’auteur et du complice et même contre l’*administration* en cas d’infraction comise par un fonctionnaire dans l’exercice de ses fonctions”.

²²⁶ Art. 74 do CPP italiano.

²²⁷ Art. 73 do CPP português.

²²⁸ GUALTIERI, Umberto. *I responsabili civil nel processo penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1969, p. 80.

A análise da possibilidade ou não de um terceiro intervir no processo penal pode parecer, em um primeiro momento, descabida, pois, de regra, na mencionada seara, somente figuram aqueles que ocupam a posição de parte, a exemplo do Ministério Público, do querelante, do acusado e do querelado.

Não se pode perder de vista, porém, que o CPP, entre os arts. 268 e 273, disciplinou a atuação do assistente de acusação. O ofendido, que se habilita a figurar ao lado do Ministério Público, não assume a qualidade de parte, atuando como coadjuvante. Em outras palavras, o diploma citado prevê uma espécie de intervenção de terceiro²²⁹.

O CPP português, por seu turno, embora não especifique a natureza da atuação, permite (art. 73) a intervenção voluntária do responsável civil. De acordo com a disciplina legal, o corresponsável mencionado não pode praticar atos que o acusado (lá, chamado de arguido) tenha perdido o direito de praticar²³⁰.

No mais, porém, o interveniente assume posição idêntica à do acusado, podendo exercer os mesmos direitos quanto à apresentação de alegações e à produção de provas. As defesas apresentadas por cada um (réu e interveniente) são independentes (art. 74, 3, do CPP português), e, percebe-se, dizem respeito à matéria cível debatida no processo penal. Vale dizer, o responsável civil que se habilita não age no sentido de buscar a absolvição do acusado, embora a decisão com tal conteúdo lhe seja benéfica. A sua participação é, como visto, independente, ou seja, baseada na defesa do seu próprio direito.

É importante notar, nesse passo, que a intervenção de terceiro pode em tese se dar nos dois polos da ação (ativo e passivo), seja ela criminal ou cível. O CPP (arts. 268 a 273) trata da assistência ao Ministério Público, isto é, de intervenção no polo ativo da ação penal²³¹. O CPC (arts. 119 a 137), diferentemente, disciplina intervenções que ocorrem em ambos os polos da ação cível (ex. assistência e denúncia da lide), e também de espécies que somente podem ser empregadas para atingir aqueles que integram o polo passivo (ex. incidente de desconsideração da personalidade jurídica e chamamento ao processo).

²²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 294-295), ao comentar a figura do assistente de acusação, afirma que se trata “de uma modalidade de intervenção de terceiro, facultativa no processo penal”.

²³⁰ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia (*Código de Processo Penal anotado e comentado – Legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 238) diz que o impedimento “tem uma finalidade óbvia, destinando-se a evitar que, por uma via tortuosa, renasçam direitos que o arguido tenha deixado caducar”.

²³¹ Não consta da legislação nenhuma espécie de intervenção de terceiro na ação penal em favor do réu.

Na sequência, serão analisadas, então, as espécies de intervenção de terceiro cabíveis no processo civil, e se verificará se, no modelo brasileiro de reparação do dano no processo penal, alguma delas pode ser utilizada.

Antes, porém, de discorrer sobre tais figuras, é interessante notar que o lesado, autor da ação civil no processo penal, pode habilitar-se como assistente do Ministério Público na ação penal. Com isso, em um mesmo processo, figurará como parte (ação cível) e como assistente (ação criminal)²³².

4.3.1 Assistência

A assistência pode ser simples (arts. 121 a 123 do CPC) ou litisconsorcial (art. 124 do CPC). No primeiro caso, o assistente, por ter relação jurídica com um dos litigantes, relação essa conexa com a debitada pelas partes, tem interesse em que o assistido se consagre vitorioso, pois isso lhe beneficiará²³³. No segundo caso, o assistente tem interesse direto na causa, pois a relação entre as partes também o abrange, ou seja, ele é de um dos titulares. Na assistência simples, portanto, o interesse é mediato; na litisconsorcial, imediato.

O coautor de um crime tem interesse direto em que o comparsa, processado civilmente, se consagre vitorioso, pois a decisão que declara, por exemplo, a não ocorrência de danos lhe é benéfica²³⁴. Em princípio, portanto, e tendo em vista a obrigatoriedade da ação penal contra todos os que se envolveram com a prática delitiva – princípio da indivisibilidade –, não haveria óbice para a formação (na ação civil) do litisconsórcio passivo ulterior.

²³² Embora mais rara a situação, não parece haver óbice legal para que se vislumbre o particular como autor das duas ações. Isso se dará nos casos em que a ação penal se inicia mediante a apresentação de queixa. Nos crimes de ação penal privada, portanto, o ofendido poderá propor as duas ações. O mesmo ocorrerá quando houver queixa subsidiária.

²³³ “A qualidade de jurídico do interesse que legitima a assistência simples decorre da potencialidade de a sentença a ser proferida repercutir, positiva ou negativamente, na esfera jurídica do terceiro” (GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 74).

²³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974, p. 79) afirma que “a sentença vai influir na relação jurídica entre ele, assistente, e o adversário da parte assistida. Há, portanto, um paralelismo de relações jurídicas, no plano do direito material, entre a parte contrária e o assistido, e entre a parte contrária e o assistente. E ambas essas relações jurídicas vão ser, diretamente, imediatamente, disciplinadas pela sentença que vier a ser proferida. Desse modo, a posição que vai ser ocupada no processo pelo ‘assistente litisconsorcial’, para a usarmos a expressão da lei, na realidade é uma posição totalmente equiparada, e não apenas do ponto-de-vista formal, mas também substancial, à de um verdadeiro litisconsorte”.

Uma questão que se coloca é se, havendo mais de um réu (e um deles com direito à suspensão condicional do processo), pode este (o beneficiário) integrar, como assistente litisconsorcial, a ação civil proposta em face do outro. O ponto que precisa ser tratado diz respeito à condição legal exigível do suposto autor do fato para aplicação do benefício, consistente na reparação do dano. De acordo com a legislação vigente, somente na impossibilidade de indenizar a vítima é que está autorizado o afastamento de tal requisito (art. 89, § 1º, I, da Lei 9.099/95).

De todo modo, ainda que em favor do indivíduo seja deferido o benefício, independentemente do cumprimento do aludido requisito, não desaparece a necessidade de reparação do dano, seja pelo próprio beneficiário, seja pelos demais envolvidos com a prática criminosa.

A vítima, ciente de que o beneficiado não tem condições de arcar com a indenização, pode postular a condenação civil do corréu (que, por alguma circunstância, pode não preencher os requisitos da suspensão condicional) no processo penal, pois este é solidariamente responsável.

O beneficiário da suspensão, numa hipótese como essa, estaria autorizado a se habilitar como assistente litisconsorcial, passando, então, a integrar o polo passivo da ação civil: a relação jurídica existente entre ofendido e corréu também o envolve. Caso, ao longo da instrução processual, consiga provar a inexistência de dano, ou mesmo a ocorrência de prejuízo de menor monta, isso lhe trará benefício.

O fato de ter sido deferida a suspensão condicional do processo independentemente do pagamento de indenização não exime o beneficiário da responsabilidade civil. Em outras palavras, está o lesado autorizado a, em ação perante a justiça cível²³⁵, buscar a condenação do beneficiado, indivíduo esse que pode também ser processado, em ação regressiva, pelo comparsa, o qual suportou o pagamento integral da indenização.

²³⁵ O que se pode discutir é se, havendo um único réu (ou se, havendo vários, todos têm direito à suspensão condicional do processo), pode o lesado pleitear a condenação civil perante a justiça criminal. Como, em relação ao beneficiado, ocorre a suspensão do processo, estranho seria permitir que a demanda civil prosseguisse. Parece, então, que numa situação como a mencionada, em que em relação a nenhum acusado a ação penal tem curso, melhor seria o ofendido buscar a reparação perante a Vara cível. Se não o faz, e volta a ter curso a demanda criminal (em razão, por exemplo, do descumprimento por parte de um dos réus das condições impostas), nada lhe impede que formule a sua pretensão reparatória.

Voltando à assistência simples, para melhor situar a matéria, de modo a permitir fácil visão do problema, é possível citar o seguinte exemplo: determinado indivíduo aluga de outro, que posteriormente é acusado da prática de furto, um bem móvel. O lesado, intitulado-se proprietário, postula a restituição do objeto. O locatário, temendo a perda da posse, pede para habilitar-se como assistente simples, para, nessa qualidade, auxiliar na demanda civil o réu do processo penal, no intuito de evitar que seja reconhecida a ocorrência da subtração. Caso o assistido saia vitorioso, a locação permanece íntegra: o bem continua na posse do inquilino.

É de se pontuar, porém, que tal espécie de intervenção de terceiro faria com que, um estranho da relação processual originária, passasse a interferir, fazendo com que o foco se deslocasse da questão principal. Por conta disso, é necessário concluir que não está autorizada na ação civil junto ao processo penal a figura da assistência simples. A corroborar tal entendimento, cite-se o art. 120, § 4º, do CPP, que estabelece que, havendo dúvida sobre quem seja o titular do direito sobre o bem apreendido, o juiz remeterá as partes ao juiz cível.

A previsão mencionada leva a crer que, no processo penal, não está autorizada a discussão a respeito de temas que não digam respeito ao fato, autoria e consequências naturais, como é o caso da reparação do prejuízo. Questões paralelas, como a mencionada, e que envolvam a análise do direito de terceiro, precisam ser apreciadas perante a justiça cível.

Note-se que diversa é a situação em que se verifica a presença da figura da assistência litisconsorcial. Caso se entenda que somente os réus do processo penal, por serem coobrigados, estão autorizados a integrar a lide civil em litisconsórcio facultativo posterior, não se vislumbra qualquer prejuízo adicional ao julgamento da questão principal. De fato, eles, desde o início, por iniciativa do lesado, poderiam ter sido acionados.

Não há, porém, como aceitar que outras pessoas participem do processo, ainda que tenham interesse direto na relação jurídica existente entre causadores do dano e lesado, como é o caso do responsável civil. Este, conforme anotado anteriormente, somente pode ser processado perante a justiça extrapenal.

Em suma, na ação civil em trâmite perante a justiça criminal, a única espécie de assistência que pode ser admitida é a litisconsorcial, e de forma mitigada, ou seja, desde que os assistentes sejam os corréus do processo penal.

4.3.2 Denúnciação da lide

Outra espécie de intervenção de terceiro é a denúnciação da lide. A sua previsão consta do CPC, entre os arts. 125 a 129. Por intermédio dela, o denunciante visa ser ressarcido por terceiro, o denunciado, dos eventuais prejuízos que possa sofrer caso seja vencido na lide principal.

A denúnciação da lide está, de acordo com a sua regulamentação legal (art. 125, *caput*, do CPC), permitida tanto ao autor como ao réu. Com o seu manejo, nova ação nasce. O denunciante, caso seja vencido na lide principal, é indenizado pelo denunciado, que figura como espécie de garantidor.

No processo penal tem cabimento duas espécies de pedido de natureza cível, a saber, o ressarcitório e o repersecuratório. Por outro lado, uma das hipóteses autorizadas da denúnciação (art. 125, I, do CPC) diz respeito à evicção. O adquirente de um bem tem, salvo estipulação em sentido contrário (art. 448 do CC), o direito a ser ressarcido em decorrência da perda da propriedade (art. 450 do CC).

Portanto, seria possível cogitar da seguinte situação: o ofendido, por intermédio da ação civil, postula a restituição do bem que lhe foi subtraído e denuncia a lide ao vendedor. Caso reste demonstrado que o réu do processo penal não furtou o objeto, mas, diferentemente, tomou para si algo que já lhe pertencia, e que foi indevidamente retirado de sua posse, o pedido da ação principal será julgado improcedente; na lide secundária, o alienante seria condenado a ressarcir o adquirente.

O art. 125, II, do CPC trata da hipótese de denúnciação em casos em que o terceiro, por lei ou contrato, tem obrigação de indenizar, em ação regressiva, o vencido. Isso se daria, por exemplo, num acidente de trânsito em que, de forma culposa, o autor do delito causa lesão na vítima (art. 303 do CTB). Na hipótese de o ofendido postular a condenação ao pagamento de indenização (por danos materiais e morais), em obtendo êxito, por força da denúnciação, o réu do processo criminal seria ressarcido pela companhia de seguro, condenada que seria na lide secundária.

Apesar de, hipoteticamente, ser possível a aplicação da citada intervenção de terceiro, não deve ser ela admitida, pois sua incidência faria com que se ampliasse a matéria a ser analisada pelo juízo criminal, desvirtuando a principal finalidade do processo. Mais do que julgar a ação penal, teria o magistrado que dedicar atenção a temas que não guardam qualquer relação com a matéria criminal.

4.3.3 Chamamento ao processo

Por intermédio do chamamento ao processo, aqueles que podem ser acionados, pois coobrigados, passam a integrar a lide secundária (a demanda cível) por iniciativa do que foi escolhido pelo credor para figurar como réu no processo principal.

A matéria está disciplinada entre os arts. 130 e 132 do CPC, os quais fazem alusão aos devedores solidários e à figura do fiador. No primeiro caso, todos são igualmente responsáveis pela dívida; no segundo, o afiançado é o devedor principal, de quem o fiador pode receber tudo aquilo que pagou.

Com o chamamento, nova ação surge: aquele que foi primitivamente acionado se volta contra os coobrigados. Ao ser condenado a pagar a dívida (primeiro capítulo da decisão final), a sentença (em segundo capítulo) lhe confere título executivo para exigir a totalidade do débito do devedor principal ou a quota parte daqueles que são solidariamente obrigados.

A discussão que há quanto à matéria é se, com o chamamento, ocorre ampliação subjetiva na lide principal, ou seja, se os chamados passam a figurar como corréus perante o autor da demanda (cível) principal. Parte da doutrina manifesta-se favoravelmente à ampliação do polo passivo²³⁶. Mas a razão parece estar com a corrente contrária²³⁷. Isso porque o art. 132 do CPC dispõe que a sentença de procedência (da lide principal) conferirá título executivo em favor do réu perante os coobrigados (chamados). Em outras palavras, não consta do dispositivo que o credor poderá executar os devedores contra os quais preferiu não litigar.

²³⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 31.

²³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 563.

Na sentença, o réu da ação principal, em caso de acolhimento do pedido, será condenado perante o autor. Em decorrência do manejo da referida espécie de intervenção de terceiro, os coobrigados serão condenados a reembolsar tudo ou parte, a depender de haver ou não um devedor principal.

Diante do exposto, constata-se que o chamamento ao processo não confere qualquer benefício ao credor, senão cria um título em favor do devedor perante os demais coobrigados. Por isso, e em razão de ocasionar o surgimento de nova lide no processo, não deve ser permitido o seu emprego perante o juízo criminal, onde o lesionado tem total liberdade de escolher qualquer dos corresponsáveis solidários anteriormente mencionados para responder pela reparação.

Aquele que suportar sozinho a obrigação da qual não é o único responsável terá de, perante a justiça cível, em ação de regresso, cobrar o que lhe é devido pelos coobrigados.

4.3.4 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica

O CPC/15 inovou ao prever, como espécie de intervenção de terceiro, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que pode ser utilizado pelo credor em qualquer fase processual, vale dizer, durante o conhecimento ou após, na execução (art. 134 do CPC).

Por intermédio de tal ferramenta, aquele que atua em conjunto com o devedor para impedir que o credor receba o que lhe é devido passa a integrar a lide e, como consequência, tem seu patrimônio atingido no momento da execução. Isso se dá geralmente quando uma pessoa jurídica devedora esvazia o seu patrimônio, deixando-o todo em nome dos sócios, os quais, a princípio, não respondem pela dívida contraída por aquela.

Caracterizado o abuso da personalidade jurídica, torna-se, porém, possível a extensão dos efeitos de certas relações obrigacionais a terceiros, mais especificamente os administradores ou sócios da pessoa moral (art. 50 do CC). Mas, para que isso ocorra, é imprescindível que aquele que pode vir a ter seu patrimônio atingido seja citado, para se defender.

O CPC autoriza, igualmente, a desconsideração inversa (art. 133, § 2º), que é aquela aplicável para as hipóteses em que a pessoa jurídica é utilizada para ocultar o patrimônio do sócio devedor, que tem por escopo burlar a execução.

No processo penal seria difícil imaginar a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade, a começar pelo fato de serem bastante raras as hipóteses em que as pessoas jurídicas respondem criminalmente. E mesmo em tais casos, a exemplo dos crimes ambientais (art. 3º da Lei 9.605/98), por conta da responsabilização da pessoa jurídica ser independente²³⁸, não se cogitaria da utilização do incidente. Realmente, figurando somente a pessoa jurídica como acusada, não teria como ser ampliado o polo passivo da ação civil, nela fazendo constar quem não é réu na ação penal.

Dúvida surgiria quando, tendo sido oferecida denúncia contra a pessoa jurídica e os sócios, optasse o lesado, inicialmente, por processar civilmente somente aquela. Caso posteriormente se vislumbrasse o abuso da personalidade, seria possível questionar se estaria o ofendido autorizado a postular a inclusão do integrante da sociedade no polo passivo.

A resposta afirmativa faz com que, em razão do incidente, o processo seja suspenso (art. 134, § 3º, do CPC), o que é prejudicial tanto ao lesado quanto ao titular da ação penal, que pode se deparar com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em razão do prolongamento da análise de matérias não afeitas diretamente à questão criminal. Por outro lado, a proibição de utilização do incidente beneficiaria aquele que age com intuito de burlar a lei.

É de se ponderar, porém, que, em se tratando de responsabilidade por dano ambiental, a desconsideração pode se dar independentemente da presença dos requisitos previstos no art. 50 do CC, bastando que se note que a personalidade jurídica funciona como obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos (art. 4º da Lei 9.605/98). Em outras palavras, não há óbice para que, desde logo, o lesado proponha a ação ressarcitória em face de todos os coobrigados (pessoa jurídica e sócios), competindo-lhe apenas demonstrar a possibilidade de não haver patrimônio suficiente para reparação do prejuízo. Por conta disso, caso assim não atue, não parece desarrazoado impedir que, no curso da fase de conhecimento, o prejudicado se valha do incidente aqui comentado. Quando da execução,

²³⁸ RE 548181/PR, Rel: Min. Rosa Weber, DJE 29.10.14.

que se dará na Vara cível, estará aberta a possibilidade de postular a inclusão de terceiro no polo passivo.

4.4 CAUSA DE PEDIR

Vistos quem são aqueles que têm legitimidade para postular a reparação do dano ou a restituição do bem, assim como os que podem figurar no polo passivo da ação civil, cabe agora analisar aquilo que justifica a pretensão.

Saber ao que corresponde a causa de pedir significa identificar o motivo pelo qual o autor pede determinada providência. Há nela (*causa petendi*) quase sempre um aspecto ativo e um passivo, os quais podem ser traduzidos no fato que gerou a consequência negativa e a não adoção de providência no intuito de repará-la²³⁹. Como o objeto de estudo do presente trabalho é a reparação do dano no processo penal, seria possível dizer que o fato constitutivo consiste no prejuízo decorrente do cometimento do ilícito penal, e o fato lesivo a ausência de espontâneo pagamento de indenização ou restituição do bem.

Diga-se, desde logo, que não compõe a causa de pedir a norma legal mencionada pelo autor em sua petição inicial. O que, a propósito, interessa é o dado concreto (fato jurídico) que justifica a aplicação da lei. Por tal motivo, a invocação pela parte de dispositivo legal diverso daquele que é tido como o que deve incidir na visão do julgador não tem qualquer relevância²⁴⁰.

No processo civil, há possibilidade de a causa de pedir ser composta por mais de um fato (ou conjunto de fatos). O autor de um pedido de despejo pode alegar a ocorrência de inadimplemento do aluguel e violação da cláusula que proíbe seja dado ao imóvel destinação diversa da residencial. Os fundamentos são, na espécie, heterogêneos. Seriam homogêneos se o autor baseasse a sua pretensão no não pagamento reiterado dos alugueres.

²³⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

²⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Manegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 358.

Por fim, um mesmo acontecimento pode ocasionar danos a mais de uma pessoa. Cada qual alegaria o prejuízo específico que sofreu, os quais decorreriam de um único evento²⁴¹.

Na ação civil proposta no processo penal, formulado pedido indenizatório, a causa de pedir é, de ordinário, única, e consiste no dano (ou danos) surgido(s) em decorrência do cometimento do crime (ou contravenção)²⁴². Em algumas situações, é possível que se vislumbre a presença de mais de uma causa, e seria ela heterogênea. Isso se dá, por exemplo, quando há relação contratual entre acusado e lesado, e a conduta daquele configura crime e descumprimento de cláusula constante do negócio jurídico. É possível que os contratantes acordem a locação de um veículo, e, transferida a posse ao inquilino, este se aproprie do bem e, na sequência, aliene-o a terceiro. Além de o indivíduo praticar o crime de apropriação indébita (art. 168 do CP), descumpra disposição contratual.

Bastará ao autor da ação da ressarcitória fundamentar o seu pedido no prejuízo patrimonial (ex. perda do bem locado) decorrente do cometimento do delito para ter, em seu favor, fixada em sentença, a indenização. Não é razoável aceitar seja invocada outra causa de pedir; no exemplo citado, não estaria o demandante autorizado a fundamentar sua pretensão na violação do contrato²⁴³.

Diga-se, então, que o ofendido não pode alegar causa diversa do prejuízo nascido em virtude da prática do crime. Em outras palavras, existindo mais de um motivo para pedir o recebimento de certa quantia a título de indenização, não estaria aberta a faculdade de o lesado optar por apresentar aquela que não é especificamente ligada ao dano inerente à infração penal.

Caso se entendesse pela inexistência de óbice, haveria um descompasso entre o que se discute na ação penal e na demanda cível. Lá, o foco seria a apuração da prática do crime; aqui, o inadimplemento contratual. Conseqüentemente, seria impossível dizer que a ação civil é conexa com a penal.

O que autoriza a dedução do pedido indenizatório no processo penal é exatamente a proximidade de causas, mais especificamente da causa de pedir de ambas as ações. A partir

²⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 17.

²⁴² AROCENA, Gustavo A. Constitución en parte civil. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 148.

²⁴³ LEVI, Nino. *La parte civile nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1925, p. 44.

do momento em que se permite ao lesado fundamentar sua pretensão em qualquer fato jurídico diverso do dano decorrente do crime, desaparece a conexão entre as demandas, passando o julgador a exercer função que deve ser reservada ao magistrado com competência cível.

O mesmo pode ser dito quanto ao pedido de restituição. Aquele que foi desapossado de bem de que tinha a posse (ou a propriedade) deve fundamentar a sua pretensão na consequência decorrente do cometimento da infração penal. Num furto, por exemplo, o lesado pede a devolução da coisa sob o argumento de que, sendo o legítimo possuidor, teve seu direito violado em razão da conduta do autor do crime, e que dela se apoderou.

Ainda que haja um contrato (ou outra relação jurídica) entre os envolvidos, não deve o autor do pedido alegar, por exemplo, violação de cláusula do negócio jurídico para, com base nisso, pretender reaver a coisa.

Cabe anotar que a vinculação da causa de pedir é benéfica ao próprio ofendido. Caso ele não obtenha sucesso com seu pedido deduzido no processo penal, o que pode ocorrer em virtude de o julgador concluir não tenha ocorrido crime, nada lhe impede que, perante a justiça cível, invocando outra razão, consiga atingir o seu objetivo, vale dizer, seja seu pedido julgado procedente.

A sentença que julga o pedido formulado pela parte autora civil, ou seja, a decisão que analisa o mérito, faz coisa julgada, e, por conseguinte, impede a repositura da demanda. Caso, porém, o fundamento do pedido seja outro, por não haver identidade de ações, não haverá se falar em óbice processual.

4.4.1 Cognição quanto à causa de pedir

A cognição pode se dar em dois planos, a saber, horizontal e vertical. O primeiro diz respeito à extensão das matérias que podem ser apreciadas pelo julgador (ex. pressupostos processuais, condições da ação e mérito), ao passo que o segundo se refere à profundidade da análise. Quanto ao grau da apreciação, pode ser pleno ou limitado (plano

horizontal); exauriente (completo) ou sumário (incompleto), o que se dará no plano vertical²⁴⁴.

Quanto ao mérito, parece haver, conforme salientado anteriormente, limitação no tocante à extensão das matérias que podem ser alegadas e, conseqüentemente, apreciadas na ação civil em trâmite no juízo criminal. Diferentemente do que ocorre na hipótese de a parte autora optar pela jurisdição extrapenal (e não houver a suspensão prevista no art. 64, par. único, do CPP), onde a extensão é ilimitada, por conta da subordinação da demanda cível à ação penal, não está autorizada a discussão de matérias (meritória) que não digam respeito ao crime e suas conseqüências extrapenais.

Reforçando o que já foi dito, o pedido indenizatório terá como base o dano decorrente do cometimento do crime (ainda que exista outro fundamento que justifique a reparação do prejuízo) ou a perda da posse que também é fruto da ação penalmente ilícita (o que justifica o pedido restitutivo). Em ambos os casos, porém, a análise será profunda. Ou seja, no plano vertical haverá pleno conhecimento da matéria.

Aliás, por conta da possibilidade de análise exauriente do tema posto em debate, a sentença que julga o pedido formulado pela parte autora cível faz coisa julgada material, não podendo, pela razão apresentada, ser novamente questionada²⁴⁵.

Para não desvirtuar o escopo principal do processo penal e, igualmente, para impedir prolongamento demasiado do procedimento, optou-se por somente permitir a discussão de algumas matérias de natureza cível²⁴⁶. O preceito contido no art. 387, IV, do CPP é o responsável pela limitação, lá constando que o valor mínimo indenizatório a ser fixado decorre dos danos causados pela infração.

É dizer: a previsão legal logra impedir que outro eventual valor devido ao lesado (ex. quantia devida por força de incidência de cláusula penal em contrato de locação que

²⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 83.

²⁴⁵ Em outro tópico (item 9) será analisada a regra contida no art. 387, IV, do CPP, mais especificamente o ponto em que diz que o juiz arbitrará valor mínimo, o que poderia levar ao entendimento de que a sentença, neste particular, não faria coisa julgada.

²⁴⁶ WATANABE, Kazuo (*Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 88) diz que “ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere, mas com *ressalva* do direito de questioná-la em ação autônoma”.

foi descumprido por aquele que se apropriou do bem locado) seja apreciado pelo magistrado criminal.

Em outra ação, proposta perante a justiça cível, não haverá qualquer óbice para que o lesado postule a condenação do réu ao pagamento de valores decorrentes da incidência de previsão legal ou contratual que lhe assegure o direito.

4.5 PEDIDO

Já foi visto que na ação civil proposta no processo penal é possível a dedução de duas espécies de pedido. Mais especificamente, a parte autora está autorizada a postular a restituição do bem cuja posse lhe foi esbulhada e de indenização pelos danos sofridos em decorrência do crime.

Nada impede a cumulação dos pedidos mencionados, e em isso ocorrendo se verificará a chamada cumulação simples. Ou seja, o autor terá por objetivo tanto a retomada daquilo que foi retirado de seu poder como a condenação da parte contrária ao pagamento de determinada quantia.

Não se cogita no processo penal de pedido alternativo (art. 325, *caput*, do CPC), isso porque não há a possibilidade de o devedor cumprir a obrigação de mais de um modo. Em outras palavras, por não haver a possibilidade de existir obrigações alternativas (arts. 252 a 256 do CC), mencionada espécie de pedido é inaplicável à ação civil em trâmite no campo penal.

Diversa, porém, é a situação em que, por ter desaparecido a coisa a ser restituída, o autor da infração penal passe a dever o equivalente. Tal hipótese – a ser estudada mais detidamente adiante – parece não ser vedada.

As maiores dificuldades que surgem quanto ao pedido decorrem da ausência de uma regulamentação precisa e ordenada na legislação. O CPP, na verdade, peca por ter tratado cada qual das mencionadas pretensões em capítulos distintos, dedicando maior atenção ao pleito restitutivo, e menor ao indenizatório.

Melhor teria sido se o legislador houvesse seguido a orientação de legislações estrangeiras, como a portuguesa, a espanhola, a italiana ou a francesa. Não o fez, porém. O

anteprojeto de CPP (PLS 156/09), embora conte com uma seção denominada “Da Parte Civil” (arts. 79 a 82), nela disciplina somente a pretensão ressarcitória, ou seja, a possibilidade de o lesado postular a reparação do dano moral. Insiste em prever o direito à restituição em capítulo separado (denominado “Da Restituição das Coisas Apreendidas” e constante dos arts. 434 a 440) e, para piorar, no art. 89, IV limita o direito do lesado, estipulando que, somente nos crimes patrimoniais, será possível a restituição²⁴⁷.

O pedido, independentemente de sua natureza, de acordo com a doutrina processual civil, subdivide-se em mediato e imediato. Este último aspecto diz respeito à espécie da providência que se busca do órgão jurisdicional, ao passo que o outro se refere ao bem que o autor visa obter²⁴⁸.

Em razão da existência de pontos de divergência entre as duas espécies de pedido, é aconselhável, para melhor compreensão da matéria, que sejam analisados de maneira separada.

4.5.1 Pedido de restituição

Sobre o pedido de restituição, três questões principais precisam ser analisadas e debatidas. Uma delas consiste na existência apenas de previsão de restituição de bens apreendidos; outra, na competência de quem pode apreciar a matéria; e, por fim, no procedimento, em especial, no direito de defesa de quem sofre as consequências do deferimento da restituição.

4.5.1.1 Restituição de bens apreendidos ou não

O art. 120 do CPP disciplina, em linhas gerais, o pedido de restituição. Da análise desse dispositivo, e também da regra inserta no art. 118 do mesmo Diploma, conclui-se que a lei cuidou somente da restituição de coisas que foram apreendidas pela autoridade

²⁴⁷ O art. 89, IV, dispõe ser direito da vítima “reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial”.

²⁴⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 12. Há na doutrina quem prefira utilizar denominação diversa. GRECO FILHO, Vicente (*Direito processual civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p. 90) diz que “o pedido deve ser entendido em dois planos ou aspectos: sob um aspecto genérico consiste no tipo de provimento jurisdicional solicitado, ou seja, de condenação, declaração ou constituição, cautelar ou de execução; ou sob um aspecto específico consistente no bem jurídico pretendido”.

policial. Não há no Código norma que trate do pedido de restituição de bem que esteja em poder do investigado ou do acusado, e mesmo de terceiro²⁴⁹.

Com base apenas na redação dos dispositivos citados não é possível saber, de antemão, se o legislador presumiu que tudo o que interessa à descoberta do crime e de sua autoria será apreendido, ou se quis realmente apenas tratar da restituição do que foi recolhido, relegando ao processo civil a disciplina do pedido de retomada da posse de coisas que não estejam em poder da autoridade policial.

De acordo com o art. 240, §§ 1º, *b*, e 2º, do CPP, se procederá à busca e apreensão quando houver fundadas razões que façam presumir que coisas achadas ou obtidas por meios criminosos estejam em residência ou em poder de alguém. No primeiro caso, ressalvada a hipótese de flagrante, a diligência dependerá de autorização judicial (art. 5º, XI, da CF); no segundo, não se exige prévia autorização judicial, bastando a presença de fundada suspeita (art. 240, § 2º, do CPP).

Completa o quadro a norma constante do art. 6º, II, do CPP, que determina competir à autoridade policial a apreensão dos objetos que tiverem relação com o fato, dentre as quais pode estar o bem (ou bens) do lesado.

Não há dúvida, apesar do dever de apreensão, que algumas coisas que interessam à investigação ou ao processo podem acabar não sendo recolhidas pelo servidor público mencionado. Tendo em vista o foco deste trabalho, cabe analisar se, perante a justiça criminal, o lesado pode postular a retomada da posse de bem que esteja em poder de quem é suspeito ou acusado da prática do delito.

Uma solução prática seria o interessado, na retomada, apresentar ao delegado de polícia elementos que levem a crer que o bem está com o agente (investigado ou acusado), e, convencida da procedência das alegações, a autoridade representaria ao juízo criminal pelo deferimento da expedição do mandado de busca e apreensão. Na sequência, estando o objeto em poder do Estado, postularia o ofendido a liberação em seu favor.

Indaga-se, porém, se está o lesado autorizado a postular a retomada da posse do bem diretamente ao magistrado criminal, dirigindo-lhe petição instruída com provas que

²⁴⁹ Perceba-se que o art. 120, § 2º, do CPP fala de apreensão de coisa em poder de terceiro, ou seja, não trata da hipótese em que o bem não é retirado da posse do terceiro.

levem a crer que a coisa está em poder do agente. O encontro do objeto seria útil ao processo penal, pois serviria de indício a provar o envolvimento do indivíduo com a prática da infração, e benéfica ao lesado, que recuperaria o que é seu. Já foi visto, anteriormente, que a forma mais elementar de reparar o dano decorrente da prática do crime consiste na devolução ao ofendido daquilo que foi ilicitamente retirado de sua posse.

Ao prever que o magistrado fixará valor mínimo em favor do lesado (art. 387, IV, do CPP), atentando-se ao dano causado pela infração, não parece tenha o legislador excluído a possibilidade de, no processo penal, ser deferida a restituição na forma mencionada²⁵⁰.

O processo serve para fazer valer o direito material. Nos termos do art. 952 do CC, havendo usurpação ou esbulho do alheio, a reparação do dano ocorre com a restituição da coisa e o pagamento de indenização, traduzido no dano emergente (desvalorização da coisa) e no lucro cessante. Somente na falta do bem é que o prejudicado será reembolsado pelo equivalente.

A reparação pelo valor mínimo seria, em outras palavras, o pagamento do preço do bem espoliado. Aplicando-se, então, o art. 387, IV, do CPP em sua literalidade, a norma de direito material tornar-se-ia letra morta. E mais do que isso: o autor da infração penal se apropriaria do bem, sendo entregue ao ofendido, em contrapartida, um título executivo judicial. Não efetuado o pagamento espontâneo, caberia a execução, e teria o credor que encontrar bens suscetíveis de penhora, o que nem sempre ocorre.

A reforma introduzida pela Lei 11.719/08, que incluiu o inciso IV ao art. 387 do CPP, teve por escopo conferir ao ofendido posição de maior relevância no processo penal. Não teria sentido, portanto, quanto ao direito patrimonial, deixá-la em segundo plano, para beneficiar o criminoso.

Portanto, é possível concluir que não há óbice legal quanto ao pedido, formulado pelo lesado, de retomada de bem. Apreendida a coisa, ficará ela em poder de um depositário, que pode ser a autoridade policial, enquanto convier ao andamento do

²⁵⁰ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEJA, 1951. v. 1, p. 396-397) afirma ser possível no processo penal a ação de reintegração de posse de bem móvel e imóvel.

processo (art. 118 do CPP). Desaparecida a necessidade de guarda e conservação, será o objeto liberado em favor do ofendido (proprietário ou possuidor).

Nas legislações estrangeiras, é possível encontrar previsões no sentido de que a reparação do dano se dá com a restituição e com o pagamento de indenização. São exemplos o art. 74 do CPP italiano²⁵¹ e o art. 100 da LECrim espanhola²⁵².

Não se pode deixar de tratar da hipótese em que, pleiteada a recuperação da coisa, não seja ela encontrada em poder do réu. Em isso ocorrendo (desaparecimento do objeto), conforme visto, tem o prejudicado direito a receber o valor correspondente do bem. Deve, porém, o interessado postular a medida, sendo descabida a atuação do magistrado sem prévia provocação.

Haveria, então, hipótese de cumulação alternativa e eventual de pedidos. O autor pediria, na ordem de preferência, primeiro a retomada da coisa, e, na impossibilidade de atendimento, aceitaria receber o equivalente²⁵³.

4.5.1.2 Competência concorrente

No item anterior ficou assentado que não está vedada a possibilidade de o lesado postular perante o juízo criminal a restituição de bem que esteja em poder daquele que é suspeito de ter cometido infração penal. No processo criminal, portanto, é permitida a devolução do que já foi apreendido pela autoridade policial, e também daquilo que, após a infração, não foi retirado do poder do agente.

Cumprido analisar se há competência concorrente entre as espécies de jurisdição; mais especificamente, verificar se pode o interessado optar entre postular a retomada da coisa que ilícitamente lhe foi retirada perante a justiça cível ou criminal. O regramento previsto no CPC é bastante diverso da previsão constante do CPP, o que será abordado na

²⁵¹ O art. 74 do CPP está assim redigido: “L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale puo' essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile”.

²⁵² O art. 100 da Ley de Enjuiciamiento Criminal dispõe: “De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

²⁵³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 231). CARVALHO, Milton Paulo de (*Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 106-107), ao abordar o tema em comentário, diz haver cumulação imprópria eventual.

sequência. Aqui, o que cabe verificar, é se existe o direito de escolha por parte do ofendido.

Não há dúvida que, subtraído o bem de uma pessoa, tenha ela o direito de reavê-lo. O art. 1.210, *caput*, do CC é expresso neste sentido, e daí se pode concluir que está facultada ao interessado a propositura de ação possessória (art. 560 do CPC)²⁵⁴. Caso o lesado seja o proprietário do bem, lhe estará também aberta a via da ação reivindicatória. Alegando o direito de propriedade, retomará a posse da coisa.

O art. 120, § 1º, do CPP faz referência ao juiz criminal, mas não em oposição ao magistrado cível. O que a norma quer dizer é que, havendo dúvidas quando ao direito do reclamante, não poderá autoridade diversa (ex. delegado de polícia) decidir se o pedido de restituição tem cabimento²⁵⁵.

É de se notar, nesse passo, que a competência concorrente pode trazer consequência ao processo penal. Imagine-se, por exemplo, a seguinte situação: uma carga é roubada e, por conter dispositivo que permite o rastreamento, tenha o proprietário (pessoa diversa daquela que realizava o transporte) ciência do local onde foi armazenada. Com base nisso, e demonstrada a propriedade da coisa subtraída, pede (em ação perante a justiça cível) seja liminarmente deferida a retomada, o que é deferido. Posteriormente, em procedimento investigatório, com a colheita de elementos informativos, principalmente oitiva de testemunhas, a autoridade fica sabendo do local para onde a carga foi desviada e, se valendo disso, representada pela expedição de mandado de busca e apreensão. Deferida a medida, quando do cumprimento, nada é encontrado²⁵⁶.

²⁵⁴ Havendo esbulho, pode o possuidor (de bem móvel ou imóvel) postular a reintegração na posse. Logo, caso um bem seja subtraído da vítima, nada lhe impede a propositura de ação possessória. A causa de pedir e o pedido terão como base a posse, mais especificamente, se alegará a perda da posse e postular-se-á a sua retomada (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1378).

²⁵⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 2, p. 329.

²⁵⁶ Seria possível, num caso como o mencionado, cogitar de suspensão do processo civil (art. 64, p.u., do CPP)? Parece que não, pois além de o Código fazer referência somente à ação ressarcitória, não haveria, quando da propositura da demanda possessória no juízo cível, processo penal em curso. Ademais, ainda que futuramente se concluísse, na seara penal, pela inocorrência de crime ou ausência de participação daquele que figurou como réu na ação civil, o que repercutiria na esfera civil (art. 935 do CC), não se cogitaria de contradição entre os julgados. A conclusão que se chegaria, diante da análise dos dois julgados (ação possessória e ação criminal) é que: i) o réu no processo civil não foi autor ou partícipe do crime; ii) o réu do processo civil não cometeu qualquer infração penal.

Conforme se vê, embora possa ser benéfico ao lesado o direito à opção, é, em alguns casos, prejudicial ao processo penal, notadamente quanto à produção de provas. Diante disso, é recomendável que, proposta ação perante o juízo cível, onde se alegará como causa de pedir o esbulho possessório decorrente do cometimento do crime, seja o magistrado criminal comunicado a respeito da existência da demanda.

Por fim, resta dizer que, mesmo na hipótese de o bem ter sido apreendido pela autoridade policial, não estará o lesado impedido de buscar a retomada da coisa, valendo-se de ação a ser proposta na justiça cível. Mais uma vez se diga que o legislador, no art. 120, § 1º, do CPP, não obistou a dupla via. O problema que se coloca, e que será enfrentado adiante, tem a ver com o procedimento a ser seguido.

4.5.1.3 Procedimentos nos juízos de competência concorrente

A ação proposta perante a justiça cível poderá ser de duas espécies, quais sejam, possessória ou reivindicatória²⁵⁷, ambas, por certo, diversas da providência que pode ser buscada junto ao juízo criminal²⁵⁸. Na reivindicatória, o procedimento a ser seguido é o ordinário; para a outra, está previsto rito especial, mas desde que a ação seja proposta dentro de ano e dia a contar do ato atentatório à posse (art. 558, *caput*, do CPC). Após o decurso do referido lapso temporal, aplica-se o procedimento comum, o que não retira o caráter possessório da demanda (art. 558, parágrafo único, do CPC).

Escolhida qualquer das vias mencionadas, como é de se esperar, abre-se àquele que figura no polo passivo o direito de defesa, ainda que eventualmente após o cumprimento da medida postulada como antecipação dos efeitos da tutela. A cognição, perante o juízo cível, será ampla e exauriente. A decisão, ao final, será proferida por magistrado.

²⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria (*Temas e problema de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 204) concorda que o ofendido tenha como reaver a coisa mediante a propositura de ação perante a justiça cível. Diz, porém, invocando o art. 521 do CC/16 (dispositivo que não tem correspondente no CC/02), que somente as coisas subtraídas podem ser recuperadas pelo lesado. Nos casos em que o bem é entregue pela vítima (ex. estelionato e apropriação indébita), desde que o possuidor seja terceiro de boa-fé, não cabe, na visão do autor, a restituição, devendo ser garantido o direito do terceiro. Diversa é a opinião de TORNAGHI, Hélio Bastos (*Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 199), que, sem diferenciar a forma pela qual o ofendido perdeu a posse da coisa, afirma que “se tanto o lesado quanto o terceiro, adquirente em boa-fé, pedem a entrega, as coisas devem ser repostas em mãos do primeiro, isto é, do ofendido e primitivo dono, mas o outro tem direito regressivo contra quem lhos transferiu”.

²⁵⁸ LEVI, Nino. *La parte civile nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1925, p. 40.

Diferente é o regramento dado pelo CPP. De acordo com o art. 120, *caput*, a restituição poderá ser ordenada pelo magistrado ou pela autoridade policial, neste último caso, quando o direito do reclamante seja indubitado.

Pois bem, feita a apreensão, pode o interessado postular a liberação do bem em seu favor. Havendo dúvida quanto ao direito do postulante, o pedido será autuado em apartado, e o requerente disporá de cinco dias para produzir provas²⁵⁹ (art. 120, § 1º, do CPP).

Apesar de ser indiscutível que o magistrado é o responsável pelo julgamento do incidente, o que de curioso se nota é que, na hipótese de o indivíduo (ex. vítima) demonstrar interesse na obtenção da posse do bem para a autoridade policial, nos termos da lei, é ela que dirá se o direito é ou não duvidoso.

Não se cogita, no processo penal, pela letra da lei, de pedido formulado em face do réu, senão de mero requerimento a ser apresentado ao órgão tido como competente para deliberar se tem cabimento ou não a restituição.

Portanto, interpretado o Código de maneira literal, o delegado de polícia emite juízo de valor, na medida em que decide se o postulante tem ou não direito sobre a coisa apreendida. Entendendo que razão assiste ao reclamante, procede à restituição; do contrário, perante a justiça criminal, é instaurado o incidente, a ser apreciado pelo magistrado.

Note-se que, se o bem é encontrado em poder de terceiro, a sistemática é diversa. Obrigatoriamente será instaurado o incidente, e aquele que exercia a posse até a apreensão terá o direito de manifestação e produção de provas (art. 120, § 2º, do CPP). Demonstrado pelo lesado o seu direito sobre a coisa, o magistrado criminal lhe deferirá a restituição²⁶⁰.

Se não for possível, diante das provas produzidas e das alegações apresentadas, descobrir a quem cabe o bem, o juízo penal remeterá as partes ao cível, passando a coisa às

²⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza (*Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 327) diz que “o prazo assinalado de cinco dias significa a apresentação da prova ou o requerimento para que seja produzida, mas não quer dizer tenha o magistrado que encerrar o incidente no quinquídio”.

²⁶⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 203) defende que “o terceiro, embora de boa-fé, não tem preferência sobre o primitivo detentor, de quem a coisa foi ilicitamente retirada”.

mãos de um depositário, ou mantendo-o em poder do próprio terceiro, se se tratar de pessoa idônea (art. 120, § 4º, do CPP).

É de se ponderar, porém, que não parece razoável, exatamente no campo onde se busca algo próximo da certeza, interpretar o art. 120 do CPP de forma literal. Nos dias atuais, é necessário entender que a autoridade policial não está autorizada a deferir a restituição, ainda mais sem prévia oitiva daquele a quem se imputa o cometimento da infração penal.

O pedido de restituição tem cunho indenizatório²⁶¹; é, como visto, a maneira mais elementar de reparação do dano causado pelo crime. A providência, diante da citada natureza, e por depender da emissão de um juízo de valor a ser fundamentado naquilo que foi produzido ao longo do procedimento investigativo, deve ser de competência do magistrado, o qual, por força do que dispõe o art. 5º, LV, da CF, precisa assegurar o contraditório.

Realmente, ainda que se entenda que, no procedimento investigatório, mais especificamente, no inquérito policial, não está assegurada a possibilidade de o imputado se defender, a medida mencionada, de restituição, pode atingir a esfera de direitos do agente, o qual, neste ponto, não terá como se defender posteriormente, no curso da ação penal. Diferentemente do que ocorre em relação à acusação da prática de delito, da qual o acusado terá a oportunidade de se manifestar em contraditório, no que toca ao pedido mencionado, deferida a restituição sem sua prévia oitiva, nada mais poderá ser feito, a não ser permitir que em outra ação, no juízo cível, seja buscada a recuperação do bem.

Destarte, mesmo que aparentemente se esteja diante de um direito indubitado, não tem a autoridade policial que deferir a entrega a quem reclama a coisa apreendida²⁶². Caso

²⁶¹ LEVI, Nino (*La parte civile nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1925, p. 42-43) relata que, no processo canônico, de cunho inquisitório, “la restituzione del tolto assunse infatti carattere amministrativo”, diferente do já ocorrido no CPP italiano revogado, pela qual “le restituzioni sono indicate come obbietto di azione civile”.

²⁶² TORNAGHI, Hélio Bastos (*Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1, p. 200) traz como exemplo de direito indubitado a hipótese do ladrão preso em flagrante na posse da carteira de identidade da vítima. Vislumbrando situação assim, sem qualquer formalidade, e sem prévia oitiva do imputado, caso a autoridade policial restitua o documento, posteriormente pode surgir dúvida quanto ao direito daquele que se intitulou lesado. É possível, por exemplo, que duas pessoas estejam a celebrar contrato, e aquele que figura como vendedor, um estelionatário, presente, para fazer constar no documento do negócio jurídico, os dados pessoais, uma cédula de identidade falsa. O comprador, suspeitando da falsidade da carteira, pode querer retê-la para levá-la até a autoridade incumbida de apurar a prática de crime. O estelionatário, vendo-se numa situação complicada, se intitula vítima e diz que teve

alguém se intitule vítima da infração e postule a liberação do objeto, após ser facultada a manifestação do suposto autor do crime, o Ministério Público opinará e, por fim, o juiz decidirá.

A corroborar a ideia de que somente o julgador está autorizado a deferir a restituição, cite-se a regra contida no art. 120, § 3º, do CPP. De acordo com o dispositivo mencionado, sobre todos os pedidos de restituição se manifestará o Ministério Público. Ora, não parece razoável permitir que, contrariando a opinião do membro do órgão acusador, a autoridade policial decida por entregar o bem a quem o solicitou²⁶³.

Percebe-se que, caso seja adotada iniciativa nesse sentido, quem não integra o Poder Judiciário proferirá decisão de natureza indenizatória. Analisada a questão sob o enfoque da divisão formulada pela doutrina processual civil, das espécies de ação ter-se-ia uma hipótese de decisão executiva *lato sensu*²⁶⁴, isto é, uma decisão cujo efeito prático é imediato, tal como ocorre nas ações possessórias. Em outras palavras, sem que houvesse processo, seria proferida decisão por quem não é magistrado, decisão essa com força executiva no grau mais elevado possível.

