

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

RODRIGO OLIVEIRA DE CAMARGO

**REPARAÇÃO DO DANO E O “PROCEDIMENTO” DA ADESÃO CIVIL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

PORTO ALEGRE

2011

RODRIGO OLIVEIRA DE CAMARGO

**REPARAÇÃO DO DANO E O “PROCEDIMENTO” DA ADESÃO CIVIL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação para fins de cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior

PORTO ALEGRE

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C172r Camargo, Rodrigo Oliveira de.
 Reparação de dano e o “procedimento” da adesão civil no
 processo penal brasileiro / Rodrigo Oliveira de Camargo. – 2011.
 126 f.

 Dissertação (mestrado) - Faculdade de Direito, PUCRS,
 2011.
 Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior.

 1. Direito Penal – Brasil. 2. Processo penal. 3. Reparação
 do dano (Direito Penal). 3. Vitmologia. I. Título. II. Lopes
 Júnior, Aury.

CDD 341.59

Bibliotecária Responsável
Deisi Hauenstein CRB-10/1479

RODRIGO OLIVEIRA DE CAMARGO

**REPARAÇÃO DO DANO E O “PROCEDIMENTO” DA ADESÃO CIVIL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Dissertação para fins de cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 23 de março de 2011.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Júnior

Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Prof. Dr. Luiz Antônio Câmara

RESUMO

A reforma global do Código de Processo Penal, em que pese as recentes discussões acerca das classes que com ela se beneficiarão, traz consigo marcas das transformações econômicas, sociais, políticas e culturais vividas na sociedade contemporânea. Nesse contexto, atendendo a uma forte e atual tendência internacional, busca-se (re)incorporar cada vez mais ao processo penal os interesses das vítimas de delitos, outrora relegada a um segundo plano, principalmente no que guarda relação à vontade de verem reparados os danos experimentados por uma conduta delituosa. Em verdade, não se pode negar a legitimidade dos anseios dessas vítimas, tanto que alçados à condição de direitos fundamentais pela maioria das Constituições ocidentais. Questiona-se, entretanto, se o processo penal é o palco adequado para que seja satisfeita tal pretensão. Em razão disso, o presente trabalho propõe uma discussão sobre a possibilidade da utilização de um procedimento – denominado pelo Projeto Lei 156/2009 como *adesão civil* – para atingir a reparação dos danos causados às vítimas de delitos *dentro* do processo penal, bem como a verificação dos efeitos que podem ser causados ao regular andamento do processo penal. A reforma proposta no Brasil não se afasta do ideal predominante na legislação internacional, abrangendo a ideia de valorização da vítima, exatamente como reclamado pelos movimentos vitimológicos. No entanto, da forma como a questão é tratada pelo projeto desse novo Código de Processo Penal (PL 156/2009), as desvantagens trazidas pelo instituto provavelmente superarão as benesses de sua aplicação.

Palavras-chave: Processo Penal. Reparação do Dano. Vítima. Adesão Civil.

ABSTRACT

The new form of the world's Code of Criminal Procedure, in what matter the recent discussions related to the classes that will benefit with it, brings with itself economic transformations marks, social, political and cultural lived in the contemporary society. In this context, attending to a strong and actual international tendency, should seek to (re)incorporate more and mores to the criminal interests of the crime victims, formerly relegated to a second plan, mostly in what guards relation to see the will of repairing damages experienced by a criminal attitude. In fact, it cannot be denied the legitimacy of the these victims cravings, so much as reached to a condition of fundamental rights by the majority of western Constitutions. It's put in question, meanwhile if the criminal procedure is the adequate stage for this pretension to be satisfied. For this reason, the present work proposes a discussion about the possibility of the utilization of a procedure – called by the bill 156/2009 as civil adhesion – to reach the damage repairing of the victims within the Criminal Procedure, as well as a verification of the effects that can be caused to the regular course of the criminal suit. The reform proposed in Brazil doesn't separate from the predominant ideal in the international legislation embracing the idea of victim valorization, exactly as the claimed by the victimological movements. Nevertheless, in the way this matter is treated by the bill of this new Code of Criminal Procedure (bill 156/2009), the disadvantages brought by the institute probably will overcome the benefits of it's application.