4.5.2 Pedido indenizatório

O outro pedido que está autorizado a ser feito na ação civil proposta perante a justiça criminal é o indenizatório, entendido na sua ampla acepção, ou seja, abrangendo tanto o aspecto material (dano emergente e lucro cessante) como o moral. Por conta das especificidades de cada uma das mencionadas categorias, é melhor que a análise se dê separadamente, abrindo-se um tópico para cada subespécie de pretensão.

seu RG subtraído. Ocorre a prisão em flagrante e, aparentando se estar diante de um direito indubitado, o mencionado documento é restituído à 'vítima'. Posteriormente se constata que a situação era bastante diversa daquela. O estelionatário, cuja identidade real não foi descoberta, não é mais encontrado e sequer se apura, por perícia, a falsidade do documento.

²⁶³ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2, p. 366) sustenta que, apresentado o requerimento à autoridade policial, “cumpre-lhe, então, remeter o inquérito a juízo, para o promotor dizer sobre a pleiteada restituição”. Adotado tal posicionamento, os autos do inquérito saem da delegacia, vão a juízo; abre-se vista ao MP e tornam à autoridade policial, que profere decisão. Com o devido respeito, tal sistemática não tem sentido.

²⁶⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo (*Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 242), quando tratam da mencionada espécie de ação, dizem que, “diferentemente da regra das ações condenatórias, a produção de efeitos práticos, no mundo dos fatos, independe, na ação executiva *lato sensu*, de posterior requerimento de execução”.

Quanto a ambas as espécies, porém, algumas regras são de aplicação comum. Isso se dá, por exemplo, em relação aos juros e à correção monetária. Por força do que estabelece o art. 322, § 1º, do CPC, não há necessidade de a parte autora fazer menção a tais verbas, ficando, por conseguinte, dispensada de indicar o termo inicial, isto é, a data a partir de quando são devidas. Apesar disso, é importante o estudo de tais temas, e naquilo que há similitude entre as espécies mencionadas as anotações constarão deste item. Nos pontos divergentes, a abordagem específica será feita nos tópicos que seguem.

Tratando-se de responsabilidade extracontratual, a partir do momento em que é praticado o ilícito penal, está o causador do dano em mora. Por tal razão, os juros moratórios são devidos desde a data do fato, independentemente de se cuidar de indenização por dano material ou moral²⁶⁵.

Ainda sobre aspectos gerais do pedido, é importante frisar que está autorizada a cumulação simples (de indenização por dano material e moral), bastando que o autor especifique aquilo que quer. Ou seja, ele tem o dever de apresentar, ao menos, pedido certo, não sendo lícito simplesmente pleitear a condenação da parte contrária²⁶⁶.

4.5.2.1 Pedido de reparação do dano moral

Inicialmente é importante lembrar que nem sempre o cometimento de um crime causa dano, e quando há, é possível que seja somente de ordem material. Daí se conclui que o pedido de indenização pela ocorrência de prejuízo moral não deve ser formulado em todos os casos, cabendo ao interessado, antes de deduzir sua pretensão, ponderar se houve ou não violação a algum direito, notadamente da personalidade.

Concluindo pela ocorrência do prejuízo extrapatrimonial, compete ao autor do pedido quantificá-lo, indicando o valor que entende ser o devido para minimizar a dor sofrida em decorrência da prática da infração penal. Em outras palavras, é preciso que o interessado apresente o preço de seu sofrimento.

²⁶⁵ Nos termos da Súmula 54 do STJ, “os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”. O enunciado, pelo que se percebe, não diferencia a indenização por dano material e por dano moral, o que ocasionou debate jurisprudencial. A mesma Corte, porém, em sede de recurso repetitivo, consolidou a tese de que “os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral” (REsp 1114398/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 16/02/2012).

²⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1, p. 227.

Não há dúvida de que, em virtude da ausência legal de balizamento sobre o montante devido, a tarefa do demandante se torna árdua. Contudo, ele tem a seu dispor o art. 5º, incisos V e X, da CF, os quais preveem que a indenização a ser paga pela violação da intimidade, da vida privada, honra e imagem (inciso X) é calculada de forma proporcional ao dano (inciso V). Ou seja, tal como em outros segmentos, também aqui é de rigor a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Pode surgir dúvida quanto à extensão da função indenizatória. A opinião defendida neste trabalho é a de que ela não tem por finalidade punir, senão apenas reparar²⁶⁷. Mas, ainda que se siga caminho diverso, também quando se fala em sanção, não se deixa de lado o preceito citado acima. Enfim, sofrido o dano, o autor tem o direito de receber algo equivalente²⁶⁸, isto é, que compense proporcionalmente o prejuízo.

Não há, então, como a parte autora deixar de observar o que dispõem os arts. 322, *caput*, e 324, *caput*, ambos do CPC, competindo-lhe formular pedido certo e determinado. Vale dizer, terá o demandante de especificar e quantificar aquilo que pretende receber²⁶⁹. Portanto, se visa, por exemplo, ser ressarcido do prejuízo que experimentou em decorrência do abalo psíquico sofrido por ter permanecido por horas sob a mira da arma de fogo utilizada pelo criminoso, que proferia ameaças de morte, precisa indicar que o pedido é de indenização por dano moral (certo) e apontar o valor que pretende receber (determinado).

Existe, na doutrina²⁷⁰, opinião em sentido contrário, ou seja, de que é possível a dedução de pedido genérico. Para tal corrente, não haveria como determinar, quando da propositura, as consequências do ilícito. Seria ao longo da instrução, com a produção das provas e debates entre as partes, que se conseguiria aquilatar o montante a ser arbitrado.

²⁶⁷ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges (*Tratado elemental de derecho civil: las obligaciones*. Tradução de Jose. M. Cajica Jr. México: Cardenas, 1983. v. 4, p. 182), após afirmarem que a indenização deve representar da maneira mais exata a reparação do dano sofrido, acrescentam que “todo lo que concediese de más constituiría un beneficio ilegal para el acreedor. Erróneamente algunas sentencias se basan em la idea de *pena* respecto al autor del daño en la determinación de la indemnización; ésta debe constituir solamente una *reparación*”.

²⁶⁸ ALVIM, Agostinho (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 202).

²⁶⁹ Segundo DINAMARCO, Cândido Rangel (*Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2, p. 124), “diz-se *certo* o pedido quando individualizado em seus elementos o objeto sobre o qual se pretende o pronunciamento jurisdicional; *liquido ou determinado*, o pedido que faz tal indicação (número de cabeças de animal, determinado valor em dinheiro)”.

²⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 155-156.

Percebe-se, do que ficou consignado, que o juiz teria dificuldade em estimar a quantia a ser fixada em sentença. De fato, o magistrado leva em conta, para estabelecer o montante devido (se devido), as provas surgidas durante a instrução. Entretanto, é indubitável que, desde o acontecimento danoso, o lesado já tem ideia da extensão do prejuízo. Precisa, por conseguinte, levar tal informação ao conhecimento do julgador, para dar-lhe elementos mínimos sobre a dimensão do dano. Do contrário, poderá haver enorme descompasso entre o que é cogitado pela parte e o que é imaginado pelo juiz. O mesmo se diga em relação ao réu, que tem o direito de saber, para exercer de forma ampla o seu direito de defesa, aquilo que pretende o adversário²⁷¹.

É possível acrescentar, para corroborar o que foi dito, que, a partir da entrada em vigor do CPC/15, o legislador quis pacificar a questão, estabelecendo a imprescindibilidade de indicação do montante pretendido. Isso porque, nos termos do art. 292, V, do citado Diploma, a expressão econômica da demanda indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, corresponde ao valor pretendido.

Parece, porém, estar consolidado na jurisprudência, que a parte não tem obrigação de indicar qualquer valor, ainda que estimado, inexistindo óbice para que o autor deduza pretensão genérica. Isso se dá tanto no âmbito do processo civil²⁷² como no processo penal. Aliás, em sede de recurso repetitivo, o STJ pacificou que, nos casos de violência doméstica, basta a dedução de pedido de indenização por dano moral²⁷³.

Por fim, vale deixar consignado que, se tratando de reparação do prejuízo decorrente de abalo psíquico, a correção monetária incide a contar da data do arbitramento da indenização²⁷⁴.

4.5.2.2 Pedido de reparação do dano material

²⁷¹ É possível que, tomando ciência daquilo que pretende o ofendido, o autor da infração penal entenda correto, e por tal motivo não ofereça resistência. No entanto, se não há sequer uma ideia aproximada do *quantum*, o denunciado fica quase que obrigado a contestar, não tendo parâmetros mínimos para saber qual valor será arbitrado.

²⁷² REsp 1534559/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, DJe 01/12/2016.

²⁷³ REsp 1675874/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 08/03/2018.

²⁷⁴ De acordo com a Súmula 362 do STJ, “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento”.

O dano material abrange o dano emergente e o lucro cessante. O primeiro corresponde ao que o indivíduo perdeu, ao passo que o outro guarda relação com aquilo que a pessoa deixou de lucrar (art. 402 do CC).

Há grande diferença entre as duas espécies de dano mencionadas, o que repercute na maneira como deve o lesado postular a reparação, e isso justifica o estudo em itens separados.

4.5.2.2.1 Dano emergente

Como decorrência da prática de crime, pode alguém sofrer prejuízo material. Já foi visto que o prejudicado não é necessariamente aquele que figura como vítima. O que importa saber é se, por conta do cometimento do delito, a pessoa experimentou prejuízo. O proprietário de um automóvel pode ter o seu bem danificado pelo indivíduo que, ao subtrair o veículo estacionado nas proximidades, acabou por causar um abalroamento. Tanto o dono do carro furtado como o proprietário do outro automóvel envolvido na colisão poderão cobrar do autor da infração penal o valor que será consumido para realização dos reparos.

O pedido será sempre de condenação da parte que figura no polo passivo ao pagamento de certa quantia em dinheiro. Não será possível, no exemplo mencionado, postular seja o agente condenado ao cumprimento de obrigação de fazer, isto é, em providenciar por meios próprios a reparação. Caso o prejudicado opte por pleitear a concessão de tutela específica, precisará se valer do juízo cível.

Em decorrência de o dano emergente corresponder, de regra, a algo acontecido e que já se consolidou, tem o autor da demanda condições de quantificar, desde logo, o seu prejuízo, informando-o na primeira oportunidade em que se manifesta no processo. É por conta dessa peculiaridade que, na maioria dos casos, o pedido terá de ser certo e determinado.

A legislação processual civil trata das situações em que se faz possível a dedução de pedido genérico. Das três hipóteses constantes do rol do art. 324, § 2º, do CPC, interessa

aqui somente aquela prevista no inciso II, que trata do caso em que não é possível, desde logo, saber as consequências do ato ou do fato²⁷⁵.

É possível que, praticado um crime, as consequências surjam ao longo do tempo, de modo a não ser possível o lesado, desde a propositura da demanda, especificá-las e, conseqüentemente, quantificá-las, sendo, então, lícita a dedução de pretensão genérica.

Tal possibilidade, entretanto, não é absoluta. Naquilo que já se consolidou, é imprescindível que o demandante considere a obrigação de deduzir pedido certo e determinado. Vale dizer, terá, neste ponto, de indicar o que quer, com todas as suas especificidades.

Praticado delito de lesão corporal, nos termos do art. 949 do CC, o ofensor indenizará o ofendido das despesas com tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que houver sofrido. Por conta de tal previsão, proposta a ação civil, caso o ofendido já tenha suportado despesas, por exemplo, com medicamentos, indicará o valor desembolsado, e, neste ponto, o pedido será certo e determinado. Caso o tratamento não tenha se encerrado, formulará, no mais, pedido genérico, consistente na condenação da parte contrária a suportar os gastos futuros. A sentença, por conseguinte, será, neste ponto, ilíquida.

4.5.2.2.2 *Lucro cessante*

É possível que o lesado pelo crime formule, perante a justiça penal, pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por ter deixado de lucrar em decorrência dos danos sofridos.

Por conta da própria natureza da obrigação, que se baseia não em fatos concretos ocorridos, mas sim em presunções, o pedido, embora deva ser certo e determinado, não corresponderá exatamente àquilo que o ofendido deixou de auferir. Deveras, o autor, ao deduzir a sua pretensão, tomará por base o que provavelmente lucraria durante o período em que ficou impossibilitado de atuar.

²⁷⁵ O art. 324, § 1º, I, do CPC trata das ações universais, as quais não tem cabimento perante o processo penal. Exemplo desse tipo de demanda seria a de petição de herança, em que o autor pede que seja deferido quinhão dos bens deixados pelo falecido. Por sua vez, o art. 324, § 1º, III, do mesmo diploma cuida das ações em que não é possível o autor quantificar ou indicar o bem que deseja por depender de ato a ser praticado pelo réu. O maior exemplo consiste na ação de prestação de contas, em que primeiro o réu as apresenta, para somente depois o autor ter condições de especificar o montante devido (se devido).

A propósito, o art. 402 do CC, ao disciplinar as perdas e danos, estabelece que o lesado terá direito a ser indenizado pelo que efetivamente perdeu e pelo que razoavelmente deixou de lucrar. Daí se conclui que, no tocante ao dano emergente, o autor tem a obrigação de indicar exatamente o valor do prejuízo, o que não ocorre quanto ao lucro cessante, em que se orçará quantia aproximada.

Tenha-se presente que a necessidade de formulação de pedido na forma mencionada guarda relação com o passado. Caso, no momento da propositura, o autor ainda esteja impossibilitado de obter lucro (ex. está acamado), terá a faculdade de deduzir pedido parcialmente genérico. Assim se diz, pois, diferentemente do que ocorre quanto ao dano emergente, que é baseado em dados específicos, o lucro cessante é sempre fixado por estimativa. Portanto, genérica, de ordinário, será a periodicidade.

Ao formular o pedido, portanto, o lesado indicará aquilo que deixou de lucrar até o momento e postulará seja a parte contrária condenada a pagar, por exemplo, determinado valor todos os meses, até que convalesça. A indeterminação se dá em virtude de o autor não ter aguardado o término dos desdobramentos²⁷⁶.

Por conta dessa peculiaridade, não necessariamente a sentença será ilíquida. Caso fique demonstrado, ao longo do processo, quais são as exatas consequências do crime (ex. o lesado, no curso da instrução, se recupera e volta a trabalhar), o magistrado indicará o exato valor devido.

De acordo com o art. 491, *caput*, do CPC, ainda que seja formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o que corresponde a dizer que tudo o que for possível de ser quantificado, o será²⁷⁷.

4.6 MOMENTO PROCESSUAL PARA FORMULAÇÃO DO PEDIDO

Para responder à indagação sobre qual o momento oportuno para a parte autora formular o pedido, é imprescindível enfrentar outras duas questões: verificar quem é o seu autor e a natureza da pretensão (indenizatória ou restituitória).

²⁷⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, t. 1, p. 110.

²⁷⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 596-597.

Começando por esta última, é salutar anotar que embora o CPP não especifique a partir de que instante está o prejudicado autorizado a pleitear a devolução de bem que foi retirado de sua posse, o art. 120 recomenda que, imediatamente após a autoridade policial tomar conhecimento da infração penal, é lícita a dedução do requerimento. Isso porque, no citado dispositivo, consta que referido servidor poderá ordenar a devolução²⁷⁸.

Apesar de já ter sido anteriormente sustentada a impossibilidade de o delegado de polícia praticar atos de mencionada natureza, não se pode negar que ao menos a ele se possa dirigir o pedido, o qual terá de ser remetido ao Ministério Público e, depois, ao juiz, para decisão.

Para que a restituição possa ser deferida, é imprescindível que a coisa apreendida não mais interesse ao processo. Portanto, o fato de o pedido ter sido formulado logo após a prática do crime não garante ao interessado a rápida recuperação da coisa. Terá ele de aguardar as providências necessárias, como, por exemplo, a realização de perícias, para, somente após sua conclusão, conseguir reaver o que é seu.

A restituição tem cabimento independentemente do destino da ação penal. Aliás, mesmo que ela não venha a ser proposta, pode o interessado postular a retomada daquilo que foi retirado de sua posse, e apreendido. Portanto, se assim o é, o fato de o réu ser condenado ou absolvido é indiferente. Em qualquer das hipóteses, o pedido de restituição pode ser encampado. Basta que fique evidenciado o direito do postulante sobre a coisa.

Assinale-se, porém, que aquilo que ficou consignado anteriormente se aplica somente aos bens que foram recolhidos. Tratando-se de objeto que não esteja aos cuidados da autoridade policial ou qualquer outro depositário, a providência não será cabível indiscriminadamente, senão apenas quando houver ação penal. Isso porque, para que ocorra a reintegração, o interessado terá de propor perante a justiça criminal ação possessória, a qual é conexa com a penal.

Se o bem foi retirado de alguém, mas o titular da ação penal conclui, pelos elementos informativos colhidos durante as investigações, que não há base para

²⁷⁸ FERNANDES, Antonio Scarance (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 78) diz que, não havendo dúvida quanto ao direito do ofendido, “feita a apreensão, deve a restituição ser feita logo, proporcionando-se ao lesado pronta satisfação”.

oferecimento de denúncia, não tem cabimento deferir, perante a justiça criminal, medida de caráter possessório, pois não guardaria relação com o cometimento de crime. O que justifica a concessão da providência citada é o fato de a coisa ter sido retirada do poder de quem reclama a recuperação por meio que, ao menos em princípio, é penalmente ilícito.

Se o inquérito policial é arquivado, não tem cabimento formular o mencionado pedido. Diferente, porém, é a situação em que, proposta a ação penal, venha o interessado a pleitear a recuperação da coisa. Ainda que, ao final da instrução, seja o acusado absolvido, não se verifica, de ordinário, incompatibilidade ou incongruência entre os resultados (devolução e absolvição).

É possível, por exemplo, que duas pessoas celebrem negócio jurídico. O adquirente, além de entregar certa quantia em dinheiro, repassa determinado bem ao alienante. Este, porém, deixa de cumprir a sua obrigação, consistente em entregar ao comprador aquilo que foi prometido, surgindo indícios de que foi praticado crime de estelionato (ex. o vendedor encerra sua atividade fabril, vende todo o maquinário, leva consigo o bem que lhe foi entregue e toma rumo ignorado). Proposta a ação penal, o indivíduo postula a retomada do bem dado como forma de pagamento e, deferida a medida, consegue recuperá-lo. Ao final, porém, conclui o juiz que não houve crime, mas mero ilícito civil. Mesmo em tal situação, a devolução não foi equivocada: descumprido o contrato, ele tem de ser resolvido, retornando as partes ao estado anterior.

Quanto à legitimidade, vale reforçar que está autorizado a pedir a restituição aquele que teve de seu poder retirado o bem, seja proprietário ou apenas possuidor. Aliás, por o incidente mencionado guardar certa semelhança com a ação possessória disciplinada no CPC, via de regra a coisa será entregue a quem provar que exercia a posse antes da prática do crime.

Tratando-se de pretensão indenizatória, sistemática semelhante à aplicável aos casos de recuperação de posse de bem não apreendido tem de ser adotada. A ação civil, conforme costuma se manifestar a doutrina portuguesa²⁷⁹, é de adesão, isto é, adere ao processo penal. Consequentemente, não há como ser proposta antes do oferecimento da denúncia ou queixa. Poderá sê-lo, porém, concomitantemente ou posteriormente.

²⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 543.

Realmente, o ajuizamento anterior poderia gerar situações inusitadas. Imagine-se que o Ministério Público, por não constatar a existência de crime, se manifeste pelo arquivamento do inquérito. Fosse aceita a apresentação prévia, tramitaria no juízo criminal ação ressarcitória cível, demanda tal que não guardaria nenhuma relação com ilícito penal²⁸⁰.

A jurisprudência parece ter consolidado o entendimento de que o pedido indenizatório tem de ser formulado na denúncia ou na queixa²⁸¹. Isso se dá porque, segundo o STJ, os autores da ação penal são os legitimados a postular a condenação cível do réu. Portanto, como decorrência lógica, numa única oportunidade seriam deduzidas as duas pretensões (criminal e cível).

Ocorre que, conforme analisado em tópico próprio²⁸², o Ministério Público não tem por função defender os interesses patrimoniais disponíveis de pessoas determinadas. Outrossim, nem sempre o querelante (na hipótese de queixa crime) é o indivíduo (ou único indivíduo) que sofreu danos em decorrência da prática do crime. Conseqüentemente, é imprescindível que seja aceita a formulação do pedido indenizatório em outra oportunidade.

Nas vezes em que competir ao Ministério Público a propositura da ação civil, aí sim, é de se aceitar a tese segundo a qual, em uma mesma oportunidade (ou ao menos dentro do prazo para oferecimento da inicial acusatória²⁸³ – art. 46 do CPP), devem ser apresentados os dois pedidos. Isso se dá, por exemplo, nos delitos ambientais. Causado dano coletivo (ex. contaminação das águas de um rio que abastasse determinada população), o referido órgão, na denúncia, postula também a condenação do réu ao pagamento de indenização.

²⁸⁰ Talvez a solução para uma hipótese como essa seria remeter os autos do processo para a Vara Cível competente, onde se daria prosseguimento à marcha processual.

²⁸¹ REsp 1675874/MS, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 08/03/2018.

²⁸² Vide item 4.1.1.

²⁸³ PINTO, António Augusto Tolda. *A tramitação processual penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 174. Embora o autor esteja a tratar do sistema português, não há óbice para que o mesmo raciocínio seja aplicado ao modelo brasileiro. É de se ponderar, porém, que, oferecida a denúncia, e nela fazendo constar somente o pedido de natureza penal, ocorrendo a citação do réu, ainda que não tenha sido alcançado o termo final do lapso temporal conferido ao MP, não há como permitir seja posteriormente (mas dentro do prazo) apresentada a pretensão cível. Portanto, a citação obsta o acréscimo, e isso se dá conforme prevê o art. 329, I, do CPC.

Algo semelhante pode ser dito quando o querelante for quem suportou o prejuízo monetariamente quantificável. Na hipótese de ser praticado crime de injúria, o querelante pedirá, além da providência de natureza penal, o ressarcimento pelos danos morais sofridos²⁸⁴.

Nos casos, porém, em que não se vislumbra identidade entre o autor da ação penal e o legitimado a postular a condenação cível, não há como exigir que em uma mesma peça (denúncia ou queixa) sejam formulados ambos os pedidos. Igualmente, não é razoável cobrar que os pleitos sejam deduzidos concomitantemente.

O ofendido deve ser cientificado do procedimento investigatório instaurado para apurar o cometimento de crime. É salutar, também, que fique sabendo da propositura da ação penal proposta. O art. 6º, IV, do CPP dispõe que a autoridade policial, logo que tomar conhecimento do cometimento da prática de crime, deverá, entre outras providências, ouvir o ofendido. Assim agindo, dará ciência sobre a investigação.

É importante, a bem da verdade, que o prejudicado não receba informação vazia, sem nenhuma valia. Portanto, o indivíduo precisa ser orientado a respeito do seu direito de buscar a reparação do dano. O art. 201, § 2º, do CPP estabelece que o ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e saída do acusado da prisão, da data da audiência de instrução, da sentença e dos acórdãos que a modifiquem ou mantenham.

A previsão foi incluída pela Lei 11.690/08, editada pouco antes daquela (Lei 11.719/08) que incluiu o inciso IV ao art. 387 do citado Diploma. O surgimento anterior fez com que fosse dito menos do que se queria (ou deveria). Talvez, mais importante do que saber se o réu foi preso ou solto, é o prejudicado com o crime ter ciência de que pode postular a reparação civil.

Portanto, e tomando como base os arts. 4º e 6º da Declaração da ONU sobre o direito das vítimas, o ofendido tem que ser comunicado sobre seus direitos, inclusive o de

²⁸⁴ Não há como, em relação à queixa crime, ser conferido ao querelante prazo mais estendido. O CPP não prevê qual o lapso temporal que o particular dispõe para oferecer a sua inicial. O que se leva em conta é o prazo decadencial de 6 meses (art. 38 do CPP). Seria disparatado o querelante, no primeiro mês do prazo decadencial, propor a queixa crime, e, somente depois do transcurso de mais cinco meses, ajuizar a ação civil. É possível que, dentro desse intervalo, o processo já esteja julgado. Portanto, o que se pode tolerar é a dedução da pretensão civil dentro do lapso decadencial e antes da citação (art. 329, I, do CPC).

poder ter indenizado o dano sofrido²⁸⁵. Com isso, cientificado do trâmite das investigações e da ação penal, pode ajuizar a demanda cível.

Outras legislações, como a portuguesa²⁸⁶ e a argentina²⁸⁷, estabelecem que os prejudicados com o cometimento do crime devam ser cientificados dos seus direitos, inclusive os de natureza civil.

Realizada, portanto, a comunicação oportunamente, terá o lesado a faculdade de propor a ação civil perante a justiça criminal. O prazo não está previsto no CPP, motivo pelo qual é necessário verificar, através de uma análise mais ampla, até quando está autorizado o manejo da demanda reparatória.

É possível, com base em critério de exclusão, dizer que, após encerrada a instrução, está impossibilitada a formulação do pedido. Não teria como, por exemplo, a pretensão surgir somente em sede de alegações finais, ainda que sobre ela se facultasse a manifestação do acusado. Muito menos é de se aceitar o pedido na fase recursal. Isso porque o réu não teria como produzir provas. Ademais, deduzido o pedido em recurso, restaria violado o direito ao duplo grau de jurisdição²⁸⁸.

Não parece, porém, haver óbice para que, até antes da audiência de instrução, seja apresentada a demanda civil. O que precisa ser analisado é se, em razão do curto intervalo de tempo entre a constituição da parte lesada no processo penal e a solenidade, teve o acusado oportunidade para preparar e angariar provas para realizar a sua defesa.

Recentemente, no dia 23 de março de 2019, o Código de Processo Penal francês sofreu alteração. Foi nele incluído o art. 420-1, que estabelece que até 24 horas antes da audiência de instrução pode o lesado constituir-se parte civil para reclamar o pagamento de

²⁸⁵ FERNANDES, Antonio Scarance (*O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 81/82), após fazer menção à citada declaração, afirma que “uma informação relevante à vítima é sobre o encerramento do inquérito”.

²⁸⁶ O art. 75, 1, do CPP português estabelece que “Logo que, no decurso do inquérito, tomarem conhecimento da existência de eventuais lesados, as autoridades judiciárias e os órgãos de polícia criminal devem informá-los da possibilidade de deduzirem pedido de indemnização civil em processo penal e das formalidades a observar”.

²⁸⁷ O Código de Processo Penal Nacional argentino dispõe, no art. 80, que a vítima terá, dentre outros direitos, os de: “a) A ser informada sobre sus derechos cuando realice la denuncia o en su primera intervención en el procedimiento; [...] d) A que en las causas en que se investiguen delitos contra la propiedad, las pericias y diligencias sobre las cosas sustraídas sean realizadas con la mayor celeridad posible, para el pronto reintegro de los bienes sustraídos”.

²⁸⁸ STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges. *Procédure pénale*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980, p. 209.

indenização ou a restituição do bem, devendo o seu pedido vir acompanhado dos documentos que demonstrem o direito alegado.

Não se vislumbra óbice para que, no Brasil, seja adotado entendimento semelhante. Apresentado o pedido com a antecedência de um dia, dele tomará conhecimento o réu (e seu defensor) no início da audiência, e nela exercerá o direito de defesa, facultando-se a oferta de contestação oral. Tal entendimento prestigia o escopo das reformas introduzidas no CPP. Com a mudança legislativa, ocorrida em 2008, pretendeu o legislador tornar o processo penal mais célere, com o que prestigiou a oralidade.

Conferida a oportunidade para que a defesa se manifeste sobre o pedido de cunho civil, é possível que demonstre a necessidade de prazo mais dilatado para apresentar suas razões ou evidencie que a produção de provas quanto às suas alegações não pode ser imediata. Em isso ocorrendo, a solenidade pode ser redesignada, com o que ficará garantido o direito à ampla defesa.

É importante, por fim, anotar que, caso deixe o lesado para pedir a sua habilitação somente no momento processual mencionado, arcará com as consequências de sua demora. Feito o pedido no dia anterior ao da audiência, não terá como pretender sejam eventuais testemunhas intimadas. Poderá, porém, levá-las. Tal como ocorre com o assistente (art. 269 do CPP), receberá a causa no estado que ela se achar.

4.7 PETIÇÃO INICIAL

O lesado necessita se habilitar para postular o pedido de natureza civil. Neste sentido, apresentará petição inicial, e nela demonstrará aquilo que pretende obter, competindo-lhe observar as formalidades indicadas anteriormente²⁸⁹.

Pelo sistema brasileiro, notadamente de acordo com o rito ordinário previsto no CPP, não se cogita de formulação de pedido verbal, e a razão impeditiva não viola o princípio da oralidade. O óbice existe, na verdade, pelo fato de ser necessária a apresentação do pedido antes da audiência. Consequentemente, compete ao interessado deduzir por escrito a sua petição e apresentá-la em Juízo.

²⁸⁹ Vide itens 4.5.1. e 4.5.2.

Na referida peça processual, em obediência ao que dispõe o art. 319 do CPC, o autor indicará a quem é dirigida, ou seja, ao juízo onde tramita o processo penal no qual pretende habilitar-se, o seu nome completo, estado civil, profissão, CPF ou CNPJ, endereço eletrônico e domicílio.

Caso já constem dos autos, não precisará repetir, por desnecessário, os dados completos do autor e do réu, bastando menção ao nome e, por conveniência, onde estão as demais informações a respeito da exata individualização das partes.

Havendo mais de um acusado, e tratando-se de responsabilidade solidária, compete ao demandante indicar contra quem pretender litigar. Não parece possível, no sistema pátrio, permitir que o autor deixe de indicar o réu, como ocorre no modelo argentino. Lá, por força do que estabelece o art. 88 do CPPN, quando o autor não mencionar qualquer dos imputados, entender-se-á que a pretensão é dirigida contra todos.

Quando muito, poderia no Brasil ser acolhida a petição inicial que não informa os dados daquele que figura como único réu no processo penal. Isso porque, numa hipótese como essa, seria intuitivo que a pretensão civil se dirigiria ao acusado.

A ausência da qualificação do demandado não funciona como obstáculo à formulação do pedido. Tal como autoriza o art. 41 do CPP, bastará ao autor apresentar esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo.

Questão que se coloca é saber se, existindo dúvida a respeito de quem praticou o dano, na inicial é possível não indicar o réu da ação civil, relegando à instrução o momento para o demandante individualizá-lo. Na doutrina estrangeira, há quem defenda tal possibilidade²⁹⁰. Na verdade, na Argentina, há disposição expressa (art. 88 do CPPN) que autoriza tal prática.

Não parece, porém, ser possível adotar tal posicionamento no sistema brasileiro. Se vários são os autores do crime, em decorrência da obrigação ser solidária, não precisa o autor perquirir qual dos agentes efetivamente praticou o ato material que redundou no prejuízo: pode cobrar o valor devido de qualquer deles ou de todos.

²⁹⁰ NUÑEZ, Ricardo C. *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 112-114.

Caso, diferentemente, no processo penal, diversos indivíduos ocupem o polo passivo, cada qual sendo acusado da prática de um crime, compete ao autor individualizar o responsável pelo dano, não sendo lícita propositura de ação em face de demandado incerto. Isso porque, em situação como a mencionada, de regra, não há responsabilidade solidária.

Se alguém furta um veículo e, na sequência, entrega-o a receptador, o qual acaba por envolver-se em abalroamento, somente este responde pelos danos ocasionados em decorrência da colisão. Logo, primeiro terá o prejudicado que descobrir quem praticou o ato lesivo, para somente após propor a ação contra o verdadeiro causador do dano.

O ajuizamento de ação em face de réu incerto, ainda que seja benéfico ao lesado, viola princípios processuais, e por isso é inadmissível. Com efeito, mesmo que a indeterminação não seja absoluta, pois é dirigida a ao menos um dos que figuram no polo passivo do processo penal, o é de maneira relativa. E isso é suficiente para que se constate que o exercício do direito de defesa será prejudicado.

A pessoa tem o direito de saber se e sobre o que está sendo demandada. Por conseguinte, quando não tem certeza se figura como réu, pode acabar por contestar algo que, na verdade, em face de si não foi pedido. Haveria, por conseguinte, uma defesa contra um suposto ataque.

Pois bem, cabendo ao demandante indicar o demandado, lhe competirá, igualmente, apresentar os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido. A exposição será sucinta²⁹¹, e quando o legitimado a postular a reparação for também o autor da ação penal, numa única peça poderão ser deduzidas as duas pretensões.

Não basta, é certo, simplesmente pleitear a condenação do réu ao pagamento de indenização. Vale aqui a lembrança do que já foi dito em outra oportunidade²⁹², notadamente quanto aos pedidos, e o acréscimo de que a parte autora tem de esclarecer o que embasa a pretensão.

²⁹¹ LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 1, p. 492.

²⁹² Vide item 4.5.2.

O art. 319, V, do CPC determina que a inicial indique o valor da causa. Tal dever não tem o autor da ação penal. A razão parece clara: a demanda criminal não possui expressão econômica, pois o fim visado é a imposição de sanção. Não há dúvida de que, perante o juízo cível, algumas contendas não revelam conteúdo econômico. E é por isso que, em situações como essa, a exemplo da ação de guarda, em obediência ao art. 291 do CPC, o valor é fixado por estimativa.

A ação civil proposta no processo penal, contudo, sempre envolverá direito patrimonial. Como decorrência, e em vista da necessidade de observância das regras processuais civis, haverá de ser atribuído valor à causa. Poder-se-ia objetar que uma das funções do aludido requisito é a de fixar a competência, o que não se verificaria na hipótese, pois, tratando-se de demanda acessória, ela impreterivelmente tramita perante o juízo da ação penal.

Ocorre que o valor da causa exerce diversos papéis. Tem, dentre outros, por escopo, servir de base de cálculo das custas processuais, dos honorários advocatícios de sucumbência e para a condenação por litigância de má-fé²⁹³.

Por último, o autor precisa indicar, nos termos do art. 319, VI, do CPC, com que provas pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados. É recomendável que as individualize, até mesmo para que a parte contrária não seja surpreendida, não bastando, portanto, o protesto por todo gênero de provas²⁹⁴.

Pontue-se, porém, que na doutrina prevalece entendimento diverso²⁹⁵. Ou seja, é majoritária a corrente segundo a qual o autor está dispensado de individualizar os meios de prova que pretende utilizar para demonstrar o direito que alega possuir.

Cabe, porém, deixar claro que, diferentemente do que ocorre no juízo cível, em razão de peculiaridades do processo penal, tem o demandante o ônus de, na petição inicial, arrolar testemunhas. Tanto na denúncia como na queixa, o autor da ação penal apresenta o

²⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 477.

²⁹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4, p. 22.

²⁹⁵ SANTOS, Ernane Fidélis dos (*Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 446), na esteira da corrente majoritária, sustenta que “o requisito tem características puramente formais e está no Código mais por tradição do que por necessidade”.

seu rol, e isso se dá por não haver outro momento processual para adoção de referida providência.

Como a propositura da ação civil não altera o procedimento, conclui-se que o autor precisará, se quiser ouvir testemunhas durante a audiência, apresentar o rol na petição inicial. Caso se omita, haverá preclusão.

O art. 319, VII, do CPC estabelece – trata-se de inovação criada pelo Diploma de 2015 – que o autor deverá indicar se opta ou não pela realização de audiência de conciliação ou mediação.

Aludido requisito não há como ser cobrado do autor civil. De ordinário, não há conciliação no processo penal. Excepcionalmente, e isso ocorre nos processos em que se apura a prática de crime contra a honra, a audiência de conciliação (art. 520 do CPP) ocorrerá independentemente da manifestação de vontade dos interessados, sendo, pois, obrigatória²⁹⁶.

4.8 OUTRAS QUESTÕES SOBRE O PEDIDO

Após a edição da Lei 11.719/08, que acrescentou o inciso IV ao art. 387 do CPP, passando a prever a fixação, por sentença, da indenização devida em favor do ofendido, mais de uma corrente surgiu na doutrina brasileira, havendo divergências por parte dos autores quanto a temas importantes.

No que aqui interessa, defendida que já foi, desde o início, a concepção de que é imprescindível a formulação de pedido (indenizatório e restitutivo), vale apresentar as visões em sentido diverso e as consequências que decorrem do afastamento da necessidade de dedução da pretensão.

4.8.1 Arbitramento de indenização sem pedido

Parcela dos estudiosos entende que não há necessidade de formulação de pedido indenizatório no processo penal para que o réu seja condenado a ressarcir o dano suportado

²⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 927.

pelo ofendido. O pedido decorreria do texto da lei, isto é, tratar-se-ia de um pedido *ope legis*²⁹⁷.

Para os autores que seguem referido entendimento, a reforma introduziu uma pequena mudança, sem que ocorresse alteração no sistema até então vigente. Assim, o título executivo, que se forma sem atuação do interessado (e que antes da mudança do CPP era totalmente ilíquido), passou a ser líquido, ao menos parcialmente, na medida em que, arbitrado determinado valor mínimo, o ofendido consegue desde logo executá-lo, reservando para outra oportunidade a liquidação do restante.

Tendo por base a regra inserta no art. 91, I, do CP, qual seja, a de que a sentença penal condenatória torna certa a obrigação de reparar o dano, os doutrinadores que seguem a corrente segundo a qual o juiz arbitra de forma oficiosa a indenização entendem não haver violação ao princípio da proibição de condenação sem pedido.

Deveras, por decorrer de força de lei a obrigatoriedade de ressarcimento do prejuízo causado, o juiz, ao arbitrar o montante mínimo, não proferiria sentença *extra* ou *ultra petita*²⁹⁸. Consequentemente, não se vislumbraria violação da correlação entre demanda e sentença.

Há, aliás, quem sustente que, nos dias atuais, em decorrência da modificação legislativa operada, o juiz está autorizado a arbitrar indenização a pessoas indeterminadas, cuja existência não precisa ser provada no processo penal, bastando menção genérica à categoria jurídica por eles, em tese, ocupada. É o caso dos sucessores daquele que faleceu

²⁹⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de (*Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008, p. 240-241), que diz que “é relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou na queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo sem aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja. A única modificação que a reforma introduziu foi transmutar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte”.

²⁹⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, p. 26) sustenta que “não se pode, a nosso ver, dizer ter havido um julgamento *extra* ou *ultra petitum*, mesmo porque é efeito de toda sentença condenatória transitada em julgada (dês que tenha havido um dano a reparar) a obrigação do réu em fazê-lo, sob pena de sofrer uma execução, tenha ou não havido pedido nesse sentido”.

em decorrência do cometimento de crime²⁹⁹. O magistrado, ao proferir sentença, fixaria valor em prol deles.

4.8.1.1 Consequências decorrentes da dispensa de formulação de pedido

Caso não se exija que o lesado demonstre interesse em ver reparado o dano no processo penal, algumas situações podem surgir. A primeira delas é que o beneficiário do título executivo judicial nunca possa ser identificado, por inexistente.

Imagine-se que alguém seja denunciado pelo crime previsto no art. 309 do CTB, por ter dirigido sem habilitação, em via pública, e, além de ter gerado perigo de dano, colidido com um veículo estacionado. Fixado valor mínimo indenizatório, constata-se posteriormente que o automóvel atingido havia sido abandonado pelo antigo proprietário. Tratando-se de coisa sem dono (art. 1.275, III, do CC), haveria obrigação sem credor, o que é inaceitável. A sentença, penal, no capítulo que trata da reparação civil, teria, por conseguinte, de ser ignorada, o que é prejudicial para o sistema jurídico.

Outra consequência que pode ser apresentada consiste na impossibilidade de desistência do pedido. Caso se imagine que o Ministério Público é legitimado a postular a reparação dos danos patrimoniais que atingem pessoas determinadas, não pode se valer de critério de discricionariedade para postular num caso e não em outro. O princípio a ser aplicado seria o mesmo que rege a ação penal, a saber, o da indisponibilidade, o que não quer dizer que o membro do referido órgão não tenha certa liberdade para verificar os pressupostos para o exercício da ação³⁰⁰. Mas, concluindo pela presença deles, tem por obrigação funcional dar início à demanda.

Pode, porém, ocorrer de o ofendido não ter interesse na reparação do dano. Em razão de se tratar de direito disponível, sequer precisa justificar o seu desejo. Basta não atuar no intuito de alcançá-lo para se concluir que desistiu (desistência tácita). Consequentemente, se o órgão acusador atua em seu lugar, deduz pretensão não querida, o que, no mínimo, é inútil.

²⁹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 288.

³⁰⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 311.

A situação mais grave se dá, porém, quando, formulado o pedido reparatório, o prejudicado, que não foi previamente consultado, se insurge por ser contrário ao seu intento. Em razão de não poder atuar no processo penal como parte sem estar representado por advogado³⁰¹, teria que contratar um para desistir da pretensão indenizatória, o que já soaria estranho, pois não foi ele quem a formulou.

Poder-se-ia cogitar de desistência informal (ex. em audiência, para qual foi intimado, o lesado diz não querer receber qualquer valor pelo prejuízo sofrido), mas este caso também configura situação inusitada: aquele que sequer é parte abriria mão de algo postulado pelo órgão acusador.

4.8.2 Desistência do pedido

Caso seja seguida a corrente acolhida neste trabalho, isto é, a de que, por ter natureza privada, a reparação e a restituição precisam ser pedidas por aquele que sofreu o dano, cabe verificar a possibilidade ou não de desistência.

É intuitivo que, em razão de o direito em jogo ser dispositivo, tenha a parte a faculdade de abrir mão do pedido³⁰². Para que isso ocorra, terá apenas que direcionar uma petição ao magistrado do processo manifestando o seu interesse, dispensada qualquer justificativa, a princípio.

Antes de o réu ser cientificado a respeito da ação, nenhuma dificuldade se verifica. O juiz homologa a desistência, e, por se tratar de matéria de cunho processual, pode, perante o juízo cível, o autor formular novamente a sua pretensão. Não há, porém, como se cogitar de novo pedido em sede criminal. Isso porque, como é óbvio, a desistência do lesado quanto ao seu pedido não repercute na esfera criminal: o processo segue exclusivamente para apurar a responsabilidade penal do denunciado.

Caso a desistência ocorra após o réu ter sido citado para responder ao pleito de cunho civil, é necessário verificar se já houve ou não contestação. Caso tal peça processual não tenha aportado aos autos, o requerimento mencionado pode ser homologado

³⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Desistência da ação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 20-21.

³⁰² MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 429) sustenta ser admissível a desistência, a qual pode ser expressa ou tácita.

independentemente de qualquer providência. Diferente, porém, é a solução se a parte contrária contestou, pois, então, é indispensável o seu consentimento (art. 485, § 4º, do CPC)³⁰³.

O que interessa, portanto, não é o decurso do prazo para resposta, mas a sua efetiva apresentação. Se o réu deixa de contestar, é lícita a desistência não consentida, que será homologada judicialmente³⁰⁴. Caso tenha sido ofertada resposta, é necessária a concordância.

A insurgência, de todo modo, não pode ser por mero capricho. Tem o réu que justificar a discordância, pois não se admite abuso de direito³⁰⁵. A mera discordância desmotivada não impede a homologação.

O CPC atual (art. 485, § 5º) dispõe que a desistência pode ser apresentada até a sentença. Com isso, a lei atual encerrou a discussão que antes existia sobre a possibilidade ou não de desistência após o julgamento em primeiro grau³⁰⁶.

É importante também analisar a possibilidade ou não de, proposta inicialmente a ação reparatória perante o juízo cível, o autor dela desistir para, na sequência, formular sua pretensão junto ao juízo criminal. Na França, durante a vigência do Diploma de 1808, como lembra a doutrina³⁰⁷, aplicava-se a máxima *electa una via, non datur recursus ad alteram*.

A jurisprudência, porém, passou a mitigar a regra, aceitando que, escolhido o processo penal para postular a reparação, estava o lesado autorizado a desistir para ajuizar a ação perante o juízo cível, mas desde que o fizesse antes do julgamento criminal³⁰⁸. Por

³⁰³ Perceba-se que o CPC/15 tratou a matéria de modo diverso do que fazia o CPC/73. Pela lei revogada (art. 267, § 4º), depois de decorrido o prazo para resposta, a desistência dependia da concordância do réu.

³⁰⁴ AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 583.

³⁰⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1114.

³⁰⁶ GRECO FILHO, Vicente (*Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 68) defendia, na vigência do CPC/73, que não era possível a desistência após a sentença, no que era contrariado por CRUZ E TUCCI, José Rogério (*Desistência da ação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 22).

³⁰⁷ STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges. *Procédure pénale*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980, p. 203.

³⁰⁸ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978, p. 296.

conta de tal posicionamento, em 1993 o Código de Processo Penal atual (de 1958) sofreu alteração, passando nele a constar (art. 426) que tal prática é lícita.

A dúvida, então, que se coloca é se é viável ou não seguir a via inversa, ou seja, propor primeiro a ação no cível, para, após a desistência, pleitear perante a justiça criminal. A jurisprudência francesa, conforme lembra a doutrina, não admite tal comportamento. O argumento utilizado é o de que a justiça cível é mais benéfica ao acusado³⁰⁹.

No Brasil, aparentemente não se vislumbraria qualquer óbice. Além de não haver, no ordenamento pátrio, regra semelhante àquela que consta do art. 426 do CPP francês, não se constata ser a via criminal mais severa com o réu. Assim se diz, pois, conforme entendimento seguido neste trabalho, o que há, de fato, é uma ação civil, regida por seus próprios princípios, no processo penal.

Portanto, desde que manifestada antes do julgamento, a desistência pode se dar em qualquer das jurisdições, sendo lícita, na sequência, a propositura em outro juízo. É necessário, contudo, se atentar à regra segundo a qual, após a contestação, a desistência dependerá da concordância da parte contrária.

4.8.2.1 Desistência tácita

Cabe, neste subitem, trazer à baila a desistência tácita. Mais especificamente, tem de ser analisada a possibilidade de, após a propositura da ação cível perante a justiça criminal, o autor, sem o dizer expressamente, abrir mão do direito de pleitear a condenação do réu ao pagamento de indenização ou restituição.

Para esta última hipótese (de restituição), sobretudo quando o bem está apreendido, difícil (embora, talvez, não seja impossível) é imaginar situação em que ocorre a desistência tácita. Formulado o pedido, após ser oportunizada a manifestação do réu (e depois de o Ministério Público opinar), o juiz profere a decisão. O autor, portanto, de ordinário, fala nos autos uma única vez.

Caso o magistrado entenda duvidoso o direito alegado, será instaurado o incidente e o postulante disporá do prazo de cinco dias para produzir ou requerer provas (art. 120, § 1º,

³⁰⁹ STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges (*Procédure pénale*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980, p. 204) anotam que “la partie lésée ne peut, par son fait, lui retirer cette faveur, car la jurisprudence considère que la voie civile est plus favorable au prévenu que la voie criminelle qui est plus rigoureuse”.

do CPP). Se o reclamante não se manifestar, o que se conclui é que não tem provas a oferecer. O juiz, portanto, decidirá com base naquilo que consta dos autos³¹⁰. Em outras palavras, não se cogitará de desistência do pedido.

Se o bem tiver sido apreendido em poder de terceiro, o procedimento a ser seguido é aquele previsto no art. 120, § 2º, do CPP. Também aqui, a inércia do reclamante após a dedução do pedido inicial não pode ser traduzida em desistência. Se ele optar por não alegar nem provar o seu direito, a consequência, via de regra, será a rejeição, e não a extinção por abandono.

Estando o bem em poder do suposto autor do crime, formulado o pedido, o juiz o apreciará. Caso o direito não seja duvidoso (o que, nos termos do art. 562 do CPC corresponde a estar a inicial devidamente instruída com provas da posse e do ato atentatório), deferirá a expedição do mandado. Do contrário, em audiência, terá o interessado de provar o seu direito. A sua inércia resultará em improcedência, não se cogitando de desistência.

Algo semelhante pode ser dito em relação ao pedido ressarcitório. Após apresentado, ainda que o autor deixe de produzir provas, não há como concluir que tenha ocorrido desistência tácita.

É necessário, porém, ponderar que nestas duas hipóteses (pedido de restituição de coisa não apreendida e pedido ressarcitório), mais do que nas situações anteriormente mencionadas, nada impede que, após a formulação da pretensão, o magistrado entenda deva algo ser corrigido ou apresentado (ex. algum documento). Pode, igualmente, ocorrer que ao demandante caiba o ônus de cumprir alguma diligência. Deixando a parte de atender ao quanto determinado, decorrido o prazo de 30 dias, após observada a formalidade prevista no art. 485, § 1º, do CPC, a demanda cível será extinta sem resolução de mérito (art. 485, III, do CPC).

Não é, entretanto, possível aplicar à espécie aquilo (regra de perempção) que consta do art. 60 do CPP, mais especificamente do inciso III. Ainda que o autor do pedido de

³¹⁰ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 2, p. 328) diz que “o desaproveitamento desse prazo não exclui que em outro processo, em via principal, a prova seja feita”. De tal passagem, conclui-se que o citado autor entende que não há desistência. Aliás, por não se poder falar em julgamento com efeito de coisa julgada, fica reforçada a ideia de que o incidente será decidido.

natureza civil não compareça aos atos do processo e não postule a condenação em sede de alegações finais, não se poderá concluir que houve abandono, ou seja, desistência tácita.

No ordenamento jurídico brasileiro não há dispositivo que preveja a necessidade da parte autora de ação civil cumprir tais ônus. O comparecimento à audiência é facultativo e não acarreta qualquer consequência, exceto no caso em que, intimada a prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não atender ao chamado judicial ou se calar (art. 385, § 1º, do CPC). Igualmente, se deixar de apresentar suas alegações finais (art. 364, § 2º, do CPC), nada em seu prejuízo ocorrerá, tratando-se de peça facultativa³¹¹.

Diferente é o que ocorre, por exemplo, na Argentina. Lá, conforme lembra a doutrina³¹², por força do que estabelece o art. 94 do CPPN, a desistência tácita ocorrerá quando não for observado o prazo para a propositura e também nas hipóteses em que o autor não comparece aos debates ou não formula suas conclusões.

4.8.3 Renúncia

É necessário salientar que a desistência não se confunde com a renúncia. A primeira tem natureza processual, ao passo que a outra é ato de cunho material. Tratando-se de direito disponível, o autor tem total liberdade para renunciar³¹³. O mesmo não pode ser dito quando o interesse protegido é indisponível, a exemplo do que ocorre com o supraindividual. Nas hipóteses, portanto, em que o Ministério Público figura como autor da demanda civil, não se cogitará de renúncia.

A renúncia é sobre o direito em que se funda o pedido, e não sobre a ação³¹⁴. O art. 487, III, *c*, do CPC fala, porém, em renúncia à pretensão, o que é menos abrangente, na medida em que, afastada somente a pretensão, o direito continua a existir; somente não é exercitável.

³¹¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 122.

³¹² RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix. *La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 135.

³¹³ VITU, André. *Procédure pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 168.

³¹⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 2, p. 351) diz que “renúncia é o ato pelo qual o atual ou futuro titular de um direito abre mão dele, se demite dele, joga-o fora de seu patrimônio (*lato sensu*), desliga-o de si, deixa de tê-lo, de ser seu titular”.

A renúncia pode ser total ou parcial³¹⁵. É possível, portanto, que o autor renuncie ao direito de receber indenização pelo dano ocasionado, mas não abra mão do direito de reaver aquilo que foi retirado de sua posse.

4.8.4 Pedido de antecipação de tutela

Não é incomum que o dano ocasionado pelo crime seja grave e precise ser rapidamente reparado, mesmo que de maneira parcial, para não agravar ainda mais a situação da vítima³¹⁶. Deveras, não se mostra razoável o lesado ter de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória para somente depois conseguir obter aquilo a que tem direito.

Havendo elementos bastantes que evidenciam a razão do postulante e a obrigação do demandado, não há como, em detrimento do primeiro, prestigiar somente o segundo, conferindo-lhe direito de postergar ao máximo a sua obrigação.

A justiça da decisão não se alcançará somente quando houver pronunciamento definitivo por parte do tribunal de mais elevada instância. É de conhecimento geral que a demora no surgimento de resposta efetiva causa prejuízos significativos³¹⁷.

Foi pensando nisso que, há tempos, o legislador, quando ainda vigente o CPC/73, permitiu que o julgador, analisando a situação concreta, constatada a presença dos requisitos previstos no então art. 273, deferisse em parte, antes da prolação da sentença, aquilo que seria ao final concedido.

O atual CPC, tal como o antecessor diploma, trata da matéria, estabelecendo no art. 300, *caput*, que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que

³¹⁵ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2, p. 465.

³¹⁶ CARNELUTTI, Francesco (*Derecho procesal civil y penal*. Tradução de Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1994, p. 229) diz que “el valor que el tiempo tiene en el proceso es inmenso y, en gran parte desconocido. No sería demasiado atrevido comparar el tiempo a un enemigo contra el cual el juez lucha sin descanso”

³¹⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão (*Da antecipação de tutela: exposição didática*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 3) sustenta que “o decorrer do tempo, destarte, implica em *ônus*, em uma possibilidade (por vezes probabilidade, não raro a certeza) de prejuízo ao demandante, que postula a alteração do *statu quo*. A demora (que vários fatores tornam com frequência excessiva) no andamento processual, os recursos que se desdobram e se multiplicam, em suma a *lentidão da Justiça*, constitui um grave problema social”.

evidenciem a probabilidade do direito do autor e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Embora, é certo, não conste do CPP previsão semelhante, até porque não se cogita de antecipação da resposta penal, não parece contrariar o espírito da lei e o escopo do processo penal a aceitação de formulação de pedido de antecipação de tutela quando está em tramite ação acessória, de natureza cível.

Convém lembrar que o CPP prevê (art. 125) a possibilidade de concessão de medida cautelar com o objetivo de assegurar a reparação do dano³¹⁸; e isso reforça a ideia de que não é exagerado permitir a dedução de requerimento de providência liminar de natureza antecipatória cível.

O autor, então, ao apresentar a petição inicial (ou mesmo depois), estará autorizado a formular o requerimento de concessão de tutela de urgência, competindo-lhe justificar a necessidade da medida e demonstrar a verossimilhança da sua alegação. O fato de já constar dos autos elementos mínimos que apontam a ocorrência do ilícito e sua autoria lhe será de grande valia.

Realmente, em razão de a demanda cível somente poder ser proposta concomitantemente ou em momento posterior ao ajuizamento da ação penal, o lesado se valerá dos elementos informativos colhidos durante a investigação para lastrear a sua pretensão. Recebida a denúncia (ou a queixa), o que somente pode ocorrer quando há algum suporte fático a embasar a acusação, concluir-se-á que existe plausibilidade de ter sido o réu quem praticou a conduta danosa.

Para que se viabilize o deferimento da medida, será necessário, ainda, que o demandante comprove ser a pessoa que experimentou o prejuízo, tendo também o ônus de demonstrar a necessidade de desde logo receber o bem da vida pretendido. Em outras palavras, terá de justificar a urgência.

Em razão de o pedido, na ação cível em trâmite no processo penal, ser condenatório, mais especificamente de pagamento de dinheiro, postulará o lesado o

³¹⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes (*Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 127-128) afirma que “o sequestro, em processo penal, considerando-se-lhe a finalidade, tem por fadário assegurar as obrigações nascentes do delito; propiciando, assim, à execução os meios de reparação do dano, se e quando condenatória a sentença”.

recebimento antecipado de certa quantia. Isso se dará em situações como a que, em virtude do ocorrido, o ofendido tenha de se submeter a algum tratamento de saúde por ter sofrido lesões corporais ou psicológicas. Outras hipóteses, como a de ter a vítima que se afastar de suas atividades laborativas, permanecendo por um período sem obter renda, justificam o requerimento de pagamento imediato de valores.

Embora seja possível discutir a natureza jurídica da medida pleiteada, isto é, se de caráter antecipatório³¹⁹ ou de cunho cautelar³²⁰, o que se verifica é que o CPC/73, desde a reforma introduzida pela Lei 10.444/02, que incluiu ao art. 273 o § 7º, passou a equiparar as duas providências³²¹, estipulando que, se pleiteada alguma cautelar a título de antecipação de tutela, poderia o juiz deferi-la na demanda principal, ou seja, sem que ao autor fosse imposta a obrigação de propositura da ação própria³²².

O CPC/15 não alterou essa sistemática. Pelo contrário, no intuito de demonstrar a possibilidade de se pleitear qualquer das medidas no limiar do processo, empregou a denominação genérica de tutela de urgência (art. 300) para se referir ao gênero, do qual são espécies a tutela antecipada e a tutela cautelar³²³. Assim, tal como na vigência do Código revogado, é lícita a dedução de requerimento de concessão de qualquer providência na petição inicial, onde se pede também a tutela final, definitiva.

³¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (*Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*). 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 46) diz que as decisões “que concedem ao autor algum efeito que este somente obteria com a sentença final, se o procedimento fosse o ordinário, então a liminar será uma decisão antecipatória daquele efeito contido nessa decisão antecipada”.

³²⁰ MARIANO, João Cura. *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 15.

³²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel (*A reforma da reforma*). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92) sustentava que “o novo texto não deve ser lido somente como portador da autorização a conceder uma medida cautelar quando pedida a antecipação de tutela. Também o contrário está autorizado, isto é: também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz está autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos”.

³²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos (*Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 381) afirmava que a “inovação também trazida pela lei n. 10.444, de 7.5.2002 veio reforçar a ideia de identidade entre ambas as modalidades de tutela de urgência e provisória, seja ela conservativa, seja antecipatória. Trata-se do novo § 7º do artigo 273”.

³²³ Ao tratar do modelo italiano, CARNELUTTI, Francesco (*Derecho procesal civil y penal*. Tradução de Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1994, p. 234) criticava a existência de previsões específicas e enumeradas de medidas cautelares. Na sua visão, se fazia necessária “una reforma de la ley vigente, que deberá resolverse en una decidida simplificación en el sentido de la formulación de una norma genérica, más amplia y correcta que la contenida en el art. 700, y que confiera al juez la potestad de emanar providencias cautelares, tanto de inhibición o de restitución como de anticipación, adaptándolas, según su prudente arbitrio, a los caracteres de los casos singulares”.

O mesmo diploma, é importante anotar, trata também de procedimentos específicos a serem empregados quando se busca em caráter antecedente qualquer das citadas medidas (arts. 303 a 304 e arts. 305 a 310). Mas, em razão de no processo penal, conforme já explicado, não ser possível a propositura da demanda cível antes da ação penal, se tornam inaplicáveis os dispositivos mencionados³²⁴.

No âmbito do processo penal, não há discussão quanto à possibilidade de se buscar o deferimento de medidas cautelares, como é o caso do sequestro. Outras, a exemplo do arresto e da especialização da hipoteca legal, também podem ser pleiteadas, e isso se fará sem necessidade de instauração de outra demanda. O juiz, ao analisar o requerimento formulado pela parte, proferirá decisão interlocutória.

Diante do que foi exposto, é possível perceber que não contraria a sistemática do processo penal a aceitação de formulação de requerimento de concessão de tutela de urgência. A providência, independentemente de ser penal ou cível, terá natureza cautelar, ou, o que dá no mesmo, antecipatória, e será analisada pelo julgador, que emitirá decisão interlocutória.

É certo que se poderia questionar a viabilidade de como se tornar efetiva a medida em caso de recalcitrância do réu. E isso porque, no processo penal, não parece haver como dar início à fase de cumprimento. Como forma de contornar a impossibilidade de execução, a parte pode pedir, e o juiz deferir, a aplicação de alguma medida coercitiva.

O art. 139, IV, do CPC inovou neste ponto, tratando-se de norma que pode ser vista como uma cláusula geral, a autorizar os mais diversos tipos de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

4.9 REJEIÇÃO ANTECIPADA DO PEDIDO

De acordo com o art. 5º, LXXVIII, da CF, todos têm direito à razoável duração do processo, devendo haver meios que garantam a celeridade da tramitação. Pensando nisso, o

³²⁴ É importante anotar que as medidas cautelares cabíveis no processo penal, a exemplo do sequestro, não fazem com que nasça nova ação (de natureza cautelar), dando ensejo, algumas vezes, a instauração de incidente. Neste sentido, vide nota de rodapé existente no item 5. A corroborar, pontue-se que o CPC/15, diferentemente do Diploma revogado, não dispõe de um Livro que trata especificamente do processo cautelar.

legislador, ao reformar em 2008 o CPP, passou a prever, no art. 395, as hipóteses em que a denúncia ou a queixa, por questões processuais, deva ser rejeitada.

A previsão é mais abrangente do que aquela antes constante do Código, e que figurava no rol do art. 43³²⁵. A inovação legislativa mais notável não está, porém, neste ponto. Atualmente, está disciplinada a possibilidade de julgamento antecipado no processo penal. As hipóteses de absolvição sumária constam dos incisos do art. 397.

É bem verdade que o julgamento abreviado de mérito, de acordo com a norma mencionada, somente é possível em benefício do réu. Trata-se, portanto, de via de mão única. Em outras palavras, não foram criadas hipóteses em que a decisão final sem instrução probatória seja para condenar o acusado.

Quando da análise do julgamento, o que se fará em outro tópico³²⁶, a questão mencionada será abordada, ou seja, será discutida a viabilidade ou não de condenação civil e/ou criminal do réu sem necessidade de produção de provas em audiência, vale dizer, antes da realização da solenidade.

Cabe aqui, então, verificar o que ocorre com a demanda cível quando a inicial do processo penal é rejeitada e se há a possibilidade de desacolher, no mérito, o pedido do lesado logo após a primeira manifestação (escrita) do demandado.

4.9.1 Rejeição da denúncia ou queixa

Nos termos do art. 395 do CPP, a denúncia ou a queixa será rejeitada quando for manifestamente inepta (I), faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (II) ou faltar justa causa para o exercício da ação penal (III).

A ação civil no juízo penal, já foi visto³²⁷, será proposta concomitantemente ou posteriormente ao início da ação criminal. Portanto, se logo após aforada, a demanda criminal for rejeitada, não haverá espaço para manejo da ação civil posterior, que pressupõe a existência da outra (penal). Extinto o processo, mesmo que ainda caiba

³²⁵ O revogado art. 43 do CPP previa a possibilidade de rejeição da denúncia ou queixa quando o fato narrado não constituísse crime, já tivesse extinta a punibilidade do agente ou fosse manifesta a ilegitimidade de parte ou faltasse condição exigida por lei para o exercício da ação penal.

³²⁶ Vide item 7.6.

³²⁷ Vide item 4.6.

recurso, não há como o prejudicado deduzir a sua pretensão reparatória. Terá de aguardar a análise do recurso, e somente se houver reforma poderá aviar a sua ação.

Nos casos em que a propositura de ambas as ações é concomitante, a rejeição da denúncia ou queixa impede o prosseguimento da demanda civil. Se a inicial criminal é inepta, mesmo que o pedido reparatório tenha sido corretamente formulado, será rejeitado, o que, porém, não obstará a repropositura³²⁸.

Ocorrendo rejeição parcial da denúncia ou da queixa, é necessário verificar se, naquilo que não foi rejeitado, está o suporte da demanda civil. Caso esteja, nada obstará o prosseguimento. Do contrário, o pedido extrapenal seguirá o destino da parte não recebida.

Constatada a ausência de pressuposto processual, algumas situações podem surgir. Se não chegou a ser constituída a relação processual, o que se dá quando ausentes os pressupostos de existência³²⁹, a princípio inexistente óbice para que as demandas (penal e cível) sejam apresentadas ao órgão judiciário.

Tratando-se de pressuposto de validade, constatado o vício que macula a relação processual, reconhecida a nulidade, de ordinário, sendo possível sanar a falha, não se impedirá o prosseguimento das ações.

Passando-se à análise das condições da ação, é importante notar que, a partir da vigência do CPC/15, não mais se cogita da possibilidade jurídica do pedido³³⁰. Tal condição da ação constou do Diploma processual civil revogado (art. 267, VI), mas a sua existência foi questionada³³¹, inclusive por Liebman³³², havendo dúvidas sobre o seu real significado e dimensão³³³.

³²⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 1279. Em sentido contrário, não admitindo a propositura no caso de inépcia: CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2009, p. 637.

³²⁹ TUCCI, Rogério Lauria (*Teoria do direito processual: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 190) defende haver três pressupostos de existência: “a) propositura ou incoação da ação; b) órgão dotado de jurisdição; c) partes, que se apresentem como sujeitos de direito”.

³³⁰ O art. 485, VI, do CPC prevê como condições da ação somente a legitimidade e o interesse.

³³¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ensaio e artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2, p. 29.

A apreciação das condições da ação deve seguir uma ordem. Primeiro se analisa o interesse processual. Uma vez constatada sua presença, é verificado se a parte é legítima. O interesse estará presente quando se concluir que a intervenção do órgão jurisdicional é necessária e útil³³⁴.

No processo penal, em razão da inafastabilidade do acesso à justiça criminal, traduzido no adágio *nulla poena sine iudicio*³³⁵, estará sempre presente o requisito da necessidade. Mas será, ainda, imprescindível verificar se a medida postulada é útil, ou seja, se o hipotético pronunciamento do magistrado terá algum efeito.

É possível que esteja presente o interesse de agir em relação à pretensão penal, mas não no tocante à de natureza civil. Para que seja aplicada a pena, precisa haver sentença condenatória. Diferentemente, para que o prejudicado tenha ressarcidos os danos ocasionados com a prática do crime, é dispensável a atuação judicial na hipótese de o autor da ofensa concordar em arcar com os gastos espontaneamente.

Ausente, porém, o interesse de agir na esfera penal, não terá como ser proposta ou prosseguir a demanda cível. Não porque a falta de necessidade ou utilidade da medida criminal condicione a civil, mas em virtude de não ser possível tramitar na justiça criminal ação civil independente.

Nada impede que, reconhecida de plano a atipicidade da conduta (ex. mero ilícito civil, e não estelionato), seja a denúncia rejeitada por ausência de condição da ação³³⁶. Por

³³² LIEBMAN, Enrico Tullio (*Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1, p. 203), a partir da terceira edição de seu Manual, não faz mais menção à possibilidade jurídica do pedido como sendo uma das condições da ação.

³³³ BADARÓ, Gustavo Henrique (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 157) diz que “no processo penal, o exemplo sempre lembrado de impossibilidade jurídica do pedido é o oferecimento de denúncia por fato atípico”. Mas, é de se ponderar, que, excluída a citada condição, a ação penal seria extinta sem julgamento de mérito quando a denúncia imputasse ao réu fato atípico, pois não se vislumbraria a presença do interesse de agir. De fato, seria inútil dar prosseguimento ao processo se, ao final, impreterivelmente, não pudesse ser imposta pena face do denunciado.

³³⁴ Segundo ALMEIDA, José Raul Gavião de (*Da legitimação na ação civil pública*. 1985. p. 30. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986), “dir-se-ia ser indispensável que além do pronunciamento jurisdicional pleiteado pelo autor seja ele efetivamente apto para solucionar o litígio”.

³³⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual: jurisdição, ação e processo penal* (estudo sistemático). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

³³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 158) sustenta que “no processo penal, a possibilidade jurídica do pedido é definida em termos positivos, isto é, o pedido será juridicamente possível sempre que, em tese, a conduta imputada ao acusado for típica. Se alguém for denunciado, por exemplo, por furto de uso ou por incesto, a denúncia deverá ser rejeitada”. A se imaginar que, a partir da vigência do CPC/15, não mais se cogita, como uma das

via de consequência, ficará impedida a propositura ou prosseguimento da demanda ressarcitória. O lesado, contudo, poderá se valer do juízo cível, e, então, não se cogitará da ausência da citada condição.

Verificada a presença do interesse de agir, é na sequência analisada a legitimidade. Caso se constate a presença em relação à ação criminal, verificar-se-á no âmbito civil. É possível que, praticado um furto, o Ministério Público ofereça denúncia e o pedido indenizatório seja formulado por quem evidentemente não sofreu qualquer prejuízo. Assim ocorrendo, a primeira ação prosseguirá, ao contrário da segunda.

Na situação oposta, constatada a ilegitimidade do autor da ação penal, não será possível dar prosseguimento quanto ao pedido de natureza civil. Terá o lesado que optar ou por litigar no juízo extrapenal ou aguardar que o legitimado atue para dar início à ação penal.

Por fim, quanto à justa causa, cabe dizer que a sua natureza é controversa. Enquanto alguns entendem que ela engloba o interesse processual³³⁷, outros sustentam se tratar de condição de procedência³³⁸. Independentemente do caminho que se siga, o que interessa deixar anotado é que, não se vislumbrando a sua presença, a inicial penal será rejeitada, e assim também a civil.

Nada impede, porém, a repropositura. Havendo o lastro probatório mínimo a sustentar a acusação, poderá novamente ser oferecida a denúncia ou a queixa³³⁹, e estará o lesado igualmente autorizado a deduzir a sua pretensão ressarcitória.

Em suma, primeiro devem ser analisados os pressupostos processuais. Caso estejam presentes, passa-se à verificação das condições da ação, na seguinte ordem: interesse processual, legitimidade para a causa. Na sequência, terá o magistrado que apreciar a justa causa. Verificado não ser o caso de rejeição da denúncia ou da queixa, o julgador passará, então, a analisar os pressupostos processuais em relação à ação cível, e, estando eles presentes, apreciará as condições da ação, na ordem mencionada.

condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, resta concluir que, constatada de plano a atipicidade, a inicial é rejeitada em razão da ausência de interesse de agir.

³³⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 97.

³³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 133.

³³⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 1283.

4.9.2 Excludentes de ilicitude

Ajuizada a ação penal e proposta a demanda civil, caso ocorra de maneira manifesta a presença de alguma das causas excludentes de ilicitude (art. 397, I, do CPP), o acusado deverá ser absolvido sumariamente. Recordando, são hipóteses de exclusão da antijuridicidade: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento de dever legal e o exercício regular de direito.

O pedido reparatório, porém, nem sempre seguirá o mesmo destino, isto é, não será obrigatoriamente desacolhido, salvo na hipótese de o causador da reação ser a pessoa que sofreu a lesão³⁴⁰. Em outras palavras, quem dá causa à ação cuja ilicitude é afastada não tem direito à indenização. Consequentemente, a sentença de absolvição sumária somente apreciará o mérito do pedido civil na hipótese mencionada.

Aquele que age amparado em alguma das excludentes pode vir a causar dano a outrem, e perante este terá a obrigação de indenizar³⁴¹, cabendo-lhe, em ação regressiva, reaver o que teve de desembolsar se o culpado pelo surgimento da situação foi um terceiro (arts. 929 e 930, ambos do CC). Nestas situações, a sentença que absolve sumariamente o réu não o desonera do dever de natureza civil.

Em suma, se o réu for absolvido desde logo em razão da constatação de ter agido, por exemplo, em estado de necessidade, não necessariamente deverá o juiz criminal julgar improcedente o pedido indenizatório apresentado pelo lesado. Precisar-se-á analisar quem está a formular o pedido.

O art. 65 do CPP não tem o condão de acarretar, em todas as hipóteses, a improcedência do pedido reparatório. Referida regra não é muito extensa: proíbe apenas que se discuta a inocorrência da excludente; não afasta, contudo, os efeitos civis (regulados pelo CC).

O raciocínio apresentado é aplicável para as outras situações em que o agente atua amparado por excludentes de antijuridicidade. Aquele que age em legítima defesa, volta-se

³⁴⁰ ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 107.

³⁴¹ GODOY, Claudio Luiz Bueno de (Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 915) diz ter o Código previsto hipótese de indenização por ato lícito.

contra quem injustamente realiza agressão atual ou iminente. Leva a efeito, portanto, um comportamento lícito.

É exatamente a licitude que justifica a ausência do dever de reparação do dano (art. 188, I, do CC). Por isso, quando há excesso – e o excesso é ilícito –, o indivíduo tem a obrigação de arcar com o prejuízo³⁴². Como, no âmbito da responsabilidade civil, basta a presença da culpa, ainda que o excesso não configure crime, não se cogitará de improcedência da pretensão extrapenal.

O art. 397 do CPP é expresso no sentido de que somente a existência manifesta da causa excludente de ilicitude permite a absolvição sumária. Deve, pois, ficar patente que todos os requisitos legais da legítima defesa (art. 25 do CP) estão presentes para que ambas as pretensões (penal e civil) sejam julgadas improcedentes de forma antecipada.

Se eventualmente, ao reagir, o indivíduo danifica patrimônio alheio, ainda que na esfera penal não se possa falar em delito – o art. 163 do CP não prevê a figura culposa –, não haverá como, formulado pedido indenizatório pelo terceiro prejudicado, ser ele desacolhido no mérito pelo magistrado criminal, que, diante da situação que lhe é apresentada, conclui pela manifesta presença dos requisitos que afastam a ilicitude da conduta típica dirigida contra o agressor.

Exemplificando, se alguém, ao se defender de um ataque injusto, efetua disparo de arma de fogo contra o agente, e o projétil atravessa o corpo e atinge o vidro da janela de uma residência, o proprietário do imóvel terá direito a ser indenizado por aquele que atuou amparado na excludente de ilicitude, pois se trata de terceiro alheio ao fato que liga agressor e agredido³⁴³.

No caso citado, o projétil atingiu a vidraça por culpa, ainda que leve, do indivíduo. Por tal motivo, também aqui incide a regra contida no art. 929 do CC – que, como visto,

³⁴² Cabe aqui abrir um parêntese para esclarecer, notadamente quanto ao estado de necessidade, que, embora não seja razoável exigir exata proporção entre o dano causado e o prejuízo evitado, não se deve aceitar, por outro lado, completa disparidade. Conforme anota LOPES, Miguel Maria de Serpa (*Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1, p. 485), é de se aceitar a presença da excludente quando os valores são aproximadamente equivalentes.

³⁴³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 294.

disciplina o estado de necessidade³⁴⁴. Conforme lembra Heleno Cláudio Fragoso³⁴⁵, a legítima defesa é uma espécie de estado de necessidade.

Quando os atos forem praticados em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, igualmente restará excluída a ilicitude penal. O art. 188, I, do CC, que disciplina as hipóteses de afastamento da antijuridicidade civil, só faz menção ao último (exercício regular), mas a regra abrange também a outra situação (estrito cumprimento)³⁴⁶, nela contida.

De fato, não há como deixar de considerar que aquele que atua no estrito cumprimento de dever legal está a exercer regularmente um direito. E se o fato é lícito civilmente, também o é penalmente em face daquele que ocasionou a prática do ato³⁴⁷. Mas se um terceiro, alheio ao vínculo que liga o agressor (que atua amparado na excludente) ao agente provocador, tem direito seu atingido, faz jus à indenização³⁴⁸.

Enfim, o que precisa ser analisado, para saber se há ou não obrigação de reparação civil, é se aquilo que ocasionou a atuação regular (estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito) foi ato ou conduta do provocador ou de um terceiro³⁴⁹. No

³⁴⁴ DONNINI, Rogério (Da responsabilidade civil (Arts. 927 a 954). In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito; da responsabilidade civil; das preferências e privilégios creditórios (arts. 854 a 965). Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 8, p. 404) sustenta que, mesmo não havendo culpa, existirá o dever de indenizar.

³⁴⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 202.

³⁴⁶ DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232 – Parte geral. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado*: doutrina e jurisprudência. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 139.

³⁴⁷ ASSIS, Araken de (*Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 109-110) segue corrente diversa. Sustenta que a atuação lícita do réu do processo penal não aniquila a pretensão reparatória. E, para amparar a sua tese, faz menção ao art. 1.540 do CC/16. Ocorre que tal dispositivo, sem correspondente no CC/02, na verdade, comprova a correção do entendimento sustentado no presente trabalho. Isso porque exclui o dever de indenizar quando o agressor repulsa agressão do ofendido.

³⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente (*Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 295) diz que, se servidor público atuou amparado na excludente do estrito cumprimento do dever legal, não terá o dever de indenizar, mas do Estado se poderá exigir a reparação, pois aplicável a teoria dos risco administrativo (art. 37, § 6º, da CF). Cita como exemplo o bombeiro que, no cumprimento de seus deveres, destrói bens alheios para alcançar o imóvel vizinho. Na sua concepção, nesta situação, o indivíduo que teve os objetos danificados faz jus à indenização em face do Estado, o qual, em contrapartida, pode acionar, em regresso, o causador do sinistro. O autor não aborda, portanto, a hipótese em que o causador da ação no estrito cumprimento do dever legal é o próprio causador da atuação estatal. No caso, se o morador, ainda que sem culpa (ou por culpa levíssima), dá causa ao incêndio, os seus bens que forem destruídos pelo bombeiro para impedir a propagação do fogo não serão indenizados.

³⁴⁹ DIAS, José de Aguiar (*Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2, p. 531) defende que “a sentença penal, fundada em dirimente ou justificativa, não influi no juízo civil senão quando estabeleça a culpa do ofendido, que, nesse caso, sofre as consequências do seu procedimento. Não é, portanto, o ato do autor do dano em si, que, coberto por dirimente ou justificativa, desautoriza a obrigação de reparar: é a culpa do ofendido que, conjugada àquele, determina a irresponsabilidade”.

primeiro caso (ato do provocador), não há que se falar em reparação³⁵⁰; no segundo (ato de terceiro), sim. Conseqüentemente, no primeiro caso, o julgamento antecipado atingirá as duas ações; no segundo, não.

4.9.3 Excludentes de culpabilidade

O art. 397, II, do CPP prevê que o juiz absolverá sumariamente o acusado quando verificar a existência manifesta de causa excludente de culpabilidade, salvo inimputabilidade. A ressalva se dá em razão de o agente ser isento de pena, mas ficar sujeito à medida de segurança, se, ao tempo da ação ou omissão, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, for inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determina-se de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*, do CP)³⁵¹.

A inimputabilidade pode decorrer também da menoridade penal. Aquele que, ao tempo da ação ou omissão, não havia completado dezoito anos de idade, não se submete ao cumprimento de pena, pois não comete crime. Portanto, caso o magistrado, em análise à resposta à acusação, constate tal situação, não deverá dar prosseguimento ao processo. A responsabilidade civil, entretanto, que terá de ser discutida em outra seara, pode subsistir, e isso se verificará quando presente qualquer das situações descritas no art. 928, *caput*, do CC³⁵².

A culpabilidade, como juízo de censura da conduta, é composta de três elementos, a saber, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta conforme o direito³⁵³. Caso, de plano, reste demonstrada a ausência de qualquer desses dois últimos elementos, o agente será absolvido sumariamente.

A potencial consciência da ilicitude pode ser traduzida na possibilidade de o agente ter conhecimento de que a conduta é contrária ao ordenamento jurídico, e não somente às normas que integram o direito penal. Se o comportamento é inevitável, resta configurado o

³⁵⁰ Aplica-se à hipótese a máxima que impede o comportamento contraditório. Se a pessoa, com a sua ação (ex. por culpa, fez com que seu imóvel fosse incendiado), deu causa à reação por parte de outra, não pode se insurgir contra a consequência (ex. não pode postular indenização pelo fato de o bombeiro ter destruído uma porta para entrar na residência e conter o fogo).

³⁵¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 601.

³⁵² A propósito do tema, vide item 3.

³⁵³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 213.

erro de proibição (art. 21 do CP), que é uma causa de exclusão da culpabilidade; se evitável, o erro tem o condão somente de reduzir a pena.

Por conseguinte, na primeira hipótese (escusável), não haverá crime³⁵⁴. Poderá, porém, ser imputada ao agente a responsabilidade civil, pois não resta afastada a culpa. Se se trata de caso de responsabilidade objetiva, ainda mais claro se revela o dever de indenizar, na medida em que basta a constatação do fato, do dano e nexos que os liga, não se perquirindo qualquer outro elemento.

Se o erro era evitável, não se falará em inexistência de crime e, por maior razão, não se cogitará de afastamento da responsabilidade civil. Como a reparação, de regra, se mede pela extensão do dano, pouco importa que, no âmbito penal, o indivíduo faça jus à redução da reprimenda.

A exigibilidade de conduta conforme o direito é o terceiro elemento da culpabilidade. O art. 22 do CP prevê como hipóteses a coação irresistível e a estrita obediência hierárquica não manifestamente ilegal.

Quanto à primeira situação, é importante esclarecer, está a lei a tratar da coação moral, pois se se cuidar de coação física, restará excluída a ação, e, portanto, não se cogitará de crime³⁵⁵ nem de ilícito civil.

A ameaça (coação moral) não vicia por completo a vontade, motivo pelo qual é possível falar que houve ação³⁵⁶ e culpa³⁵⁷. Logo, o fato de não ser censurável penalmente a conduta não afasta a responsabilidade civil³⁵⁸.

³⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto (*Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 366) afirma que “o erro de proibição, quando evitável, exclui a culpabilidade, impedindo a punição a qualquer título, em razão de não haver crime sem culpabilidade”.

³⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 82.

³⁵⁶ LARENZ, Karl (*Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. v. 2, p. 563-564), ao conceituar ação, afirma que “a este respecto ha de entenderse por ‘acción’ todo obrar humano voluntario y, por ello, objetivamente imputable; es decir, concebido como controlable por la voluntad a cual se imputa el hecho. Por consiguiente, el concepto jurídico de la acción es distinto que el filosófico, que sólo comprende el obrar querido. Aquél comprende, además, la producción de un resultado mediante un movimiento corporal inconsciente o involuntario, en tanto se dé la posibilidad de un control de la conciencia junto a la dirección de la voluntad (es decir, un automatismo consciente)”.

³⁵⁷ LARENZ, Karl (*Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. v. 2, p. 569-570) diz, a respeito do tema, que “el hombre sólo se reconoce

A obediência hierárquica, por seu turno, pressupõe relação de direito público entre superior e subordinado. Não há, por conseguinte, que se falar em aplicação da excludente de culpabilidade em debate quando se verificar relação privada entre os envolvidos, o que não afasta, porém, a possibilidade de configuração da coação moral irresistível.

Para que a conduta do agente não seja considerada culpável, é imprescindível que a ordem passada pelo superior não seja manifestamente ilegal, pois, do contrário, se vislumbrará a coautoria. Sendo apenas ilegal, concluir-se-á que o indivíduo avaliou incorretamente a determinação, incidindo, portanto, numa espécie de erro de proibição³⁵⁹.

Caso se conclua que o comportamento é escusável, restará excluída a culpabilidade, não se cogitando da configuração do delito. A responsabilidade civil do Estado, por ser objetiva (art. 37, § 6º, da CF), não será afastada; a do servidor público, igualmente, permanecerá íntegra, pois estará presente o elemento da culpa.

4.9.4 Atipicidade

O art. 397, III, do CPP dispõe que o acusado será absolvido sumariamente quando o fato narrado evidentemente não constituir crime, ou seja, quando lhe for imputado fato atípico.

Ficou esclarecido alhures³⁶⁰, e não parece haver espaço para dúvida, que nem todo ilícito civil é também ilícito penal. Portanto, caso fique evidenciado que a conduta do réu não configura delito ou contravenção, o juiz, de logo, proferirá sentença de mérito, absolutória.

Tal decisão não terá repercussão na esfera civil, pois, sendo a ilicitude extrapenal mais ampla, inexistirá óbice para que, em outro processo, seja discutida a presença dos requisitos necessários para condenação de alguém à reparação dos danos.

4.9.5 Extinção da punibilidade

responsable de una acción cuando conoció o pudo haber conocido el mérito o demérito de la misma y si tuvo la posibilidad con respecto a ella de obrar de otra forma”.

³⁵⁸ LEAL, Antonio Luiz da Camara. *Dos efeitos civis do julgamento criminal*. São Paulo: Saraiva, 1930, p. 175.

³⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 84.

³⁶⁰ Vide item 3.

Por fim, nos termos do art. 397, IV, do CPP, o acusado será absolvido sumariamente quando extinta a punibilidade. A previsão parece equivocada, pois não se trata verdadeiramente de absolvição. Além disso, é desnecessária, na medida em que, de acordo com o art. 61 do CPP, em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer a extinção, a declarará de ofício³⁶¹.

A sentença de extinção da punibilidade, exatamente pelo fato de não adentrar ao mérito, ou seja, por não abordar questões referentes ao fato e à autoria, não repercute na esfera civil, não impedindo, portanto, que o lesado postule a condenação do agente em reparação das perdas e danos.

³⁶¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 600. Em sentido contrário, RANGEL, Paulo (*Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 536) sustenta que a decisão de extinção de punibilidade “passa a ser uma sentença de mérito absolutória”.

5 COMUNICAÇÃO E COMPORTAMENTOS DO RÉU

Caso a denúncia ou a queixa não seja rejeitada de plano, e não sendo a inicial da ação civil indeferida, precisará o réu ser comunicado a respeito da existência do pedido, pressuposto para que possa se defender.

O acusado, nos termos do art. 396 do CPP, é citado para responder à acusação. Caso, em única peça, tenham sido deduzidas as duas pretensões (civil e penal), com a citação tomará o acusado ciência de ambas. Na hipótese, porém, de a ação civil ser aviada em peça separada (e em momento posterior), dela também precisará a parte contrária tomar conhecimento, o que se fará por intermédio da intimação.

Não é obrigatória nova citação³⁶², pois o réu já foi cientificado da existência do processo³⁶³. A intimação, então, será dirigida ao endereço do réu constante dos autos, devendo ser anotado que lhe compete mantê-lo atualizado. A propósito, por força do que estabelecem os art. 367 do CPP e 274, par. único, do CPC, presume-se que o réu ficou sabendo das comunicações enviadas ao local de residência constante dos autos.

A ação civil no processo penal, embora seja de conhecimento, é acessória. Na doutrina, é possível perceber, há discussão se as medidas cautelares, que também são acessórias, e que podem ser aplicadas em referido processo, dão³⁶⁴ ou não³⁶⁵ ensejo ao nascimento de uma nova ação – a ação cautelar. De qualquer modo, independentemente do posicionamento que se adote, é indiscutível que aquele contra quem se pede a providência tem o direito de ser cientificado, para que, assim, consiga exercer o seu direito de defesa.

³⁶² LEONE, Giovanni (*Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 1, p. 481), ao tratar do sistema italiano, afirma que o imputado precisa ser apenas notificado, enquanto o responsável civil deve ser citado.

³⁶³ AZEVEDO, Luiz Carlos de (*O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária: 1980, p. 356) lembra que a justificativa da citação “é a necessidade de atender ao princípio do contraditório, dando-se ciência às partes dos atos processuais, e possibilitando-lhes, assim, a resposta e a contrariedade”.

³⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe (*Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Manegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 273) sustenta que “o poder jurídico de obter uma dessas medidas é, por si próprio, uma forma de ação (ação assecuratória)”

³⁶⁵ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*As medidas assecuratórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. p. 79. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007) defende que “no processo penal, a tutela cautelar se dá por meio de medida e, portanto, na forma de incidentes, e não propriamente como ações cautelares”.

A comunicação, em decorrência da existência do processo (principal), onde já se deu a citação, se faz por intermédio de intimação³⁶⁶, que pode ser, caso haja poderes para tanto, na pessoa do defensor constituído. Não parece haver quem defenda que, pleiteada providência de natureza cautelar, tenha a parte contrária que ser citada. O mesmo raciocínio cabe no tocante à ação civil.

Feita, portanto, a intimação, o réu poderá adotar determinados comportamentos. Tem, é claro, o direito de se defender, mas não precisa assim agir, lhe sendo facultada a inércia e até mesmo a admissão dos fatos alegados pelo autor. A seguir, em tópicos separados, serão analisadas as possibilidades abertas ao demandado.

5.1 REVELIA

A revelia no processo penal difere daquela que se aplica ao processo civil, e isso se dá tanto na forma de sua ocorrência quanto no tocante aos efeitos. Nos termos do art. 367 do CPP, o processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixa, de forma injustificada, de comparecer, ou muda de residência sem comunicar o novo endereço ao juízo.

A única consequência, portanto, é a não intimação do réu para os atos subsequentes do processo³⁶⁷. Pode, em virtude de sua natureza, ser revogada a qualquer tempo, bastando que o acusado informe o novo endereço ou compareça ao ato para o qual não foi intimado.

Ainda que, citado, o réu não constitua advogado, seus interesses serão defendidos, na medida em que obrigatoriamente precisará que lhe seja nomeado um patrono dativo (art. 261 do CPP). Isso se dá em razão de o direito em jogo ser indisponível.

No processo civil, máxime em se tratando de direito patrimonial, sistemática diversa se aplica, não se cogitando, como decorrência, da necessidade de indicação de advogado pelo Estado na hipótese de inércia do demandado. Na verdade, caso o réu citado deixe transcorrer o prazo para apresentação de defesa, será considerado revel e, nos termos do art. 334 do CPC, presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.

³⁶⁶ Veja-se que, nos termos do art. 78, 1, do CPP português, “a pessoa contra quem for deduzido pedido de indenização civil é notificada para, querendo, contestar no prazo de 20 dias”.

³⁶⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 672.

É de se esclarecer que, independentemente da constituição de advogado, a revelia se opera como consequência da ausência de contestação (ou de sua apresentação fora do prazo legal), e não como fruto do não comparecimento em juízo.

Apesar de a lei dispor que a ausência de contestação redunde na presunção de veracidade das alegações do autor, há na doutrina quem prefira dizer que a norma inserta no art. 344 do CPC (art. 319 do CPC/73) é dirigida ao juiz, que pode decidir tendo os fatos afirmados na inicial como ocorridos. O magistrado não realiza, portanto, valoração do comportamento do réu, tampouco considera que o demandado manifestou vontade expressa ou tácita³⁶⁸.

É possível que, no processo civil, sendo o réu revel, o juiz profira julgamento antecipado. Não se está diante, porém, de obrigação. O atual CPC, no art. 355, II, disciplinou a matéria de maneira diversa do que constava do diploma revogado (art. 330, II). Hodiernamente, na verdade, consta expressa ressalva quanto à possibilidade de requerimento de prova, o que se fará na forma do art. 349.

Mesmo antes, isto é, quando em vigor o CPC/73, já havia autores³⁶⁹ que defendiam a possibilidade de o magistrado determinar a produção de provas ou permitir que as partes, inclusive o revel, as produzissem. Assim, com amparo em um conjunto de elementos mais amplo, o juiz forma seu convencimento.

De ordinário, no processo penal, não ocorre julgamento antecipado para condenar o réu³⁷⁰. Outrossim, excetuadas algumas raras situações, como aquela em que o réu admite expressamente os fatos alegados na inicial da demanda cível, fazendo desaparecer a controvérsia, não se cogitará da prolação de decisão final a respeito da matéria extrapenal antes do julgamento da pretensão criminal (art. 356 do CPC).

Por conta disso, vale dizer, havendo julgamento conjunto das duas matérias (cível e criminal) por sentença, que será proferida depois da instrução, o juiz formará seu convencimento com base no conjunto probatório formado, o qual, apesar da revelia do réu, pode levar à improcedência do pedido.

³⁶⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3, p. 470.

³⁶⁹ BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 113.

³⁷⁰ A possibilidade será objeto de atenção em item a ser desenvolvido.

Portanto, de ordinário, ainda que o acusado opte por não impugnar os fatos alegados na petição inicial cível, não necessariamente será condenado a arcar com aquilo que foi postulado pelo prejudicado. Por força das provas produzidas durante a fase instrutória, poderá restar demonstrada a ausência de dano ou de prejuízo de menor monta³⁷¹.

5.2 CONTESTAÇÃO

Outro comportamento que o réu está autorizado a adotar ao ser cientificado a respeito da demanda de natureza cível é contestar. O CPP não prevê como isso se fará, mas, se é certo que pode haver condenação de natureza cível pela sentença penal, é intuitivo que o acusado tenha o direito de se manifestar contrariamente ao pedido, corolário do direito de defesa³⁷².

Em tópico anterior³⁷³, foi defendida a possibilidade de o pedido cível ser feito pelo prejudicado até 24 horas antes da audiência de instrução. Durante a solenidade, ao tomar conhecimento da pretensão, poderá o réu contestar, ou postular, a concessão de prazo para apresentação de sua defesa. Acolhido requerimento neste sentido, o juiz deverá lhe conceder prazo.

Parece razoável conferir ao réu o intervalo de dez dias, isto é, o mesmo prazo para apresentação da resposta à acusação (art. 396 do CPP)³⁷⁴. É bem verdade que referido lapso temporal é mais exíguo do que aquele previsto no art. 335, *caput*, do CPC, que prevê 15 dias (úteis).

³⁷¹ Anote-se, a propósito, que o art. 78, 3, do CPP português estabelece que “a falta de contestação não implica confissão dos factos”.

³⁷² A ausência de previsão específica não é um problema que atinge somente o sistema brasileiro. NUÑEZ, Ricardo C (*La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal*. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 201), ao tratar do modelo argentino, afirma que “la situación procesal civil del imputado no está regulada de manera especial en la ley, sino que tiene que establecerse según una serie de disposiciones del derecho de fondo, del Código de Procedimiento Civil y del Código de Procedimiento Penal, con arreglo al principio de que en lo no previsto por este último y salvo que la naturaleza del juicio oral se oponga, rigen las disposiciones de la ley procesal civil”.

³⁷³ Vide item 4.6.

³⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique (*Proceso penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 597) lembra que “o legislador não estabeleceu o **termo inicial do prazo** de dez dias. De se aplicar, portanto, por analogia, o § 1º do art. 406, que prevê o termo inicial do prazo o ‘efetivo cumprimento do mandado’ de citação. Assim, o dia em que o mandado de citação for lido e entregue a contrafé ao acusado (CPP, art. 357) será o termo inicial”.

É de se ponderar, contudo, que no processo civil diversos temas acabam surgindo em um processo, no qual, aliás, podem ser inseridos incontáveis pedidos, das mais variadas naturezas, além de inúmeros incidentes. No processo penal, diferentemente, ao menos no tocante ao mérito, somente se discutirão temas restritos, relacionados aos danos decorrentes da prática da infração penal.

A contestação, portanto, em parte se assemelhará à defesa escrita apresentada pelo réu quanto à matéria criminal, e isso justifica a concessão do aludido prazo. Além disso, caso fossem deferidos mais dias, situações injustas poderiam ocorrer. Com efeito, se o pedido cível for deduzido na peça inicial criminal (denúncia ou queixa), o réu, ao ser citado, saberá das duas pretensões (penal e civil), e, conseqüentemente, terá o intervalo de dez dias para se defender. Diga-se: para apresentar resposta à acusação e contestação.

Aliás, nada impede que o acusado se valha de uma única peça processual. O que não faz sentido é deferir dez dias para se defender criminalmente e quinze para rebater a pretensão de natureza cível.

Ao contestar, o réu terá o ônus de impugnar de forma especificada os fatos alegados na inicial. Se, eventualmente, silencia em relação a algum, desaparece quanto a ele a controvérsia³⁷⁵; o ponto não se torna questão³⁷⁶. Cuida-se, porém, de uma presunção relativa, máxime porque as matérias (criminal e cível) se entrelaçam, sendo lícito ao réu, ao longo da instrução, com a produção das provas, demonstrar o contrário³⁷⁷.

Não se deve admitir a contestação por negativa geral³⁷⁸. Embora, no tocante à matéria criminal, não se exija do réu que ele rebata, em sua resposta à acusação, ponto por

³⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 24.

³⁷⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3, p. 482.

³⁷⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3, p. 471) diz que “o silêncio do réu, no caso, faz prova em favor do autor, mas prova que não elimina o interesse do réu na prova contrária. Tanto que, levada a causa a audiência de instrução, a prova do réu pode ser capaz de afastar a presunção retirada de sua não impugnação”.

³⁷⁸ RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix (*La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 430) afirmam que “para el silencio del demandado frente a los hechos expuestos en la demanda, sus respuestas evasivas o la negativa meramente general, la ley ha previsto como consecuencia que ‘podrán’ considerarse como una admisión tácita de los hechos alegados en la demanda, lo que significa que la norma sólo acuerda en tal caso una facultad al juzgador, que debe ejercer o no según las particulares circunstancias que concurran en el proceso. Pero, para que ello sea posible, debe valorar el juez todos los elementos de convicción que surjan de aquél”.

ponto do que foi afirmado na denúncia ou na queixa, quanto à pretensão cível, lhe compete impugnar de forma detalhada aquilo que foi sustentado pela parte contrária³⁷⁹.