Keywords: Criminal Procedure. Damage Repairing. Victim. Civil Adhesion.

Invictus

“Do fundo desta noite que persiste
A me envolver em breu - eterno e espesso,
A qualquer deus - se algum acaso existe,
Por mi’alma insubjugável agradeço.

Nas garras do destino e seus estragos,
Sob os golpes que o acaso atira e acerta,
Nunca me lamentei - e ainda trago
Minha cabeça - embora em sangue - ereta.

Além deste oceano de lamúria,
Somente o Horror das trevas se divisa;
Porém o tempo, a consumir-se em fúria,
Não me amedronta, nem me martiriza.

Por ser estreita a senda - eu não declino,
Nem por pesada a mão que o mundo espalma;
Eu sou dono e senhor de meu destino;
Eu sou o comandante de minha alma.”

(Autor: William E. Henley; Tradutor: André C. S. Masini)

AGRADECIMENTOS

Mais do que um simples agradecimento, quero fazer um reconhecimento público àqueles a quem dedico este trabalho, fruto de um processo de aprendizagem e amadurecimento pessoal e profissional a que me submeti durante esses dois anos de intensas e maravilhosas experiências no Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. São pessoas que, de alguma forma muito especial, fazem parte de meu desenvolvimento intelectual, e que contribuíram positivamente para que eu pudesse aqui chegar, motivo pelo qual faço questão de redigir esta distinção carinhosa como uma singela forma de dizer MUITO OBRIGADO.

À causa primária de todas as coisas, pela existência. À Iacira Oliveira de Camargo, simplesmente por ser, com letras maiúsculas, MÃE. À Paula Camargo Roscio, pelos eternos e recíprocos amor e carinho. À minha amada Michelle, pela compreensão nos momentos de ausência. À Wantuil Ferreira de Camargo, por me fazer lembrar, dia após dia, o significado da palavra SAUDADE.

À Aury Lopes Júnior, pela orientação séria, competente e precisa. À José Francisco “Zeca” Fischinger Moura de Souza, pelas (muitas) lições. À Rafael Braude Canterji, por uma simples e importante lembrança. À Simone Schroeder, Letícia Neves e Taísa Salvi, pela breve, mas importante, convivência. À Alexandre Bastian Hennig, pelo companheirismo e fidelidade. À João Olímpio de Souza Filho, pela oportunidade e confiança.

A todos os professores e colegas do Mestrado em Ciências Criminais da PUCRS, que personifico com carinho nas pessoas do Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt e dos eternos colegas, Mestres ou ainda mestrandos, Renata Jardim da Cunha Rieger, Marcelo Marcante Flores, Raccius Tübow Potter, Guilherme Rodrigues Abrão, Fabiano Clementel, Marçal Carvalho, Anelise Oliveira Gonçalves, Luana Michels, Maira Marques e Cleopas Isaías dos Santos. Às meninas (e menino) da Secretaria do Curso, especialmente a Srta. Raquel Pereira, pela tolerância, e ao tricolor Victor, pela parceria. À veterana Raffaella Pallamolla, pela valiosíssima contribuição doutrinária.