Isso se dá pelo fato de que, no primeiro caso (penal), a matéria é de ordem pública e insuscetível de disposição³⁸⁰, competindo ao autor da ação penal a prova da autoria e da materialidade. Ao contrário, no tocante ao segundo caso (civil), se está diante de algo disponível, ou seja, não se exige do demandante provas de suas alegações.

Da mesma forma que o autor, o demandado, caso queira ouvir testemunhas, terá de apresentar o rol juntamente com a contestação. Em razão do procedimento que é seguido no processo penal, não há outra oportunidade para que as partes indiquem as pessoas cuja oitiva tem interesse. Na verdade, o réu, em sua peça de defesa, especificará as provas que pretende produzir (art. 336 do CPC), com a peculiaridade de que terá, ainda, de trazer seu rol de testemunhas³⁸¹.

O réu, além de poder discutir o mérito, negando, por exemplo, o fato que lhe é imputado e/ou as suas consequências, está autorizado a arguir preliminares, isto é, apresentar defesa de cunho processual. O art. 337 do CPC prevê as matérias que podem ser levadas à discussão antes do mérito, e todas as que são elencadas no dispositivo são compatíveis com o procedimento a ser seguido perante o juízo criminal.

Enfim, pode o demandado alegar: (I) inexistência ou nulidade de citação; (II) incompetência absoluta ou relativa; (III) incorreção do valor da causa; (IV) inépcia da petição inicial; (V) perempção; (VI) litispendência; (VII) coisa julgada; (VIII) conexão; (IX) incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; (X) convenção de arbitragem; (XI) ausência de legitimidade ou interesse processual; (XII) falta

³⁷⁹ AZCONA, Mónica A. Traballini de. Demanda y contestación de la demanda. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 280.

³⁸⁰ Embora a doutrina (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 597) diga ser a resposta à acusação peça de apresentação obrigatória, “estará dentro da estratégia processual adotada pela defesa lançar mão ou não dos argumentos que se entender necessários” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 764).

³⁸¹ SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais e objecto*. 7. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 142.

de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar³⁸²; (XIII) indevida concessão do benefício da gratuidade de justiça.

A questão que se coloca é saber se as exceções de incompetência, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada podem ser alegadas no corpo da contestação, ou se, por conta das previsões dos arts. 108, *caput*, e 110, *caput*, ambos do CPP, precisam ser arguidas em apartado, tal como preceitua o art. 111 do mesmo Diploma.

O art. 396-A, § 1º, do CPP estabelece que a exceção não será processada nos autos principais. Não diz, porém, que precisará ser arguida em peça separada. Na doutrina processual penal surgiu, então, debate sobre se pode o acusado alegar referidas matérias na resposta à acusação ou se precisa se valer do incidente³⁸³.

Não parece ocasionar qualquer prejuízo aceitar que a parte se utilize da própria resposta à acusação para tratar das matérias preliminares. Seria, salvo melhor juízo, de excessivo rigor não conhecer aquilo que foi alegado, pelo só fato de o réu não ter usado peça específica.

A incompetência relativa, diferentemente do que ocorre no processo civil, onde se aplica a Súmula 33 do STJ, hoje reproduzida no art. 337, § 5º, do CPC, pode, no processo penal, ser reconhecida de ofício, a teor do que estabelece o art. 109 do CPP³⁸⁴. As demais matérias, a saber, litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada, por serem de ordem pública, também devem ser conhecidas independentemente de provocação da parte.

³⁸² Talvez essa seja a preliminar que mais chama a atenção e que poderia, de forma apressada, ser tida como inaplicável no processo penal. Mas aqui cabe citar a regra contida no art. 83, *caput*, do CPC, segundo a qual o autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil, prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios de sucumbência.

³⁸³ AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato (*Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 176) sustentam que “as exceções de litispendência e de ilegitimidade de parte, bem como a de coisa julgada, deverão ser processadas em autos apartados e não suspenderão o andamento da ação penal”. Diferentemente, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 217) dizem que “as exceções processuais aqui mencionadas sequer precisam de procedimento específico, com atuação em apartado, como referido no art. 396-A, § 1º, do CPP, podendo ser levantadas no corpo da defesa escrita, exceção feita àquele de suspeição do juiz”.

³⁸⁴ FEITOZA, Denilson (*Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 296) afirma que “no processo penal, não há essa divisão nítida entre a competência absoluta e a relativa, pois o juiz criminal sempre pode declarar de ofício a sua incompetência”. A jurisprudência do STJ, no entanto, segue orientação oposta: REsp 512248/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 28/10/2003.

Logo, e tendo em conta a inovação trazida pelo CPC/15, que acabou com a necessidade de a parte ter de se utilizar de diversos incidentes³⁸⁵, parece razoável que, na contestação apresentada pelo réu no processo penal, possa ele, igualmente, suscitar as questões preliminares. Mais do que isso, é de se aceitar que, as alegações de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte sejam deduzidas na resposta à acusação.

Em linhas gerais, portanto, o acusado apresentará a contestação arguindo, inicialmente, preliminares, vale dizer, matérias de cunho processual. Na sequência, alegará as chamadas preliminares de mérito (ex. prescrição) e, por fim, enfrentará a questão de fundo, ou seja, o mérito propriamente dito.

Nesta parte, dois tipos de defesa estão ao alcance do réu. Ele poderá negar o fato constitutivo ou, o admitindo, se insurgir em relação às consequências jurídicas pretendidas pelo autor. A contestação será, então, direta. Ao demandado é lícito, outrossim, optar por não negar aquilo que é afirmado pelo autor, mas sustentar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. A defesa, em tais hipóteses, será indireta³⁸⁶.

5.3 RECONVENÇÃO

O réu, nos termos do art. 343, *caput*, do CPC, está autorizado reconvir, o que fará na própria peça da contestação, ciente de que, para tanto, terá de se valer de pretensão conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa. A reconvenção, portanto, mais do que mera defesa, é um contra-ataque.

Aqui, cabe analisar se pode ser manejada no processo penal, ou se, em razão das particularidades do procedimento a ser seguido, fica obstada a sua utilização. É, então, necessário salientar novamente que o CPP sequer especificou como o réu se insurge contra o pedido do autor, deixando de dedicar dispositivo a respeito da contestação.

³⁸⁵ AMARAL, Guilherme Rizzo (*Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 459) lembra que “a incompetência relativa, a incorreção do valor da causa e a indevida concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, que antes deveriam ser arguidas mediante incidentes próprios (exceção de incompetência, impugnação à assistência judiciária gratuita e impugnação ao valor da causa), agora devem ser objeto de arguição no bojo da própria contestação”.

³⁸⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38-39.

A análise, portanto, tem de ser feita no intuito de verificar se, aceita a reconvenção, seriam trazidos benefícios ou prejuízos ao processo e se, além disso, haveria compatibilidade ou não.

Perceba-se que, de acordo com a atual sistemática do processo penal, de ordinário, é realizada uma única audiência, ou seja, a de instrução, debates e julgamento. O autor – já ficou assentado – pode ajuizar a sua ação até o dia anterior ao da solenidade, quando, então, o réu dela terá ciência, e, caso não tenha condições de se defender, lhe será concedido o prazo de dez dias.

Caso se aceite que, além de contestar, o réu possa reconvir, impreterivelmente terá o autor que ser intimado a se manifestar, pois lhe é lícito contestar o pedido formulado pela parte contrária. Com isso, o processo se estenderá e, em algumas situações, haverá de ser mais de uma vez redesignada a audiência.

Não bastasse, salvo melhor juízo, é difícil imaginar qual poderia ser o conteúdo da reconvenção, e isso porque, no processo penal, o debate cível é restrito, devendo se limitar ao dano decorrente do cometimento do delito. Não há dúvida que, sendo fundamento da defesa a negativa de autoria, teria o réu, em tese, o direito de postular indenização por dano moral por ter sido injustamente acusado³⁸⁷. Mas, então, o foco do julgador teria de ser deslocado para outra seara, ou seja, não mais estaria a apreciar as consequências extrapenais do crime³⁸⁸.

Portanto, e não havendo previsão específica a autorizar, é de se rechaçar a reconvenção no processo penal.

³⁸⁷ RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix (*La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 443), embora digam que, por conta da admissibilidade limitada da ação civil no processo penal, seja pouco factível que o manejo de reconvenção, alegam que “un caso podría ser la reconvencción compensativa; otro, el de lesiones recíprocas en accidentes de tránsito en que ambos conductores de los vehículos resultaren imputados y uno de ellos se constituye en actor civil y demanda al otro: este último puede, e su vez, reconvenir contra aquél”.

³⁸⁸ PINTO, António Augusto Tolda (*A tramitação processual penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 182) afirma que “quanto à questão da possibilidade de admissão do pedido reconvençional formulado no processo penal, importa referir que, tratando-se, neste de um pedido autónomo contra o ofendido, por parte de quem o não é, o fundamento do pedido de adesão – responsabilidade civil derivada da prática de um ilícito criminal – não permite de todo a admissibilidade de tal pedido reconvençional”.

6 FASE INSTRUTÓRIA

Caso o processo não seja extinto de maneira antecipada, impreterivelmente será aberta a fase instrutória (art. 399, *caput*, do CPP). Em tal momento processual, os interessados terão a faculdade de produzir as provas que lhe interessam. Em razão de, mesmo com a demanda cível, ser de rigor a obediência ao procedimento próprio do processo penal, as partes disporão, de ordinário, dos direitos previstos no diploma adjetivo criminal³⁸⁹.

É certo que, em algumas situações, em virtude da ausência de previsão no CPP, e por conta da natureza da demanda reparatória, impreterivelmente se observarão as regras contidas no CPC. A aplicação se dará, porém, de maneira a não conflitar com os ditames do processo penal.

Nos tópicos que seguem serão analisadas as provas que podem ser produzidas ao longo da instrução. A ordem seguirá o que dispõe o art. 400, *caput*, do CPP, cabendo neste tópico inaugural ser especulado, ainda que de maneira não muito aprofundada, sobre o ônus da prova.

De acordo com o art. 156 do CPP, a prova da alegação incumbe a quem a fizer, o que, para alguns, equivale a dizer que, afirmada na inicial acusatória a prática de um crime, tem o autor o ônus de provar inclusive que as teses aventadas pela defesa, como, por exemplo, a exclusão de ilicitude, não podem ser acolhidas³⁹⁰.

Tal posicionamento parece não ser o mais aceito, até porque, sendo ao réu garantido o direito de se manifestar em último lugar, não teria como, depois do interrogatório, a acusação provar que a tese sustentada pela defesa não pode ser agasalhada pelo juiz.

Portanto, apesar da modificação introduzida no citado dispositivo legal pela reforma de 2008, e nada obstante vigorar no Brasil o princípio da presunção de inocência,

³⁸⁹ SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais e objecto*. 7. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 142-143.

³⁹⁰ RANGEL, Paulo (*Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 497) se manifesta no sentido de que “o réu alega, mas o ônus da prova, hoje, diante da Constituição, é exclusivo do Ministério Público. Não se confunde o direito que tem o réu de alegar, em sua defesa, o que bem entender, com o ônus da prova. Este é total e exclusivamente do MP”.

é possível, ainda hoje, aplicar a concepção segundo a qual compete ao acusador provar a ocorrência do fato tido como ilícito penal e quem foi o seu autor, cabendo ao acusado o ônus de demonstrar a presença de fato extintivo, modificativo ou impeditivo³⁹¹.

Apresentadas as provas do crime e sua autoria, entende-se, caso a defesa nada demonstre em sentido contrário, que não estão presentes as causas excludentes³⁹². Isso porque o princípio que rege a matéria é o ontológico, ou seja, o ordinário é presumido, ao passo que o extraordinário precisa ser demonstrado³⁹³.

Demonstrada pela acusação a infração penal e quem a praticou, o autor da ação civil se utiliza da prova produzida, competindo-lhe a complementação apenas em relação à extensão do dano, ou seja, quanto ao valor do prejuízo. E, como tudo se dará no processo penal, terá o ofendido a incumbência de comprovar claramente o direito alegado, beneficiando-se o réu da demonstração, ainda que não plena, de sua versão.

Por outro lado, é de se ter presente que a prova produzida pelo lesado pode beneficiar o autor da ação penal. Como tudo é produzido em único processo, inexistente divisão estanque. O que importa anotar é que o lesado tem o ônus específico quanto ao dano produzido pelo crime.

6.1 DECLARAÇÕES DO OFENDIDO E DO LESADO

O ofendido não necessariamente corresponde à figura do lesado³⁹⁴. O ofendido é o sujeito passivo do crime, ou seja, o titular do direito protegido pela norma penal. Nem sempre se trata de uma pessoa física ou jurídica, podendo ser um conjunto de indivíduos, a coletividade ou a comunidade internacional³⁹⁵.

³⁹¹ ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo (*Da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 10-12).

³⁹² MALATESTA, Nicola Framarino Dei (*A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 149) observa que se o acusado “expõe desde logo uma justificativa ou uma desculpa, não incumbe a obrigação da prova completa; basta-lhe que a sua asserção seja crível, mesmo quando a prova da defesa seja inferior à da acusação, e se chega somente a tornar crível a justificativa ou desculpa apresentada, só por isso ele triunfa”.

³⁹³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 141.

³⁹⁴ ANTUNES, Maria João (*Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2017, p. 53) afirma que “o lesado pode, de facto, não ser o ofendido da prática do crime”.

³⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 530-531.

O legislador, ao fazer no art. 400, *caput*, do CPP alusão ao ofendido, quis se referir à pessoa que sofreu as consequências decorrentes da infração penal, ainda que não se trate de quem tenha experimentado prejuízo monetariamente quantificável³⁹⁶.

Independentemente de ter sofrido dano, isto é, mesmo que seja apenas ofendido, e não também lesado, terá de ser ouvido em audiência, tenha ou não sido arrolado. Nos termos da norma citada, o juiz procederá à tomada de declarações de tal pessoa, assim como inquirirá as testemunhas arroladas por acusação e defesa.

A redação do dispositivo leva ao entendimento de que, diferentemente do que ocorre em relação às testemunhas, que precisam figurar em rol para que sejam ouvidas, o ofendido, mesmo na ausência de requerimento de intimação para comparecer à audiência, será chamado a depor. Referida regra está em consonância com o estabelecido no art. 201, *caput*, do mesmo diploma³⁹⁷.

Caso o ofendido não se faça presente, será conduzido coercitivamente (art. 201, § 1º, do CPP), não podendo se eximir do dever de prestar declarações. A regra é também aplicada quando na mesma pessoa se reúnem as condições de ofendido e lesado, e isso se dá em razão de a ação civil ser acessória³⁹⁸.

Não há como, no processo penal, sob pena de inversão da ordem de importância (consubstanciada na relação principal e acessório), ser deixada de lado a obrigatoriedade de inquirição do ofendido, fazendo, por conseguinte, incidir aquilo que prevê o art. 385, *caput*, do CPC, por ser ele também o lesado. Vale dizer, não se cogita de somente ser o ofendido inquirido se a parte contrária assim postular.

Diferente, porém, parece ser a solução a ser dada quando não há reunião das citadas qualidades na mesma pessoa. Realmente, se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, ofendido é alguém diferente do lesado, caso o réu queira ouvir este, deverá, de

³⁹⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 594) diz que, em suma, ofendido ou vítima “é quem sofre a ação violatória da norma penal”.

³⁹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique (*Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 461) diz que “a oitiva do ofendido é um dever do juiz, que a realizará ‘sempre que possível’ (CPP, art. 201, *caput*)”.

³⁹⁸ RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix (*La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 540) sustentam que, independentemente de o ofendido ter se constituído parte civil, “no queda eximido del deber de atestiguar y, en ese caso, prepondera su condición de órgano de la prueba y resultan de aplicación los párrs. 2º y 3º del art. 384. La disposición es lógica, ya que el actor civil sólo puede ser tenido como parte en el conflicto civil que tiene naturaleza accesoria en el proceso penal, de modo que le corresponden las cargas propias de cualquier otra persona ajena al proceso penal propiamente dicho”.

acordo com os preceitos da legislação processual civil, postular perante o julgador o deferimento do depoimento pessoal.

O requerimento é necessário em razão de o CPP não tratar especificamente da oitiva da mencionada figura, fazendo com que seja de rigor a incidência do CPC. O lesado, então, será intimado a prestar depoimento pessoal e, para tanto, advertido da pena de confesso, que incide nas hipóteses de não comparecimento ou de recusa a depor (art. 385, § 1º, do CPC).

É certo, porém, que a pena de confissão não gera presunção absoluta³⁹⁹, senão apenas relativa, competindo ao juiz, quando do julgamento, analisar todo o conjunto probatório, não lhe sendo facultado desacolher o pedido formulado pela parte civil somente em razão da ausência do depoimento pessoal.

Por força do que estabelece o art. 400, *caput*, do CPP, que traça a ordem de como é produzida a prova oral em audiência de processo penal, o ofendido será o primeiro a ser ouvido. Na sequência, diferentemente do que prevê o art. 360, II, do CPC, não se passará à oitiva do réu, pessoa que somente se pronunciará ao final, e se quiser.

Diante deste quadro, é de se ter que imediatamente após a oitiva do ofendido, será o lesado ouvido, e quem fará as perguntas será o réu que postulou o depoimento pessoal, não cabendo ao Ministério Público, exceto nos casos em que pode figurar como autor da ação civil, formular outros questionamentos, pois a matéria foge de suas atribuições. O juiz, por seu turno, poderá indagar o autor da ação reparatoria, até mesmo porque a medida serve também para que alguns pontos sejam esclarecidos.

6.2 INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS

Após a oitiva do ofendido, serão inquiridas as testemunhas de acusação e, na sequência, as de defesa. Não faz o CPP menção às pessoas que podem ser arroladas pela parte civil autora. É intuitivo, porém, que serão ouvidas antes daquelas que figuram no rol apresentado pelo réu.

³⁹⁹ A respeito do tema, SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4, p. 96-98.

Na verdade, figurando o lesado como parte, não se deve questionar o seu direito de indicar as pessoas que pretende sejam ouvidas em audiência, corolário do seu direito de produzir prova⁴⁰⁰. Ademais, se até o assistente de acusação está autorizado a arrolar testemunhas⁴⁰¹ (art. 271, *caput*, do CPP), seria disparatado não permitir que o autor civil se valesse de referida faculdade⁴⁰².

Sendo a ação civil acessória, a inquirição de testemunhas para provar o prejuízo patrimonial ocorrerá após a oitiva das pessoas arroladas na denúncia ou na queixa. Portanto, a ordem a ser seguida é: primeiro as pessoas indicadas pelo autor da ação penal; na sequência, as eventualmente apresentadas pelo assistente de acusação; e, antes das testemunhas de defesa, aquelas arroladas pelo ofendido.

Cabe discutir, nesse passo, o número de pessoas que podem figurar no rol a ser oferecido pelas partes na demanda civil. O art. 357, § 6º, do CPC dispõe que o limite de testemunhas, por parte, é dez, sendo três, no máximo, para a prova de cada fato.

Não há como ser aplicado tal dispositivo no processo penal, pois o CPP, para o procedimento comum ordinário, estabelece o limite de oito testemunhas por parte (art. 401, *caput*), ou seja, quantidade inferior. A incidência da regra processual civil faria com que o acessório (demanda civil) se sobrepusesse ao principal (ação penal), o que não se mostra razoável.

Ademais, não se pode perder de vista que, tramitando a ação de cunho patrimonial no processo penal, tanto o autor (lesado) quanto o réu se aproveitam das provas, inclusive oral, produzidas por iniciativa das partes da ação principal. Portanto, na verdade, tem os litigantes apenas de complementar a prova, e para que isso ocorra não há como crer que precisarão ouvir mais pessoas do que aquelas que têm direito as partes da demanda principal.

⁴⁰⁰ Não parece possível sustentar que, diante da ausência de previsão específica a respeito do direito de arrolar testemunhas, tenha a parte civil que juntar declarações de pessoas que tomaram conhecimento do fato. Conforme lembra AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de (*A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 53), “o sujeito que, em vez de comparecer em juízo para depor, traz para os autos, por escrito, seu depoimento, com muita facilidade poderá distorcer a verdade dos fatos, sem correr o risco de ser desmascarado pela astúcia, habilidade do inquiridor, ou pelo seu próprio estado emocional que o delate”.

⁴⁰¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 133.

⁴⁰² LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 1, p. 491.

Em outras palavras, demonstrada a ocorrência do fato criminoso e sua autoria, o que, em regra, é feito por intermédio da oitiva das testemunhas arroladas, por exemplo, na denúncia, teria o prejudicado o ônus apenas de provar a extensão do dano, o que faria ouvindo aqueles indivíduos cujos dados figuram no rol da petição inicial civil indenizatória.

Razoável, então, diante da peculiaridade mencionada, é permitir que cada litigante da ação civil arrole até oito testemunhas. Este, como visto, é o limite previsto pelo art. 401, *caput*, do CPP.

Outra solução seria permitir, tal como ocorre com o assistente da acusação⁴⁰³, que o lesado arrolasse testemunhas até o limite conferido ao autor da ação penal. Assim, se o Ministério Público apresentasse um rol com cinco pessoas, poderia o ofendido indicar mais três.

Ocorre que, nas hipóteses em que o autor da ação penal indica oito testemunhas, fica o demandante prejudicado, na medida em que resta obstado o seu direito de produzir a prova oral. Portanto, não há alternativa a não ser conceder ao lesado a faculdade de, independentemente da quantidade de testemunhas da acusação, arrolar as suas próprias.

Não se pode perder de vista, porém, que, conferido às partes da ação penal o direito de cada qual arrolar oito testemunhas, e às partes da ação civil mais oito cada uma, o total seria trinta e duas pessoas, número bastante elevado.

O juiz criminal, então, ao presidir a instrução, verificará se há ou não necessidade de ouvir tantas testemunhas, competindo-lhe, por força do que dispõe o art. 400, § 1º, do CPP, indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Com isso, conseguirá equacionar o direito que a parte tem de produzir provas com o dever de conferir ao processo razoável duração (art. 5º, LXXVIII, da CF)⁴⁰⁴.

As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas. Tal regramento já constava do CPP desde a reforma de 2008 (art. 212, *caput*) e está agora

⁴⁰³ ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 3, p. 273.

⁴⁰⁴ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (*A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 153), antes mesmo da EC 45/04, já dizia, a respeito do tema, que “dois fatores estão conjugados, quais sejam: acerto da decisão e celeridade do procedimento porventura empregado pelo Estado para fazer valer o seu poder-dever punitivo”.

também previsto no CPC (art. 459, *caput*). Há discussão se compete ou não ao magistrado iniciar a inquirição, e a dúvida decorre da redação do art. 212, parágrafo único, do CPP.

Parte da doutrina se manifesta no sentido de que a intervenção do magistrado será possível somente ao final e de forma subsidiária, sendo-lhe vedado perguntar sobre pontos não levantados⁴⁰⁵. Outra corrente, porém, sustenta que a inquirição é iniciada pelo juiz, o qual, na sequência, confere às partes a faculdade de formular perguntas diretamente às testemunhas⁴⁰⁶.

Chamado a se pronunciar sobre o assunto, o STJ⁴⁰⁷, embora tenha entendido que ao juiz compete formular perguntas após as partes, firmou posição no sentido de que a inversão da ordem é causa de nulidade relativa, competindo à parte a demonstração do prejuízo.

A se observar apenas a ação civil no processo penal, nenhuma lesão a direito se constata com a inversão, até porque, nos termos do art. 459, § 1º, do CPC, o juiz poderá inquirir a testemunha tanto antes quanto depois das partes.

6.3 PROVA PERICIAL

Embora se esteja no capítulo a abordar as provas que são produzidas durante a fase instrutória, não há como, em relação à perícia, deixar de tratá-la desde a fase inicial da persecução penal, pois é no inquérito policial que, via de regra, ela é elaborada.

No processo penal, segundo o art. 159, *caput*, do CPP, as perícias são realizadas por perito oficial, portador de diploma de curso superior⁴⁰⁸. Diferentemente, de acordo com o art. 156, § 1º, do CPC, os peritos são nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e que estejam inscritos no cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

⁴⁰⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

⁴⁰⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 502-503.

⁴⁰⁷ REsp 1580497/AL, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 10/10/2016.

⁴⁰⁸ A exceção consta do art. 159, § 1º, do CPP, que dispõe que, na falta do perito oficial, o exame será realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior.

Como consequência dessa diferença, o perito oficial, por ser servidor público, é remunerado pelos cofres públicos, ao passo que os expertos que atuam nos processos de natureza extrapenal são profissionais autônomos, cujos serviços são pagos pelas partes (art. 95, *caput*, do CPC).

Em razão de no processo penal ser apurada a prática de crime, algo que afeta toda a sociedade, há por trás disso o interesse público. Logo, não teria sentido o autor da ação penal ter de suportar os honorários do vistor. Diferentemente, no processo civil estão em jogo interesses particulares, o que justifica tenha a parte que antecipar a honorária pericial, com direito a ser reembolsado pelo outro litigante caso, ao final, se consagre vencedor.

Já foi visto⁴⁰⁹ que, incumbindo ao autor da ação penal a prova do crime e sua autoria, disso o ofendido se beneficia. Mas, como não compete ao Ministério Público a exata demonstração da extensão dos danos de natureza individual e disponível, o ônus, neste ponto, é carreado ao lesado.

É importante deixar claro que, a depender da natureza da infração penal, até mesmo para que seja apurada a sua existência, será imprescindível a comprovação do prejuízo patrimonial. Não teria como, em um furto, deixar de se averiguar se houve ou não lesão ao direito de propriedade.

O que se está a dizer é que, feita a prova necessária para demonstração da ocorrência do delito, não compete ao autor da ação penal apurar outros desdobramentos dos prejuízos causados em virtude da ocorrência do evento criminoso, tratando-se de algo de interesse meramente particular.

Por outro lado, em razão de não ser possível modificar de forma significativa o procedimento previsto no CPP, é necessário encontrar alguma solução para permitir que o lesado consiga demonstrar aquilo que precisa para ter garantido o seu direito, mais especificamente o dano que foi ocasionado.

A prova pericial, mais uma vez se diga, é produzida, quase sempre, durante as investigações, ou seja, no inquérito policial⁴¹⁰. Em tal fase, diferentemente do que se pode

⁴⁰⁹ Vide item 6.

⁴¹⁰ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987, p. 21.

imaginar, os interessados têm assegurada a faculdade de participação⁴¹¹, e por conta disso o ofendido estará autorizado a requerer diligências.

O art. 14 do CPP corrobora tal entendimento, especificando que compete à autoridade policial, a seu juízo, acolher ou não o requerimento. Tratando-se de servidor público que atua com poder discricionário, deverá analisar aquilo que o interessado deseja, e, com base em critérios de oportunidade e conveniência, deferir ou não a diligência.

Seguido qualquer um dos caminhos, precisará apresentar as razões que o levaram a tal ou qual decisão⁴¹², o que se dará em obediência aos princípios que regem a administração pública (art. 37, *caput*, da CF). Terá o delegado de polícia, como norte, a ideia de que no inquérito se visa apurar a existência do crime e sua autoria, o que não lhe impede deferir medidas que tenham por finalidade assegurar o direito do ofendido.

Não poderá, é claro, deferir a realização de perícia que fuja completamente do objetivo que precisa ser alcançado⁴¹³. Não teria cabimento, a propósito, determinar fossem apurados, por perícia contábil, os lucros cessantes em razão de ter sido a vítima espoliada de sua ferramenta de trabalho. Não parece desarrazoado, porém, em atendimento a requerimento do ofendido, ordenar seja feita a avaliação do bem subtraído.

As provas que não têm como ser elaboradas no âmbito penal podem sê-lo civilmente. O atual CPC inovou ao prever que a produção antecipada de provas será admitida nos casos em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação (art. 381, III).

Postulada a medida, os interessados serão citados (art. 382, § 1º, do CPC) e poderão, no mesmo procedimento, requerer outras provas, as quais somente não serão atendidas se a produção acarretar excessiva demora (art. 382, § 3º, do CPC). Não se admitirá defesa ou recurso, salvo se o pedido originário for totalmente indeferido pelo juiz (art. 382, § 4º, do CPC).

⁴¹¹ GIMENES, Marta Cristina Cury Saad (*O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 157), ao tratar do tema, afirma que “o poder-dever inquisitivo não afasta a participação dos interessados, acusado ou ofendido. Ao contrário, os esforços se somam, trabalhando juntos na busca da verdade”.

⁴¹² ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 1, p. 303) anota que “não há recurso contra o indeferimento”.

⁴¹³ TORNAGHI, Hélio Bastos (*Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 1, p. 185) sustenta que o pedido “só deve ser deferido se a diligência for útil aos fins do inquérito”.

Produzida a prova, verificará o ofendido se é ou não o caso de pedir, em ação ressarcitória junto ao juízo criminal, a condenação do autor do fato delituoso ao pagamento de indenização. Decidido pela propositura, instruirá a sua petição inicial com aquilo que foi elaborado.

Assim agindo, conseguirá evitar o ajuizamento de demanda separada, o que se daria perante o juízo cível, onde postularia aquilo que, no processo penal, não teria como provar em decorrência da necessidade de ser seguido o procedimento próprio da ação penal.

Em referida demanda, porém, não está obstada a oitiva do experto. O art. 400, *caput*, do CPP autoriza seja o perito convocado para a audiência para prestar esclarecimentos ou para responder a quesitos. O experto, então, será intimado com antecedência mínima de dez dias e receberá por escrito as indagações das partes, sendo-lhe facultado apresentar respostas em laudo complementar (art. 159, § 5º, I, do CPP).

O Código, é certo, não tratou especificamente da oitiva do perito que atuou em outra ação (ou no procedimento de produção antecipada de provas). Mas, como as partes do processo penal gozam da faculdade de indicar assistentes técnicos e ouvi-los em audiência, não teria sentido impedir a convocação do vistor que atuou em seara diversa.

6.4 INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

Desde a reforma de 2008, o interrogatório passou a ser o último ato a ser produzido durante a instrução. Isso se dá para permitir que o acusado tenha como se manifestar sobre todas as provas produzidas, o que lhe garante de forma mais ampla o exercício do direito de defesa.

Por conta dessa peculiaridade, também no tocante ao pedido de natureza civil, se pronunciará ao final. Aqui, cabe analisar quais as atitudes que podem ser adotadas pelo réu, e se, tal como em relação à matéria criminal, o silêncio não lhe prejudicará.

Nos termos do art. 385, § 1º, do CPC, a parte que, intimada e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, se fazendo presente, se recusar a depor, arcará com as consequências do seu silêncio. Já foi visto⁴¹⁴ que, no tocante ao ofendido, a incidência da

⁴¹⁴ Vide item 6.1.

referida regra é mitigada. Com maior razão é de se afastar a sua aplicação em relação ao acusado⁴¹⁵.

Não parece haver como, quanto a uma matéria, permitir o silêncio, mas no que diz respeito à outra, não. As ações são conexas, baseadas no mesmo fato apontado como criminoso, o que faz com que a admissão tácita na seara civil repercuta na esfera penal. Seria impossível a cisão, na medida em que não é viável considerar que, em razão do silêncio, o réu admitiu a autoria do crime, mas apenas quanto aos efeitos civis.

Portanto, diferentemente do que pode eventualmente ocorrer com o lesado⁴¹⁶, não há se falar em aplicação da pena de confesso quanto ao demandado. Em razão do modelo legislativo seguido no Brasil (art. 5º, LXIII, da CF), o não comparecimento ou o silêncio⁴¹⁷ do réu não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa (art. 186, par. único, do CPP).

Como consequência, quando da fundamentação da sentença, no capítulo referente ao dano civil, não estará o magistrado autorizado a se valer do silêncio do réu para firmar seu posicionamento. Deverá basear-se em elementos de prova constantes dos autos para decidir pela condenação ou não ao pagamento de determinada quantia.

Durante o interrogatório, o juiz iniciará as perguntas; primeiro indagará sobre a pessoa do réu (art. 187, § 1º, do CPP); depois, sobre a acusação (art. 187, § 2º, do CPP). Na sequência (art. 188 do CPP), questionará as partes se restou algum fato a ser esclarecido, e permitirá que o Ministério Público, o assistente de acusação e o autor civil, nesta ordem, formulem seus questionados. Por fim, será facultado ao patrono do réu que lhe indague sobre os pontos pertinentes e relevantes.

6.5 PROVA DOCUMENTAL

⁴¹⁵ RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix (*La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 501-502) sustentam que “en razón de revestir el rango de garantía constitucional, la prohibición de obtener del imputado en forma obligatoria cualquier declaración en contra de sí mismo, y en atención a los efectos del principio de accesoriedad de la acción civil en el curso del proceso penal, resulta impensado incluir dentro de su trámite la sustanciación de cualquier prueba confesional”.

⁴¹⁶ Vide ítem 6.1.

⁴¹⁷ OSHIRO, Claudia (Facultades y deberes de las partes civiles. *In*: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 201), ao comentar o modelo argentino, que admite a propositura da ação ressarcitória também em face do responsável civil, diz que o direito de não falar a verdade é exclusivo do imputado, não se estendendo a terceiros.

Não há, no âmbito penal, um momento próprio para que as partes apresentem documentos. O art. 231 do CPP é expresso no sentido de que a faculdade é assegurada em qualquer fase do processo. A única exceção atualmente consta do art. 479, *caput*, do CPP, que não permite a leitura ou exibição de documento no plenário do júri que não tiver sido juntado aos autos com antecedência mínima de três dias úteis⁴¹⁸.

A possibilidade de juntada de documentos a qualquer momento deve ser estendida às partes civis, pois com isso nenhum prejuízo se verifica. Ademais, embora no art. 434, *caput*, do CPC esteja previsto que incumbe ao autor e ao réu instruir a petição inicial e a contestação com documentos destinados a provar as suas alegações, consolidou-se o entendimento de que a apresentação posterior é admitida⁴¹⁹.

Feita a juntada a qualquer tempo, é imprescindível que se faculte à parte contrária a respectiva manifestação, o que se dá em obediência ao princípio do contraditório. Em razão da ausência de previsão específica no CPP, a doutrina⁴²⁰ formada antes do CPC atual se manifestava no sentido de que incidia a regra contida no art. 398 do CPC/73, o qual dispunha que o juiz deveria conceder o prazo de cinco dias para a outra parte se manifestar.

O atual diploma, no art. 437, § 1º, dispõe que, requerida a juntada de documento nos autos, o juiz facultará à outra parte manifestar-se no prazo de 15 dias. O lapso temporal, portanto, triplicou. E não fosse isso o bastante, não se pode perder de vista que, de acordo com o CPC/15, os prazos são contados em dias úteis.

Não há como, diante da necessidade de se garantir a razoável duração do processo, ser aplicado tal preceito em sua inteireza. Em praticamente nenhuma passagem, o CPP confere às partes lapso temporal tão extenso. É, portanto, o caso de ser mantida a aplicação

⁴¹⁸ Antes da reforma de 2008, havia mais uma exceção. Dizia respeito à proibição de juntada de documentos nas alegações das partes antes da pronúncia. FERNANDES, Antonio Scarance (*Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 80), ao tratar do tema, dizia que a “restrição não tem razão de ser. Não há motivo razoável que justifique a impossibilidade de ser juntada prova documental nas alegações formuladas pelas partes antes da pronúncia. Poderia o documento influir na decisão do juiz e, eventualmente, levá-lo a decisão diversa da que seria proferida sem essa prova”.

⁴¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*O novo processo civil brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 62) afirma que, embora o Código preveja momento específico para a juntada, “a prática judiciária costuma tolerá-la com maior largueza”.

⁴²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini (*Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 26), ao se referir ao art. 398 do CPC/73, dizia que “a regra, como evidente emanção do princípio do contraditório, é de natureza integrativa, aplicando-se a qualquer processo; disso, e por isso mesmo, há de ser estendida a todo e qualquer caso de juntada de documento, provenha ela, ou não, de requerimento das partes”.

do prazo de cinco dias. Para que não ocorra surpresas, competirá ao julgador, quando intimar a parte para se manifestar, deixar claro que o intervalo será o mencionado.

Feita a juntada e dada a ciência, qualquer das partes da ação penal ou da civil poderá arguir a falsidade, o que fará segundo os ditames dos arts. 145 a 148 do CPP. Embora o citado diploma só se refira à possibilidade de submeter o documento particular à perícia de verificação da autenticidade (art. 235), deve também, em havendo elementos que justifiquem, ser aceita a tese de que os documentos públicos estão sujeitos ao mesmo tipo de exame⁴²¹.

6.6 DEBATES ORAIS E MEMORIAIS

Produzidas as provas em audiência, não havendo necessidade de realização de qualquer diligência (art. 402 do CPC), as partes passarão às alegações finais. De acordo com o procedimento comum ordinário previsto no CPP, a acusação e a defesa disporão de vinte minutos para apresentação de suas alegações finais, prazo que pode ser estendido por mais dez minutos (art. 403, *caput*).

De acordo com o art. 403, § 2º, do CPP, o assistente do Ministério Público disporá de dez minutos para apresentar a sua manifestação, o que ocorrerá na sequência da fala do autor da ação penal.

O Código não prevê o direito de o lesado se pronunciar após o encerramento da instrução. É de se convir, no entanto, que a supressão de tal faculdade acarretaria lesão aos seus interesses, até porque, sendo conferido ao réu o direito de se manifestar, nada o impediria de abordar o pedido de natureza civil.

Portanto, devendo ser conferido tratamento, na medida do possível, igualitário às partes, é de rigor que se garanta ao autor da ação ressarcitória a oportunidade de manifestação, a qual ocorrerá na sequência da fala do assistente de acusação, acaso presente no processo.

O tempo a ser concedido é de vinte minutos, à semelhança do que ocorre em relação à acusação e à defesa. A justificativa para tanto recai no fato de que,

⁴²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 484.

diferentemente do assistente de acusação, que figura como coadjuvante do Ministério Público, o lesado, ao formular a sua pretensão de natureza civil, torna-se parte.

Em contrapartida, deve ser conferido ao réu, além dos vinte minutos que tem para se manifestar sobre o pedido formulado pelo titular da ação penal, idêntico intervalo temporal para se pronunciar a respeito da pretensão ressarcitória.

O mesmo lapso temporal, de quarenta minutos, precisará ser conferido àquele que figura tanto como autor da ação penal como da ação reparatória. Isso se dará, por exemplo, quando o MP for autor das duas demandas.

Cabe frisar, porém, que, em razão de o direito em discussão ser, na maioria dos casos, disponível, não se pode exigir que as partes se manifestem em sede de alegações finais. Cuida-se, por conseguinte, de faculdade, a qual, por sua vez, não pode deixar de ser conferida. Em outros termos, o juiz obrigatoriamente terá que permitir a manifestação das partes. Estas, porém, terão a opção de se pronunciar ou não⁴²².

É comum, na prática cível, ser feita remissão aos escritos anteriores, geralmente petição inicial e contestação⁴²³. Recomenda-se, porém, que o advogado não se limite a reiterar o que consta dos autos, funcionando o momento processual como a oportunidade que a parte tem de analisar as provas produzidas nos autos e apresentar as razões pelas quais entende deva ser seguida a sua opinião.

Em razão da complexidade da causa ou por conta do número de acusados, o magistrado dispõe da faculdade de converter os debates orais em apresentação de memoriais escritos (art. 403, § 3º, do CPP). Cada parte terá, segundo o citado dispositivo, o prazo de cinco dias para fazê-lo.

⁴²² CARNEIRO, Athos Gusmão (*Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 120) diz que “o debate oral é atividade das partes, mas não necessariamente de ambas as partes; a ausência ou o voluntário silêncio de um dos advogados (ao qual equivale o inexpressivo *peço justiça*, ou o mero pedido de procedência ou improcedência da demanda), em nada impede que o outro procurador presente (ou diligente) apresente suas alegações orais”.

⁴²³ PIMENTEL, Wellington Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 3, p. 472) anota que “a fase de discussão, quando se travam os debates orais, perdeu, há muito, o significado e a importância. Já ao tempo em que vigia o Código de 1939 tornaram-se rotineiras as audiências que o linguajar forense denominou de ‘audiências de reportagem’, ante a prática sistematicamente adotada das partes limitarem-se ao que já haviam sustentado, por escrito, nos autos”.

Referido lapso temporal será garantido aos que se pronunciarem somente sobre uma das matérias postas em debate (criminal e cível). Aqueles, a exemplo do réu, que terão que se manifestar sobre variados temas, disporão de prazo dobrado, isto é, de dez dias.

7 JULGAMENTO

Encerrados os debates orais ou após a apresentação de memoriais pelas partes, o juiz, na sequência, proferirá sentença. Diversas questões se colocam, e precisam ser debatidas.

É necessário, por exemplo, verificar se somente em caso de condenação criminal se faz possível o acolhimento do pedido de natureza civil; igualmente, é relevante saber como será disposta a decisão final de primeiro grau, ou seja, como será ela elaborada.

Não menos relevantes são as questões que surgem quando se imagina a possibilidade de uma ação ser extinta sem resolução de mérito e a outra não. E sobre o julgamento cível, cabe analisar se tal como ocorre no processo em trâmite em juízo próprio, é possível condenar o vencido ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

7.1 ESTRUTURA DA SENTENÇA

Ao julgar processo em que foram deduzidas pretensões de diversas naturezas, se mostra importante a divisão da sentença em partes, tanto para facilitar o desenvolvimento do raciocínio como para permitir a melhor compreensão daqueles que dela tomarão conhecimento.

O art. 381 do CPP dispõe sobre aquilo que deve constar da decisão final de primeiro grau. Apesar da reforma legislativa de 2008, que passou a prever expressamente a necessidade de o magistrado tratar da indenização a ser paga em favor do lesado em razão do dano sofrido, não foi o citado dispositivo legal alterado para fazer constar do seu rol que precisará tanto no relatório como na fundamentação ser aludida e analisada a matéria.

É evidente que, nada obstante o silêncio da lei, o magistrado tem que fundamentar a sua decisão, o que fará após descrever o pedido e a manifestação do réu sobre ele. Seria nula a sentença no ponto em que, sem apresentar os motivos que levaram o juiz a seguir tal

ou qual caminho, simplesmente condenasse o réu ao pagamento de determinado valor em favor daquele que sofreu danos em decorrência do cometimento do crime⁴²⁴.

O art. 93, IX, da CF estabelece que as decisões judiciais serão motivadas, e isso é o quanto basta para que se conclua que não pode, mesmo na ausência de previsão legal específica, o julgador deixar de apresentar as razões que o fizeram decidir em um ou em outro sentido⁴²⁵.

Não há dúvida que, em virtude de o mesmo fato gerar obrigações de naturezas distintas (criminal e cível), a fundamentação referente ao aspecto penal repercute na esfera cível. De fato, reconhecido que o réu foi o autor da conduta descrita na inicial acusatória, não faria sentido o magistrado, ao passar a discorrer sobre a responsabilidade civil, ter de apresentar nova e diversa razão para concluir a mesma coisa.

Haverá, portanto, naquilo que é comum aos dois campos, a possibilidade de aproveitamento ou, se se preferir assim se enxergar, compartilhamento de fundamentação. Entretanto, no que as matérias se afastam, precisará o julgador dedicar razões específicas para acolher ou desacolher os pedidos feitos pelos autores.

Terá, na verdade, quanto ao pleito ressarcitório, de verificar se estão presentes os requisitos que dão ensejo à responsabilidade civil, notadamente a existência de dano monetariamente quantificável, e se aquele que experimentou o prejuízo corresponde à pessoa que se apresenta como autora da demanda extrapenal.

Feito isso, constando da sentença o que motivou a tomada de posição, na sequência, mais especificamente no dispositivo, como decorrência lógica, tratará o juiz de forma separada as duas respostas (criminal e cível), ou seja, acolherá ou rejeitará os pedidos, fazendo com que a decisão seja objetivamente complexa.

⁴²⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (*Processo penal e Constituição: princípios constitucionais no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232) lembra que a fundamentação “é indispensável para o exercício efetivo do direito de defesa, já que a parte prejudicada deve conhecer as razões da decisão para melhor refutá-las”.

⁴²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães (*A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 71) diz que “ao se referir a *todas as decisões*, o constituinte evidentemente pretendeu incluir nessa exigência todo e qualquer pronunciamento jurisdicional que contenha uma carga decisória, mínima que seja, só estando excluídos, portanto, os denominados *despachos de expediente*”.

Mais adiante se verificará se há a possibilidade de o não acolhimento da pretensão penal não obstar a procedência do pedido de natureza cível. Aqui, por enquanto, interessa saber somente a estrutura da sentença, isto é, como ela será composta.

Apresentado, portanto, o relatório, no qual deverá haver menção aos nomes das partes (art. 381, I, do CPP), o juiz fará exposição sucinta da acusação e da defesa (art. 381, II, do CPP), e da pretensão cível e da manifestação do réu a respeito⁴²⁶. Feito isso, apreciará as matérias processuais (ex. pressupostos processuais e condições da ação) e, na sequência, enfrentará o mérito. De forma derradeira, elaborará o dispositivo.

Em razão de a demanda cível ser acessória, é de bom tom que o julgador em todas as partes da sentença inicie a abordagem pela matéria de natureza penal. Com efeito, desde o relatório, por primeiro o magistrado se referirá à denúncia ou à queixa, em seguida narrará a pretensão cível e seu conteúdo. Ao enfrentar as questões preliminares e o mérito, o mesmo ocorrerá. Por fim, não será diferente ao redigir o decisório.

A divisão tem a vantagem de permitir que os legitimados consigam identificar exatamente aquilo que foi decidido, e com que razões, para, se for o caso, recorrerem postulando a reforma da sentença, no ponto em que discordam.

7.2 A CONDENAÇÃO CRIMINAL E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL

Caso ao longo da instrução fique evidenciada a responsabilidade criminal do réu, será ele condenado ao cumprimento de pena. Não necessariamente, porém, o pedido de natureza cível será julgado procedente.

Cabe, então, verificar a solução a ser dada ao pedido cível, devendo ser reforçada a ideia de que, diferentemente do que se pode imaginar, nem sempre o acessório (demanda cível) segue a sorte do principal (ação criminal).

É possível que, embora constem dos autos provas da prática do ilícito e da autoria, não seja ao demandado imposta a obrigação de natureza extrapenal. Isso se dará, por

⁴²⁶ A ausência de previsão específica não se verifica apenas na legislação brasileira. Comentando o modelo argentino, RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix (*La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 546) dizem que “aunque el art. 399 del CPPN no lo consigne expresamente, la sentencia, en relación con la acción civil, debe hacer una ‘relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio civil’ (tal como lo indica el art. 163, inc. 3º, CPCCN)”.

exemplo, quando não se vislumbrar a presença do dano alegado, o que pode decorrer da deficiência probatória ou mesmo da constatação de que efetivamente o prejuízo alegado não se verificou⁴²⁷.

Não há nenhum óbice legal para que qualquer das situações mencionadas acima se verifique, e em ambas a solução será a mesma, a saber, a improcedência do pedido reparatório.

Já foi dito que comumente se emprega o termo ofendido para se referir à figura do lesado. Ao longo deste trabalho, em diversas passagens, os termos foram usados como sinônimos. Não se verifica, de regra, maiores problemas com isso. No entanto, quando necessário, é importante apontar a diferença entre as figuras.

O ofendido, isto é, o sujeito passivo do crime não é necessariamente o lesado, ou seja, a pessoa que sofre prejuízo em decorrência do cometimento da infração penal. Aliás, nem sempre a conduta delituosa causa dano.

Vale lembrar que embora tenham sido apresentadas⁴²⁸, não se adotam neste texto as linhas de pensamento de Ferri e Carnelutti a respeito do crime e do dano. Retomando, o primeiro, em suma, entende que todo delito gera dano, e, por conseguinte, em todas as hipóteses de procedência do pedido deduzido na ação penal, o réu tem também de ser condenado ao pagamento de indenização. A prevalecer essa característica, sequer haveria necessidade de formulação do pedido reparatório.

O segundo doutrinador mencionado, apesar de seguir corrente diversa, não deixa de dizer que o delito sempre ocasiona dano. Mas a tal conclusão chega em virtude de equiparar o dano à lesão de interesses. Consequentemente, sustenta a inexistência de crimes de perigo, contrariando com isso a doutrina tradicional, que faz a divisão (crimes de dano e de perigo).

Para Carnelutti, porém, nem todos os crimes geram dano indenizável, e isso se dá em razão de ele ter tirado o dano do campo do direito civil e colocado em campo neutro,

⁴²⁷ FLORIAN, Eugenio (*Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1931, p. 222) afirma que “el derecho de resarcimiento se extingue si desaparece o no existe la causa del daño, es decir, cuando el hecho determinante de éste resulte demostrado que no llegó a ser tal o no se prueba, o esté demostrado que no fué cometido por el procesado o no existen pruebas de ello”.

⁴²⁸ Vide item 3.1.1.

aplicável a todos os ramos do direito. Portanto, na sua visão, somente havendo previsão legal (específica) é que se pode falar em dano monetariamente reparável. Do contrário, caso todo dano fosse suscetível de ressarcimento, o pensamento do autor italiano mencionado se igualaria ao do compatriota (Ferri).

A teoria de Carnelutti faz com que ofendido e lesado sejam confundidos. Isso se dá em virtude da equiparação mencionada (lesão de interesse e dano). Assim, praticado um crime, lesado o interesse, que será o do sujeito passivo criminal, será ele, por conta da equiparação, também o lesado. Como decorrência lógica, postulada a condenação cível no processo penal por parte do ofendido, bastaria que ficasse demonstrado o prejuízo material ou moral para que a pretensão fosse acolhida. Por outro lado, se outra pessoa (o lesado propriamente dito) pleiteasse a reparação, ficaria desamparada.

Adotada corrente diversa – como aqui se faz –, compete ao lesado, parte legítima a pleitear a indenização, a prova do dano e de que este o atingiu. Realmente, a se ter o dano como algo de natureza eminentemente civil, é imprescindível a demonstração da ocorrência do prejuízo monetariamente quantificável e o titular do direito ao ressarcimento.

Produzida a prova do crime e de quem foi o seu autor, o que muitas vezes evidencia a existência de dano, competirá ao autor da ação cível, por seu turno, a demonstração da titularidade do direito ao ressarcimento. Em boa parte dos casos, senão na maioria, isso será fácil, pois o lesado será mesmo o ofendido (ex. crime de roubo em que o titular do bem subtraído é a vítima). Em outros, porém, não se tratará de algo intuitivo (ex. herdeiro necessário que postula a condenação do réu autor de homicídio ao pagamento de alimentos por conta da morte do pai).

Enfim, o que se pretende deixar claro neste tópico é que, a princípio, cada ação deduzida no processo penal pode seguir um destino. Havendo condenação criminal, a pretensão cível pode ser acolhida ou desacolhida. Na sequência, se verificará se a improcedência penal e a extinção sem julgamento de mérito impedem o acolhimento da demanda ressarcitória.

7.3 A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL

A absolvição pode se dar por diversos motivos. O art. 386 do CPP elenca as hipóteses, devendo ser cada qual analisada separadamente para se verificar o destino da demanda cível nos casos de improcedência da ação penal.

7.3.1 Absolvição por prova da inexistência do fato

Não parece gerar qualquer debate que, provada a inexistência do fato (art. 386, I, do CPP), as duas pretensões (criminal e cível) serão desacolhidas. Isso se verifica em razão de um mesmo acontecimento do mundo dos fatos dar ensejo a diversas consequências, cada qual de uma natureza.

Se o pressuposto da responsabilidade é a existência do fato, restando demonstrado que ele não se verificou, sequer se coloca a questão de saber se foram preenchidos os requisitos necessários para a configuração da responsabilidade, seja ela qual for. Por uma decorrência lógica, não estarão presentes.

7.3.2 Absolvição por ausência de prova da existência do fato

A absolvição pode ser decretada por não haver prova da existência do fato (art. 386, II, do CPP). Também neste caso, apesar de não ficar de forma categórica demonstrada a inocorrência do episódio, a solução a ser dada à ação civil será idêntica àquela conferida à ação penal, a saber, a improcedência.

É necessário distinguir os efeitos da sentença penal absolutória na ação cível proposta em separado (no juízo próprio), com a situação aqui analisada. Realmente, se não há pedido acessório de reparação de danos no processo penal, a absolvição com base no art. 386, II, do CPP não impede o lesado, em demanda própria, de postular e provar a ocorrência do fato e do prejuízo⁴²⁹. Entretanto, havendo cumulação no juízo criminal, o não acolhimento da ação principal vincula o julgamento da acessória.

Isso se dá por não ser possível, em um mesmo processo, ficar provado que o fato ocorreu e não ocorreu. A prova, quanto às questões principais, notadamente a existência do fato e sua autoria, é compartilhada, servindo às duas ações (criminal e cível). Logo, se com

⁴²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 210.

o esforço comum dos autores não se consegue demonstrar a ocorrência daquilo que foi descrito na inicial, ambos os pedidos serão desacolhidos.

7.3.3 Absolvição por atipicidade

O art. 386, III, do CPP prevê que o réu será absolvido quando ficar evidenciado que aquilo for apurado no processo penal não constituir infração penal. De todas, esta talvez seja a hipótese que gere maior polêmica, pois eventualmente redundaria na improcedência do pedido formulado na ação principal (penal) e procedência da pretensão deduzida na demanda acessória (cível)⁴³⁰.

O art. 387, IV, do CPP estatui que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração. O dispositivo está a tratar da decisão de procedência penal, e de sua interpretação literal e restritiva se dirá que fica impedida a condenação cível do réu absolvido.

Não trata o Código do destino da pretensão extrapenal na situação em comento. Parece, porém, que não necessariamente será a improcedência, pois se o fosse, por via transversa, o processo faria com que voltasse a vigorar aquilo que há séculos acabou abandonado: a tipicidade no ilícito civil.

Como o processo existe para fazer valer o direito material, entender que a improcedência do pedido deduzido na ação penal redundaria no desacolhimento da pretensão reparatória significa igualar as espécies de responsabilidade, o que, em absoluto, ocorre.

Poderia haver regra legal que estabelecesse que a improcedência por atipicidade do pedido condenatório criminal redundasse na extinção sem resolução de mérito da ação cível. Nada impediria também que, na situação mencionada, tivesse de o processo ser remetido para o juízo cível, o qual daria prosseguimento ao feito e o sentenciaria, acolhendo ou desacolhendo a pretensão reparatória.

⁴³⁰ FLORIAN, Eugenio (*Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1931, p. 222) diz que “si la sentencia del juez penal es absolutoria, como el resarcimiento es debido aún por el simple hecho ilícito (C.C., art 1.151), habrá de tener lugar aquél en cuanto el hecho haya tenido existencia”.

A legislação brasileira, porém, não prevê qualquer dessas soluções. Consequentemente, e tendo em vista as diferenças entre as duas espécies de responsabilidade, não existe óbice para que, julgado improcedente o pedido condenatório formulado pelo titular da ação penal, o juiz acolha aquilo que foi postulado pelo lesado em sua petição inicial.

É importante, porém, deixar claro que nem sempre isso ocorrerá. Nada impede que os dois pedidos sejam julgados improcedentes; um em razão da atipicidade; o outro, por não ter o autor se desincumbido do ônus probatório, deixando, por exemplo, de demonstrar que sofreu danos.

A solução que aqui se propõe, qual seja, a de permitir o julgamento do mérito do pedido cível mesmo na hipótese de improcedência da pretensão penal, atende aos reclamos de celeridade processual. A extinção e a necessidade de propositura de nova demanda acarretariam gastos desnecessários, em desrespeito ao que estabelece o art. 5º, LXXVIII, da CF.

Poder-se-ia argumentar que, reconhecida a atipicidade, o juízo criminal reconheceria a incompetência para apreciar a matéria cível. Acrescentar-se-ia que, fosse diferente, toda e qualquer demanda reparatória, independentemente do caráter criminoso, poderia, então, ser ajuizada na justiça penal.

Não é assim, porém, que se deve pensar. A partir do momento em que o magistrado recebe a inicial acusatória (denúncia ou queixa), declara que há elementos, mínimos que sejam, que apontam no sentido de que foi praticado algo tido como delituoso. Se, posteriormente, fica evidenciado que o ocorrido não passou de um mero ilícito cível, não deixa o juízo de ser competente para apreciar o pedido reparatório.

Não há discussão de que, reconhecida a atipicidade, esteja o magistrado criminal autorizado a deliberar sobre restituição de bens apreendidos. A restituição – vale a lembrança – é a forma mais elementar de reparação de dano. Ao determinar o destino daquilo que foi recolhido, o julgador profere decisão de natureza cível.

Com isso se percebe que a atipicidade não exclui a competência extrapenal do juízo criminal. Não parece lógico entender que possa o magistrado deferir a restituição, mas não esteja autorizado a proferir decisão que fixe indenização em favor do lesado. Tome-se, por

exemplo, um caso em que, celebrado contrato de compra e venda, deixe o alienante de entregar o bem, havendo indícios de que também o vendeu a terceiro. Produzidas as provas, conclui-se que a coisa pereceu sem culpa do vendedor, réu acusado da prática de estelionato. A sentença será de absolvição por atipicidade, e ela não impedirá que o julgador determine a devolução do valor pago (ou do bem dado em pagamento) e apreendido em favor do comprador. Inexiste razão para que, apesar das provas, o juiz fique obstado de condenar o réu pelos danos que sua conduta ocasionou; danos que são, inclusive, evidentes, como os juros.

7.3.4 Absolvição por estar provado que o réu não concorreu para a infração penal

A absolvição com base no art. 386, IV, do CPP ocorre quando, apesar de haver provas a respeito da ocorrência do crime, fica evidenciado que o réu não concorreu para sua efetivação, ou seja, não foi o seu autor, tampouco partícipe.

A previsão é diversa daquela constante do inciso V do mesmo dispositivo. No primeiro caso, fica devidamente demonstrado que o réu não concorreu; no segundo (inciso V), a fragilidade probatória impede se reconheça o envolvimento do agente com o cometimento do crime.

Absolvido com base no inciso IV, o réu também não será condenado civilmente. Realmente, se não foi ele o autor do ilícito penal, não o foi, por conseguinte, quem causou a consequente lesão patrimonial.

É importante perceber, contudo, que, havendo mais de um réu, é possível que em relação a um fique provada a ausência de participação e quanto a outro, diferentemente, reste demonstrada a autoria. Numa situação como essa, o primeiro será absolvido e se consagrará vencedor na lide civil; o outro, diversamente, será condenado nas duas esferas.

Nada impede que, em um caso específico, as provas produzidas apontem no sentido de que o réu não concorreu para a infração penal e que o autor da ação cível não demonstrou a existência do dano. Haverá, então, um motivo para absolvição, e mais de um para desacolher o pedido reparatório.

7.3.5 Absolvição por ausência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal

Na hipótese em análise, o réu é absolvido por não ficar demonstrado que ele concorreu para a infração penal. A improcedência, portanto, se dá em decorrência da ausência de prova suficiente que leve à conclusão de que o agente teve alguma participação no evento criminoso⁴³¹.

A decisão, com fundamento no art. 386, V, do CPP, não impede que, proposta somente a ação penal, o lesado, junto ao juízo cível, postule a condenação daquele que figurou como réu na justiça criminal⁴³². Em outras palavras, a sentença baseada no dispositivo em comento não tem o condão de impedir que em outra seara seja discutida a responsabilidade daquele que foi acusado da prática de crime.

No entanto, se as duas ações (criminal e cível) tramitam conjuntamente, a improcedência da principal (criminal) acarreta o desacolhimento da acessória (cível). A situação, portanto, assemelha-se à hipótese prevista no art. 386, II, do CPP, já comentada⁴³³.

Realmente, não há como pretender que, em um mesmo processo, reste demonstrada a concorrência para o ilícito civil, se não há provas da participação no tocante ao ilícito penal. O fato que gera a dupla responsabilidade é único. Se não se apura a autoria, a consequência é a rejeição dos dois pedidos.

7.3.6 Absolvição por excludentes de ilicitude, culpabilidade e causas de isenção de pena, ou dúvida sobre sua existência

O art. 386, VI, do CPP faz expressa alusão a diversos dispositivos do Código Penal, a saber: arts. 20, 21, 22, 23, 26 e 28 § 1º. Na ordem, eles tratam de erro de tipo, erro de proibição, coação irresistível e obediência hierárquica, estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, inimputabilidade e, por fim, embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

⁴³¹ PINHO, Ruy Sérgio Rebello (*A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 126) anota que “se a sentença afirmar, apenas, inexistirem provas da autoria, a sede civil pode ser procurada”.

⁴³² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, p. 68) observa que “se não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, o Juiz penal proferirá sentença absolutória, mas a vítima poderá, no cível, pleitear o ressarcimento, pois, nesse caso, o Juiz penal não negou, peremptoriamente, a autoria (CC, art. 935), nem a existência da materialidade delitiva foi negada categoricamente”.

⁴³³ Vide item 7.3.2.

Em razão da variedade de hipóteses e por conta da diversidade de fundamentos, para melhor abordagem do tema, se faz necessária a divisão em tópicos. Em cada qual se analisará, de forma separada, cada uma das situações previstas legalmente.

7.3.6.1 Erro de tipo

O indivíduo que atua em erro tem uma falsa percepção daquilo que ocorre, e por conta disso acredita em algo fora da realidade. A doutrina entende que o art. 20, *caput*, do CP abrange o erro e a ignorância, esta considerada não a falsa, mas a falta de conhecimento⁴³⁴.

O indivíduo que atua em erro plenamente escusável pratica conduta que se amolda ao tipo penal. Mas, como isso se dá sem dolo e sem culpa, tem de ser absolvido. Caso o erro decorra de menor diligência, e esteja prevista a figura culposa, responderá o agente por esta modalidade de crime⁴³⁵.

O erro de tipo, na primeira hipótese (plenamente justificável), afasta a responsabilidade civil, exceto se se estiver diante de caso de responsabilidade objetiva (ex. dano ambiental), quando, então, se exigirá somente a presença da conduta, do resultado e o nexo causal que os liga. No segundo caso, ela subsiste, pois se configura mesmo em grau levíssimo⁴³⁶.

O art. 944, parágrafo único, do CC, tomando por base o princípio da eticidade, que tem como desdobramento a equidade⁴³⁷, estipula, como forma de mitigar o rigor da regra de que a indenização se mede somente pela extensão do dano, que, havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o prejuízo ocasionado, o juiz reduzirá a indenização.

⁴³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza (*Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 361) diz que “erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo); a ignorância é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (trata-se de um estado negativo)”.

⁴³⁵ DUARTE, José A. Caetano (*O erro no Código Penal*. Lisboa: Vega, 1984, p. 92) afirma que se “o erro sobre a factualidade típica é consequência de menor diligência do agente em se informar, este será punido a título de negligência nos termos gerais”.

⁴³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo (*Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4, p. 35) observa que “a culpa levíssima é constatada pela falta de atenção extraordinária, que somente uma pessoa muito atenta ou muito perita, dotada de conhecimento especial para o caso concreto, poderia ter. Entende-se que, mesmo levíssima, a culpa obriga a indenizar”.

⁴³⁷ GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 935.

Portanto, no juízo penal, tal como na já comentada hipótese prevista no art. 386, III, do CPP⁴³⁸, nada impede que a sentença julgue improcedente o pedido formulado pelo autor da ação penal e procedente (ou parcialmente procedente) a pretensão deduzida por aquele que figura no polo ativo da demanda cível.

A sentença de improcedência da ação principal e de procedência da acessória será prolatada quando, sendo o erro inescusável, não existir a figura culposa. O réu será absolvido da imputação criminal e, se constatado dano, o lesado será indenizado pelo prejuízo experimentado. Havendo grande desproporção entre o dano e a culpa, a indenização será reduzida equitativamente: a sentença cível será de parcial procedência.

Prosseguindo, anote-se que o art. 20, § 1º, do CP cuida das chamadas discriminantes putativas. De acordo com o dispositivo legal mencionado, é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação que, se existisse, tornaria legítima a conduta.

O agente acredita, em razão da situação que lhe parece real, que sua ação é lícita. Em outras palavras, o indivíduo pensa que está a agir amparado por excludente de ilicitude, mas na verdade os requisitos para a configuração das hipóteses legais de justificação não se fazem presentes.

O erro, na verdade, pode atingir: i) os pressupostos fáticos da causa excludente de ilicitude; ii) a existência da causa excludente de ilicitude; iii) os limites da causa excludente de ilicitude. No primeiro caso, o agente imagina uma situação que justificaria a sua conduta, mas ela inexistente (ex. o indivíduo pensa que está sendo atacado, mas não está, e por isso a reação não é lícita); no segundo, a pessoa crê de forma equivocada existir uma causa de exclusão da antijuridicidade; no terceiro, imagina que os limites da excludente são diversos do que está legalmente previsto.

A discriminante putativa, de regra, exclui a culpabilidade. No entanto, a norma em comento prevê que para a primeira hipótese mencionada, ou seja, quanto aos pressupostos

⁴³⁸ Vide item 7.3.3.

fáticos, haverá erro de tipo permissivo⁴³⁹. Consequentemente, se inevitável, afastará o dolo e a culpa; se evitável, subsistirá a culpa.

Diante deste panorama, na primeira hipótese, sendo plenamente justificável, não se cogitará de responsabilidade civil. No outro caso, isto é, fosse evitável o erro, concluir-se-á que houve culpa, e esta é suficiente para que gere a obrigação de o causador do dano ter de repará-lo.

Se se referir à existência ou aos limites da causa de justificação, precisará ser analisado se o erro era evitável ou inevitável. Neste último caso, estará o agente isento de pena. A conduta será típica e ilícita, mas não será culpável. Na verdade, restará excluída a potencial consciência da ilicitude⁴⁴⁰. Em outras palavras, não se poderia exigir, diante da situação fática, que o indivíduo soubesse que seu ato era contrário ao direito, e por isso, não sofrendo juízo de reprovação penal, deixa de ser sancionado.

Em sendo o erro evitável, não se afastará qualquer dos elementos do crime. Vale dizer: será a conduta típica, ilícita e culpável. O agente, entretanto, poderá ser beneficiado com redução de pena.

Na última hipótese mencionada (erro evitável), não parece haver dúvida que a responsabilidade civil subsiste. Isso porque, figurando a conduta como criminosa, também será civilmente ilícita. Igualmente, no caso de erro inevitável, a responsabilidade civil permanecerá íntegra. Realmente, se o ato é penalmente ilícito, o é por conseguinte civilmente. O afastamento da responsabilidade penal se dá por questões de política criminal, o que não interfere no campo cível. Tanto assim que o art. 65 do CPP silencia quanto às excludentes de culpabilidade⁴⁴¹.

⁴³⁹ PRADO, Luiz Regis (*Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 497) observa que “no que respeita às discriminantes putativas (em que o agente imagina, por erro, sua conduta lícita, supondo situação que se existente torná-la-ia legítima), deve-se proceder a uma separação quando o erro versa sobre os pressupostos fáticos – *situação de fato* – ou a existência ou os limites normativos – *estar presente, autorizado* – de uma causa de justificação (art. 23, CP), isso em virtude da concepção acolhida pelo legislador pátrio. No primeiro caso, tem-se *erro de tipo permissivo* (art. 20, § 1º, do CP), que, se inevitável, elimina o dolo e a culpa; se *evitável*, exclui o dolo, subsistindo a culpa”.

⁴⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 500.

⁴⁴¹ MARQUES, José Frederico (*Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. 3, p. 375), a propósito, anota que “no mencionado dispositivo legal [art. 65 do CPP], não há qualquer referência às causas excludentes da culpabilidade, ou seja, às denominadas dirimentes penais. Se o que é penalmente ilícito não pode ser civilmente ilícito – o ato ilícito que não é punível pode ser civilmente ressarcível.

Em outros termos, o que o Código Penal faz na hipótese em comento é isentar o réu de pena; nada mais. Conseqüentemente, não exclui o dever de reparar o dano⁴⁴². Os art. 188, 929 e 930 do CC corroboram a ideia apresentada.

7.3.6.2 Erro de proibição

O erro de proibição consta do art. 21 do CP, o qual estabelece, em consonância com o art. 3º da LINDB, que o desconhecimento da lei é inescusável. Prevê, porém, a norma, na seqüência, que o erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta o agente de pena; se evitável, autoriza a diminuição da sanção de um sexto a um terço.

Em outros termos, atua em erro de proibição o indivíduo que acredita ser lícita a conduta ilícita que pratica⁴⁴³. A pessoa, portanto, sabe que o que faz é típico⁴⁴⁴. Crê, no entanto, que é algo permitido pela lei. Ou seja, dos três elementos da culpabilidade, desaparece, quando o erro é inevitável, a potencial consciência da ilicitude.

A conduta, conseqüentemente, não deixa de ser típica e ilícita. A não configuração do delito decorre da ausência da culpabilidade, isto é, do juízo de reprovação social. Logo, estará o agente isento de pena. O legislador, por questões de política criminal, entende que, em razão da situação, seria injusta a imposição de sanção.

O afastamento da responsabilidade penal não faz, porém, com que desapareça a responsabilidade civil. O fato típico penal é também um ilícito civil. E se é típico e ilícito,

Pune-se o fato ilícito quando reprovável a conduta de quem o praticou; mas, se em face do Direito Penal não é possível nessa hipótese, aplicar-se uma sanção repressiva ao autor do ilícito, isso não impede que o ato *contra jus* seja apreciado fora do juízo de reprovação e dê causa, assim, a regra sancionadora extrapenal”. Em sentido contrário é possível citar AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de (*Crime – dano – reparação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1934, p. 231), o qual expressamente diz: “nossa opinião, entretanto, é radical. Sustentamos a autoridade absoluta da coisa julgada no crime, sentença de absolvição fundada em justificativa ou dirimente”.

⁴⁴² PIMENTEL, Manoel Pedro (Delito e a reparação do dano no anteprojeto do Código Civil brasileiro. In: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 61) diz que “somente quanto à parte da decisão que afirma a existência do fato e a autoria é que a sentença absolutória penal, pelo reconhecimento de causa dirimente, faz coisa julgada no cível. A reparação do dano, todavia, pode ser demandada, pois o efeito civil da absolvição, nesse caso, não impede o reconhecimento da obrigação de reparar”.

⁴⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto (*Erro jurídico-penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 60) diz que “*erro de proibição*, por sua vez, é o que incide sobre a ilicitude de um comportamento. O agente supõe, por erro, ser lícita a sua conduta. O objeto do erro não é, pois, nem a lei, nem o fato, mas a ilicitude, isto é, a contrariedade do fato em relação à lei. O agente supõe permitida uma conduta proibida. O agente faz um juízo equivocado daquilo que lhe é permitido fazer em sociedade”.

⁴⁴⁴ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1, p. 499.

constata-se a presença do dolo ou da culpa. Como inexistente na legislação previsão de afastamento do dever de reparação, nada impede que o agente seja absolvido criminalmente e condenado à reparação do dano.

O legislador tem a faculdade de, em algumas situações, adotando critérios de discricionariedade, afastar a responsabilidade penal. Antevendo que a pessoa que atua em erro inevitável não demonstra necessidade de ser sancionada, obsta a incidência da reprimenda, e o faz por o interesse por trás do direito penal ser o geral. Seria, porém, disparatado deixar o lesado desamparado, e é por tal razão que não desaparece a obrigação reparatória.

Tratando-se de erro evitável, o crime não desaparece. Logo, não parece haver qualquer dívida quanto ao dever de indenizar aquele que experimentou o prejuízo, ou seja, o que sofreu o dano.

7.3.6.3 Coação irresistível e obediência hierárquica

O art. 22 do CP prevê outras duas excludentes de culpabilidade, a saber: coação irresistível e obediência hierárquica. Nos termos da lei penal, presentes tais circunstâncias, a punição do agente que pratica a ação ou omissão é afastada, respondendo pelo ocorrido o coator ou o superior hierárquico, a depender do caso.

A coação prevista no dispositivo em comento é a moral. Na hipótese de a coação ser física, uma vez que o indivíduo é utilizado como instrumento do coator, sequer se cogitará de conduta; conseqüentemente, restará afastada a tipicidade⁴⁴⁵.

Na figura descrita em lei, o indivíduo não deixa de agir com vontade e com consciência. No entanto, temendo o mal prometido, atua sem a liberdade que era de se esperar. O que acaba por fazer, embora seja ilícito, não é culpável. Deixa, portanto, o agente, de sofrer a reprovação social.

⁴⁴⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto (*Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 357) afirma que “*coação irresistível*, com idoneidade para afastar a culpabilidade, é a *coação moral*, a conhecida *ameaça*, uma vez que a *coação física* exclui a própria ação, não havendo, conseqüentemente, conduta típica”.

É na análise do caso concreto que se saberá se a ameaça era séria e se o coator tinha como concretizá-la. Constatada, porém, a presença das condições, somente responderá pelo crime aquele que coagiu.

No que toca à responsabilidade civil, ela não será afastada face ao lesado⁴⁴⁶. O ato causador do dano não deixa de ser voluntário. O indivíduo que está coagido, seja por ato de alguém com quem não mantenha vínculo de subordinação, seja por ser inferior hierárquico, não perde a consciência do que está a fazer. Não se exige se trate de ato intencional, sendo suficiente que a conduta possa lhe ser imputada por ter agido com vontade⁴⁴⁷.

Condenado a ressarcir o prejuízo experimentado pelo lesado, poderá o réu, em ação regressiva, postular a condenação do coator a arcar com aquilo que teve de desembolsar em razão da conduta praticada.

7.3.6.4 Estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito

O art. 386, VI, do CPP prevê, como causas de absolvição, o reconhecimento da presença das hipóteses de exclusão de ilicitude. O réu, que atuou amparado por qualquer das citadas justificantes, não será condenado em razão de sua conduta não ser contrária ao direito.

Diferentemente das dirimentes, as justificantes afastam a antijuridicidade. Em outras palavras, o ato praticado, embora seja típico, é lícito. No que toca à responsabilidade civil, de ordinário⁴⁴⁸, restará afastada, figurando como excepcionais os casos em que surge o dever de indenizar.

A matéria aqui debatida já foi analisada, em parte, em outro tópico⁴⁴⁹. Cabe lembrar que se o autor da ação civil foi o agente provocador da reação lícita, a sua pretensão

⁴⁴⁶ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 447. Em sentido contrário, sustentando ser caso de afastamento: AMORIM, Carpena. *A reparação do dano decorrente do crime*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000, p. 220.

⁴⁴⁷ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 1, p. 279.

⁴⁴⁸ ABREU, Roberto (*A sentença criminal e a responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987, p. 28) entende de forma diversa, pois, na sua visão, “se a legítima defesa é excludente de responsabilidade criminal, à evidência, terá que ser excludente da responsabilidade civil”.

⁴⁴⁹ Vide item 4.9.1.2.

reparatória não será acolhida. Diferente é a solução a ser dada se o lesado for um terceiro, alheio à relação entre agressor e agredido. Neste caso, será o réu absolvido com base na norma citada, mas poderá ser condenado civilmente⁴⁵⁰.

Nada impede, porém, que em outra demanda, ou seja, em ação regressiva, o agente que atuou amparado em alguma excludente de ilicitude cobre, do responsável pela reação, aquilo que teve de desembolsar em favor do lesado.

Portanto, o que importa verificar é quem figura no polo ativo da ação extrapenal. A depender de quem seja o autor, vale dizer, de quem figura como lesado se saberá se há ou não a possibilidade de o réu ser condenado a ressarcir o prejuízo⁴⁵¹.

Em suma, a doutrina processual penal⁴⁵² costuma sustentar que nas hipóteses de presença da excludente de ilicitude resta afastado o dever de reparação do dano, o que não deixa de ser verdade. Grande parte dos autores se esquece, todavia, de mencionar as situações em que um terceiro, não causador da ação lícita, é atingido.

7.3.6.5 Inimputabilidade

Constatado que o réu é inimputável, a sentença poderá ser de absolvição imprópria. É essa uma das hipóteses prevista no art. 386, VI, do CPP. Verificado que o agente era, ao tempo da ação ou omissão, em razão de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não será punido.

O inimputável, porém, apesar de não ser condenado a cumprir sanção, poderá ter de se sujeitar à medida de segurança (art. 97, *caput*, do CP). A demanda cível proposta em

⁴⁵⁰ O art. 2045 do CC italiano trata da hipótese, mais especificamente do estado de necessidade, estabelecendo que aquele que não foi responsável pelo perigo tem direito a indenização, a qual será fixada pelo juiz de maneira equitativa. Ao comentar o dispositivo CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto (*Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992, p. 1683-1684) dão interpretação extensiva, dizendo que “secondo l'opinione prevalente, anche lo st. di nec., al pari della legittima difesa, esclude non la colpevolezza, ma l'antigiuridicità: il fatto compiuto in st. di nec. e il danno che ne deriva sono considerati, pur in presenza dell'obli. di corrispondere un indennizzo, non antigieur., e la norma viene riconosciuta configurare una delle *eccezionali* fattispecie di resp. per fatto dannoso non illecito”.

⁴⁵¹ Há na doutrina quem pense diferente. AMORIM, Carpena (*A reparação do dano decorrente do crime*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000, p. 222) sustenta que “apesar do reconhecimento da justificante, não há como evitar a indenização civil, pois, nesta seara, a verificação da culpa decorre de critérios diversos dos usados no âmbito criminal”.

⁴⁵² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 446.

face daquele que não praticou um ato culpável poderá ser julgada procedente. Em outras palavras, a improcedência da pretensão punitiva não vincula o resultado da demanda reparatória.

Já foi visto alhures⁴⁵³ que a legislação civil atual não isenta por completo o incapaz do dever de reparar o dano. Presentes as condições previstas no art. 928 do CC, poderá ser o indivíduo condenado ao pagamento de determinado valor no processo penal.

7.3.6.6 Embriaguez completa fortuita

A embriaguez voluntária ou culposa não isenta o agente de pena, ainda que, no momento da ação, ele esteja inconsciente. É o que dispõe o art. 28, II, do CP. Diferente é a situação em que a ingestão da bebida alcoólica ou de substância de efeito análogo ocorre por caso fortuito ou força maior.

Caso isso ocorra e redunde em embriaguez completa, ou seja, a ponto de o indivíduo ser ao tempo da ação ou da omissão inteiramente incapaz de entender o que está a fazer, não sofrerá reprovação social. Em outras palavras, não se considera criminosa a conduta, pois resta afastada a culpabilidade.

O art. 4º, III, do CC, com a redação dada pela Lei 13.146/15, prevê como relativamente incapaz aquele que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir a sua vontade. Nesta regra se coloca quem, em razão da embriaguez, está com as faculdades mentais comprometidas.

O relativamente incapaz não está isento do dever de reparar os danos que ocasiona. Ademais, o art. 928, *caput*, do CC faz alusão à incapacidade, não diferenciando se se trata de absoluta ou relativa. Portanto, em qualquer hipótese haverá a obrigação de natureza cível.

Assim, caso o indivíduo, na condição mencionada, pratique conduta que lese alguém ou o seu patrimônio, terá de ressarcir o prejuízo, e isso pode ser imposto na sentença penal absolutória, caso haja pedido formulado pelo lesado.

⁴⁵³ Vide itens 3 e 4.9.1.3.

A indenização, entretanto, em obediência à última norma citada, será fixada de forma equitativa, devendo o magistrado considerar que a embriaguez não se deu de forma voluntária ou culposa.

7.3.7 Absolvição por inexistência de prova suficiente para a condenação

A última hipótese prevista no art. 386 do CPP como causa de absolvição é a ausência de prova suficiente para a condenação (inciso VII). O dispositivo, em razão da própria redação, é deveras abrangente⁴⁵⁴, alcançando tanto as situações em que não se vislumbra, com segurança, a prova da materialidade quanto a da autoria.

O dispositivo citado também é aplicável para as situações em que, havendo dúvida a respeito da configuração do crime, se conclui que o réu deva ser absolvido⁴⁵⁵. É o caso, por exemplo, em que não se consegue, fora de dúvida razoável⁴⁵⁶, saber se o ocorrido é estelionato ou mero ilícito civil.

A hipótese mencionada serve, a propósito, para demonstrar que é possível a sentença ser absolutória e ainda assim impor a condenação civil face ao réu. Basta a constatação do ilícito civil para que, presentes os demais requisitos, seja o indivíduo instado a reparar o dano.

Não há dúvida que, não inexistindo a cumulação de pretensões (penal e cível) no mesmo processo, a absolvição com fundamento no art. 386, VII, do CPP não impede a propositura da demanda reparatória no juízo extrapenal⁴⁵⁷, onde poderá ser demonstrado que o réu absolvido foi quem causou o prejuízo suscetível de reparação.

⁴⁵⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 716) dizem se tratar de uma “cláusula genérica”.

⁴⁵⁵ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de (*Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978, p. 322) anota que, no direito soviético, se “a absolvição no penal tem lugar porque o acto praticado não constitui nem formal nem materialmente crime, então, neste caso, o juiz penal tem pura e simplesmente que se abster de se pronunciar sobre o lado civil”.

⁴⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 1511.

⁴⁵⁷ O arquivamento do inquérito policial, igualmente, não impede a propositura da ação cível no juízo extrapenal. Nas palavras de AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de (*Crime – dano – reparação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1934, p. 174), “nenhuma influência prejudicial, em relação à ação civil, oferece o arquivamento; pode ela ter base no mesmo fato que motivou o inquérito”.

A questão, porém, se torna complexa quando se analisa o caso de cumulação. Excetuadas situações como a mencionada, em que a dúvida diz respeito à natureza do ilícito, se somente cível ou se também criminal, outras podem surgir, e uma delas – talvez a mais importante – se refere à intensidade probatória.

Como sabido, somente é possível a condenação criminal quando há nos autos prova que não gere dúvida razoável e que demonstre que o acusado foi o autor do crime. Diferentemente, no âmbito do processo civil, não se exige comprovação tão robusta para o acolhimento do pedido do autor. Ainda mais em se tratando de demanda em que se busca a reparação de dano patrimonial, mostrando-se suficiente a ausência de resistência por parte do demandado.

Proposta ação reparatória no âmbito da jurisdição cível, o autor narrará na petição inicial os fatos e indicará as consequências; postulará, então, pela condenação do réu ao pagamento de determinada cifra. Caso, embora citado, o demandado permaneça inerte, poderá ser condenado, pois não se desincumbiu do ônus da impugnação específica, concorrendo para que se presuma verdadeiro aquilo que foi alegado pela parte contrária (art. 341, *caput*, do CPC).

Deduzida a pretensão cível no âmbito do processo penal, concluindo o magistrado pela inexistência de prova suficiente para a condenação criminal, proferirá decisão absolutória e terá ainda, na mesma sentença, de julgar o pedido reparatório, o qual pode inclusive não ter sido, por opção do réu, contestado.

Poderia, a princípio, soar estranha a existência de conclusões antagônicas no mesmo processo, como o juiz dizer, ao mesmo tempo: foi o réu; não foi o réu. Tal comportamento nada mais é, porém, do que o retrato conjugado de algo que é plenamente aceito quando separado.

É certo, contudo, que a discrepância não pode ser absoluta. E isso se dá pelo fato de a revelia não ter o condão de fazer com que o julgador deva ignorar a realidade. Em outras palavras, não havendo provas suficientes para a condenação criminal, mesmo tendo o réu deixado de se insurgir contra o pedido reparatório, ele não será necessariamente acolhido.

Mais do que isso: a própria confissão pode não ser suficiente. Não o é se isolada no processo criminal⁴⁵⁸; pode, todavia, autorizar a procedência do pedido reparatório. Não é correto, no entanto, dizer que se trata de regra absoluta. Caso o magistrado conclua que a admissão por parte do réu dos fatos alegados pelo autor está inserida em contexto inverossímil, desacolherá também o pleito indenizatório (art. 345, IV, do CPC).

Em razão de o julgamento ser conjunto, a análise daquilo que foi produzido pelas partes – todas elas – será feita também como algo total e único. Por conseguinte, diferentemente do que ocorre quando se está diante de ações separadas, em que cada magistrado analisa somente os elementos constantes do processo que preside, não se deve aceitar a completa discrepância de conclusões.

Se o réu foi absolvido por não haver provas suficientes de que o fato ocorreu, nada impede que, em demanda separada, no juízo cível, ocorrida à revelia, o julgador acabe por condenar aquele que foi apontado como causador do dano – acusado no processo penal. A contumácia do demandado, então, em hipótese como a mencionada, gerará (eventualmente) efeitos plenos.

Algo diverso é o que se dá em havendo cumulação de ações, hipótese em que não se faz possível ocorrer a divisão estanque das matérias. Aliás, não por outra razão, os efeitos da revelia na ação acessória são, de certo modo, mitigados⁴⁵⁹; mais do que já previsto no art. 345 do CPC. Pode ser dito, então, que a mitigação é qualificada.

É claro que, observada a alegada consequência, se constatará que, para o autor da demanda reparatória, a revelia do réu no processo civil lhe é mais benéfica. Ocorre que, se por um lado há a apontada desvantagem quando se está diante de ação acessória, por outro, há o benefício de que o lesado, quando da propositura, já conta com elementos informativos (produzidos durante as investigações) e com a colaboração do Ministério Público (ou, em alguns casos, do querelante) na produção das provas.

⁴⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 181.

⁴⁵⁹ Vide item 5.2.

Cabe, portanto, ao lesado sopesar aquilo que lhe parece melhor: se valer da justiça criminal ou optar por sozinho litigar no juízo cível, onde terá a vantagem de poder contar com as características que são próprias da jurisdição extrapenal⁴⁶⁰.

7.4 A SENTENÇA QUE CONCEDE PERDÃO JUDICIAL E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL

Na doutrina existe discussão quanto à natureza jurídica da decisão que defere o perdão judicial. Há quem diga ser condenatória⁴⁶¹; mas também existe autor que sustenta se tratar de decisão declaratória⁴⁶². Uma terceira corrente entende que se está diante de sentença que declara a extinção da punibilidade⁴⁶³.

O art. 107, IX, do CP é expresso no sentido de ser causa de extinção da punibilidade a concessão do perdão judicial. Proferida sentença com tal conteúdo, não se pode dizer que foi reconhecido que o fato não existiu ou que o acusado não foi o autor. Pelo contrário, por uma questão de lógica, somente é perdoado quem praticou a conduta ilícita⁴⁶⁴.

Não é possível, como decorrência do que foi dito, querer afastar, por conta do perdão judicial, o dever de reparação do dano⁴⁶⁵. A não aplicação da pena se dá por

⁴⁶⁰ FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de (*Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978, p. 316), a respeito do tema, diz que “a nós nos parece mais que certo, de que o processo penal não pode nunca ser nem comportar dentro de si um autêntico processo civil, foi-nos logicamente imposta a conclusão de que o processo de adesão (em alternativa com o processo civil separado) só podia ter lugar se e enquanto o lesado o escolhesse”.

⁴⁶¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa (*Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1, p. 679) sustenta que “só poderá haver o perdão judicial uma vez lavrada a decisão condenatória”.

⁴⁶² BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3, p. 166-167) afirma que “o Estado, pelo órgão da Justiça, reconhece a existência do fato punível e a culpabilidade do agente, mas, pelas razões particulares que ocorrem, resolve desistir da condenação que cabia ser imposta. E a declarar isso é que se limita a sentença, que não é, assim, nem condenatória nem absolutória, o que demonstra a natureza toda especial dessa providência”.

⁴⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini (*Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120). 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. v. 1, p. 383) diz que “embora incluído entre as causas de extinção de punibilidade, o perdão judicial implica condenação, extinguindo-se a punibilidade apenas no que diz respeito à pena e ao pressuposto da condenação para o efeito da reincidência”. MARQUES, José Frederico (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3, p. 56) também entende se tratar de decisão de extinção de punibilidade.

⁴⁶⁴ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 1, p. 448) sustenta que “esta causa de absolución presupone probada no sólo la existencia del hecho, sino también la culpabilidad del imputado, pues sólo puede encontrar lugar ‘cuando los resultantes del juicio fueran tales, que legitimaran la condena del imputado’ (art. 478)”.

⁴⁶⁵ LEONE, Giovanni (*Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 1, p. 292) diz, quanto ao aspecto cível, ser “explicable la equiparación de la sentencia de sobreseimiento por perdón judicial a la sentencia de condena”.

questões de política criminal: o legislador em algumas situações confere ao juiz o poder-dever de isentar o réu de pena⁴⁶⁶. A lei, entretanto, não deixa (e nem poderia deixar) o lesado desamparado, ou seja, sem o direito de receber aquilo que lhe compete para reparar o prejuízo experimentado.

Tratando-se de direito patrimonial, a disponibilidade fica a cargo do titular. É o ofendido que tem a faculdade de abrir mão de receber ou mesmo postular o que teria a receber, concedendo assim perdão ao ofensor.

O entendimento aqui defendido não contraria a Súmula 18 do STJ, que dispõe que não subsiste qualquer efeito condenatório quando o juiz profere sentença que concede o perdão judicial. Já foi visto⁴⁶⁷ que, não havendo pedido por parte do lesado, a decisão final proferida no processo penal não tem o condão de formar título executivo cível.

Portanto, sendo indiferente a concessão do perdão, se aquele que sofreu dano não deduziu sua pretensão reparatória no processo penal, terá – caso queira ser ressarcido – de apresentá-la perante o juízo cível. A ação será de conhecimento, e acolhido o pedido nascerá o título executivo.

O magistrado que aprecia a demanda reparatória – é importante anotar – não poderá decidir de forma diversa daquilo que já concluiu o juiz criminal. Se este reconheceu a existência do fato e entendeu ter sido o acusado o autor (perdoado) do crime, formada a coisa julgada, não pode qualquer outro julgador seguir caminho diverso, decorrência do efeito preclusivo panprocessual da sentença penal⁴⁶⁸. Apurar-se-á, então, na Vara Cível a existência do dano, a sua extensão, quem sofreu o prejuízo, etc.

Caso seja a pretensão reparatória deduzida no processo penal, a concessão do perdão judicial não impede que o juiz condene civilmente o réu. Vale repetir: sendo inquestionáveis a ocorrência do fato e sua autoria, provado que seja o dano, não pode o julgador deixar de fixar a indenização devida.

⁴⁶⁶ TUCCI, Rogério Lauria (Isenção de pena no direito penal brasileiro e seu equívoco tratamento como ‘perdão judicial’. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 71, n. 559, maio 1982, p. 292) diz constituir um direito subjetivo do acusado.

⁴⁶⁷ Vide itens 3.3.1 e 3.3.1.1.

⁴⁶⁸ Vide item 3.3.1.

7.5 A SENTENÇA QUE DECLARA EXTINTA A PUNIBILIDADE E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL

O art. 107 do CP traz o rol das causas de extinção da punibilidade: i) morte do agente; ii) anistia, graça e indulto; iii) retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; iv) prescrição, decadência e preempção; v) renúncia do direito de queixa e perdão aceito, nos crimes de ação privada; vi) retratação do agente, nos casos em que a lei admite.

Para melhor visualização da matéria, tal como já se fez em outros temas, abrir-se-ão subitens, onde serão analisadas separadamente as hipóteses de extinção da punibilidade previstas no CP.

7.5.1 Morte do agente

Na ação civil proposta no processo penal, não pode figurar como réu o responsável civil⁴⁶⁹. Em outras palavras, tem legitimidade para ocupar o polo passivo da demanda ressarcitória somente aquele que praticou (autor ou partícipe) a infração penal. Assim, caso o único autor do crime morra, o processo, como um todo, será extinto.

Mesmo havendo regra no sentido de que os herdeiros, até o limite do patrimônio transferido pelo falecido, respondem pelos danos ocasionados (art. 5º, XLV, da CF), não há como incluí-los como partes no processo penal. Isso se dá em razão da impossibilidade de ampliação subjetiva do referido processo.

Terá, então, o lesado que propor nova demanda, perante o juízo cível, em face dos sucessores. Nada impedirá que o autor apresente com a petição inicial as provas produzidas na justiça criminal. Entretanto, é indispensável que todos os atos naturais de um processo de conhecimento tenham de ser praticados. Precisar, portanto, ocorrer a citação do herdeiro, que terá a faculdade de apresentar defesa e requerer a produção de provas.

Questão que se coloca é saber se a morte do autor do crime ocorrida após a constituição do título executivo, isto é, depois da sentença penal passada em julgado, impede a execução face aos sucessores.

⁴⁶⁹ Vide item 4.2.2.

O cumprimento de sentença será sempre realizado no juízo cível (art. 516, III, do CPC), e nos termos do art. 513, § 5º, do mesmo diploma, não poderá ser promovido contra o fiador, o coobrigado ou o corresponsável que não tiver participado da fase de conhecimento.

Não há óbice, porém, para que o espólio, os herdeiros e sucessores figurem no polo passivo da execução. O art. 779, II, do CPC é expresso neste sentido, e a regra se justifica pelo fato de as referidas pessoas responderem até o limite do patrimônio deixado pelo devedor falecido⁴⁷⁰.

Caso no processo penal figurem como réus diversos indivíduos, a morte de um deles não impede o prosseguimento da demanda cível proposta contra os demais. Em razão de todos os acusados serem solidariamente responsáveis, não terá o lesado que propor nova demanda.

É de se pontuar, porém, que, se a ação reparatória foi ajuizada somente em face daquele que morreu, não haverá como (em razão de os outros réus da ação penal não terem sido chamados a integrar o polo passivo da demanda cível) ser imposta a condenação aos demais denunciados.

Não se deve, porém, impedir a iniciativa do lesado que, cientificado da morte do réu da ação cível, proponha, no processo penal, nova ação, agora em face dos acusados sobreviventes. Precisar, em tal situação, verificar se ainda é tempo para o início da demanda reparatória. Caso já tenha sido iniciada a instrução⁴⁷¹, precisará o ofendido se valer da jurisdição extrapenal para ver processados os demais autores do dano.

7.5.2 Anistia, graça e indulto

A anistia, a graça e o indulto configuram mecanismos legais aptos a impedir que a pessoa cumpra a pena. Os seus efeitos, portanto, são exclusivamente criminais, não

⁴⁷⁰ ZAVASCKI, Teori (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 771 ao 796). In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. v. 12, p. 87) diz que “os herdeiros sub-rogam-se nas relações jurídicas patrimoniais do falecido, tanto na titularidade ativa (direitos subjetivos), quanto na passiva (obrigações)”.

⁴⁷¹ Vide item 4.6.

repercutindo na esfera cível. Por tal razão, o art. 67, II, do CPP estabelece que as três figuras citadas não impedem a propositura da ação reparatória⁴⁷².

A graça e o indulto são concedidos após a condenação criminal. Portanto, não afetam o processo de conhecimento, onde foram propostas as ações criminal e cível. De fato, somente depois da prolação da sentença penal que acolhe o pedido formulado pelo titular da ação repressiva é que se cogitará das referidas benesses.

A anistia, diferentemente, pode ser concedida antes da decisão criminal⁴⁷³. Caso isso ocorra, não deverá o processo ser extinto, cabendo somente o não prosseguimento da ação criminal na hipótese de o benefício em comento ser integral. Sendo a anistia parcial, prosseguirá a demanda penal.

7.5.3 Retroatividade da lei que não mais considera o fato como criminoso

A lei que não mais considera o fato como criminoso também não impede seja o réu condenado civilmente a ressarcir os danos ocasionados. O adultério (art. 240 do CP), até a promulgação da Lei 11.106/05, era previsto como delito. Embora seja discutível se a prática de tal conduta gere dano, é inquestionável que a nova legislação não teve o condão de fazer com que sequer fosse possível verificar a ocorrência do prejuízo. A prática de referida conduta ainda continua a configurar ilícito civil (art. 1.573, I, do CC).

Consequentemente, deixando o fato de ser tido como crime, a ação penal será extinta, mas prosseguirá a demanda reparatória. O desaparecimento do tipo penal não faz com que a conduta deixe de ser civilmente ilícita. Aliás, mesmo que eventualmente fosse editada lei que passasse a considerar como não contrária ao direito a conduta, ainda assim

⁴⁷² GARCIA, Basileu (*Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969. v. 1, t. 2, p. 674) afirma que “constitui matéria de controvérsia saber se o procedimento civil reparatório do dano *ex delicto* é obstado pela anistia, desde que esta envolve em perpétuo silêncio o acontecimento criminoso – fonte do dever de indenizar. A opinião afirmativa exagera, inconsideradamente, no campo civil, os efeitos da anistia. Não é preciso ir-se tão longe. A anistia é uma renúncia à faculdade de punir. Como tal, só abrange direitos que podem ser renunciados pelo Estado, e não direito de particulares, que são terceiros perante a munificência estatal”.