Àqueles que estão a ombrear o dia-a-dia comigo, por fazer parte desta minha vida.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: O “LOCUS” DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL EM “TRÊS FASES” E AS PROPOSTAS ESTABELECIDAS PELA VITIMOLOGIA	12
1.1 ENTRE A VINGANÇA PRIVADA E A CONDIÇÃO DE PROTAGONISTA NO JOGO PROCESSUAL PENAL.....	13
1.2 O REDESCOBRIMENTO(?) DA VÍTIMA E VITIMOLOGIA	19
1.3 UMA NOVA PROPOSTA VITIMOLÓGICA: A VITIMODOGMÁTICA	25
1.4 PROBLEMATIZAÇÃO DA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA	27
CAPÍTULO II - DIREITO CIVIL, DIREITO PENAL E REPARAÇÃO DE DANOS ..	35
2.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES	35
2.2 A NATUREZA DA REPARAÇÃO NO DIREITO PENAL	36
2.3 REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO PENAL: A PROBLEMÁTICA DA (NOVA) FUNÇÃO A SER EXERCIDA PARA ATENDER INTERESSES POLÍTICO CRIMINAIS	47
CAPÍTULO III – VÍTIMA E PROCESSO PENAL	49
3.1 A VÍTIMA E A FIGURA DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO	49
3.2 A REPARAÇÃO DO DANO COMO REFLEXO DOS MOVIMENTOS DE EXPANSÃO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL.....	51
3.3 A REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E MODELOS ALTERNATIVOS.....	55
3.4 EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, A MINIREFORMA DE 2008 E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 387 DO CPP	60
3.5 A INCOMPATIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO COM O FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL	64
CAPÍTULO IV - O INSTITUTO DA ADESÃO CIVIL NO PL 156/2009	70
4.1 APRESENTAÇÃO.....	70

4.2 A ADESÃO CIVIL COMO UM PROCESSO HÍBRIDO E A PROBLEMÁTICA DA MISTURA DAS CATEGORIAS DO PROCESSO CIVIL COM AS DO PROCESSO PENAL	75
4.3 DAS FORMAS DE DISTRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO COMPARADO E A DECLARADA OMISSÃO NO CASO BRASILEIRO.....	83
4.3.1 Responsabilidade Civil Solidária.....	83
4.3.2 Responsabilidade Civil Subsidiária	84
4.3.3 A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública	86
4.3.4 Determinação de outras Formas (?) da Responsabilidade Civil no Caso Processual Penal Brasileiro.....	86
4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADESÃO CIVIL NO PL 156/2009 E A SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA	87
4.4.1 A Adesão Civil como Instrumento Redutor de Complexidade e para a Promoção de Celeridade e Economia Processual	87
4.4.2 Um Olhar Sobre o Déficit Procedimental: a Adesão Civil e a (In)Observância de Procedimento como Garantia Fundamental.....	92
4.4.3 O Abandono Definitivo da Paridade de Armas	100
4.4.4 A Omissão dos Prazos Cabíveis à Adesão Civil e o Direito ao Julgamento em Prazo Razoável.....	105
4.4.5 A Opção pelo Dano Moral	109
4.5 EM BUSCA DE SOLUÇÕES PLAUSÍVEIS: O INCIDENTE PROCESSUAL COMO FORMA DE REDUÇÃO DE DANOS	113
CONCLUSÕES.....	115
REFERÊNCIAS	120

INTRODUÇÃO

A temática pesquisada insere-se na linha de pesquisa “Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos” do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. A problematização sugerida tende a analisar a inclusão do procedimento da adesão civil ao processo penal como forma que visa a oportunizar reparação dos danos causados às vítimas dos delitos, tudo em conformidade com a redação prevista no texto que ambiciona a reforma do Código de Processo Penal, de acordo com o que propõe PL 156/2009, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados sob o n.º PL 8045/2010 (apensado ao PL 7987/2010) e recentemente aprovado no âmbito do Senado Federal.

Trata-se de uma nova forma de abordagem que se abre no âmbito das Ciências Criminais e principalmente em sua esfera processual, na medida em que a participação da vítima no processo penal vem, cada vez mais, ganhando especial enfoque a partir dos movimentos vitimológicos acentuados após a Segunda Guerra Mundial. Com efeito, a principal crítica reproduzida pela Vitimologia em relação ao processo penal guarda relação justamente com a expropriação do conflito pelo Estado, colocando-se como único sujeito passivo constante do delito, não deixando espaços de atuação para participação do ofendido.