⁴⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto (*Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 352) afirma que a anistia “é o esquecimento jurídico do ilícito, e tem por objeto fatos (não pessoas) definidos como crimes, em regra políticos, militares ou eleitorais, excluindo-se, normalmente os crimes comuns. A anistia pode ser concedida antes ou depois da condenação e, como o indulto, pode ser total ou parcial. A anistia extingue todos os efeitos penais, inclusive o pressuposto da reincidência, permanecendo, contudo, a obrigação de indenizar”.

não existiria justificativa para extinguir a demanda reparatória: no âmbito do direito civil vige o princípio *tempus regit actum*.

7.5.4 Prescrição, decadência e perempção

A prescrição, a decadência e a perempção impedem a aplicação da sanção penal. Superados os prazos previstos em lei, sendo o caso de se reconhecer qualquer das três figuras mencionadas, não mais se discute, no âmbito criminal, se o crime foi praticado, se o acusado foi o autor. Não fica obstada, porém, a análise no campo cível.

Tendo sido aforada a ação reparatória no processo penal, não deverá ser extinta sem análise de mérito nas hipóteses de ocorrência de prescrição e perempção. Tratando-se, contudo, de decadência, uma vez que ela se verifica antes do ajuizamento da ação penal⁴⁷⁴, não se cogitará de propositura da demanda reparatória, que é iniciada concomitantemente ou em momento posterior.

Quanto à prescrição, é de se pontuar que, nos termos do art. 200 do CC, quando o fato deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição (cível) antes da sentença definitiva. Em outros termos, o curso da ação penal impede que seja iniciado o prazo prescricional cível⁴⁷⁵.

7.5.5 Renúncia do direito de queixa ou perdão aceito

Também figuram como causas extintivas da punibilidade a renúncia ao direito de queixa e o perdão aceito, nos crimes de ação privada. Na primeira hipótese, não se cogitará de ação civil no processo penal, pois a demanda reparatória tem que ser aforada concomitantemente com a inicial penal ou em momento posterior.

⁴⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 190.

⁴⁷⁵ MENKE, Fabiano (Arts. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 321) anota que “de acordo com o que tem acertadamente decidido o Superior Tribunal de Justiça, é fundamental a existência de ação penal em curso, ou ao menos inquérito policial em trâmite, sob pena de não incidir o impedimento da prescrição do art. 200. Ou seja, não sendo iniciado procedimento criminal no lapso de três anos após a ocorrência do fato, não há que se falar em impedimento da fluência do prazo prescricional”.

Realmente, se a renúncia é ato a ser praticado em momento anterior ao oferecimento da queixa⁴⁷⁶, não há como, por uma questão de lógica, se cogitar da tramitação da ação cível no processo penal. Ainda que, somente no curso da ação, se constate que houve renúncia, todo o processo deverá ser extinto, pois o recebimento da inicial acusatória se deu indevidamente. Se não poderia haver queixa, não poderia haver ação reparatória no processo penal.

Também deve ser lembrada a regra segundo a qual a renúncia em relação a um se estende a todos (art. 49 do CPP). Portanto, se o ofendido pretende não ver processado um dos autores (ou partícipe) do crime, renunciando em relação a ele o direito de queixa, nenhum outro poderá sê-lo⁴⁷⁷. Por conseguinte, no processo penal, não terá cabimento a ação cível, a qual deverá ser iniciada em sede própria.

Não há dúvida que a responsabilidade civil entre os criminosos é solidária, motivo pelo qual o ofendido tem o direito de escolher contra quem vai litigar: contra um, alguns ou todos. A ação penal, contudo, não admite a cisão: ou a vítima propõe a queixa em face de todos, ou não processa ninguém. Ajuizada a ação penal contra todos, nada impede que a demanda cível acessória seja aforada somente em face de um.

A acessoriedade da ação reparatória impede que se sobreponha à regra processual penal. Com isso, o ofendido oferece queixa contra todos e decide contra quem acha melhor litigar civilmente.

A renúncia pode ser expressa ou tácita (art. 104 do CP e art. 50 do CPP). Na primeira hipótese, ela constará de declaração assinada pelo ofendido, seu representante legal ou de procurador com poderes especiais. A tácita decorrerá da prática de ato incompatível com a vontade de processar (art. 104, par. único, do CP).

É mais comum que o autor do crime, antes do oferecimento da queixa, tome conhecimento da renúncia expressa, o que se dá em virtude de sua própria natureza. Nada impede, porém, que fique sabendo da prática do aludido ato em momento posterior, ou

⁴⁷⁶ NUCCI, Guilherme de Souza (*Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 176) entende ser possível a renúncia até o momento anterior ao recebimento da queixa.

⁴⁷⁷ ROSA, Inocêncio Borges da (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 124) observa que “a renúncia, em relação a um dos autores, aproveita aos coautores, devido à solidariedade passiva”.

seja, após o recebimento da queixa, e o leve ao conhecimento do juiz. Nesta hipótese, todo o processo será extinto, pois somente foi iniciado em razão de o magistrado ignorar a existência da renúncia.

A renúncia tácita, em decorrência de retratar um comportamento, é mais difícil de ser evidenciada. Portanto, de ordinário, será comprovada ao longo da instrução, com a produção de provas (ex. exibição de documentos e inquirição de testemunhas). Reconhecida a renúncia, todo o processo será extinto.

Nos termos do art. 104, par. único, do CP, não configura renúncia tácita o fato de o ofendido receber indenização pelo dano decorrente do crime. Logo, se eventualmente, proposta a ação perante a justiça cível, as partes celebrarem acordo com o intuito de extingui-la, se animando o autor do delito a pagar certa quantia em dinheiro (ou se propondo a fazer, não fazer, ou a entregar algo) em prol da parte contrária, tal conduta não impedirá o início da ação penal⁴⁷⁸.

É sempre importante analisar os termos do acordo, pois a depender do seu conteúdo é possível que se vislumbre a ocorrência de renúncia tácita. O que a lei deixa claro é que o recebimento de indenização não configura a aludida abdicação. Conseqüentemente, se a indenização for percebida pelo lesado por força de decisão judicial (proferida em demanda cível) que impôs o pagamento, ou seja, sem que haja negócio jurídico entre as partes, nem mesmo nos crimes de menor potencial ofensivo se cogitará de renúncia. O art. 74, par. único, da Lei 9.099/95 faz alusão a acordo homologado judicialmente.

O ato de perdão difere da renúncia em razão, principalmente, do momento em que é produzido: posterior ao ajuizamento da queixa. Mas não é só; o perdão depende de aceitação (art. 51 do CPP). Ao perdoar – o que fará o ofendido quando já em curso a ação penal –, será o querelado chamado a se pronunciar. Aceito o perdão, extinta será a ação. Na hipótese de recusa, se dará prosseguimento ao feito⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ É importante deixar anotado que, se o crime for de menor potencial ofensivo, nos termos do art. 74, par. único, da Lei 9.099/95, “...o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

⁴⁷⁹ ACOSTA, Walter P. (*O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1979, p. 173) aduz que o perdão “pressupõe uma ação penal privada já em andamento e tem o poder de obstar-lhe ao prosseguimento, se o querelado não o recusa. Além desta circunstância, distingue-o da renúncia o fato de ser manifestação bilateral, pois exige, para a sua validade, a aceitação explícita ou implícita do querelado”.

É de se pontuar que, nos termos do art. 58 do CPP, concedido o perdão expresso, o querelado será chamado a dizer se aceita ou não. O prazo para a manifestação é de três dias. Caso opte pelo silêncio, entender-se-á que houve aceitação. Portanto, para que haja recusa, é necessária a adoção de comportamento ativo.

Em decorrência de o perdão pressupor processo em curso⁴⁸⁰, a produção de seus efeitos não interferirá, de ordinário, na demanda acessória. Poderá ser a ação penal extinta, e prosseguir a reparatória. Nada impede, entretanto, que o ofendido perdoe também a obrigação cível. Nesta hipótese, todo o processo será extinto.

O perdão, tal como a renúncia, pode ser expresso ou tácito⁴⁸¹. No primeiro caso, será por escrito: pelo querelante, seu representante legal ou por procurador com poderes especiais; no segundo, se concluirá pela sua ocorrência em razão da conduta adotada pela vítima.

Diferentemente da renúncia, é possível que o perdão não acarrete a extinção plena da ação penal. Em outros termos, em razão de o ato depender de aceitação, o querelado que não concorda não vê, em relação à sua pessoa, encerrada a ação. O perdão concedido a um dos que ocupa o polo passivo pode aproveitar a todos, mas para a produção de efeitos fica sujeito à concordância dos querelados.

Consequentemente, em processo em que figuram, por exemplo, três querelados, pode um aceitar o perdão e os outros dois não. Se aquele que aceitou está sendo processado civilmente, continuará a figurar no processo, mas somente na qualidade de réu da ação reparatória. Quanto aos demais, é necessário verificar se estão sendo demandados civilmente; se estiverem, permanecerão no processo, na qualidade de querelados (criminal) e réus (cível).

7.5.6 Retratação do agente

⁴⁸⁰ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 1, p. 451) afirma que “o querelado pode ser perdoado, em todo curso da ação penal, desde o recebimento da queixa, até passar em julgado a decisão condenatória, excluída, portanto, a fase de execução”.

⁴⁸¹ FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 2, p. 153.

A retratação do agente é a última causa de extinção da punibilidade a ser analisada. Sua aplicação é limitada, tanto que o art. 107, VI, do CP faz expressa menção de sua incidência aos casos admitidos em lei. São eles: calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia⁴⁸².

O art. 143 do CP dispõe que se o querelado⁴⁸³, processado por calúnia ou difamação, se retrata cabalmente antes da sentença, fica isento de pena. A ação cível, entretanto, não será extinta, sendo cabível a fixação da indenização, o que se fará com base no art. 953 do CC. Não se pode perder de vista, porém, que a retratação pode ser sopesada pelo magistrado ao arbitrar o montante devido a título de perdas e danos, pois revela comportamento louvável por parte daquele que antes ofendeu a honra do querelante.

É certo também – já agora no âmbito processual – que a retratação faz com que os fatos alegados na inicial cível se tornem incontroversos. Se o autor alega que foi caluniado, e o réu, ao invés de negar, se retrata, admite que, de fato, levou a efeito a conduta descrita no tipo penal e que configura também ilícito civil. Com isso, torna-se possível o julgamento antecipado (art. 355, I, do CPC).

Assinale-se que a calúnia (art. 138, § 3º, do CP) e a difamação (art. 139, par. único, do CP) admitem, em algumas situações, a exceção da verdade. Sendo o caso de acolhimento, não se cogitará de condenação cível, pois não se vislumbrará dano àquele que se intitula lesado⁴⁸⁴.

O falso testemunho e a falsa perícia são produzidos em processo judicial, administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral (art. 342, *caput*, do CP). A retratação se faz possível até o momento anterior ao da prolação da sentença em que ocorreu o ilícito (art. 342, § 2º, do CP). Por conseguinte, em isso se verificando, não se cogitará de processar aquele que praticou a conduta típica. Logo, não haverá ação cível no processo penal.

⁴⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 353.

⁴⁸³ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida (*Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 519) anotam que “como o art. 143 emprega o vocábulo ‘querelado’, considera-se incabível a retratação na hipótese de ação penal pública condicionada à requisição ou representação (CP, art. 145, parágrafo único), pois nela há denúncia e não queixa”.

⁴⁸⁴ MELO, Diogo Leonardo Machado de (Arts. 927 a 965. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1327) observa que o acolhimento da exceção da verdade “isenta o agente de qualquer responsabilização”.

7.6 A PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PENAL EM JULGAMENTO ANTECIPADO E O DESTINO DA AÇÃO CÍVEL

Após a reforma de 2008, não mais se questiona a possibilidade de julgamento antecipado no processo penal. Ocorre que o CPP somente tratou de hipóteses de improcedência, as quais no art. 397 chamou de casos de absolvição sumária.

Há ainda espaço para debater a viabilidade de o magistrado julgar de forma antecipada o pedido para acolhê-lo, ou seja, para condenar o réu ao cumprimento de pena. Independentemente das razões que são apresentadas para defender a impossibilidade de adoção de tal postura, o fato é que, na doutrina, há quem diga ser viável⁴⁸⁵.

Como o que se visa analisar no presente caso é a matéria cível, e não a criminal, não se mostra razoável entrar na discussão a respeito dos pontos que, segundo seus defensores, justificam o acolhimento do pedido deduzido pelo autor da ação penal independentemente da abertura da fase instrutória.

Já foi defendido⁴⁸⁶ que o lesado está autorizado a apresentar a sua pretensão até o dia anterior ao da audiência de instrução, debates e julgamento. Logo, se o feito é sentenciado sem que a solenidade ocorra, terá o ofendido que se valer da justiça cível, exceto se formulou o pedido reparatório no início do processo.

Ocorrendo tal fato, será o réu citado (ou intimado) para apresentar defesa. A depender do teor de sua resposta, não haverá necessidade de produção de outras provas além daquelas já constantes dos autos, sendo lícito o acolhimento do pedido indenizatório. De fato, não existe discussão no âmbito do processo civil quanto à possibilidade de o magistrado julgar antecipadamente o mérito.

O art. 355 do CPC prevê duas hipóteses, a saber: (i) quando não houver necessidade de produção de outras provas; (ii) quando, sendo o réu revel, a sua omissão surtir efeitos e não houver requerimento de produção de provas.

⁴⁸⁵ ALMEIDA, José Raul Gavião de (Do julgamento antecipado da lide penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, ano 3, n. 12, p.124, out./dez. 1995) defendeu a possibilidade antes da reforma do CPP, quando o interrogatório era realizado antes mesmo da apresentação da defesa prévia. Não parece que, alterado o Diploma mencionado, não tenha como ser aceita a teoria, pois pode o acusado confessar em sua resposta à acusação, bastando que outorgue poderes ao seu advogado.

⁴⁸⁶ Vide item 4.6.

A ausência de contestação por parte daquele que foi acionado no processo penal a reparar os danos não tem o condão de fazer com que se deva presumir como verdadeiro, de forma absoluta, o que foi alegado pelo autor. Vale dizer: a revelia tem efeitos mitigados⁴⁸⁷. Ocorre que, existindo elementos bastantes para condenar o acusado criminalmente, restará pouco a se apurar no tocante à responsabilidade civil.

Na verdade, sendo inquestionável a prática do crime e sua autoria, haveria espaço somente para que as partes cíveis discutissem a extensão do dano. Portanto, se o réu não impugna de forma especificada aquilo que foi alegado pelo autor, deixando de se insurgir quanto ao aspecto monetário, será possível acolher de logo o pedido reparatório.

A mesma solução pode ser adotada caso o autor da demanda cível prove, por documentos acostados à sua petição inicial, a extensão dos danos, e o réu, ao ser cientificado, deixe de produzir prova em sentido contrário, não esclarecendo como chegou à conclusão de que aquilo que foi demonstrado pelo lesado não retrata a realidade.

A questão que parece mais tormentosa se verifica na hipótese em que, sendo possível o julgamento antecipado da ação penal, haja necessidade de produção de provas em audiência para demonstração do dano ocasionado pela prática do crime. Em isso ocorrendo, a solenidade serviria apenas para atender aos anseios probatórios das partes cíveis, o que poderia descaracterizar o processo penal.

Uma solução alternativa seria julgar antecipadamente a ação penal e remeter os litigantes cíveis para a sede própria, ou seja, para o juízo extrapenal. Tal solução, embora possa trazer algumas vantagens, dificilmente poderia ser adotada em razão da ausência de previsão legal a ampará-la.

Outra opção seria a extinção sem resolução de mérito da ação cível. Mas, nessa hipótese, ocorreria considerável prejuízo, na medida em que nova demanda, perante o juízo cível, teria de ser proposta, redundando na necessidade de praticar diversos atos, como, por exemplo, a citação do réu.

Portanto, a solução que parece mais adequada é permitir que, mesmo não havendo necessidade de produção de provas para demonstrar a ocorrência do crime e sua autoria, as

⁴⁸⁷ Vide item 5.1.

partes cíveis tenham a oportunidade de tentar demonstrar aquilo que alegam ao longo da instrução, notadamente em audiência.

Na referida solenidade, em razão de o debate se circunscrever ao tema indenizatório, o Ministério Público, salvo raras exceções, não precisará intervir, e isso se dá em virtude de a matéria litigiosa ser de cunho patrimonial, disponível.

7.7 A CELEBRAÇÃO DE ACORDO

Praticado ato ilícito, verificada a ocorrência de dano, é possível que autor da lesão e lesado celebrem acordo. Ainda que eventualmente o fato configure crime, estão os integrantes da relação autorizados a estipular o modo pelo qual extinguirão o vínculo jurídico extrapenal existente entre eles.

Os adeptos das ideias defendidas pela Escola Positiva entendem de forma diferente. Segundo a referida corrente, o dano oriundo da prática de delito é insuscetível de ser objeto de negócio jurídico, pois haveria, no caso, interesse social, e não meramente individual⁴⁸⁸.

De acordo com tal forma de pensar o direito, a reparação do dano e a pena seriam respostas jurídicas que se assemelham, e que não podem deixar de incidir. Da mesma forma que não estaria o representante da sociedade, retratado na figura do membro do Ministério Público, autorizado a abrir mão da punição do réu, não haveria como ser afastado o dever de indenizar o prejuízo ocasionado.

Tal pensamento, entretanto, não preponderou. Prevalece a corrente que pode ser chamada de tradicional, e que sustenta que a ocorrência de ilícito penal não faz com que deixe de existir – na maioria dos casos – relação de direito privado entre autor da lesão e lesado, vínculo este regido pelos princípios norteadores do direito privado.

Conforme já apontado⁴⁸⁹, o dano, independentemente de sua fonte geradora (isto é, mesmo que tenha surgido em razão da prática de crime) tem cunho patrimonial, sendo, por conseguinte, suscetível de ser transacionado.

⁴⁸⁸ Vide item 3.1.

⁴⁸⁹ Vide item 3.1.1.

Mesmo em casos em que o titular do direito ao ressarcimento goze de proteção diferenciada da lei, a exemplo dos incapazes, não está afastada a possibilidade de celebração de acordo, devendo apenas ser analisado, inclusive com a participação do Ministério Público, se o negócio jurídico atende aos interesses daquele que experimentou o prejuízo.

Em situações em que se verifica a plena capacidade do lesado, e diante da ausência de outros interesses em jogo, nada impede que o titular do direito abra mão dele, o que se dá em decorrência de se estar diante de algo disponível.

A responsabilidade civil – também ficou salientado⁴⁹⁰ – tem por finalidade fazer com que o lesado tenha seu direito, que foi violado, reparado. Não serve a indenização como forma de garantir ao ofendido vantagem patrimonial e, por conseguinte, como sanção ao autor do dano. Tanto assim que, nos termos do art. 944, *caput*, do CC, a indenização é medida pela extensão do dano.

Desponta, porém, na doutrina mais moderna o pensamento de que a responsabilidade civil teria também como função dissuadir comportamentos antissociais, exercendo função próxima daquela prevista para a pena⁴⁹¹. Logo, a composição, poderia, em algumas hipóteses, afastar a obrigatoriedade da resposta penal, pois, de certa forma, o autor do ilícito já teria sido repreendido⁴⁹². A reparação, ademais, não precisaria necessariamente ser monetária⁴⁹³.

A legislação brasileira, se bem que de forma tímida, acolhe a referida ideia, prevendo, por exemplo, no art. 16 do CP que a reparação do dano ou a restituição da coisa até o recebimento da denúncia permite que a pena seja reduzida de um a dois terços, ou seja: sem afastar por completo a incidência da sanção criminal, autoriza a sua diminuição.

⁴⁹⁰ Vide item 3.3.

⁴⁹¹ BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2018. v. 4, p. 40.

⁴⁹² PALERMO, Pablo Galain (*La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 117) diz que “el daño social va más allá del daño civil y permite que la reparación en sentido penal pueda llegar a satisfacer la deuda (penal) del autor con la sociedad y el Estado y también la deuda (penal y civil) con la víctima. La reparación de daño social no solo puede compensar el daño patrimonial y/o moral del perjudicado, sino que compensa el injusto penal”.

⁴⁹³ JÍMENEZ, José Francisco Leyton (*Víctima y querellante en el proceso penal: problemas en el proceso chileno a la luz de sus fundamentos*. Santiago: EJS, 2015, p. 150) afirma que “la reparación como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, ya sea la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, realización de trabajo gratuito, etcétera. Se trata de adoptar un modelo de justicia reparatoria en oposición a un modelo punitivo”.

Outro exemplo que pode ser citado diz respeito à previsão de suspensão condicional do processo. Cumpridas as condições previstas no art. 89, §§ 1º e 2º, da Lei 9.099/95, dentre as quais cabe destacar o dever de reparação do dano (salvo impossibilidade de fazê-lo, ressalva a lei), o indivíduo se vê livre da pena, uma vez que é declarada extinta a punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei 9.099/95)⁴⁹⁴.

O mesmo diploma (art. 74, par. único) prevê também, para os casos de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, que o acordo homologado judicialmente acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação⁴⁹⁵. Não distante de referida regra está aquela que consta do art. 522 do CPP, e que dispõe que, nos processos que apuram a prática de crimes contra a honra, a reconciliação das partes redundará no arquivamento da queixa.

Percebe-se, diante dos exemplos mencionados, que ainda que de forma pouco abrangente, se faz possível a celebração de negócio jurídico quanto aos danos ocasionados pela prática do delito. Portanto, mesmo nas hipóteses em que não se prevê qualquer benefício legal, podem os envolvidos acordar como colocarão fim ao vínculo cível que os une.

Proposta no processo penal a ação civil, nada impede que autor e réu celebrem acordo e apresentem o instrumento do mencionado negócio jurídico em juízo para homologação. A decisão do juiz, que acolher o requerimento, valerá como título executivo judicial, a teor do que estabelece o art. 487, III, *b*, do CPC.

Nada impede a homologação antes (ou concomitantemente) da prolação da decisão que trata da questão penal. E isso porque as partes (autor da lesão e lesado) estão autorizadas a celebrar acordo e postular a homologação perante a justiça cível.

⁴⁹⁴ Não se pode perder de vista, porém, que a previsão legal retrata mais em submissão à ‘proposta’ do que efetivamente um acordo. DIAS, Jorge de Figueiredo (*Acordos sobre a sentença em processo penal: o ‘fim’ do estado de direito ou um novo ‘princípio’?*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011, p. 21), a propósito do tema, afirma que “a decantada e já operada consensualização do processo penal português – como igualmente do italiano, do espanhol, do francês, do brasileiro – não se baseia assumidamente em estruturas e procedimentos de verdadeiro <consenso>, mas mais simplesmente em meras *concordâncias* perante (ou na *aceitação* de) propostas ou requerimentos de um ou mais sujeitos processuais dirigidos a outro ou a outros”.

⁴⁹⁵ A propósito do tema, pontue-se, como o faz ANDRADE, Manuel da Costa (*Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 507-508), que “o *acordo* esclarecido e livre, longe de representar uma afronta ou sacrifício do bem jurídico protegido, mediatiza, pelo contrário, a sua plena realização”.

Outrossim, é de se ter presente que, por ter sido a matéria solucionada em razão da comunhão de vontades dos envolvidos, eventual decisão posterior proferida pelo juízo penal, que repercutiria, não fosse o acordo celebrado, na esfera cível, não surtirá efeitos. Assim, na hipótese de a sentença penal reconhecer que o fato não existiu (art. 386, I, do CPP), não desaparece a obrigação do réu em honrar o compromisso assumido, podendo em caso de inadimplemento ser, perante o juízo cível, postulada a execução forçada do título formado.

7.8 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Não há discussão quanto ao não cabimento de condenação da parte sucumbente na ação penal ao pagamento de honorários advocatícios. O CPP, ao disciplinar os requisitos da sentença (art. 381 do CPP), seja condenatória (art. 387 do CPP), seja absolutória (art. 386 do CPP), não faz referência à referida verba.

A única passagem em que o diploma legal em comento trata da verba aludida está contida no art. 263, par. único, do CPP. A regra é a de que, caso o acusado não constitua defensor, o juiz lhe nomeará um; e não sendo o réu pobre, será obrigado a pagar os honorários, que serão fixados pelo magistrado⁴⁹⁶. Tais honorários não são de sucumbência⁴⁹⁷.

Diferente é a disciplina traçada pelo CPC, na medida em que o art. 85, *caput*, é expresso no sentido de que a decisão final de primeiro grau condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

O dispositivo citado tem de ser aplicado à ação cível em trâmite no processo penal. Não há qualquer incompatibilidade com o procedimento a ser seguido na justiça criminal, não fazendo sentido que o só fato de a demanda tramitar em outro juízo redunde na exclusão da verba.

Em outros ordenamentos, como o argentino, por exemplo, é possível encontrar expressa previsão a respeito do cabimento da condenação do vencido ao pagamento de

⁴⁹⁶ ROSA, Inocêncio Borges da (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 388) observa que “os honorários deverão ser arbitrados, tendo o Juiz em vista os recursos materiais ou financeiros de que dispuser o acusado”.

⁴⁹⁷ Independentemente de o acusado ser absolvido ou condenado, os honorários serão devidos.

honorários ao advogado da parte que se consagrou vencedora⁴⁹⁸. No Brasil, mesmo diante do silêncio do CPP, se faz possível o arbitramento da aludida verba.

A ação cível, ao contrário da criminal, tem sempre expressão econômica (art. 291 do CPC), sendo de rigor a atribuição de valor à causa. Os honorários de sucumbência, por seu turno, serão fixados tomando-se por base o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, em último caso, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º, do CPC).

Portanto, o fato de em todas as hipóteses a ação cível, máxime aquela proposta na justiça criminal, de cunho indenizatório, estar envolvida questão patrimonial, se faz necessária a condenação do vencido ao pagamento de honorários. Em outras palavras, o que torna imprescindível a fixação da verba é a espécie de ação, pouco importando onde ela tramita.

Quando o legislador, no campo cível, pretendeu excluir a incidência de honorários, o fez expressamente. Exemplo disso é o art. 55, *caput*, da Lei 9.099/95, que dispõe que, no âmbito do Juizado Especial Cível, a sentença não condenará o vencido em custas e honorários.

A exclusão da verba, entretanto, não é completa, dispondo a mesma norma que, na hipótese de constatada a litigância de má-fé, terá o juiz que arbitrará-la. Outrossim, em segundo grau, o recorrente vencido será condenado a suportar os honorários que serão conferidos ao advogado do vencedor.

Não poderia, aliás, a lei dispor de maneira diversa. Sendo o advogado indispensável à justiça (art. 133 da CF) e tendo direito aos honorários de sucumbência (art. 22, *caput*, da

⁴⁹⁸ O art. 534 do CPPN estabelece que “Los honorarios de los abogados y procuradores se determinarán de conformidad a la ley de arancel. En su defecto, se tendrá en cuenta el valor o importancia del proceso, las cuestiones de derecho planteadas, la asistencia a audiencias y, en general, todos los trabajos efectuados a favor del cliente y el resultado obtenido”. CASAS, Margarita D. (La sentencia del juez penal que resuelve sobre la acción civil. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 426), ao abordar a questão, referindo-se ao ordenamento vigente na Província de Córdoba, afirma que “la ley nº 8226, por un lado, establece para los primeros [abogados] la base económica que comprende el monto de la sentencia o el del valor del crédito e sus intereses, según el caso (art. 29, incs. 1º y 2º) para cada uno de los letrados de las partes y luego fija un porcentaje que oscila entre mínimo y un máximo de aquélla, que nunca podrá ser superior al 30% de dicha base (art. 34); a su vez, para los supuestos en que no haya base económica, el juez estimará en forma prudencial (art. 86, 2º párrafo)”.

Lei 8.906/94), estranho seria que, na maior parte dos casos, houvesse vedação ao arbitramento.

Ademais, não se pode perder de vista que a verba em comento serve para remunerar o defensor pelo trabalho prestado a favor daquele que teve de contratá-lo em razão da relutância do vencido em espontaneamente, ou seja, fora do âmbito judicial, arcar com a obrigação de pagar.

Trata-se, portanto, de aplicação do princípio da causalidade, segundo o qual quem deu causa ao processo tem a obrigação de suportar os custos gerados em decorrência do seu comportamento⁴⁹⁹.

Demonstrado, então, o cabimento dos honorários de sucumbência na ação cível em trâmite no processo penal, importa dizer que, tal como estabelece o art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC, para que se apure o percentual devido, que, via de regra, incidirá sobre o valor da condenação (na hipótese de procedência) ou do valor da causa (no caso de improcedência), o juiz levará em conta o grau de zelo do defensor, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado e o tempo despendido.

Além disso, é de se ter presente que, nos termos do art. 85, § 9º, do CPC, na ação de indenização por ato ilícito contra a pessoa, os honorários incidirão sobre a soma das prestações vencidas, acrescida de doze prestações vincendas. Ou seja, na hipótese de ser devida, por exemplo, a prestação alimentar, o que se dará, entre outros, no caso de homicídio, os honorários serão calculados na forma mencionada.

Também é aplicável à ação cível acessória a regra contida no art. 85, § 11, do CPC, o qual estabelece que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários anteriormente fixados (ex. em sentença), adotando como critério o trabalho do defensor no segundo grau, devendo, porém, observar o limite de vinte por cento.

⁴⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe (*Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Manegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3, p. 207) anota que “o fundamento dessa condenação é o fato *objetivo* da derrota; e a justificação desse instituto está em que a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor se efetiva; por ser interesse do Estado que o emprego do processo não se resolva em prejuízo de quem tem razão, e por ser, de outro turno, interesse do comércio jurídico que os direitos tenham um valor tanto quanto possível nítido e constante”.

Havendo sucumbência recíproca, cada parte será, de forma proporcional, condenada a arcar com os honorários devidos ao patrono da outra (art. 86, *caput*, do CPC), sendo vedada a compensação (art. 85, § 14, do CPC). Apenas na hipótese de sucumbência mínima será possível atribuir ao que foi vencido de maneira expressiva a obrigação de arcar com a totalidade dos honorários (art. 86, par. único, do CPC).

A respeito do tema é ainda importante deixar consignado que, havendo pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, o não acolhimento integral do valor pretendido não configura sucumbência recíproca (Súmula 326 do STJ).

Por fim, vale anotar que, havendo desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido, os honorários serão suportados por aquele que desistiu, renunciou ou reconheceu (art. 90, *caput*, do CPC).

8 RECURSOS

A matéria cível que pode ser tratada no processo penal não será necessariamente objeto de única decisão. Em outros termos, nem sempre somente na sentença, ao condenar ou absolver o réu, o magistrado decidirá a respeito de tema relacionado à pretensão reparatória. Portanto, não basta analisar qual o recurso cabível contra a decisão final a ser proferida pelo juiz de primeiro grau.

A propósito, não se pode perder de vista que contra uma decisão, seja ela final ou interlocutória, mais de um recurso pode ser cabível. De fato, ainda que, por exemplo, a decisão seja apelável, estará sujeita aos embargos de declaração.

Por ser este o recurso que parece trazer menores discussões quanto ao seu cabimento, é possível que a análise da matéria, ou seja, dos meios de impugnação das decisões judiciais, comece por ele. Na sequência, serão analisados os outros recursos cabíveis.

Antes, porém, é importante anotar que, mesmo na hipótese de o recurso atacar apenas matéria cível, a Câmara ou Turma com competência criminal será o órgão com atribuição para apreciar a insurgência. O processo, em primeiro grau, tramita perante a Vara criminal; por conseguinte, o recurso é direcionado a quem, na instância superior, tem por função apreciar os recursos interpostos contra as decisões proferidas por aquele juízo⁵⁰⁰. Fosse diferente, caso o recurso atacasse as duas matérias (criminal e cível), necessário seria cindir a irresignação, encaminhando parte para uma Câmara (criminal) e parte para outra (cível), o que não soa razoável.

8.1 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O juiz, após o encerramento da instrução, proferirá sentença. Tendo sido deduzido pedido condenatório cível, terá também de julgá-lo. Havendo, porém, algum vício na decisão, deixando o magistrado, por exemplo, de tratar de referida questão, poderá qualquer dos interessados opor embargos de declaração (art. 382 do CPP).

⁵⁰⁰ Veja-se que, havendo recurso contra a decisão que aprecia pedido de restituição, não há discussão quanto ao fato de Câmara criminal ser a competente para analisar a matéria. Já foi visto que a restituição é a forma mais elementar de reparar o dano. Por conseguinte, também quando é julgado pedido indenizatório, competente para apreciar o recurso será o citado órgão.

Embora o dispositivo legal por último mencionado integre o Título XII (Da Sentença) do CPP, não parece haver dúvida que se trata de recurso⁵⁰¹. De todo modo, melhor seria que o legislador tivesse disposto o assunto de forma uniforme e em capítulo referente aos recursos. Veja-se que, quando a decisão objeto de impugnação é acórdão, os embargos cabíveis são aqueles previstos no art. 619 do CPP⁵⁰².

Constatada a presença de qualquer dos vícios elencados nos dispositivos mencionados, isto é, havendo obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão, poderá o interessado recorrer postulando seja sanada a decisão. Adotada interpretação restritiva, somente estariam sujeitas a embargos a sentença e os acórdãos.

Prevalece, entretanto, o entendimento de que também as decisões interlocutórias podem ser embargadas⁵⁰³. Aliás, seguindo a corrente dominante, o CPC/15 teve o mérito de estabelecer expressamente que o aludido recurso é oponível contra qualquer decisão judicial.

Tratando-se de matéria cível, excetuadas as hipóteses em que o Ministério Público figura como autor da demanda reparatória (ex. interesse coletivo) e nos casos em que atua como fiscal da ordem jurídica (art. 178 do CPC), não terá legitimidade para opor embargos de declaração, restritos que ficam apenas ao autor da ação extrapenal e ao réu, pois estes são os legitimados a interpor outros recursos (ex. apelação)⁵⁰⁴.

O prazo para a oposição será de dois dias, a teor do que estabelecem os arts. 382 e 619 do CPP. Havendo previsão do referido recurso no diploma processual penal, não

⁵⁰¹ Prevalece na doutrina o entendimento de que se trata de recurso. Neste sentido, se manifestam GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance (*Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 227). Não divergente é a opinião de ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo (*Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 147). Há, porém, quem se manifeste em sentido contrário, como ACOSTA, Walter P. (*O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1979, p. 367), que afirma ser “medida destinada a corrigir senões”.

⁵⁰² Algo semelhante ocorria no CPC/73. E por tal razão, BERMUDEZ, Sergio (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 7, p. 208) disse: “pena que não se possam opor embargos de declaração para que o legislador declare qual a natureza dos embargos, neste Código...”.

⁵⁰³ FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 953.

⁵⁰⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance (*Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 233) dizem que “os embargos declaratórios podem ser interpostos por qualquer pessoa legitimada aos recursos. Assim, nada obsta que o assistente de acusação os interponha, quando legitimado a recorrer”.

parece razoável pretender que se aplique o prazo previsto no art. 1.023 do CPC, mesmo que a matéria objeto dos embargos seja exclusivamente cível.

Perceba-se que, caso se entendesse de forma diversa, na hipótese de a decisão conter vícios na parte criminal e na cível, o lapso temporal para recorrer seria mais reduzido, uma vez que o principal (criminal) prevalece sobre o acessório (cível). E sendo embargável em dois dias a matéria criminal, não se cogitaria de conferir, com base no acessório, prazo mais dilatado.

Em razão do silêncio do CPP, há divergência doutrinária quanto à suspensão⁵⁰⁵ ou interrupção do prazo para interposição de outro recurso (ex. apelação). Prevalece, entretanto, o segundo entendimento⁵⁰⁶, que adota por analogia a regra contida no art. 1.026 do CPC. Não teria como ser diferente, ainda mais no tocante à matéria cível. Vale pontuar que, por ser possível no processo penal ser também tratado referido tema, mais um argumento se vislumbra para defender que a oposição dos embargos interrompe o prazo recursal.

O CPP não prevê a possibilidade de oposição de embargos para correção de erro material. Sempre se entendeu que o juiz, de ofício, poderia corrigi-lo, e a reforçar tal possibilidade há o art. 83, § 3º, da Lei 9.099/95⁵⁰⁷. Atualmente, porém, o art. 1.022, III, do CPC é expresso no sentido de que o mencionado recurso cumpre a citada finalidade. Logo, e ainda mais na questão cível, é indubitável que poderá a parte se valer dos embargos visando à correção.

De ordinário, os embargos não farão com que se abra o contraditório⁵⁰⁸. Entretanto, vislumbrando a possibilidade de conferir efeitos infringentes ao recurso, deverá o juiz intimar a parte contrária para, querendo, se manifestar (art. 1.023, § 2º, do CPC). É de bom

⁵⁰⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf (*Curso de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 432) sustentam que “a regra expressa da Lei dos Juizados Criminais deve ser utilizada doravante como parâmetro para a interpretação analógica que se faz a respeito do tema no Código de Processo Penal. Em outras palavras, os embargos no CPP, a partir de outubro de 1995, suspenderão o prazo para os demais recursos (art. 3º CPP c.c. 82, § 2º, da Lei 9.099/95)”.

⁵⁰⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 831-832. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 720.

⁵⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 857.

⁵⁰⁸ ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo (*Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 148) afirma que “trata-se de um recurso *inaudita altera parte*, já que não se ouve a parte contrária e nem a Procuradoria de Justiça”.

tom também que, havendo intervenção do MP quanto à matéria cível, permita que o órgão mencionado apresente as suas ponderações.

8.2 APELAÇÃO

É inquestionável que, acolhido ou desacolhido, por sentença o pedido reparatório, tenha o interessado (isto é, aquele que sucumbiu) o direito de recorrer, o que fará por apelação. É bem verdade que, nos expressos termos do art. 593, I, do CPP, o aludido recurso terá cabimento quando houver condenação ou absolvição, o que passa a ideia de que somente é manejável no tocante à matéria criminal.

Não deve, porém, ser dada interpretação restritiva ao dispositivo, ainda que se considere que a CF não garante o duplo grau de jurisdição⁵⁰⁹. Tanto o CPP como o CPC preveem tal espécie de recurso, e de acordo com os dois diplomas o seu cabimento é justamente contra a sentença.

Não teria sentido, diante da garantia em nível de legislação ordinária, impedir que a parte recorresse ao tribunal buscando a reforma da decisão referente ao tema aqui tratado e que não lhe favoreceu⁵¹⁰. A corroborar, anote-se que, embora haja debate doutrinário a respeito de qual a espécie cabível, não se discute que, decidido o pedido de restituição, possa aquele que sucumbiu postular a reforma do julgado perante a instância superior⁵¹¹.

Conforme já salientado diversas vezes ao longo deste trabalho, a restituição nada mais é do que a forma mais elementar de reparação do dano. Logo, se a manifestação judicial a respeito de tal tema é suscetível de ser impugnada mediante o manejo de recurso,

⁵⁰⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza (*Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 159) afirma que “o duplo grau de jurisdição não é garantido no direito brasileiro a nível constitucional, estando somente regulado a nível ordinário”.

⁵¹⁰ Ao abordar o sistema italiano, LAVARINI, Barbara (*Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 130-131) afirma que “l’attuale codice, col riconoscere alla parte civile la facoltà di proporre tanto appello quanto ricorso per cassazione non solo contro le statuizioni civili delle sentenze di condanna o di proscioglimento, ma pure – ai solo effetti della responsabilità civile – contro le statuizioni penali di queste ultime sentenze (art. 576 c.p.p.), ha eliminato una delle più significative disparità che il raffronto tra le discipline processuale-penale e processuale-civile delle impugnazioni evidenziava in passato, quando, a fronte di una pressoché indiscriminata appellabilità ad opera del danneggiato-attore delle sentenze del giudice civile che lo vedessero soccombente, l’art. 195 c.p.p. 1930 in origine negava alla parte civilequalsiasi impugnazione avverso le sentenze di proscioglimento, mentre dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 1970 legittimava tale parte a proporre contro queste sentenze limitatamente agli effetti civili, il solo ricorso per cassazione”.

⁵¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de (*Curso de processo penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 306) entende que o recurso cabível é apelação.

descabido seria impedir a mesma providência quando se estivesse diante da decisão que trata de indenização, ou seja, de matéria similar.

Outrossim, cabe salientar que no âmbito do processo penal, quando não houver previsão de cabimento de recurso específico, a apelação será a espécie cabível, tratando-se de uma forma genérica de impugnação de decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição⁵¹².

Dito isso, é de se anotar que, independentemente de a apelação se referir a todo o conteúdo da sentença ou somente à parte que dispõe sobre a responsabilidade civil, se aplicará, de ordinário, o regramento contido no CPP⁵¹³. Por conseguinte, o prazo para recorrer será de cinco dias (art. 593, *caput*, do CPP), dispondo a parte de mais oito para apresentar as razões (art. 600, *caput*, do CPP).

Portanto, diferentemente do que ocorre pelo regramento dado pelo CPC, o qual estabelece o lapso temporal de quinze dias para recorrer e apresentar razões, a parte no processo penal disporá de prazos distintos para cumprir cada uma das aludidas medidas. Além disso, ainda que a apelação se restrinja ao âmbito cível, não parece possível impedir que o interessado se valha da faculdade conferida pelo art. 600, § 4º, do CPP, ou seja, estará autorizado a arrazoar perante a instância superior.

Uma das inovações trazidas pelo CPC/15, no tocante aos recursos, diz respeito ao juízo de admissibilidade, que agora não mais é feito pelo magistrado de primeiro grau. Realmente, nos termos do art. 1.010, § 3º, do referido diploma, o juiz remete os autos ao tribunal independentemente da análise prévia do cabimento da apelação.

Tal sistemática não se aplica no âmbito do processo penal, ainda que nenhuma das partes recorra da matéria criminal. Isso se dá em razão de o CPP não ser omissivo quanto à

⁵¹² ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo (*Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 80) diz que “se não houver uma previsão recursal específica, o apelo adentrará como recurso genérico. A título de exemplo podemos citar as que ordenarem ou não o sequestro, as que autorizarem ou não o levantamento do sequestro, as que acolherem ou não o pedido de especialização e inscrição da hipoteca legal etc.”

⁵¹³ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 2, p. 503-504) afirma que “aunque la apelación de la parte civil no pueda referirse más que a intereses civiles, la ley ha establecido oportunamente, no sólo que la decisión se remita al juez penal, sino que se siga también el *rito penal*, tanto en lo que concierne a la interposición como en lo que respecta a los actos preliminares al debate y al debate mismo”.

matéria, estatuinto no art. 581, XV, a possibilidade de interposição de recurso em sentido estrito contra a decisão que denegar a apelação.

Outra característica da apelação do processo penal é que ela pode ser interposta pela própria parte, por termo nos autos (art. 578, *caput*, do CPP). Não parece haver razão para impedir que o lesado se valha de tal faculdade, devendo ser anotado que a lei não faz qualquer restrição quanto a tal direito em relação ao réu. Vale dizer, está ele autorizado a recorrer por termo, seja da matéria criminal, seja da cível.

No entanto, diferentemente do que ocorre em relação ao tema penal⁵¹⁴, a ausência das razões da apelação cível obsta que o tribunal aprecie o recurso. No âmbito criminal, entende-se que o direito do apelante é de obter nova análise e pronunciamento sobre tudo aquilo que foi produzido⁵¹⁵. Está em jogo, ademais, matéria de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício pelo julgador.

Diversa é a situação vivenciada em sede civil, em que, via de regra, toda a matéria a ser analisada é disponível⁵¹⁶. O tribunal, por conseguinte, limitar-se-á a analisar o que foi impugnado, podendo a parte se insurgir contra tudo aquilo que lhe foi contrário ou preferir recorrer apenas de forma parcial (art. 1.002 do CPC)⁵¹⁷.

Discussão que se coloca é se, em relação a questões preliminares, estaria o tribunal autorizado a se pronunciar independentemente de provocação da parte. A pergunta se justifica porque as matérias processuais, a exemplo das condições da ação, são de ordem pública, e, portanto, passíveis de ser conhecidas de ofício.

Parcela da doutrina se manifesta no sentido de que a segunda instância não só pode como deve apreciá-las, o que fará mesmo que não haja provocação, correspondendo ao

⁵¹⁴ GRECO FILHO, Vicente (*Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 328) afirma que “se a parte apenas apela, sem indicar especificamente a limitação de seu objeto, presume-se que a apelação seja plena”.

⁵¹⁵ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 2, p. 372.

⁵¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 2067) sustentam que “o efeito devolutivo da apelação é manifestação direta do *princípio dispositivo*. O apelante é quem fixa os limites do recurso, em suas razões e no pedido de nova decisão”.

⁵¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5, p. 355) anota que “o objeto da cognição no grau superior é delimitado pelo âmbito do recurso, embora não tenha o órgão *ad quem*, necessariamente, de cingir-se à análise dos fundamentos invocados pelo recorrente, ou às questões suscitadas por ele e pelo recorrido: isso depende da disciplina legal adotada em cada caso e variável de um para outro recurso”.

chamado efeito translativo⁵¹⁸. Parece, porém, que essa ampla e irrestrita possibilidade de análise afronta o princípio devolutivo, que coexiste com aquele já mencionado. Por conseguinte, é de se entender que o conhecimento e a análise das questões preliminares precisam ser restritos à parte impugnada⁵¹⁹.

Ainda sobre a extensão do recurso, é importante deixar consignado que, nos termos do art. 1.005, *caput*, do CPC, na hipótese de litisconsórcio, o apelo de um aproveita a todos, exceto se distintos ou opostos os interesses. Por sua vez, o parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que, havendo solidariedade passiva, o recurso de um devedor beneficia os outros quando as defesas opostas ao credor lhe forem comuns.

A responsabilidade pelo ressarcimento decorrente da prática de crime é, conforme anotado anteriormente⁵²⁰, solidária. Assim, negando o réu que apela civilmente a ocorrência do fato, o acolhimento de seu pedido beneficiará os outros demandados. Entretanto, nos termos da norma citada, caso a defesa seja diversa (ex. o réu apelante imputa ao corréu a autoria única do crime), o provimento do recurso não redundará em benefício ao outro demandado.

É de se ter presente, porém, que em uma situação como a mencionada, caso o corréu recorra apenas da matéria criminal, pode o tribunal (por conta de o efeito devolutivo em tal seara ser amplo⁵²¹) concluir que o fato não ocorreu. Nessa hipótese, ainda que não obedecida a regra citada (e constante do CPC), todos os demandados serão beneficiados.

⁵¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5, p. 114-115) diz que “todas as questões passíveis de conhecimento de ofício, isto é, sem provocação de qualquer das partes (ou dos eventuais intervenientes, inclusive o Ministério Público naqueles casos em que deve atuar na qualidade de *custos legis*), ao longo do procedimento podem e devem ser apreciadas igualmente de ofício no segmento recursal”.

⁵¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5, p. 355) segue essa corrente aduzindo que “quaisquer questões preliminares, embora *comuns* à parte impugnada e à parte não-impugnada da decisão, só com referência àquela podem ser apreciadas pelo tribunal do recurso”.

⁵²⁰ Vide item 4.2.1.

⁵²¹ No âmbito do processo penal, prevalece o entendimento de que é no termo ou na petição de interposição que pode a parte limitar o seu inconformismo (RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 960). Caso o recorrente simplesmente apele, ou seja, “se não delimitar a matéria impugnada em sua petição de interposição, prevalece o entendimento no sentido de que se devolve ao juízo *ad quem* o conhecimento integral da matéria que gerou a sucumbência, sendo vedado à parte querer reduzi-la por ocasião da apresentação de suas razões recursais” (LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 1736). Sendo assim, e tendo-se em vista que “a apelação, como todo recurso, devolve ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e da que pode ser conhecida de ofício” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio

Com isso, é possível perceber que a apelação criminal tem o condão de surtir efeitos no campo civil, tratando-se de uma necessidade de se garantir coerência entre as duas espécies de provimento. Logo, se o réu foi condenado a cumprir pena e a ressarcir o prejuízo ocasionado, caso recorra apenas criminalmente, pode o tribunal acolher a sua irresignação, e concluir não ter sido ele o autor da conduta descrita nas iniciais (criminal e cível). Conseqüentemente, absolverá o apelante e afastará a indenização.