Justamente por tal motivo, temas como a vitimização secundária e a inclusão de modelos processuais de restauração e conciliação de conflitos ganharam especial relevo na seara criminológica, o que veio acompanhado por ideais de reintrodução da vítima no processo penal e de especial preocupação em relação à sua satisfação quanto à reparação do dano, culminando na proposta legislativa que faz surgir, de forma iminente, a figura da parte civil, com a atribuição de direitos, deveres e faculdades processuais.

Em que pese o referido procedimento já exista nas legislações da Alemanha, da Espanha e da Itália, nem mesmo nesses países existe consenso acerca de sua eficácia em termos de aplicação prática, o que, desde já, acende um alerta sobre a sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, que até os dias atuais vive sob a influência fascista do Código de Processo Penal de 1941, atenuada em parte pela promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim é que, mais do que apreciar a simples participação da vítima no processo penal, o presente estudo visa a analisar a proposta dos institutos que garantem às vítimas a reparação do dano com a compreensão de processo que se desenvolve em contraditório pelas partes nele envolvidas, partindo da reconstrução dos ideais Vitimológicos de forma a

estabelecer uma conformidade de seus pensamentos com os paradigmas constitucionais que norteiam o processo penal, estabelecendo-se, quando necessário, críticas ao modelo proposto.

Para tanto, o trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro deles aponta considerações introdutórias sobre a participação da vítima no processo penal, tradicionalmente subdividida em três distintos momentos, e ainda se propõe a analisar as propostas vitimológicas para que o ofendido ressurgja no cenário processual de forma a fulminar com a expropriação do conflito.

O segundo capítulo busca situar a natureza jurídica da reparação do dano para o Direito Civil e, a partir daí, estabelecer uma relação desse objeto com o Direito Penal e, principalmente, com a pena. Ainda, procura demonstrar a existência de uma irreversível tendência político-criminal no sentido de conferir maior importância e lançar a indenização civil como elemento fundamental das consequências jurídicas do crime.

Indo adiante, no terceiro capítulo é a vez de se verificar como se dá a participação da vítima no direito e no processo penal, abordando-se tanto a figura do assistente da acusação, como também as formas que privilegiam a reparação do dano nestas searas. Também, busca se demonstrar que as sucessivas orientações no sentido de introduzir a reparação do dano no processo penal nada mais são do que um nítido reflexo do fenômeno contemporâneo da expansão do Direito Penal, e que apresenta, ao menos de forma aparente, incompatibilidade da reparação do dano com o fundamento do processo penal.

Importante referir que neste espaço é também observada a evolução da legislação infraconstitucional que privilegia a reparação do dano aos ofendidos por delitos, como é o caso da Lei 9.099/95 que inaugurou o modelo que prioriza a indenização do dano em detrimento até mesmo da punição do infrator, culminando com a regra do art. 387, IV do Código de Processo Penal, inserida pela Lei 11.719/08, que prevê a fixação, em sentença, de indenização de um valor mínimo para a reparação dos prejuízos suportados pelo ofendido em decorrência da infração criminal.

O quarto e último capítulo apresenta o instituto da adesão civil ao processo penal, procedimento até então inexistente nas codificações passadas e que é proposto pelo PL 156/2009 como uma forma de possibilitar que a sentença penal condenatória arbitre em favor do ofendido uma indenização pelo dano moral causado pela infração penal. Além de apresentar este novo instituto, o trabalho busca oferecer algumas críticas pontuais – principalmente ao “procedimento” utilizado pelo legislador –, pois se verifica que, da forma como proposto, existe enorme receio de que as desvantagens trazidas pelo instituto superem

as benesses de sua aplicação, principalmente se formos levar em consideração os direitos fundamentais relacionados ao processo, o que justifica a importância da presente pesquisa.