É possível que somente um corrêu apele, e o tribunal entenda, por exemplo, que o fato não existiu. A decisão beneficiará os demais acusados, e isso se dará em todos os campos, ou seja, restarão afastadas a responsabilidade criminal e a cível⁵²². O art. 580 do CPP, que disciplina o efeito extensivo do recurso, tem, portanto, o condão de alcançar também a matéria extrapenal⁵²³.

Diversa parece ser a solução a ser dada se somente a acusação recorre. Absolvido que seja o réu, pode o titular da ação penal apelar. Assim agindo, e dado provimento à irresignação, não se cogitará de o tribunal julgar procedente o pedido ressarcitório, ainda que o juiz de primeiro grau tenha concluído que o fato não existiu.

Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 154), conclui-se que ela é mais ampla do que a apelação cível, a qual tem sua abrangência delimitada pelo pedido, que deve ser certo e determinado. Aliás, “por isso, o art. 1.013 afirma que a apelação devolverá ao tribunal a ‘matéria impugnada’, o que quer dizer que, em seu julgamento, o acórdão deverá se limitar a acolher ou rejeitar o que lhe for requerido pelo apelante (por exemplo: se se requereu a reforma parcial, não poderá haver a reforma total; se pediu a improcedência da demanda, não se poderá decretar a prescrição, contra a vontade do apelante; se pediu apenas a prescrição, não caberá a improcedência da causa; se se pediu para excluir juro, não se poderá cancelar correção monetária ou multa, e assim por diante)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3, p. 1017-1018).

⁵²² O art. 402, 2, do CPP português estabelece que “salvo se for fundado em motivos estritamente pessoais, o recurso interposto: [...] c) pelo responsável civil, aproveita ao arguido, mesmo para efeitos penais”.

⁵²³ MANZINI, Vincenzo (*Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJE, 1951. v. 5, p. 19-20), ao abordar o modelo italiano, sustenta que “la extensión de la declaración (y, por consiguiente, dicha facultad de presentar motivos propios) está sometida a la condición de que el imputado deduzca motivos extensibles a los otros dos sujetos, de manera que si los motivos propuestos por el imputado son diversos de los indicados en el art. 203, segundo parágrafo, la declaración queda sin efecto en cuanto al responsable civil y al civilmente obligado por la enmienda. La letra de la ley no consiente dudas al respecto, toda vez que limita claramente la extensión a la hipótesis de que ‘con tal declaración y con tales motivos se impugne, etc.’. Esto significa que, bien se hayan presentado los motivos con la declaración, bien se los haya presentado posteriormente, la impugnación, considerada en conjunto, debe sostener que el hecho no existe o que el imputado no lo ha cometido (ni participado en él), o que el hecho no constituye delito, o que el delito se ha extinguido, o que no se podía inicial o proseguir la acción penal. Como se ve, son todos ellos motivos no exclusivamente personales del imputado, y que, si se los reconoce fundados, eliminan en todo caso la obligación civil por la enmienda (pena económica), y si no siempre desconocen la responsabilidad aquiliana, quitan, sin embargo, la posibilidad de hacer valer la relativa pretensión ante el juez penal”.

O acórdão subsistirá à sentença, e por conta disso, a partir do momento em que o tribunal concluir pela ocorrência da infração, não se verificará a incongruência entre as instâncias, no tocante às matérias. Na verdade, deixando o autor da ação reparatoria de recorrer da decisão monocrática, concluir-se-á que simplesmente concordou em nada receber.

Não poderia o juízo *ad quem*, independentemente de manifestação de vontade pela parte interessada, condenar o réu ao pagamento de determinada quantia a título de reparação de danos, conduta que violaria a natureza jurídica dispositiva da matéria.

Passando, agora, à análise de outro efeito, é de se ter presente que a apelação contra sentença absolutória não logra suspender a sua eficácia (art. 596, *caput*, do CPP). Consequentemente, se o réu está preso, deve ser imediatamente colocado em liberdade.

Se o pedido cível é também julgado improcedente, nenhuma dúvida surge. Ainda que tenha sido deferida a antecipação de tutela, nada mais poderá ser executado, pois o não acolhimento do pedido em sentença acarreta a perda dos efeitos da decisão anteriormente mencionada.

É possível, porém, que apesar da improcedência do pedido deduzido pelo autor da ação penal, seja acolhida a pretensão reparatoria (ex. o fato imputado não constitui crime, mas configura ilícito civil). Em isso ocorrendo, é necessário verificar se a apelação produz o efeito de suspender a eficácia da sentença, na parte cível.

De regra, a apelação cível terá efeito suspensivo (art. 1.012, *caput*, do CPC). As exceções, por sua vez, constam do rol do parágrafo primeiro do aludido dispositivo. Cabe aqui dar destaque a duas hipóteses, a saber: a sentença que condena a pagar alimentos e a que confirma ou concede a tutela provisória.

É certo que, no processo penal, pode o réu ser condenado a arcar com a citada verba (alimentar). O art. 948, II, do CC é expresso no sentido de que, em caso de homicídio, uma das obrigações é a de pagar alimentos às pessoas a quem o morto os devia. Logo, proposta a ação reparatoria, por exemplo, pelo filho menor do falecido, poderá o acusado ser condenado a suportar o referido pagamento, caso em que não teria sentido impedir que o beneficiário postulasse o cumprimento provisório, até porque o faz por sua conta e risco, devendo reparar os danos sofridos pelo executado se ocorrer reforma da decisão

impugnada (art. 520, I, do CPC). Outrossim, é de se ter presente que, se uma das razões de admitir a cumulação de ações no mesmo processo é justamente garantir a celeridade, entendimento contrário violaria tal objetivo.

A permissão para que o lesado execute a sentença ainda quando pendente o julgamento da apelação não fere qualquer dos princípios regentes do processo penal e não viola dispositivo constante do CPP⁵²⁴. Não cabe alegar que o cumprimento provisório da parte cível da sentença desrespeita o ideal de presunção de inocência⁵²⁵.

Interposta a apelação, não seria ela recebida integralmente no efeito meramente devolutivo. Consequentemente, no aspecto penal, permaneceria o agente em liberdade, condição obtida com o pronunciamento de improcedência por parte do magistrado de primeiro grau.

O recurso, conforme ficou anotado, pode ser total ou parcial; e isso se dá em razão de a decisão ser composta de partes ou capítulos. Portanto, naquilo que se verificar ser hipótese de exceção, como são os casos dos alimentos e da tutela provisória, o recurso será recebido sem o efeito suspensivo⁵²⁶.

Na hipótese de o pedido constante da ação penal ser acolhido, a apelação do réu suspenderá a eficácia da decisão nesta seara (art. 597 do CPP). Quanto ao julgamento cível, aplicar-se-á o que já foi dito. A depender do conteúdo da sentença é que se saberá se é ou não o caso de suspensão.

Ainda que se verifique a presença de uma das exceções previstas no art. 1.012, § 1º, do CPC, poderá ser conferido o efeito suspensivo. O parágrafo quarto do mencionado dispositivo estabelece que a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante evidenciar que é provável que seu recurso seja provido, e também na hipótese em

⁵²⁴ LAVARINI, Barbara (*Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 2009, p. 121), ao abordar o modelo italiano, diz que “la condanna integrale alle restituzioni e al risarcimento del danno può essere dichiarata provvisoriamente esecutiva dal giudice, a richiesta della parte civile, quando ricorrono <giustificati motivi> (art. 540 comma 1 c.p.p.), per lo più esemplificati nello stato di bisogno del danneggiato o nel c.d. <pericolo nel ritardo>, cioè nel rischio che il credito risarcitorio, se non azionato immediatamente, possa risultare di difficile esazione”.

⁵²⁵ Pontue-se que o art. 83 do CPP português é expresso no sentido de que “A requerimento do lesado, o tribunal pode declarar a condenação em indemnização civil, no todo ou em parte, provisoriamente executiva, nomeadamente sob a forma de pensão”.

⁵²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5, p. 475.

que, demonstrando a relevância da fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

O CPP não disciplina o recurso adesivo, ao contrário do que estabelece o CPC. Este último estatui (art. 997, § 1º) que, sendo vencidos autor e réu, poderá um aderir ao recurso de outro. Referida espécie de impugnação tem por finalidade impedir o prolongamento do processo, ou seja, trata-se de ferramenta que busca alcançar a economia processual, tanto que, havendo desistência do principal, não se conhecerá do adesivo (art. 997, § 2º, III, do CPC)⁵²⁷.

No processo penal, onde está em jogo o direito de liberdade, não devem existir mecanismos inibitórios do recurso ordinário por excelência, isto é, a apelação. É natural que, condenado, o indivíduo pretenda ver seu caso reanalisado pela superior instância. Nada impede, porém, que em referido processo, havendo ação cível, admita-se o recurso adesivo.

Na legislação estrangeira é possível encontrar previsão expressa autorizando tal espécie de impugnação, limitada ao âmbito cível⁵²⁸. Mesmo no silêncio do CPP, não se deve ter por inaplicável o instituto, pois a sua incidência não contraria nenhum de seus preceitos. Pelo contrário, o seu emprego acarreta maior celeridade processual, e isso é um dos objetivos da aceitação da propositura de ação cível no processo penal⁵²⁹.

⁵²⁷ SILVA, José Afonso da (*Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 1973. p. 177. Tese (Professor titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1973), ao cuidar do “fundamento político do recurso adesivo”, sustenta que a “sua inserção no sistema dos recursos provoca um efeito psicológico diametralmente oposto ao que acontece em sua falta. Neste caso, havendo sucumbência recíproca, todos recorrem, mesmo quando se disponham a aceitar o julgado, movidos pelo medo de recurso do adversário e pioramento de sua situação no provimento deste, uma vez que impossibilitado de recorrer depois. Inverte-se a situação na presença do recurso adesivo. Esse temor desaparece. Aquele que deseja recorrer é que vai pensar duas vezes antes de abrir a via recursal, com recurso principal, dando margem ao outro de após o prazo aderir possibilitando julgamento contra o interesse daquele”.

⁵²⁸ O art. 404, 1, do CPP português dispõe que “Em caso de recurso interposto por uma das partes civis, a parte contrária pode interpor recurso subordinado”.

⁵²⁹ GONÇALVES, Manuel Lopes Maia (*Código de Processo Penal anotado e comentado – Legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 796) diz que “o CPP de 1929 era omissivo quanto à possibilidade de interposição de recurso subordinado. Este recurso era admitido, por aplicação supletiva das normas do CPC sobre recurso subordinado, não se notando divergências de relevo, quer na doutrina quer na jurisprudência”.

Tal como sucede no processo em trâmite perante a justiça cível, o recurso adesivo fica subordinado ao principal. Não sendo este conhecido, o que pode decorrer da desistência manifestada pelo apelante, não será o outro analisado⁵³⁰.

Por fim, então, cabe salientar que a apelação cível é suscetível de desistência. Por tal ato, o recorrente demonstra interesse em não mais ver modificada a sentença. Ou seja, após se insurgir contra o que foi decidido, passa a concordar. A desistência pode ser total ou parcial e independe da concordância da parte contrária (art. 998, *caput*, do CPC).

Em casos excepcionais, a desistência pode depender de autorização da autoridade competente. É o que ocorre quando a parte recorrente é a Fazenda Pública, hipótese em que é necessária a autorização do Chefe do Poder Executivo⁵³¹. Não parece, porém, esteja o julgador impedido de homologar mesmo sem a demonstração da concordância do superior hierárquico daquele que desiste. A discussão sobre haver permissão ou não deve ser feita no âmbito interno, da administração pública, respondendo pelos danos quem desistiu sem dispor de poderes para tanto.

O Ministério Público, diferentemente do que ocorre no âmbito estritamente criminal, onde há disposição expressa vedando a prática (art. 576 do CPP), está autorizado a desistir do recurso que trata de matéria cível. No CPC não há dispositivo semelhante ao mencionado, tampouco previsão que leve ao entendimento de que tal comportamento é proibido⁵³².

8.3 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

É princípio aplicável ao processo penal a irrecorribilidade das decisões interlocutórias⁵³³. Somente em casos excepcionais se permite a interposição de recurso

⁵³⁰ NORONHA, Carlos Silveira (*Do recurso adesivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 114) afirma que “a causa do apelo adesivo reside no recurso principal e deste retira vitalidade e força processual para prosseguir sua caminhada ao longo da via recursal. Porém, a impugnação dependente perde seu dinamismo, seu impulso, seu vigor no momento em que a apelação principal tem sua marcha trancada, quer por vontade do apelante autônomo, como a desistência e a deserção; quer por circunstâncias alheias à vontade daquele, como a inadmissibilidade do recurso”.

⁵³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5, p. 333.

⁵³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5, p. 333.

⁵³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 816.

contra ato judicial diverso da sentença. Por tal razão, ao disciplinar o recurso em sentido estrito, o legislador apresentou um rol das hipóteses em que ele é cabível.

Cabe aqui verificar se no elenco legal há hipóteses aplicáveis ao tema debatido – indenização no processo penal. Ou seja, é oportuno analisar em quais situações o recurso em sentido estrito pode ser interposto para que se leve a discussão cível ao segundo grau de jurisdição.

No art. 581 do CPP não há qualquer previsão específica de cabimento de recurso em sentido estrito para que a parte submeta a superior instância a discussão a respeito da matéria cível apreciável no processo penal. Deve, no entanto, ser anotado que não se impede a interpretação extensiva das hipóteses legais⁵³⁴.

Em razão de a apelação, mesmo na hipótese de se limitar a abordar a matéria cível, seguir o procedimento previsto no CPP – conforme salientado no item anterior –, caso ela seja denegada ou julgada deserta, terá a parte prejudica a faculdade de interpor recurso em sentido estrito, com o qual visará obter o conhecimento do apelo.

Para tanto, a parte se valerá da previsão constante do inciso XV do art. 581, o qual faz referência à apelação, sem distinguir se a matéria a ser ventilada é criminal ou somente cível⁵³⁵.

Outra situação que parece comportar a interposição do recurso em sentido estrito consiste na rejeição da inicial da ação reparatória. O art. 581, I, do CPP faz alusão à denúncia e à queixa. Tais peças podem ser utilizadas não apenas para dedução da matéria criminal. Quando o legitimado a propor a ação cível é o Ministério Público, o pedido reparatório será feito na denúncia.

⁵³⁴ GRECO FILHO, Vicente (*Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 320), a respeito do tema, diz que “o rol legal, portanto, constante do art. 581 e de leis especiais é taxativo, não comportando ampliação por analogia, porque é exceptivo da regra da irrecorribilidade das interlocutórias. Todavia, como qualquer norma jurídica, podem as hipóteses receber a chamada interpretação extensiva. Esta não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restrita. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determina hipótese é por ela regida, ainda que a sua expressão verbal não seja perfeita”.

⁵³⁵ Veja-se que, se o magistrado recebe indevidamente a apelação, não cabe recurso. Nessa situação, “cabe à parte contrária levantar em preliminar, das contrarrazões, a impossibilidade de conhecimento, mas não se interpõe recurso à parte” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1011).

Se houver rejeição de referida peça processual, poderá a parte recorrer, e postulará não somente a reforma da decisão no tocante ao âmbito criminal como também almejará o recebimento da denúncia no seu aspecto cível. Aliás, havendo rejeição parcial da inicial acusatória, o recurso será o mesmo⁵³⁶. Conseqüentemente, se o juiz rejeitar somente a parte extrapenal, estará a decisão sujeita ao recurso em sentido estrito.

Se é possível ao autor, que cumula na mesma peça as duas ações (criminal e cível), se valer do citado recurso na hipótese de rejeição da inicial, estranho seria impedir que a parte, que tem de utilizar peça própria para propor a demanda extrapenal, recorresse do ato de rejeição⁵³⁷.

Logo, por interpretação extensiva, é de se admitir que o art. 581, I, do CPP autoriza a interposição de recurso sempre que se verificar o não recebimento da inicial, seja ela denúncia, queixa ou inicial cível. Analogia – que não pode ser aplicada ao tema recursal – haveria se se permitisse que o réu recorresse da decisão de recebimento da peça inaugural⁵³⁸.

Tal como ocorre em relação à apelação, o recurso em sentido estrito, mesmo tratando de matéria cível, deverá ser interposto dentro do prazo previsto no CPP, mais especificamente no art. 586, *caput*, que estabelece o lapso de cinco dias. As razões deverão ser apresentadas dentro de dois dias contados da intimação a ser feita (art. 588, *caput*, do CPP)⁵³⁹.

Nos termos do art. 583, II, do CPP, subirá nos próprios autos o recurso em sentido estrito interposto contra a decisão que rejeita a inicial. A determinação legal não pode ser

⁵³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 847.

⁵³⁷ ROSA, Inocêncio Borges da (*Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 706) entende que “a enumeração de casos de recurso dá logo a entender ser ela taxativa e não exemplificativa. Seria, porém, excessivo afirmar que, fora das expressões do texto legal, não pudessem ocorrer outros casos de recurso propriamente dito; porque seria excessivo afirmar que o legislador teve uma visão completa de toda a matéria processual penal e pôde, assim, ter sob os olhos todos os casos semelhantes que pudessem ocorrer na vida prática”.

⁵³⁸ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1031) afirmam que “do recebimento da peça acusatória, ao menos no âmbito do regulamento geral do CPP, não se pode cogitar na interposição de qualquer recurso”.

⁵³⁹ FÁRIA, Bento de (*Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 2, p. 312) anota que “os prazos do recurso são fatais e improrrogáveis, mas não assim o da extração do traslado, que poderá ser prorrogado pelo Juiz, *mesmo além do dobro*, quando for materialmente impossível a respectiva organização dentro do prazo dobrado”.

interpretada de maneira restrita. É de se ter presente que, somente nas hipóteses em que há rejeição completa (da denúncia e da inicial cível), se faz possível o envio dos autos principais ao tribunal.

No caso de rejeição parcial – que abarca a hipótese em que há rejeição total da inicial cível, mas não da denúncia –, será imprescindível a formação do instrumento (ou seja, dos autos do recurso), competindo ao recorrente, quando da interposição, indicar as peças dos autos que pretende sejam trasladadas (art. 587 do CPP).

Na verdade, em todos os casos em que, em razão da rejeição da peça inaugural, ficar impedido o curso do processo em primeiro grau, dispensa-se, por uma questão de lógica, a formação de outro instrumento, ocorrendo a remessa dos autos principais ao juízo *ad quem*.

Independentemente de a matéria ser criminal ou cível, caberá o juízo de retratação (art. 589, *caput*, do CPP). Portanto, após a resposta do recorrido, ou decorrido o prazo para a sua apresentação, o juiz, dentro de dois dias, poderá rever a sua decisão. Caso a mantenha, indicará as suas razões e determinará a remessa dos autos à superior instância.

Na hipótese de reforma, poderá o recorrido, caso a situação esteja prevista como hipótese de cabimento de recurso em sentido estrito, peticionar se insurgindo contra o referido ato judicial. Nesta situação, independentemente de novos arrazoados, o recurso subirá ao tribunal, devendo ser analisado se é necessário novo instrumento (art. 589, par. único, do CPP).

Já foi visto que, em relação à ação cível, somente em duas situações se faz possível o emprego do recurso em sentido estrito. Havendo rejeição da inicial reparatória, o autor poderá se insurgir contra a decisão. Após a manifestação do réu, estará o prolator da decisão autorizado a se retratar. Feito isso, recebida, então, a peça processual aludida, não poderá o demandado se valer da regra contida na norma por último mencionada, pois não cabe recurso da decisão que acolhe a inicial.

Conforme consignado anteriormente, também é possível interpor recurso em sentido estrito contra a decisão que denega a apelação. Em tal situação, havendo reforma da decisão denegatória, subirão os autos à instância superior. Aqui, igualmente, não se fará possível a aplicação da regra contida no art. 589, par. único, do CPP, na medida em que, no

rol do art. 581 do CPP, não há previsão de recurso contra a decisão que recebe aquela outra impugnação (apelação).

O art. 584, *caput*, do CPP prevê os (poucos) casos em que o recurso em sentido estrito terá efeito suspensivo⁵⁴⁰. Por conseguinte, é de se concluir que, via de regra, a interposição do recurso não tem força de impedir que o ato judicial produza efeitos desde logo.

Uma das exceções à regra geral diz respeito à hipótese em que a apelação é denegada (art. 581, XV, do CPP). Não havendo previsão específica quanto à matéria criminal, conclui-se que também no caso de denegação da apelação cível o recurso em sentido estrito será recebido no duplo efeito.

8.4 EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

Tal espécie de recurso⁵⁴¹ está disciplinada no art. 609, par. único, do CPP⁵⁴². Será manejável quando o julgamento da apelação ou do recurso em sentido estrito não for unânime. Havendo, portanto, divergência entre os julgadores, poderá a defesa, e somente ela, postular a reforma do acórdão.

O dispositivo legal mencionado faz expressa referência à figura do réu. Ou seja, o CPP não se vale do termo acusado, tampouco emprega a expressão defesa. Diante disso, já há um argumento para sustentar o cabimento do recurso também quanto ao conteúdo cível da decisão objeto de divergência.

⁵⁴⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1064) aduzem que “o *caput* do artigo 584 estabelece a obrigatoriedade do efeito suspensivo para algumas situações. Contudo, sua aplicabilidade prática restringe-se apenas às situações que tratam da perda de fiança (segunda parte do inciso VII, do art. 581) e da denegação da apelação ou do reconhecimento de sua deserção (inciso XV do art. 581)”.

⁵⁴¹ MOSSIN, Heráclito Antônio (*Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 1998. v. 4, p. 351) é um dos autores que se insurge contra a existência de referido recurso. Em sua opinião, “tais embargos deveriam ser abolidos da legislação processual penal”.

⁵⁴² MARQUES, José Frederico (*Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 4, p. 287) lembra que “o recurso existia ao tempo das *Ordenações Filipinas*, mas não o adotou o Código de Processo Criminal de 1832, o mesmo verificando-se com as leis sucessivas ao tempo do Império. O vigente Código de Processo Penal, igualmente, não o acolheu, até que a Lei nº 1.720-B, de 3 de novembro de 1952, alterando a redação do artigo 609 daquele estatuto processual, acabou por admitir os *embargos infringentes* em matéria criminal”.

Com efeito, proposta a ação cível perante o processo penal, aquele que ocupará o polo passivo receberá a denominação de réu, e não de acusado, denunciado, querelado, ou qualquer outra.

O diploma processual penal, vale também anotar, não restringe quanto à matéria o campo de incidência dos embargos. Estes, por conseguinte, podem se referir tanto ao mérito quanto a questões processuais. Por conta disso, é que se diz que os embargos são infringentes (direito material) e de nulidade (matéria processual)⁵⁴³.

Não há, como decorrência lógica, motivo para impedir o manejo do recurso também em relação ao aspecto cível. Ademais, ainda que o recorrente se limite a apresentar, em suas razões, argumentos que dizem respeito à matéria criminal, poderá o julgado afetar a outra seara (cível).

Se, por exemplo, ao julgar a apelação o tribunal divergir quanto à existência do fato – dois desembargadores votando pela ocorrência do evento delituoso e um pela inexistência – o réu poderá se valer dos embargos infringentes, buscando a absolvição. Dado provimento ao recurso, reconhecida, portanto, a inexistência do fato, restará afastada a responsabilidade civil.

Poder-se-ia argumentar, em desfavor da admissibilidade do citado recurso quanto à matéria cível, que o atual CPC deixou de prever os embargos infringentes, e que ainda na vigência do Diploma de 1973, com as reformas processuais ocorridas, limitou-se a sua aplicação⁵⁴⁴.

Ocorre que, hodiernamente, apesar da extinção do aludido recurso, o legislador continuou a dispor sobre a importância de reanálise de apelação julgada por maioria. O art. 942, *caput*, do CPC estabelece que, quando o resultado da apelação não for unânime, o julgamento terá prosseguimento, e dele participarão outros julgadores, os quais serão convocados em número suficiente para possibilitar a inversão do resultado inicial⁵⁴⁵.

⁵⁴³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 863.

⁵⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel (*A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 197) diz que “três alterações fundamentais trouxe a *Reforma da Reforma* à disciplina dos embargos infringentes, todas elas destinadas a restringir a sua admissibilidade”.

⁵⁴⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (*Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1870) anotam que “a criação de uma sessão especial para o

O prazo para oposição dos embargos infringentes e de nulidade será de dez dias, e diferentemente da apelação e do recurso em sentido estrito não se abrirá vista para que, em outra oportunidade, o recorrente apresente razões. Em outras palavras, competirá ao embargante a interposição acompanhada das razões⁵⁴⁶.

O CPP, ao disciplinar o recurso em comento, não previu a manifestação da parte contrária. Não há, porém, como deixar de assegurar tal direito, o que se faz em obediência ao princípio do contraditório⁵⁴⁷. Logo, opostos os embargos pelo réu, deverá ser analisado o tema da divergência. Caso haja matéria cível, verificar-se-á quem é o autor da demanda, o qual precisará ser intimado para oferta de contrarrazões.

Por fim, pontue-se que, diante da sistemática prevista no CPP, não sendo possível a aplicação analógica para a criação ou ampliação da incidência de recursos, não se mostra viável aceitar que o autor oponha embargos infringentes e de nulidade.

8.5 CARTA TESTEMUNHÁVEL

Outro recurso previsto no CPP (art. 639 a art. 646) é a carta testemunhável⁵⁴⁸. A sua aplicação é limitada, prevendo a lei somente duas hipóteses de incidência, a saber: i) contra a decisão que denega o recurso; ii) contra a decisão que, embora admita o recurso, obste a sua expedição e seguimento ao tribunal.

Conforme é possível perceber, o CPP, mais especificamente no art. 639 do CPP, faz alusão a ‘recurso’, sem qualificá-lo. Entende-se que se está a tratar do recurso em sentido estrito. E isso porque, contra a decisão que denega a apelação, é cabível o recurso em sentido estrito (art. 581, XV, do CPP)⁵⁴⁹. Logo, contra a decisão que denega o referido recurso, se faz possível o manejo da carta testemunhável.

juízo de julgamento da apelação com resultado não unânime é uma inovação do CPC, em substituição aos antigos embargos infringentes do CPC/1973 530”.

⁵⁴⁶ AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 373.

⁵⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 866.

⁵⁴⁸ AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de (*Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 2, p. 341) entende que “a carta testemunhável é o recurso que se destina a ressaltar o direito da parte contra o abuso ou a prepotência que, sem ela, não teria remédio, porque não se poderia devolver o conhecimento do caso concreto ao juízo superior”.

⁵⁴⁹ ESPINOLA FILHO, Eduardo (*Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. v. 6, p. 541) diz que “fixando o Código de processo penal que se dará carta testemunhável,

No que se refere à ação civil em trâmite no processo penal, limitadas já são as hipóteses em que o recurso em sentido estrito pode ser interposto. Consequentemente, raras serão as vezes em que se cogitará do emprego da carta testemunhável.

Entretanto, sua incidência não está excluída totalmente. Denegado, por exemplo, que seja o recurso interposto contra a decisão que rejeita a inicial da demanda reparatoria, o autor poderá se valer da carta testemunhável.

Diferentemente do que ocorre em relação aos outros recursos, a carta será, nos termos do art. 640 do CPP, requerida ao escrivão (ou secretário do tribunal)⁵⁵⁰. O prazo para interposição é de quarenta e oito horas contados da intimação da decisão que denegar o recurso em sentido estrito⁵⁵¹. Após o recebimento, terá o recorrente mais dois dias para apresentar as razões. Idêntico lapso temporal será conferido à parte contrária, para contrarrazões.

8.6 OUTROS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DE DECISÃO

No processo penal, em razão de as decisões interlocutórias serem, de ordinário, insuscetíveis de recurso, vale, se bem de que maneira excepcional, a utilização de

da decisão denegatória de recurso, deve entender-se, tal sucederá, se para a recusa não for cabível outro recurso. Por isso mesmo, não é lícito pretender carta testemunhável, quando o juiz denegar a apelação, eis que aquele Código, no seu art. 581, n. 15, estabelece o cabimento do recurso, em sentido estrito, para tal caso”.

⁵⁵⁰ ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo (*Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 125) afirma que “no nosso entender, salvo a sua ligação com a origem, não há qualquer justificativa do recurso ser apresentado ao escrivão e não interposto ao juiz *a quo*, como ocorre em todos os outros”. A justificação da apresentação do recurso ao escrivão é histórica. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance (*Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 209) observam que, na época do Império, “tratava-se de instrumento útil para obviar aos graves problemas decorrentes de os juízes se ocultarem para não receber os recursos ou de determinarem que aos escrivães que não lhes dessem andamento. O recorrente comparecia ao cartório, acompanhado de duas testemunhas, e relatava o que estava sucedendo ao escrivão, manifestando sua intenção de recorrer. Caso o escrivão admitisse a veracidade dos fatos narrados, fornecendo atestado a respeito, o problema ficava solucionado. Em caso de relutância do escrivão, o recorrente comparecia ao tribunal com as duas testemunhas”.

⁵⁵¹ Apesar de o art. 640 do CPP dispor que o prazo é de 48 horas contados do despacho, prevalece o entendimento de que se deve contar da intimação (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 211. Ainda, LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 1768). Aliás, este último autor defende que compete ao oficial de justiça, quando da intimação, anotar o horário, para que se consiga contar exatamente as 48 horas. Em sentido contrário, defendendo que o termo inicial é a data do despacho: ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. v. 6, p. 544.

ferramentas processuais para a tentativa de modificação do pronunciamento judicial que causou à parte alguma espécie de prejuízo.

Tendo em vista que aqui se está a discutir a reparação do dano, não se cogitará do emprego do *habeas corpus*, ação cabível em favor de indivíduo que esteja a sofrer ou ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção (art. 5º, LXVIII, da CF).

Poderá, entretanto, ser utilizado o mandado de segurança, o qual será concedido para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública (art. 5º, LXIX, da CF), no caso, o magistrado. Em outras palavras, nas situações em que se vislumbrar que a decisão judicial proferida fere o direito da parte, poderá ela se socorrer da aludida ação.

O mandado de segurança é, portanto, o meio residual a ser empregado pela parte. Não sendo possível, por outro caminho, obter aquilo que almeja, somente nesse caso estará o litigante autorizado a se valer do referido instrumento de impugnação.

Outrossim, não se pode perder de vista que, se o Diploma processual penal tem por escopo impedir que todas as decisões interlocutórias sejam questionadas imediatamente na instância superior, não se deve admitir o uso do mandado de segurança para quebrar tal princípio.

Não basta, como consequência, alegar que a decisão proferida é teratológica⁵⁵². De igual modo, embora se trate de ação com previsão constitucional, não pode funcionar como substitutivo de recursos (máxime inexistentes)⁵⁵³, com o propósito de inverter toda a lógica do sistema processual.

⁵⁵² WATANABE, Kazuo (*Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 89) sustenta que “o só fundamento da ‘teratologia jurídica’, conceito bastante fluido, com que eram e são concedidas ou denegadas as seguranças, é insuficiente para o julgamento, com coerência e acerto, de todas as impetrações”.

⁵⁵³ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 105.

Aliás, pela mesma razão, prevendo o CPP que o recurso não terá efeito suspensivo, não se deve admitir, em burla à lei, a impetração do mandado de segurança com objetivo de impedir que a decisão atacada surta efeitos imediatamente⁵⁵⁴.

A doutrina costuma apontar, como exemplo de cabimento da citada ação constitucional, a situação em que, postulada pelo ofendido a sua habilitação como assistente de acusação, o juiz acabe por indeferir o requerimento, ainda que não se faça presente qualquer das hipóteses autorizadoras.

O não acolhimento da postulação, segundo parte dos autores, é possível em dois casos, ou seja, quando o requerente não for parte legítima, ou, mesmo sendo, não estiver representada por advogado⁵⁵⁵.

A impetração, portanto, visa, em situações raras, em que, constatada a violação ao direito líquido e certo da parte, tenha o tribunal que modificar a decisão do juiz de primeiro grau, o que fará para reafirmar a justiça⁵⁵⁶.

Em razão de não haver um rol de hipóteses legais em que o manejo do mandado de segurança é cabível, fica impossibilitada qualquer pretensão de apresentação de uma lista fechada de casos. No que toca ao tema tratado neste trabalho, parece que seria possível a impetração quando, de forma completamente descabida, o juiz indeferisse o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Imagine-se, por exemplo, caso em que, praticado homicídio, o filho menor do falecido postulasse a fixação de alimentos provisórios em face do réu. Caso, ao apreciar o pedido, o magistrado o indefira sob o argumento de que não há provas da necessidade de recebimento da verba, cogitar-se-ia, então, da utilização do mandado de segurança.

⁵⁵⁴ A propósito, a Súmula 604 do STJ estabelece que “O mandado de segurança não se presta para atribuir efeito suspensivo a recurso criminal interposto pelo Ministério Público”. Em sentido contrário, entendendo que o mandado de segurança pode ser utilizado para obtenção do efeito suspensivo: COGAN, José Damiano Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 72.

⁵⁵⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013, p. 1860. Em sentido contrário, sustentando que o juiz pode indeferir nos casos em que o Ministério Público entende que a atuação do assistente prejudicará a sua atuação, NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 132.

⁵⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria (*Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 72) afirma que “o fato de revogar-se ou modificar-se, pela concessão do *writ*, ato decisório pronunciado por órgão do Poder Judiciário, no exercício da jurisdição, com ofensa a direito líquido e certo do impetrante, consiste, na verdade, na reafirmação do *princípio da justiça*, que deve nortear, tanto quanto possível, toda a atividade jurisdicional”.

A ação mencionada ataca o ato judicial, isto é, a decisão do magistrado, a qual beneficia a parte contrária do processo principal (ex. o réu que não foi instado a pagar alimentos). Portanto, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, é necessário que se garanta o direito de manifestação ao litigante favorecido com a decisão atacada.

Desse modo, no polo passivo da referida ação constitucional, figurará a autoridade coatora (ou seja, o magistrado que prolatou a decisão atacada) e, na qualidade de litisconsorte passivo, aquele que foi beneficiado pelo pronunciamento judicial⁵⁵⁷.

A petição inicial do mandado de segurança, nos termos do art. 6º, *caput*, da Lei 12.016/09, deverá obedecer aos requisitos estabelecidos pela lei processual, no caso o art. 319 do CPC, competindo, ainda, ao impetrante a juntada da documentação necessária para comprovação do direito alegado.

O tribunal, ao qual o magistrado que proferiu a decisão atacada está vinculado, é o competente para julgar o mandado de segurança⁵⁵⁸. O relator sorteado, ao analisar a peça inaugural, deferirá ou não – caso tenha ocorrido provação – a liminar. Ordenará, no mais, que se notifique o prolator da decisão atacada, para que, no prazo de dez dias, preste as informações.

É possível também que, ao apreciar a petição inicial, o relator entenda por bem indeferi-la, o que ocorrerá quando: (i) não for caso de mandado de segurança; (ii) faltar algum dos requisitos legais; (iii) decorrido o prazo para a impetração (art. 10, *caput*, da Lei 12.016/09). Nestas hipóteses, poderá a parte agravar da decisão do relator. O julgamento ficará a cargo da câmara ou turma (art. 10, § 1º, da Lei 12.016/09).

Não sendo indeferida a peça vestibular, decorrido o prazo para apresentação das informações, o representante do Ministério Público, atuante perante tribunal, se

⁵⁵⁷ Nos termos da Súmula 701 do STF, “No mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra decisão proferida em processo penal, é obrigatória a citação do réu como litisconsorte passivo”. Embora, conforme facilmente se percebe, o enunciado trate somente da ação ajuizada pelo titular da ação penal, ele passa a ideia de que, em todos casos em que a decisão beneficia uma das partes, haverá necessidade de sua adição no polo passivo.

⁵⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance (*Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 407) dizem que “na segurança contra ato jurisdicional, a autoridade coatora será sempre um juiz ou um tribunal. E a competência para conhecê-la e julgá-la será do órgão jurisdicional competente para rever, em grau de recurso, as decisões do juiz ou tribunal cujo ato foi atacado pelo *writ*”.

manifestará, em dez dias, na qualidade de fiscal da lei (art. 12, *caput*, da Lei 12.016/09).
Na sequência, será proferida decisão.

9 COISA JULGADA

Existem basicamente três teorias que explicam a coisa julgada. Uma sustenta que o referido fenômeno é um efeito da sentença contra a qual não caiba mais recurso⁵⁵⁹; outra vê na coisa julgada uma qualidade da sentença cujos efeitos são imutáveis⁵⁶⁰. A terceira corrente entende que a coisa julgada é uma situação que se faz presente após a sentença não mais estar sujeita a impugnação⁵⁶¹.

As três teorias são aceitáveis, e cada qual foi defendida por autores de incontestável conhecimento teórico. Cabe, pois, ao estudioso optar por aquela que lhe parece melhor retratar o fenômeno jurídico aludido. Aqui, se seguirá, em linhas gerais, a terceira corrente, a qual parece ser lógica e explica de modo bastante coerente o que ocorre quando a sentença não mais pode ser questionada.

Não se deixará, contudo, de aplicar o que de bom foi ensinado pelos doutrinadores que pensaram de outra maneira. O que não se pode fazer é confundir, naquilo que são os pontos de divergência, as três teorias. Na sequência, então, se tentará harmonizar as regras contidas nas diversas leis (ex. CPP, CPC, CP e CC), com o intuito de apresentar algo harmônico e possível de ser aplicado.

A sentença proferida no processo penal e que aprecia o pedido reparatório formulado, ou seja, que analisa o mérito, faz coisa julgada material. Isso se dá em razão de a cognição ser exauriente⁵⁶². Aquilo que é possível ser pleiteado, vale dizer, a indenização

⁵⁵⁹ CARNELUTTI, Francisco (*Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944, v. 1, p. 316) diz que “la expresión ‘cosa juzgada’, de la que por fuerza de la costumbre no cabe prescindir, tiene más de un significado. *Res iudicata* es, en realidad, el *litigio juzgado*, o sea el *litigio después de la decisión*; o más exactamente, habida cuenta de la diversa estructura entre el latín y el italiano, el *juicio dado sobre el litigio*, es decir, su *decisión*. En otras palabras: *el acto* y a la vez *el efecto de decidir*, que realiza el juez en torno al litigio. [...] Si se descompone este concepto (acto y efecto), el segundo de los dados que de él resultan, o sea el efecto de decidir, recibe también y especialmente en nombre de *cosa juzgada*, que, por consiguiente, sirve para designar, tanto la *decisión* en conjunto, como en particular *su eficacia*”.

⁵⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio (Decisão e coisa julgada. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 40, p. 240, 1945) afirma que “tendo em vista a necessidade evitar que as controvérsias possam sempre ser renovadas sem que haja um fim que venha pôr termo de uma vez aos litígios, a lei estabelece para a sentença uma qualidade especial que reforça a sua eficácia, qualidade especial característica exclusiva das sentenças e que as distingue de todos os demais atos do Estado”.

⁵⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa (Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, v. 416, p. 16, jun. 1970) sustenta que “o trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso”.

⁵⁶² Embora seja possível dizer que há limitação quanto à extensão (plano horizontal), uma vez que as partes estão autorizadas a discutir na ação reparatória em trâmite no processo penal somente os danos decorrentes do ilícito criminal (havendo, portanto, óbice para que a discussão se refira a outras causas,

devida em decorrência do dano ocasionado pela prática do crime é examinado de modo profundo.

Não há, portanto, depois de esgotados os recursos, isto é, com a formação da coisa julgada, como ser rediscutida a matéria analisada. O conteúdo da sentença torna-se imutável⁵⁶³. Logo, se o juiz concluiu que o fato não ocorreu, e, como decorrência, julgou improcedente o pedido indenizatório, não se faz possível reabrir a discussão do tema na justiça cível (art. 66 do CPP).

Na verdade, ocorrendo cumulação de ações, julgado improcedente o pedido reparatório, ainda que a absolvição se dê por não existir prova suficiente para a condenação (art. 387, VII, do CPP), não há como o vencido invocar o art. 66 do mesmo diploma para rediscutir o fato em outra seara. A citada norma é aplicável quando não há demanda acessória, vale dizer, quando no processo penal é julgada somente matéria criminal.

A partir do momento em que o lesado opta por deduzir a sua pretensão (cível) no âmbito criminal, tem de se sujeitar à autoridade da coisa julgada ali formada, tal como ocorreria se tivesse escolhido outra via, isto é, se litigasse em separado, propondo a ação na justiça cível⁵⁶⁴.

Não teria cabimento, com efeito, permitir que em mais de uma oportunidade o mesmo pedido fosse analisado. A circunstância de o juiz criminal ter julgado matéria cível é indiferente. Tendo competência para tanto – e o tem –, a sua sentença, tal como a prolatada pelo magistrado cível tem o condão de tornar-se imutável e indiscutível, conforme preceitua o art. 502 do CPC.

como, por exemplo, inadimplemento contratual), a análise a ser feita pelo magistrado é exauriente (plano vertical), garantindo-se aos litigantes o amplo debate das questões possíveis de ser conhecidas. Por isso, a decisão faz com que se forme a coisa julgada material.

⁵⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa (Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 112) anota que “a imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste, convém frisar, *todo* o conteúdo decisório”.

⁵⁶⁴ Vale lembrar que, mesmo havendo absolvição com base no art. 386, VII, do CPP, é possível ser o réu condenado a ressarcir o dano ocasionado. Isso se dá quando, ocorrendo dúvida quanto a conduta ser criminosa ou não, não se discute se tratar de ato ilícito gerador de dano. Talvez o maior exemplo seja o caso em que se vislumbra dúvida quanto à ocorrência ou não de estelionato. O denunciado será absolvido, mas constatado que o seu comportamento configura ilícito cível, verificado o prejuízo em face do lesado, terá o agente que ressarcir-lo. A matéria está de maneira mais detalhada tratada no item 7.3.7.

A sentença de procedência (ou parcial procedência), igualmente, faz coisa julgada material nos limites da lide (art. 503, *caput*, do CPC). Postulada, por exemplo, no processo penal, a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, obtida a vitória, não poderá o ofendido, em ação futura, a ser ajuizada perante a Vara Cível, pleitear montante além do fixado, ao argumento de que o art. 387, IV, do CPP dispõe que o juiz fixará valor mínimo.

A mencionada regra não configura exceção ao regramento da coisa julgada. Esta, como é sabido, tem por finalidade pacificar o conflito; visa trazer segurança jurídica. Trata-se, pois, de instituto com finalidade prática, ou seja, tem por objetivo garantir estabilidade ao quanto decidido⁵⁶⁵.

A se permitir que novamente pudesse o lesado se voltar contra o autor da infração penal para pleitear algo já analisado, situação curiosa poderia surgir. Na ação cível, proposta posteriormente, e perante o juízo extrapenal, poderia o magistrado, diante das provas produzidas (ou da ausência delas), concluir que o fato não ocorreu, e conseqüentemente julgaria improcedente o pedido. Haveria, então, total descompasso entre as sentenças.

Poder-se-ia argumentar que, formada a coisa julgada após a condenação criminal do réu, na nova ação, proposta perante o juízo cível, se discutiria somente a extensão do dano. Mas também neste caso algo revelador de insegurança jurídica poderia se dar: o juiz concluir que não houve dano, isto é, aquele mesmo dano que o outro magistrado entendeu estar presente (ex. dano moral).

A partir do momento em que se tem como correto que compete ao legitimado (via de regra, lesado) tomar a iniciativa de ver o causador do dano condenado a ressarcir o prejuízo gerado, tendo a incumbência de especificar aquilo que deseja, não se coloca a questão de saber o que transita em julgado: transitará aquilo que foi pleiteado e analisado.

Entender que somente o valor mínimo – seja a que título for – faz coisa julgada é o jeito que se dá para tentar impedir que o lesado, que se manteve inerte durante a ação penal, não fique prejudicado quando se anime a agir em face do réu (no juízo cível). Não

⁵⁶⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 83.

se sabendo a natureza do montante fixado em sentença criminal, não se impediria que o ofendido postulasse, depois, em sede própria, aquilo que entende devido.

Convém acentuar que a própria fixação de quantia mínima é causa de insegurança. Se o juiz, ao sentenciar, condena o réu a pagar determinada quantia em dinheiro em razão do dano ocasionado, não se consegue saber se o valor é devido a título de dano emergente, lucro cessante, dano moral, etc., muito menos se faz possível concluir quem seja o beneficiário.

É bem verdade que no art. 387, IV, do CPP há menção à figura do ofendido. Mas, além da possibilidade de haver mais de um ofendido, algumas vezes tal sujeito não ostenta a qualidade de lesado, este sim com direito a ser ressarcido.

Portanto, por primeiro, e conforme defendido ao longo do trabalho, é necessário entender que não se admite fixação de indenização *ex officio* pelo juiz criminal. Em segundo lugar, é de se ter presente que, tal como ocorre no processo civil, compete ao autor da ação reparatória deduzir pedido certo e, de regra, determinado (art. 322, *caput*, do CPC).

Em complemento, é possível compreender que o legislador, ao dispor que o juiz criminal fixará o valor mínimo (art. 387, IV, do CPP), pretendeu deixar claro que o lesado, caso postule somente parte daquilo que tem direito, não estará impedido de, em outra oportunidade, isto é, no juízo cível, pedir o restante do que lhe é devido.

Pode, então, na esfera criminal, o lesado postular seja o réu condenado a pagar indenização por dano moral. O montante que for arbitrado, passado em julgado a sentença, será indiscutível. Será este o ‘valor mínimo’ do total da indenização devida. Na esfera cível, cobrará, caso queira, o que lhe é devido a título de dano material.

O entendimento aqui defendido faz com que a norma citada se compatibilize com o regramento da coisa julgada previsto no CPC, mais especificamente no art. 503, *caput*.

É importante deixar claro, que, pleiteada no processo penal a condenação do réu somente ao pagamento de uma verba devida (ex. dano moral), não poderá o autor, titular do título executivo judicial, pretender executá-lo no cível com intuito de receber valores a título diverso (ex. dano material).

Caso vise ser indenizado a tal título, terá de propor nova ação de conhecimento, e nela poderá apresentar a sentença criminal passada em julgado⁵⁶⁶. Tal decisão, a teor do que estabelece o art. 935 do CC, impede que se discuta a ocorrência do fato e sua autoria. A norma visa, portanto, impedir incoerências no sistema, mas a sua incidência não é abrangente a ponto de tornar certo o dever de pagar indenização a título outro, diverso daquele expressamente arbitrado na sentença criminal.

Se o magistrado condenou o réu ao pagamento de indenização por dano moral, terá o lesado, perante a justiça cível, de provar que experimentou também prejuízo de natureza material, exceto se, na sentença criminal houve também condenação ilíquida a tal título. Em isso ocorrendo, aplicar-se-á o disposto no art. 63, par. único, do CPP, o qual dita que, transitada em julgado a sentença, estará o credor autorizado a executar o montante fixado, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

Por conseguinte, postulará o ofendido o recebimento imediato do valor arbitrado e, concomitantemente, estará autorizado a liquidar a indenização cujo valor não foi fixado pelo juiz criminal (art. 509 do CPC).

Já foi visto, ao longo do trabalho, que a responsabilidade daqueles que concorreram para a prática do crime (sejam autores ou partícipes) é solidária. Pode ocorrer, então, de somente um ou alguns serem incluídos no polo passivo da ação ressarcitória. Em tal hipótese, cabe verificar se o título formado em prol do lesado pode ser executado também em face do devedor solidário que não participou da fase de conhecimento (cível).

O CC brasileiro não traz solução específica para o tema, ao contrário, por exemplo, do que se dá com o Diploma Civil italiano, o qual, no art. 1306⁵⁶⁷, dispõe que a regra (para

⁵⁶⁶ Para MOREIRA, José Carlos Barbosa (Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 107), o fenômeno, salvo melhor juízo, seria o da eficácia preclusiva a coisa julgada. O autor apresenta exemplo próximo ao tratado: “X pede em juízo a declaração de crédito seu em favor de Y; a sentença acolhe o pedido e transita em julgado. Vencida a dívida, propõe X ação condenatória para cobrar de Y a importância. No segundo processo, permanece indiscutível que o crédito de X *existia*; portanto, fica preclusa a arguição de qualquer fato extintivo que Y queira fazer passar por *anteriormente* ocorrido. Não escapa, todavia, à livre discussão e apreciação judicial a possível extinção do crédito *nesse meio-tempo*, de maneira que Y, conquanto não possa defender-se alegando que na realidade já pagara *antes*, pode sem dúvida alegar, em defesa, que pagou *depois*”.

⁵⁶⁷ O art. 1306 do CC italiano está assim redigido: “La sentenza pronunziata tra il creditore e uno dei debitori in solido, o tra il debitore e uno dei creditori in solido, non ha effetto contro gli altri debitori o contro gli altri creditori [].”

credores e devedores solidários) é a não sujeição dos que não participaram do processo à decisão proferida.

Há, porém, no CC brasileiro previsão específica quanto à solidariedade ativa. Segundo o art. 274, o julgamento contrário a um dos credores solidários não atinge os demais, mas o julgamento favorável aproveita a todos, sem prejuízo de exceção pessoal que o devedor tenha direito de invocar em relação a qualquer deles.

Nisso, então, a lei pátria se aproxima da segunda regra contida no art. 1306 do CC italiano, o qual prevê que os credores solidários podem exigir do devedor a prestação, ressalvadas as exceções pessoais⁵⁶⁸. Mas referida previsão é de pouca valia no caso em estudo: os lesados pelo crime, de ordinário, não são credores solidários, o que se dá em decorrência da ausência de previsão legal (art. 265 do CC).

Diante do silêncio da lei quanto à solidariedade passiva, diversas opiniões são encontradas, havendo quem sustente que todos os devedores – mesmo não tendo participado do processo – ficam vinculados à decisão⁵⁶⁹, podendo, então, sofrer a execução, o que ocorrerá na hipótese de ser acolhido o pedido condenatório deduzido pelo lesado. Outros seguem rumo oposto, defendendo a tese de que somente aquele devedor que foi condenado pode ser executado⁵⁷⁰. Há, ainda, quem diga que a sentença favorável ao

Gli altri debitori possono opporla al creditore, salvo che sia fondata sopra ragioni personali al condebitore; gli altri creditori possono farla valere contro il debitore, salve le eccezioni personali che questi può opporre a ciascuno di essi”.

⁵⁶⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223-224.

⁵⁶⁹ BUENO, Cassio Scarpinella (*Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, t. 1, p. 384) anota que “por expressa exceção legislativa – e os casos de legitimação *extraordinária* são justificáveis à luz de políticas legislativas expressas (art. 6º) –, pode ocorrer que aquele que não age em juízo fique *também* sujeito à coisa julgada. A circunstância de ele não agir, contudo, não o transforma em verdadeiro ‘terceiro’ porque é dele a situação de direito material discutida perante o Estado-juiz. E uma tal vinculação deve, como regra, se dar tanto na hipótese de a atuação do legitimado *extraordinário* *beneficiar* quem não agiu (quando é concedido o pedido de tutela jurisdicional, por exemplo) como na hipótese inversa, de *prejudicar* quem não agiu, assim, quando é rejeitado o pedido formulado ‘em nome alheio’”.

⁵⁷⁰ LÔBO, Paulo (*Direito civil: obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 144) afirma que “a decisão judicial é somente de eficácia contra o devedor acionado, ainda que envolva obrigação solidária. A decisão não faz coisa julgada, quando desfavorável, em face dos demais codevedores”. No mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 1ª parte*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 179-180.

responsável solidário (ou seja, a improcedência do pedido inicial) aproveita aos demais codevedores, salvo se a vitória se baseou em exceção pessoal⁵⁷¹.

Não se pode perder de vista que o art. 506 do CPC estabelece que a sentença faz coisa julgada entre as partes e não prejudica terceiros. Ou seja, pelos termos da lei – que estabelece regra geral –, a decisão que condena civilmente um dos autores do dano decorrente da prática do crime não serve de título a ser utilizado contra o coautor (ou qualquer outro corresponsável) que não participou da relação processual civil formada.

Resta, então, verificar se a sentença favorável ao responsável solidário é benéfica aos que não foram processados civilmente. É o que se dá, por exemplo, quando, reconhecida a ausência de provas suficientes para a condenação criminal (art. 386, VII, do CPP), o magistrado conclui também, quanto à matéria cível, que não ficou comprovado que o réu causou o dano.

Em outras situações – e aqui cabe um parêntese – a questão não prospera, pois, por força do que dita o art. 935 do CC, nenhum outro devedor solidário poderá ser processado. Concluindo o juiz criminal que o fato não ocorreu, verificado o trânsito em julgado, mesmo figurando na ação cível acessória somente um réu, nenhum outro, em separado, ou seja, perante a Vara Cível, poderá ser futuramente processado.

O CPC atual, no art. 506, empregou redação mais sintética do que aquela constante no diploma processual civil revogado, o qual (art. 472), ao tratar da mesma matéria, dizia que a sentença também não ‘beneficiava’ terceiros. Vale dizer, a norma vigente estabelece – ao menos literalmente – que a sentença não pode prejudicar terceiros; não diz que não pode beneficiá-los.

Portanto, o que tem de ser analisado é se a supressão da expressão em destaque causou mudança na matéria aqui debatida ou se se trata apenas de uma alteração redacional, sem maiores repercussões. Em um ponto parece não haver dúvida: o art. 247 do CC foi alterado justamente pelo CPC/15; e, conforme visto, a sentença favorável beneficia os credores solidários que não participaram do processo.

⁵⁷¹ ESPÍNOLA, Eduardo. *Garantia e extinção das obrigações: obrigações solidárias e indivisíveis*. Campinas: Bookseller, 2005, p. 333.

A mencionada norma é uma previsão específica, isto é, diz respeito somente aos credores solidários. Tirar do silêncio do art. 506 do CPC a conclusão de que a sentença favorável ao devedor solidário aos demais se estende parece não ser a melhor solução. De fato, fosse assim, inútil seria a previsão do art. 247 do CC, pois bastaria o estatuído no art. 506 do CPC. A circunstância de a norma do CC ter sido alterada pelo CPC/15 reforma este entendimento.

Para parcela da doutrina, entretanto, a supressão do termo antes constante do art. 472 do CPC/73 permite que terceiro seja beneficiado da sentença prolatada em processo do qual não figurou como parte. Por uma questão de isonomia, o devedor solidário que não foi parte se beneficiaria da sentença que acolheu a pretensão do codevedor⁵⁷². A ele se aplicaria, então, de forma extensiva o art. 274 do CC.

Parece, porém, que não foi essa a intenção. O legislador, caso pretendesse a extensão, o faria de forma expressa, como fez a lei portuguesa. De fato, segundo o art. 522 do CC lusitano, a coisa julgada formada entre credor e um dos devedores solidários é oponível por qualquer outro que for acionado, salvo se se tratou de defesa pessoal⁵⁷³.

⁵⁷² CRUZ E TUCCI, José Rogério (Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 485 ao 538)). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 8, p. 226-227) diz que “a despeito da lei brasileira, mas pelo examinado princípio da isonomia processual, a coisa julgada que emerge da sentença de procedência do pedido favorável ao devedor que litigou sozinho, no âmbito da ação (des)constitutiva, também beneficia os demais devedores solidários, estranhos ao processo, se fundada em argumento comum a todos os devedores. Estes poderão opô-la à nova investida de eventuais credores comuns”.

⁵⁷³ CORDEIRO, António Menezes (*Tratado de direito civil português: direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009, v. 2, t. 1, p. 723) diz que “o caso julgado entre o credor e um dos devedores é oponível pelos devedores contra o credor, desde que não se baseie em fundamento que respeite, apenas, àquele devedor (522.º)”.

CONCLUSÃO

No início do trabalho, mais especificamente no primeiro capítulo, abordou-se a evolução histórica do processo, notadamente o de cunho penal. Foi possível observar que desde longa data, isto é, mesmo no período pré-clássico do direito romano, o pagamento de valores ou a entrega de bens, inclusive animais, surgiu como consequência a ser imposta em razão da prática de atos que violavam interesses.

O causador do dano, fruto do cometimento de ilícito, era instado a indenizar o ofendido (o que não afastava a incidência de outras medidas), e o pagamento feito a título de reparação do prejuízo ocasionado era denominado *damnum*. O termo – é verdade – depois de um tempo caiu em desuso, substituído que foi pela palavra *poena*, a qual transmitia a ideia de sanção e pagamentos em geral.

A equiparação entre as duas figuras revela que o sistema jurídico não havia ainda alcançado certo grau de desenvolvimento. Em outras palavras, é possível dizer que, no começo, não se constatou diferença entre pena e indenização, aquela com finalidade de repreender quem praticou ato violador de interesses superiores e esta com objetivo de restabelecer a situação anterior à lesão.

Somente depois de feita a divisão entre os dois grandes ramos do direito, em público e privado, é que se tornou possível enxergar que a indenização tem por objetivo recompor o patrimônio de quem experimentou prejuízo e que a sanção é a ferramenta a ser aplicada como agravamento em face daquele que agiu contra valores tidos como relevantes pela sociedade.

Esgotada a análise do direito romano, o passo seguinte consistiu no estudo da legislação portuguesa. Os lusitanos, de modo geral, elaboraram suas leis tomando como base o sistema criado pelos latinos. De fato, tratando-se de nação que segue o modelo da *civil law*, as leis editadas em Portugal seguiram a linha já desenvolvida pelos romanos, respeitados, é certo, em alguns pontos, os costumes locais.

Três Diplomas tiveram grande destaque. São eles: as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Estas últimas vigoraram no Brasil durante longo período, e ali estava disciplinado o processo criminal, mas não só. Havia também espaço dedicado ao processo

civil, e a separação entre as duas espécies decorre do fato de que os lusitanos diferenciavam o direito público do privado.

Já era perceptível, como decorrência lógica, a diferença entre pena e indenização, medidas que, apesar disso, poderiam ser impostas em desfavor de alguém em um mesmo processo. Realmente, não foi a constatação das divergências o que fez com que cada consequência tivesse de ser imposta em separado, vale dizer, em processos distintos.

Em razão de uma única conduta poder dar ensejo à imposição de sanção e acarretar o dever de reparação do dano, seguiu-se a ideia de que, no processo em que se estabelece a reprimenda, se faz possível também a condenação do responsável pelo dano ao pagamento de indenização.

Referido modelo, portanto, em virtude da aplicação das Ordenações Filipinas no Brasil, foi o que primeiro vigorou. Revogado o mencionado estatuto, editados que foram os Códigos Criminal (1830) e de Processo Criminal (1832), não se operou relevante mudança: continuou a ser possível a condenação cível daquele que era acusado da prática de delito. Isto é, no processo penal o julgador estava autorizado a impor ao réu a reprimenda e condená-lo a ressarcir o dano ocasionado.

Os dois citados Diplomas (principalmente o de processo), porém, pecaram em técnica legislativa. A regulamentação referente a como proceder para se tornar possível a fixação da indenização em prol do lesado fez com que inúmeras dúvidas surgissem. As críticas ao modelo se avolumaram, e a saída, ao invés de ser o aperfeiçoamento da disciplina, consistiu na revogação. Uma lei editada em 3 de dezembro de 1841 estabeleceu que, em todos os casos, a indenização deveria ser pedida em ação cível.

Com isso, se quebrou uma tradição; tradição que não foi abandonada em Portugal, onde, até hoje, o dano decorrente do cometimento de crime é reparado, de ordinário, no mesmo processo em que se apura a responsabilidade criminal daquele que é apontado como autor da conduta.

Editado o atual Código de Processo Penal, o que ocorreu após a vigência, por curto intervalo de tempo, de Diplomas estaduais, se fez constar, na exposição de motivos, que o mesmo modelo, de separação, era o que ainda estava em vigor no Brasil. A ideia passada,

portanto, era a de que o ofendido não estava autorizado a propor demanda perante o juízo criminal para fazer valer o seu direito de ser indenizado.

Influenciados pelas teorias defendidas pelos expoentes da chamada Escola Positiva, os doutrinadores brasileiros em sua grande maioria concluíram que, além de não ser permitida a atuação do lesado no processo penal com o objetivo de obter a condenação do réu ao ressarcimento do dano, a sentença penal de procedência, independentemente de qualquer pronunciamento específico a respeito do tema, figurava como título executivo judicial e poderia ser executada perante o juízo cível.

Aliás, é importante deixar claro que ainda hoje prevalece tal entendimento, nada obstante a reforma introduzida pela Lei 11.719/08. Um dos poucos estudiosos que se manifestou em sentido diverso foi Pontes de Miranda. O doutrinador sustentou que o art. 63 do CPP conferia ao juiz o poder de condenar o réu civilmente. Estava, portanto, com a citada teoria, aberta a primeira possibilidade para que se concluísse que, tal como ocorre em outros países, o magistrado criminal tem como impor ao acusado, de maneira expressa, a obrigação de reparação do dano.

Tese próxima daquela apresentada pelo professor alagoano foi trazida por outro processualista. Enrico Tullio Liebman, ao abordar os títulos executivos cíveis, ou seja, ao comentar as espécies previstas no CPC/73, escreveu que a sentença que condena criminalmente o réu torna certa a obrigação de indenizar o ofendido pelo dano decorrente da prática do crime, permitindo, assim, somente a propositura de ação de conhecimento.

O mesmo autor defendeu, em acréscimo, que na hipótese – e somente nela – de a decisão criminal conter expressa condenação em perdas e danos se possibilitava a execução perante a justiça cível, pois, então, o credor (lesado) disporia de título executivo judicial.

É de se imaginar que Liebman defendeu o citado posicionamento, pois em seu país de origem, tal como ocorre em outros Estados europeus, apenas é suscetível de execução a sentença criminal que efetivamente condena o réu ao pagamento de indenização por perdas e danos.

Na Itália, assim como em Portugal, França e Espanha, não se questiona que a condenação penal obriga o autor do crime a ressarcir o prejuízo ocasionado, mas nem por

isso se encontra na doutrina formada nas referidas nações quem sustente que a sentença criminal, por si só, e independentemente de pronunciamento específico, seja título executivo judicial.

Portanto, o que se pretendeu neste trabalho foi apresentar argumentos, além dos mostrados pelos dois doutrinadores mencionados, no sentido de corroborar a ideia de que somente havendo condenação expressa cível faz-se possível a execução da sentença penal. Para tanto, em tópicos específicos, se buscou demonstrar que o art. 91, I, do CP, não tem o condão de criar em favor do lesado título executivo judicial e que o art. 515, VI, do CPC, não pode ser interpretado literalmente.

Defendeu-se que a norma citada e constante do Código Penal estabelece, com outras palavras, algo que pode ser considerado um princípio geral de direito, ou seja, a ideia de que aquele que pratica ato ilícito e causa dano fica obrigado a repará-lo (art. 927 do CC).

Em tempos remotos, de forma taxativa eram previstas as situações que criavam para o autor do ato a obrigação de ressarcimento, e a prática de crimes era exemplo. A partir, porém, da edição do Código Civil francês (1804), despontou a concepção de que qualquer ato humano culposos que causa dano gera o dever de reparação.

As legislações de diversos países, inclusive a do Brasil (vide art. 159 CC/16), passaram a seguir o referido padrão, fazendo com que não mais fosse necessária a existência de dispositivos específicos que estipulassem que este ou aquele comportamento gera a obrigação de ressarcimento do prejuízo. Vale dizer, desapareceu aquilo que pode ser chamado de tipicidade do ilícito civil.

O art. 91, I, do CP, portanto, tem por função, além de reafirmar a obrigação geral de ressarcimento do dano, estabelecer que, uma vez apurados, no processo criminal, a prática de crime e quem o cometeu, fica vedada a discussão em outra seara (juízo cível) de tais temas, sendo lícito apenas verificar a ocorrência do dano, sua extensão e quem foi o lesado.

Trata-se, portanto, daquilo que Machado Guimarães intitulou como sendo o efeito preclusivo panprocessual da sentença penal: quem foi condenado criminalmente não pode, de maneira juridicamente relevante, negar a ocorrência do fato e sua autoria.

O art. 515, VI, do CPC, como decorrência lógica, tem de ser interpretado em consonância com tal entendimento, figurando, portanto, como título executivo judicial, a sentença penal que condena civilmente o réu.

O legislador brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países, a exemplo da Itália, entendeu por bem fazer menção expressa à sentença penal como título executivo civil. Não precisava, pois bastava prever que exequível é a sentença (independentemente de onde foi proferida) que prevê a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, fazer, não fazer ou entregar coisa.

No CPC/15, por conta da citada peculiaridade do sistema pátrio, foi criado o inciso VI. No inciso I se fez constar a expressão ‘processo civil’; no inciso VI se falou em ‘sentença penal’, ou seja, em decisão proferida em processo criminal. Em ambas as hipóteses, porém, o que há em comum é a condenação à obrigação de pagar quantia.

Consolidada a referida ideia, nos capítulos que se seguiram, foram sendo desenvolvidos os mais variados assuntos. Salientou-se que o juiz criminal, atendendo a pedido expresso, está autorizado a condenar o réu a restituir bens e a pagar indenização, quer a título de dano material (danos emergentes e lucros cessantes), quer a título de dano moral.

Defendeu-se a impossibilidade de o Ministério Público postular em todo e qualquer caso a condenação do réu à reparação do dano. E isso porque o referido órgão, de acordo com a roupagem constitucional atual, tem por função defender os interesses sociais e os individuais indisponíveis. Logo, se o delito causa lesão patrimonial a alguém que não é tido como incapaz, cabe ao próprio lesado (pessoa física ou jurídica) a busca pela satisfação do seu direito.

Compete, então, ao Ministério Público, por exemplo, a atuação na demanda acessória quando o dano acarreta violação a interesses difusos. Diversas vezes, ao longo do trabalho, usou-se, para ilustrar a situação, a prática de crime ambiental. O indivíduo que causa poluição de qualquer natureza (art. 54, *caput*, da Lei 9.605/98) atinge com o seu ato pessoas indeterminadas, motivo pelo qual o citado órgão, com atribuição para defesa da sociedade, tem legitimidade para postular a reparação do prejuízo.

Em linhas gerais, o Ministério Público (o que não exclui a legitimidade de outros entes) figurará como autor da demanda indenizatória nas vezes em que couber a propositura da ação civil pública. Igualmente, será um dos legitimados quando a conduta levada a efeito pelo indivíduo acusado da prática de crime configurar também ato de improbidade administrativa. É o que ocorre quando o servidor público recebe indevidamente vantagem econômica em razão da função que exerce. Em tal situação, além de cometer o delito de corrupção passiva (art. 317 do CP), viola a regra contida no art. 9º, I, da Lei 8.429/92.

Quanto à legitimidade passiva, concluiu-se que, no sistema brasileiro, diferentemente do que ocorre em outros países, não há a possibilidade de, com a propositura da ação cível, haver a ampliação subjetiva. Em outras palavras, o único legitimado a figurar como réu na demanda acessória é aquele que figura como acusado ou querelado.

Com efeito, se, de acordo com o art. 144 do CPP, as medidas cautelares (hipoteca legal e arresto) contra o responsável civil devem ser requeridas perante o juízo cível, a conclusão a que se chega é que, no processo penal, a referida figura não pode integrar o polo passivo.

Havendo, porém, mais de um autor o crime (seja autor principal ou partícipe), todos responderão solidariamente, o que cria para o lesado a faculdade de escolher quem processar. Ou seja, poderá propor a ação reparatória em face de um, alguns ou todos. E, em qualquer situação, estará autorizado a pedir que o réu seja condenado a ressarcir integralmente o prejuízo.

Proposta a demanda somente contra um (ou alguns), poderão os outros que figuram como acusados habilitar-se como assistentes litisconsorciais. Esta, a propósito, é a única espécie de intervenção de terceiros cabível na ação acessória. A possibilidade de os demais réus integrarem a lide decorre do fato de que a relação jurídica entre lesado e acusado processado civilmente também lhes pertencer.

Sustentou-se, no que toca à causa de pedir, que ela é específica. Ou seja, o ofendido baseará a sua pretensão no dano decorrente do cometimento da infração penal. Portanto,

ainda que eventualmente exista outro fundamento a justificar a propositura da ação, o lesado sustentará o seu direito na lesão ocasionada pelo crime.

Assim, mesmo que a prática do ilícito criminal configure também descumprimento contratual (ex. o indivíduo se apropria indebitamente do bem móvel que lhe foi locado), o que justificará a condenação do réu ao pagamento de indenização é o prejuízo fruto do delito. Isso se dá em razão de a demanda acessória ter de ser conexa com a ação principal (penal).

No momento em que a atenção se voltou ao que pode ser pedido na demanda cível, defendeu-se a possibilidade de o indivíduo pleitear a restituição de bens, tenham sido, ou não, apreendidos. Ademais, ainda a respeito deste tema, entendeu-se que, nos dias atuais, é descabido a autoridade policial decidir o destino daquilo que está em seu poder, competindo ao magistrado, após a manifestação do representante do Ministério Público, deferir ou não a restituição.

No tocante ao pleito indenizatório, a ideia apresentada é no sentido de que, de regra, compete ao interessado especificá-lo e quantificá-lo, somente sendo possível a dedução de pedido genérico quando não for possível, desde logo, saber quais são as consequências do ato ou do fato. Consequentemente, de maneira excepcional, a sentença poderá ser ilíquida, o que obrigará o credor a providenciar a liquidação, o que fará perante o juízo cível, como etapa anterior a do cumprimento.

Ainda sobre o pedido, o estudo desenvolvido apontou que a restituição pode ser buscada imediatamente após ter ocorrido a comunicação da prática do crime à autoridade policial. Instaurado o procedimento investigatório, está o interessado autorizado a pleitear a devolução daquilo que é seu. O requerimento será direcionado ao aludido servidor, o qual o encaminhará ao Ministério Público para que se manifeste, vindo na sequência a decisão judicial.

O pedido indenizatório, por seu turno, terá de ser deduzido concomitantemente ou posteriormente à propositura da ação penal. Caso haja identidade de autor, poderá este se valer da mesma peça processual (ex.: denúncia) para formular ambas as pretensões, isto é, a penal e a cível. Por outro lado, quando não houver identidade, a ação cível, justamente por ser acessória, será aviada posteriormente.

O prazo fatal para a distribuição do pleito é de 24 horas antes da audiência de instrução e julgamento. No início da solenidade, a parte contrária será cientificada da demanda, e poderá contestar oralmente ou, na impossibilidade, postular a redesignação para apresentação de defesa.

O intervalo mencionado é previsto expressamente na legislação processual francesa. O CPP brasileiro, diversamente, é omissivo. Por isso, há de se buscar qual seria o termo final para ajuizamento da ação cível. Em razão de não ser possível a apresentação da demanda após a instrução, é razoável que, até pouco antes do seu início, esteja a parte autorizada a tanto.

A defesa, por seu turno, não sofrerá prejuízo. Isso porque, caso conclua não estar habilitada a se manifestar durante a audiência a respeito da pretensão reparatória, terá como requerer o adiamento da solenidade, quando, então, o juiz lhe conferirá o prazo de dez dias para apresentação da sua defesa.

Aliás, esse é o prazo que se deve conferir ao réu. Trata-se do mesmo intervalo de tempo que lhe é concedido para apresentação de resposta à acusação (art. 396, *caput*, do CPP). O demandado poderá contestar, lhe sendo lícito arguir preliminares (art. 337 do CPC) antes de enfrentar o mérito. O ônus de impugnação especificada fica um tanto mitigado em razão de a matéria criminal não ser suscetível de confissão ficta. Portanto, ainda que deixe o réu de rebater tudo o que foi sustentado pelo autor, não haverá, diferentemente do que ocorre no processo civil, presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial.

Defendeu-se, em tópico específico do trabalho, a possibilidade de concessão de tutela de urgência (de natureza cível) no processo penal. Argumentou-se que, se é possível – em decorrência de previsão no CPP – o deferimento de medidas cautelares com objetivo de garantir a reparação do dano, não se deve impedir o manejo de outras providências similares, máxime porque o CPC/15 seguiu a orientação de que, independentemente da natureza da medida (cautelar ou antecipatória), pode ser ela concedida em processo de conhecimento.

Assim, na hipótese de prática de crime de lesão corporal grave (art. 129, § 1º, I, do CP), pode o lesado postular seja o réu instado a desde logo arcar com os valores que

deixou de auferir em razão de ter de se afastar do trabalho. O juiz, outrossim, pode determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias para assegurar o cumprimento da decisão (art. 139, IV, do CPC).

Dado prosseguimento aos temas que precisavam ser enfrentados, dedicou-se atenção ao julgamento das ações. Salientou-se que, ocorrendo a rejeição da denúncia ou da queixa, não há como autorizar o prosseguimento do pleito indenizatório, pois, ausente a ação principal (penal), não é possível tramitar isoladamente a demanda acessória (cível).

Outrossim, quanto ao julgamento antecipado da matéria criminal, anotou-se que o juiz nem sempre estará autorizado a decidir, de forma definitiva, o mérito da ação indenizatória. De fato, nas hipóteses em que o lesado não for quem deu causa à reação lícita do agente (isto é, quando o indivíduo estiver amparado em excludentes de ilicitude), não poderá o pleito (que será ajuizado por terceiro, ou seja, pessoa diversa do réu e do agente provocador da reação) ser de logo desacolhido.

Em relação ao julgamento proferido após a instrução, observou-se que o não acolhimento da pretensão deduzida pelo autor da ação penal não impede o acolhimento da demanda ressarcitória. Em outras palavras, existem situações em que, julgado improcedente o pedido da ação penal, será o réu condenado a ressarcir o prejuízo ocasionado ao lesado. Isso se dá em razão de a ilicitude civil ser mais ampla que a criminal.

Ocorre também que, em algumas situações, o pedido da ação criminal será acolhido, e o da demanda cível não. Embora todo ilícito penal configure também ilícito civil, nem sempre ocasionará dano, que é o pressuposto para a configuração da responsabilidade civil. A indenização se mede pela extensão do dano. Consequentemente, quando ausente, não haverá o que ser ressarcido.

Diante do exposto, é correto dizer que, diferentemente do que se pode imaginar, nem sempre o acessório seguirá a sorte do principal. Haverá situações em que, por decorrência lógica, todas as pretensões serão julgadas improcedentes. É o que sucede quando fica evidenciado que o fato não ocorreu ou que o réu não foi o autor.

Salientou-se, ainda em relação ao julgamento, que as partes, de maneira geral, estão autorizadas a celebrar acordo com intuito de colocar fim ao vínculo jurídico extrapenal que

os une. E assim agindo, mesmo que eventualmente, no futuro, o pedido contido na ação penal seja julgado improcedente por não ter o fato ocorrido, não poderá qualquer das partes deixar de observar o negócio jurídico celebrado, o qual, levado à homologação, valerá como título executivo judicial.

Voltada a atenção para a análise dos recursos e outros meios de impugnação das decisões judiciais, pontuou-se que, no processo penal, a matéria cível dá azo ao manejo de embargos de declaração, apelação, recurso em sentido estrito, embargos infringentes e de nulidade, carta testemunhável e mandado de segurança.

É certo, porém, que o campo de aplicação será restrito, exceto quanto aos embargos de declaração. Qualquer decisão, interlocutória ou final, está sujeita à referida espécie de recurso, competindo, entretanto, à parte se atentar às hipóteses de cabimento, não sendo lícita a oposição com intuito de obter a modificação completa do julgado.

A apelação, por seu turno, pode ser interposta por qualquer das partes da ação civil em face da sentença. O apelante buscará a reforma do quanto decidido, podendo o recurso impugnar total ou parcialmente a decisão. A apelação exclusivamente cível não tem o condão de fazer com que o tribunal aprecie a matéria criminal. Mas o contrário é plenamente viável, o que se dá por conta da relação de acessoriedade da ação reparatória.

Assim, caso haja recurso criminal e o tribunal conclua que o fato não existiu ou que o réu não foi o autor, além de absolvê-lo, julgará improcedente o pedido cível, o que fará para que seja mantida a coerência da decisão.

No processo penal vigora o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias. Como consequência, as hipóteses de recurso em sentido estrito (art. 581 do CPP) não comportam ampliação por emprego da analogia. Não está vedada, porém, a interpretação extensiva.

O CPP não prevê expressamente nenhuma hipótese de recurso em sentido estrito para casos em que o objeto da decisão tem conteúdo cível. Em duas situações, porém, não haveria como deixar de admitir o manejo da referida espécie de impugnação. São elas: contra a decisão que denega ou julga deserta a apelação (art. 581, XV, do CPP) e para reformar o julgado que indeferiu a inicial da ação reparatória (art. 581, I, do CPP).

No primeiro caso mencionado, o CPP não especifica se a apelação é cível ou criminal. Por conta da ausência de especificação, deve-se entender que em ambas as hipóteses se mostra cabível o recurso. No outro caso, o Diploma faz expressa alusão à denúncia e à queixa. Como em tais peças é possível também deduzir a pretensão reparatória, não teria sentido não permitir o recurso quando o pedido é formulado em peça separada.

Os embargos infringentes e de nulidade poderão ser opostos quando o acórdão não for unânime. Havendo voto divergente, o réu está autorizado a se valer do citado meio de impugnação. O CPP não especifica matéria, se cível ou criminal, devendo, portanto, ser aceita qualquer delas. Ademais, segundo a atual disciplina contida no CPC (art. 942), havendo divergência entre os desembargadores que apreciam a apelação, o julgamento terá prosseguimento, sendo chamados outros julgadores, em número suficiente para que seja possível a inversão do resultado, os quais analisarão o caso.

A carta testemunhável tem incidência bastante limitada. Mas, em razão de ser cabível quando o recurso em sentido estrito é denegado ou quando, embora admitido, seja obstada a sua expedição ao tribunal, não teria razão restringir a sua aplicação para apenas a matéria criminal.

Outro meio de impugnação que estaria à disposição das partes cíveis no processo penal seria o mandado de segurança. Tratando-se de ação, e tendo por objetivo proteger direito líquido e certo, somente em casos realmente excepcionais se deve admitir o seu emprego. Isso ocorreria, por exemplo, quando, de forma absolutamente descabida, o juiz indeferisse o pedido de concessão de tutela de urgência.

Por fim, foi abordada a coisa julgada. No tópico, ficou anotado que a sentença, também quanto à matéria cível, quando aprecia o mérito, faz coisa julgada material. Mesmo que a absolvição se dê por não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, VII, do CPP) e a pretensão reparatória seja julgada improcedente, não há como se pretender rediscutir a matéria no juízo extrapenal.

Optando o lesado por buscar a satisfação do direito que alega possuir perante a justiça criminal, seja qual for o resultado (procedente ou improcedente), terá de se conformar com ele, não sendo viável reabrir a discussão em outra seara.

O art. 387, IV, do CPP estabelece que o juiz fixará valor mínimo para reparação dos danos, o que não significa que, arbitrada determinada quantia, esteja a parte autorizada a, em outra ação, pleitear montante maior. Aquilo que foi julgado (ex. dano moral) estará coberto pela coisa julgada.

Perceba-se, porém, que ofendido está autorizado a postular, na ação acessória, a condenação do réu ao pagamento de determinada verba (ex. lucros cessantes), deixando para outra ação (perante o juízo cível) a cobrança de outros valores a título diverso (ex. dano moral).

É necessário, em situação como a mencionada, se atentar para o fato de que a solução da ação penal pode impedir a discussão (ex. absolvição em razão de o fato não ter existindo), não se viabilizando a referida pretensão. Isso se dá por força do efeito preclusivo panprocessual da sentença penal que transitou em julgado.

Encerrados os assuntos indispensáveis a respeito do exercício da ação de reparação do dano no processo penal, é possível perceber que ao longo do trabalho se tentou apresentar argumentos que justificam a adoção de teoria que no Brasil é tida como minoritária. Buscou-se demonstrar que é possível o juiz criminal fixar indenização em favor do lesado, mas desde que haja provocação deste, figurando a sentença de procedência como título executivo judicial.

Pretendeu-se, na verdade, apresentar o modo pelo qual o lesado precisa agir para conseguir alcançar o resultado, ou seja, para obter a reparação do prejuízo. Para tanto, diversas situações hipotéticas foram imaginadas, e isso foi necessário em razão de a legislação processual penal ser omissa em muitos pontos. Aliás, em virtude da escassez normativa, tanto a legislação como ensinamentos de doutrinadores estrangeiros serviram de apoio para o desenvolvimento da matéria.

Tudo se fez com o propósito de se contemplar teorias vindas de outros países com uma aproximação viável à realidade brasileira. Como consequência, algumas adaptações tiveram de ser feitas. É certo que, em razão disso, algumas opiniões apresentadas podem ser contestadas. Constata-se, entretanto, que todos os pontos de vista apresentados estão justificados, e mais do que isso: visou-se sempre a busca de coerência e o respeito às garantias constitucionais.

A intenção, desde o começo do projeto, foi desenvolver estudo com objetivos práticos, vale dizer, a finalidade sempre foi tornar factível a aplicação daquilo que se mostra como revolucionário no sistema processual penal brasileiro. A missão mostrou-se árdua, pois poucos são os estudiosos brasileiros que se aprofundam na análise da matéria.

Talvez a falta de interesse por este e por temas correlatos se dê em decorrência da cultura jurídica criada no Brasil, no sentido de que existe uma espécie de processo para cada providência, o que contribui para gerar estudos que não se encontram. No limbo formado, que consiste na confluência de dois setores da ciência jurídica, faltou mais atenção por parte dos estudiosos do direito.

De fato, vigora há muito tempo a concepção de que, em determinado processo, se aplicam somente medidas de cunho cível, e em outro se fazer incidir apenas medidas de natureza criminal. O reflexo dessa concepção é notado no reduzido emprego, no dia-a-dia forense, das medidas assecuratórias previstas no CPP, tais como o sequestro e a hipoteca de bens.

A previsão constante do art. 387, IV, do CPP, que reforça a ideia de sincretismo entre as espécies de processo, apesar de relativamente recente, não serviu até os dias que correm para chamar a atenção de grande parte dos doutrinadores quanto à necessidade do desenvolvimento de estudos que correspondam a diálogos entre o processo civil e o processo penal. Raras são as obras brasileiras que têm por objetivo analisar aquilo que de comum há entre os dois ramos, e ainda mais escassos são os trabalhos que analisam a reparação do dano no processo penal.

Por conta disso, o trabalho aqui desenvolvido se justifica. Com ele se pretendeu demonstrar a relevância do tema e provar que, com algum esforço, é possível criar um modelo que tem como ser aplicado e que traz efetividade ao processo penal.

Imagina-se que a partir do momento em que a doutrina se der conta de que, pelo sistema criado com o CPC/15, passou a vigorar no Brasil modelo mais aberto de processo, com a previsão de cláusulas gerais e conseqüente exclusão da necessidade de existência de detalhado regramento, figurando sempre como norte a efetiva solução de conflitos e não o cumprimento de incontáveis formalidades, tão mais fácil será colocar em prática a ação cível na justiça criminal.

Espera-se, para que isso efetivamente aconteça, que não venha a ocorrer o que sucedeu quando estava em vigor o Código de 1832. Isto é, almeja-se a não alteração legislativa para proibir a dedução de pleito reparatório no processo penal.

Se a regulação atual é ruim para alguns, o melhor a fazer é aprimorá-la. Somente com a iniciativa dos estudiosos do direito é que se conseguirá mudar o rumo das coisas. Aqui, o esforço se deu com essa intenção. Quem sabe, contando com a participação de outros, com o conseqüente aprimoramento da teoria, o Brasil sirva de exemplo de país que dispõe de legislação e obras sobre como o lesado pode ter seu direito resguardado no processo penal.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Florêncio de. Reparação do dano. *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 93, p. 24-28, jan. 1943.
- ABREU, Roberto. *A sentença criminal e a responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.
- ACOSTA, Walter P. *O processo penal: teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1979.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto; LEVENE, Ricardo. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1945.
- ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Instituto Philomathico, 1870.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Ação penal: análise e confrontos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1938.
- ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Processo penal, ação e jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Direito das sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima: arts. 1.784 a 1.856. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça de (coord). *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 18.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de. *Da legitimação na ação civil pública*. 1985. 108 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.
- ALMEIDA, José Raul Gavião de. Do julgamento antecipado da lide penal. *Revista brasileira de ciências criminais*, São Paulo, ano 3, n. 12, p. 124-129, out./dez. 1995.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- AMORIM, Carpena. *A reparação do dano decorrente do crime*. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2000.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2017.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987.

AQUINO, José Carlos Gonçalves Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 2.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Historia del derecho romano*. Tradução de Francisco de Pelsmaeker e Ivañez. Madrid: Reus, 1943.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de José M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, 1973.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Da prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos recursos no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.

AROCENA, Gustavo A. Constitución en parte civil. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p.143-185.

ASSIS, Araken de. *Eficácia civil da sentença penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

AZCONA, Mónica A. Traballini de. Demanda y contestación de la demanda. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 253-284.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *O direito de ser citado*. São Paulo: Resenha Universitária: 1980.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Crime – dano – reparação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1934.

AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de. *Curso de direito judiciário penal*. São Paulo: Saraiva, 1958. v. 2.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 1, t. 1.

BARREIROS, José António. *Processo penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 2.

BATTAGLINI, Giulio. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Paulo José da Costa Junior e Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 1964.

BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Arts. 233 a 420 – Obrigações. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 176-473.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência – tentativa de sistematização*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENEVOLO, Federico. *La parte civile nel giudizio penale*. 3. ed. Torino: Unione, 1892.

BERMUDES, Sergio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 7.

BERNAL, Beatriz; LEDESMA, José de Jesus. *Historia del derecho romano y de los neorromanistas*. 6. ed. México: Porrúa, 1995.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1975. v. 4.

BINDER, Alberto M. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2018. v. 4.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Erro jurídico-penal: culpabilidade, erro de tipo, erro de proibição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BONFANTE, Pedro. *Instituciones de derecho romano*. Tradução de Luis Bacci e Andres Larrosa. 4. ed. Madrid: Reus, 1965.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Revelia e seus efeitos*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRUNO, Anibal. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. v. 3.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2, t. 1.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 5.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857.

CABRAL, Antonio do Passo. O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP. *Revista do Ministério Público. Edição comemorativa*, Rio de Janeiro, 2015, p. 1585-1604.

CAETANO, Marcello. *História do direito português*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 1985.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos civis e processuais da sentença penal condenatória criminal – reflexões sobre a Lei nº 11.719/2008. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 56, p. 71-81, jun./jul. 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*: exposição didática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho procesal civil y penal*. Tradução de Enrique Figueroa Alfonzo. México: Episa, 1994.

CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. Padova: Antonio Milani, 1926.

CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de derecho procesal civil*. Tradução de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha, 1944. v. 1.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*: princípios constitucionais no processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1992.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidade civil sem dano*: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CASAS, Margarita D. La sentencia del juez penal que resuelve sobre la acción civil. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 409-428.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Manegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de J. Guimarães Manegale. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 3.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 4. ed. Padova: Cedam, 1992.

CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal: características, consequências e abrangência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

COCITO, Francesco. *La parte civile in materia penale*. Torino: Fratelli Bocca, 1881.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. *Mandado de segurança na justiça criminal e Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1990.

COLOMBO, Leonardo A. *Culpa aquiliana: cuasidelitos*. 2. ed. Buenos Aires: TEA, 1947.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

COSTA, José da Silva. *Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto*. Rio de Janeiro: Perseverança, 1867.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Código Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: DPJ, 2007.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 485 ao 538). In: MARINONI, Luiz Guilherme (Dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. v. 8.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Desistência da ação: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CYRILLO, Alcides. *Estudo sobre a parte civil nos processos penais*. São Paulo: [s.n.], 1939.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o 'fim' do estado de direito ou um novo 'princípio'?*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. 1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Sobre a reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1966.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 2.

DÍAZ, Carlos Alberto Chiara; OBLIGADO, Daniel Horacio. *La reparación del daño en el proceso penal*. Rosario: Nova Tesis Editorial Jurídica, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DE CUPIS, Adriano. *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1946.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DONNINI, Rogério. Da responsabilidade civil (Arts. 927 a 954). In: ARRUDA ALVIM; ALVIM, Thereza (coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: dos atos unilaterais; dos títulos de crédito; da responsabilidade civil; das preferências e privilégios creditórios (arts. 854 a 965)*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 8, p. 363-483.

DUARTE, José A. Caetano. *O erro no Código Penal*. Lisboa: Vega, 1984.

DUARTE, Nestor. Arts. 1º a 232 – Parte geral. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 15-175.

ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil: parte general*. Tradução de Blás Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944. v. 2, t. 1.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. v. 1.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. v. 2.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. v. 3.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro anotado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. v. 6.

FACHIN, Luiz Edson. *Intervenção de terceiros no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 1.

- FARIA, Bento de. *Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 1960. v. 2.
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de. *Indemnização por perdas e danos arbitrada em processo penal: o chamado processo de adesão*. Coimbra: Almedina, 1978.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- FEITOZA, Denilson. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- FELIPETO, Rogério. *Reparação do dano causado pelo crime*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance Fernandes; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O estado na reparação do dano à vítima do crime. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 678, p. 7-13, abr. 1992.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRI, Henrique. *Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime*. Tradução de Luiz de Lemos D'Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1931.
- FLORIAN, Eugenio. *Elementos de derecho procesal penal*. Tradução de L. Prieto Castro. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1931.
- FLORIAN, Eugenio. *Trattato di diritto penale: dei reati e delle pene in generale*. 2. ed. Milano: Dottor Francesco Villardi, [194-?]. v. 1, parte 2.
- FOURNIER, André. *Code de Procédure Criminelle de L'Etat de New-York*. Paris: L. Larose, 1893.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1969. v. 1, t. 2.
- GAROFALO, Raffaele. *A reparação às victimas do delicto*. Tradução de José Benevides. Lisboa: Tavares Cardoso & Irmão, 1899.
- GARRAUD, René. *Précis de droit criminel*. 4. ed. Paris: L. Larose & Forcel, 1892.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *As medidas assecutorórias do Código de Processo Penal como forma de tutela cautelar destinada à reparação do dano causado pelo delito*. 2007. 234 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GIMENES, Marta Cristina Cury Saad. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Arts. 927 a 954 – Responsabilidade civil. In: PELUSO, Cezar (coord.). *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. Barueri: Manole, 2013, p. 908-951.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código de Processo Penal anotado e comentado – Legislação complementar*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GREGORACI, Giuseppe. *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*. Torino: Unione, 1903.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal: uma tentativa de revisão*. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e ações de impugnação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 151-159.

GUALTIERI, Umberto. *I responsabili civil nel processo penale*. Napoli: Eugenio Jovene, 1969.

GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

HESPANHA, António Manuel. *Apontamentos de história do direito português*. Coimbra: João Abrantes, 1970.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; MORAES, Renato Duarte Franco de. Direito das obrigações. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). *Direito civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Tradução de Joé Luis Manzanares Samaniego. 4. ed. Granada: Comares, 1993.

JHERING, Rudolf von. *O espírito do direito romano: nas diversas fases de seu desenvolvimento*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943. v. 1.

JÍMENEZ, José Francisco Leyton. *Víctima y querellante en el proceso penal: problemas en el proceso chileno a la luz de sus fundamentos*. Santiago: EJS, 2015.

JOSSERAND, Louis. *Derecho civil: teoría general de las obligaciones*. Tradução de Santiago Cunchillos e Manterola. Buenos Aires: EJE, 1950. v. 1, t. 2.

KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Tradução de Juan Miguel. Barcelona: Ariel, 1966.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos Briz. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. v. 2.

LAVARINI, Barbara. *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

LEAL, Antonio Luiz da Camara. *Dos efeitos civis do julgamento criminal*. São Paulo: Saraiva, 1930.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2017. v. 1.

LEONE, Giovanni. *Lineamenti di diritto processuale penale*. 4. ed. Napoli: Eugenio Jovene, 1956.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal: doctrinas generales*. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1989. v. 1.

LEVI, Nino. *La parte civile nel processo penale italiano*. Torino: Torinese, 1925.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Decisão e coisa julgada. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 40, p. 203-270, 1945.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 1.

LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 12. ed. Torino: G. Giappichelli, 2017.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 2.

MACEDO, Alexander dos Santos. *Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1989.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA, 1951. v. 1.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA, 1951. v. 2.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: EJEA, 1951. v. 5.

MARIANO, João Cura. *A providência cautelar de arbitramento de reparação provisória*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 4.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Millennium, 1999. v. 3.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; MAZEAUD, Jean. *Lecciones de derecho civil: la responsabilidad civil; los cuasicontratos*. Tradução de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: EJEA, 1978. v.2, t. 2.

- MELO, Diogo Leonardo Machado de. Arts. 927 a 965. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 1271-1342.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2008.
- MENKE, Fabiano. Arts. 104 a 185. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 181-294.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. v. 1.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. 4.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 27.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 53.
- MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Tradução de P. Dorado. Bogotá: Temis, 1976.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações – 1ª parte*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1982
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, v. 416, p. 9-17, jun. 1970
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 96-116.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença penal como título executivo civil. *Revista de direito penal*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 41-50, out./dez. 1971.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Coisa julgada e declaração. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 81-89.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual – terceira série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p. 99-113.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual.* São Paulo: Saraiva, 1977, p. 97-109.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro.* 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Solidariedade ativa: efeitos da sentença e coisa julgada na ação de cobrança proposta por um único credor. *In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual – nona série.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 221-234.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Curso de processo penal.* São Paulo: Atlas, 1998. v. 4.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado.* 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NORONHA, Carlos Silveira. *Do recurso adesivo.* Rio de Janeiro: Forense, 1987.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal.* 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações; introdução à responsabilidade civil.* São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado.* 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial.* 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal.* 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NUÑEZ, Ricardo C. *La acción civil para la reparación de los perjuicios en el proceso penal.* Buenos Aires: Depalma, 1948.

OLIVEIRA JUNIOR, Antonio Sydnei de. *Revisão criminal: novas reflexões.* Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

OLMEDO, Jorge A. Clariá. *Derecho procesal penal*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. v. 2.

OSHIRO, Claudia. Facultades y deberes de las partes civiles. In: AROCENA, Gustavo. A. (coord.). *Reparación de daños en el proceso penal*. Córdoba: Mediterránea, 2005, p.187-205.

PALERMO, Pablo Galain. *La reparación del daño a la víctima del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em torno das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ensaio e artigos*. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 2, p. 21-29.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Tradução de Jose Ferrandez Gonlalez. Buenos Aires: Albatros, 1954.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Delito e a reparação do dano no anteprojeto do Código Civil brasileiro. In: PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 45-66.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 3.

PINHO, Ruy Sérgio Rebello. *A reparação do dano causado pelo crime e o processo penal*. São Paulo: Atlas, 1987.

PINTO, António Augusto Tolda. *A tramitação processual penal*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: Cejup, 1987.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. *Tratado elemental de derecho civil: las obligaciones*. Tradução de Jose. M. Cajica Jr. México: Cardenas, 1983. v. 4.

POLASTRI, Marcellus. *A tutela cautelar no processo penal*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v. 1.

RAMÍREZ, Sergio García. *El nuevo procedimiento penal mexicano: la reforma de 1993-1994*. México: Porrúa, 1995.

RAMOS, Sylvia Jacqueline Sack. *La responsabilidad civil en el nuevo proceso penal*. Florida: Valletta Ediciones, 2015.

RANEA, Roberto G. Loutayf; COSTAS, Luis Félix. *La acción civil en sede penal*. Buenos Aires: Astrea, 2002.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMANO – DI FALCO, Enrico. *Processo penale e azioni civili e amministrative secondo i nuovi codici*. Milano: Giuffrè, 1943.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 4.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 667, p. 7-16, maio 1991.

SILVA, Germano Marques da. *Direito processual penal português: noções gerais, sujeitos processuais e objecto*. 7. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso adesivo no processo civil brasileiro*. 1973. 275 p. Tese (Professor titular) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1973.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. *História do direito português: fontes de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 3.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. 2. ed. São Paulo: Magalhães, 1930

STEFANI, Gaston; LEVASSEUR, Georges. *Procédure pénale*. 11. ed. Paris: Dalloz, 1980.

SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1910.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 3.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975. v. 2.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 1.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 1, t. 2.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Processo penal*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1953.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

TUCCI, Rogério Lauria. Isenção de pena no direito penal brasileiro e seu equívoco tratamento como 'perdão judicial'. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 71, n. 559, p. 285-297, maio 1982.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problema de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4.

VITU, André. *Procédure pénale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

VON TUHR, Andreas. *Derecho civil: teoria general de derecho civil aleman*. Tradução de Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1948. v. 3, t. 2.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Tradução de Luiz Regis Prado. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ZAVASCKI, Teori. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 771 ao 796). In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. v. 12.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.