Neste sentido, recebeu especial enfoque o problema relacionado à mistura das categorias do processo civil com aquelas próprias do processo penal; as formas de distribuição da responsabilidade civil e a evidente sobrecarga atribuída ao acusado; a utilização do procedimento da adesão civil como instrumento redutor de complexidade e para a promoção da celeridade e economia processuais; a (in)observância de procedimento regular como garantia fundamental, o que denominamos “déficit procedimental”; além de se estabelecer uma crítica às questões que envolvem o (des)equilíbrio entre acusação e defesa, a omissão de prazos processuais para o desenvolvimento do procedimento da adesão civil e uma reflexão acerca da opção legislativa para a reparação, fundada tão-somente no dano moral em detrimento do dano material.

O alicerce do presente estudo, fruto da conclusão do curso de Mestrado em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, para além da análise da participação da vítima no processo penal, está voltado para a discussão do novo instituto da adesão civil ao processo penal, opondo, sempre que possível, fundamentos críticos com base no texto constitucional. Ao final, visa a oferecer soluções compensatórias baseadas em uma política de redução de danos sem, entretanto, negar as tendências vitimológicas que oferecem especial preocupação em relação à reparação do dano que deve ser franqueada à vítima.

CAPÍTULO I - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: O “LOCUS” DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL EM “TRÊS FASES” E AS PROPOSTAS ESTABELECIDAS PELA VITIMOLOGIA

Por ser inerente à condição humana, o conflito sempre existiu e sempre existirá. As inovações neste ponto dão-se na forma em que se busca resolvê-los.

É através da monopolização da justiça penal e o exercício do devido processo legal que o Estado chama para si o *jus puniendi* e a reconstrução do fato social (fato-penal pretérito). Ou seja, o Estado busca “[...] racionalizar o conflito existente entre o desviante e a vítima.”¹

A problemática da vítima cada vez mais ocupa um papel de destaque no Direito Penal, no Direito Processual Penal e na Política Criminal. Maier analisa este objeto afirmando que, quando se fala em vítima no Direito Penal ou em ofendido no processo penal, tem-se não só a impressão de que a problemática está sendo impulsionada por uma nova onda de política criminal, como também que os direitos das vítimas tenham-se formado no mundo pós-moderno.²

Em verdade, a vítima chegou a ocupar uma posição de destaque quando a composição era uma forma comum de solução de conflitos³, sendo desalojada dessa condição pela Inquisição, enquanto o processo penal tomava a forma de um instrumento de controle social estatal, por intermédio da persecução penal pública, momento em que o dano real produzido não mais importava. A pena estatal aparecia como mecanismo de controle pelo poder político central, como instrumento de coação nas mãos do Estado.⁴ A discussão a que nos propomos a expor passa, obrigatoriamente, pela apresentação do contexto da vítima no processo penal e pelos três principais momentos estabelecidos pela Criminologia que demonstram a evolução de seu reconhecimento.

¹ WUDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95. In: WUDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 24.

² MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**: parte general: sujetos procesales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 582.

³ A exemplo do Direito Penal praticado hodiernamente, a composição consistia na substituição de uma pena corporal afliativa por uma prestação pecuniária, livrando o ofensor do castigo com a “compra da liberdade”, através do pagamento em moedas, gados, armas, especiarias etc., ou seja, através de uma indenização. O agente, juntamente com o Estado-Juiz, compõe a satisfação pelo dano causado ao ente social. Esta composição é a origem remota das formas de indenização amparadas no Direito Civil e da multa do Direito Penal (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91).

⁴ MAIER, op. cit., p. 582.

1.1 ENTRE A VINGANÇA PRIVADA E A CONDIÇÃO DE PROTAGONISTA NO JOGO PROCESSUAL PENAL

Em um primeiro momento histórico, vivenciado na Idade Média e conhecido como vingança privada, era a própria vítima que reunia seus esforços para abrandar a agressão, por meio da “revindicta”, que nada mais significava do que a retribuição, pelo próprio ofendido ou seus representantes, ao mal sofrido. Este modelo de justiça privada, em que a vítima exerce um papel de protagonista, “[...] não se estruturava sob qualquer condição de equidade ou de justiça”⁵, mas buscava a composição do dano por meio de sua reparação⁶.

Não podemos deixar de registrar que, mesmo em diferentes contextos sócio-culturais, já existiam modelos alternativos ao punitivismo os quais, diante do desenvolvimento do Estado moderno europeu e o seu conseqüente processo de centralização e monopolização do poder político, foram gradativamente sendo esquecidos.⁷

Em tal conjuntura, Carrasco Andrino refere que não foi somente da vingança privada que se valeram as culturas primitivas para repelir os tipos de agressões então existentes, e que as investigações históricas também evidenciam que ainda existiam algumas espécies de ofensas públicas, isto é, ofensas que afetavam ao ordenamento público ou à coletividade e, por isso mesmo, o castigo era um assunto que se vinculava à ação pública. Por tal razão é que rechaça o autor “[...] *la idea de que en las sociedades prefeudales no había una distinción entre lo ilícito penal y lo civil, o que la reparación era la única respuesta frente al conflicto.*”⁸

Idêntica constatação é feita por Manzini, que aponta precedentes históricos admitindo que as ações penais e civis derivassem de todos os delitos, tanto públicos como privados (*ex omnibus delictis, tan publicis, quam privatis*), e que haviam ações simultâneas para a satisfação do interesse civil da parte (ação civil) e para a satisfação dos interesses públicos

⁵ Isto porque, é importante ressaltar, ante a inexistência de fiscalização às retribuições privadas, tornou-se natural que estas ultrapassassem a proporção entre a conduta criminosa e o “castigo”, muitas vezes excedendo os limites do mal sofrido e levando o opositor ao mal extremo, que podia resultar inclusive com a sua morte (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 89).

⁶ Neste modelo, “[...] a punição decorrente do crime tinha caráter religioso e retributivo, visando à manutenção da coesão social, seja pela *revindicta*, seja pela reparação do dano” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 4).

⁷ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal**: apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999. p. 8-9.

⁸ CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. La Mediación del delincente-vítima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). **Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate**, Madrid, n. 34, p. 69-86, mar. 1999. p. 84.

(ação penal – *insimul agitur civiliter ad commodum et interesse partis, et criminaliter ad publicam vindictam*).⁹

Ao vislumbrar a necessidade da passagem de um estado de natureza – onde os homens eram completamente livres, carentes de um poder hierárquico, com pleno controle sobre sua liberdade, mas que, por outro lado, eram regidos por uma lei que obrigava a todos, a razão – para o estado civil – representado pela transferência do poder privado ao poder público – o homem renuncia suas liberdades e transfere-as ao recém constituído Estado.¹⁰ Neste momento, a justiça privada e a vingança privada dão lugar à Justiça Pública, e a vítima acaba sofrendo um processo de neutralização, pois de protagonista na persecução penal passa a ocupar a posição de mera informante das condutas delitivas¹¹, passando a ser preocupação, agora, do Estado, detentor do monopólio jurisdicional¹². Como diz Carvalho, “[...] em nome da razão sobre a emoção, o Estado retira a vítima do conflito, visto ser esta incapaz de sublimar os fatos dado a sua natureza passional (humana).”¹³

O Estado é consagrado com a finalidade de preservar a dignidade e a propriedade de seus cidadãos contra atitudes irracionais e vingativas, o que o outorga à condição de racionalizador dos desejos ilimitados de vingança daqueles homens lesados em seus direitos. Neste contexto, cabe ao Estado, na condição de árbitro acima das partes, estabelecer proporcionalmente sanções e reparação de danos de forma a proteger o indivíduo que lesou a ordem, ao mesmo tempo em que impede uma resposta desmedida dos sujeitos lesados envolvidos no litígio posto.¹⁴

Assim, um dos motivos desse período de neutralização da vítima é a unificação do poder nas mãos de um terceiro, o monarca, detentor da prerrogativa de estabelecer a verdade entre partes litigantes, já que antes a relação se estabelecia apenas entre dois sujeitos. Com o

⁹ “*En via de principio se excluía además que la causa penal y la causa civil pudieran acumularse ante el mismo juez ‘(...)’ [pues es mayor y más digna la causa criminal que la civil, y donde una causa es mayor que la outra no se pueden acumular simultáneamente dos acciones]. Pero si la acción civil conexas a la acción penal tenía por objeto la pretensión reparatória, la acumulación era posible.*” (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín (Trad.). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951. t. 2, p. 399-400).

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo penal de luigi ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 41-43.

¹¹ Conforme bem observa Maier (2003, p. 583), “[...] *por mucho tiempo la víctima pasó a ser el convidado de piedra del sistema penal. La reparación desapareció de ese sistema y quedo solo como objeto de la disputa entre intereses privados, el Derecho penal no incluyó a la víctima ni a la restitución al status quo ante – o la reparación del daño – entre sus fines y tareas, y el Derecho procesal penal solo le reservo al ofendido, em la materia, um papel secundario y penoso, el de informar para conocimiento de la verdad.*”

¹² BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5.

¹³ CARVALHO, op. cit., p. 44.

¹⁴ CARVALHO, loc. cit.

reconhecimento do poder estatal nas mãos desse terceiro, o crime, antes de atingir o ofendido, atinge primeiro a pessoa do soberano; e a vítima passa a ser estigmatizada, pois tem interesse único na vingança.¹⁵ Assim é que, conforme Foucault, “[...] a infração, segundo o direito da era clássica, além do dano que pode eventualmente produzir, além mesmo da regra que infringe, prejudica o direito do que faz valer a lei.”¹⁶

Ao propor a releitura de Locke, em *Epistola de tolerantia*, verificou Carvalho que o autor inglês já defendia que a violação das leis civis deveria ser contida unicamente pelo Estado, e que “[...] a resposta ao delito consistiria não na punição generalizada com o escopo de salvar almas, mas na privação dos bens civis dos quais o indivíduo podia e devia dispor.”¹⁷ Também é neste sentido que Beccaria já denunciava que “[...] houve época que quase todas as penas eram pecuniárias. Os delitos do homem eram patrimônio do príncipe.”¹⁸

É considerando tais argumentos que, baseado na obra *A verdade e as formas jurídicas*, de Foucault, Barros identifica quatro importantes mudanças na relação entre a vítima e o modelo de Justiça inaugurado neste período: a) não são mais as partes envolvidas no conflito quem devem solucioná-lo, mas sim o Poder Judiciário; b) o surgimento da figura dos procuradores do Rei, incumbidos de “dublar a vítima”, na medida em que se deve descrever ao Poder Judiciário a lesão efetuada aos bens ou aos interesses do ofendido, o que, aos poucos, acaba substituindo a vítima pelo poder político; c) a substituição do conceito de *reparação do dano* por *infração penal*: a lesão sofrida pelo ofendido deixa de ser compreendida como dano, e passa a ser tratada como desrespeito ao ordenamento jurídico e ao soberano e, finalmente; d) o entendimento de que, como a parte lesada pela conduta é o soberano, não cabe somente reparar o dano à vítima, mas, principalmente, reparar o dano causado à paz social e à pessoa do Rei.¹⁹

Neste período de neutralização, que ocorreu com a ascensão do ideal da filosofia Iluminista e da Escola Clássica, não é mais à vítima que se voltam preocupações científicas, mas sim aos delitos e à humanização das penas, emprestando-se maior importância à pessoa

¹⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 11-12.

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história de violência nas prisões. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 41.

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**: uma leitura do garantismo penal de luigi ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 48.

¹⁸ Esta condição é retratada na célebre obra *Dos Delitos e Das Penas*, quando Beccaria já explicava que: “O objeto da pena era, pois, o litígio entre o fisco (o cobrador dessas penas) e o réu. Tratava-se de negócio civil, contencioso, mais privado do que público, que dava ao fisco direitos outros dos conferidos pela defesa pública e ao réu outras culpas, além daquelas que ele havia incorrido pela necessidade do exemplo.” (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. rev., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 67).

¹⁹ BARROS, op. cit., p. 12.

do transgressor.²⁰ Além disso, há uma clara distinção entre o direito público, voltado para a inauguração de uma estrutura estatal político-administrativa básica, responsável pela manutenção da coesão e do controle social, e o direito privado, fundado na relação de produção e regido pela sociedade civil ainda em estágio de incipiente organização.²¹

Essa divisão de esferas e a sobrecarga de poderes na mão do Estado desvendam uma tendência em agir contrariamente aos interesses de defesa das tutelas dos direitos dos cidadãos, seja ele ofensor ou vítima. As ciências penais passam a desempenhar um papel incontrolável na tarefa de racionalização do poder desmedida e irracionalmente punitivo exercido pela instituição estatal.²² Visto sob a ótica exclusivamente retributiva, define-se o Estado como vítima do delito, o comportamento danoso como violação de regras de conduta e, por fim, desconsidera-se totalmente o relacionamento entre ofensor e vítima.

Isto deságua na compreensão de que o Estado se apropria do conflito penal, relegando a vítima a um segundo plano.²³ De qualquer forma, como a persecução penal é conduzida por um órgão oficial²⁴, seja o juiz, no sistema inquisitório, seja o Ministério Público, no sistema acusatório, a participação da vítima acaba sendo prejudicada, se não inexistente.

²⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5.

²¹ *Ibid.*, p. 16.

²² Sustenta Carvalho que “[...] o paradigma racionalista das ciências criminais forjado no alvorecer da Modernidade não esteve isento de germens autoritários típicos dos modelos de defesa social (Baratta). Embora visível esta marca defensivista, a predominância no interesse oficial de proteção do valor liberdade, associada à percepção herdada do medievo da ausência de controle quando colocada em movimento a máquina repressiva, possibilita desenvolver concepção pessimista em relação aos poderes penais. A intervenção estatal na órbita da repressão e da punitividade, portanto, ao invés de estar associada às garantias e em respeito aos direitos das pessoas, demonstra radical potência para romper com a legalidade, produzindo ofensa aos direitos humanos de todos os envolvidos: das vítimas, pela expropriação do conflito e pela revitimização operada no processo penal (vitimização secundária); e dos investigados, réus e condenados, face à inobservância das regras do jogo (penal e processual penal).” (CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p. 114).

²³ Consoante Bustos e Larrauri, “[...] *la configuración del derecho penal y procesal se há establecido en el Estado moderno sobre la base da alienación del conflicto respecto de sus actores y en especial de la alienación de la víctima de su problema. El Estado absorbe el conflicto y el problema, y, además, parte de la suposición de derecho que lo resuelve y a satisfacción de sus actores.*” (BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas)**. Barcelona: PPU, 1993. p. 50).

²⁴ Esta situação, conforme assevera Coutinho, é alçada à condição de princípio, o chamado *princípio da oficialidade*, o qual, “[...] como se sabe, produz um corte epistêmico não desprezível: representou a consagração do público sobre o privado (trata-se de saber a quem cabe a decisão de investigar uma infração penal e, depois, submetê-la ou não à apreciação jurisdicional através do exercício da ação penal), da imposição da jurisdição estatal, em *ultima ratio*, sobre a vingança privada, abrindo as portas à delimitação da resposta penal. Assim, era sintomático que, chamando para si, com exclusividade, a jurisdição (*o dicere ius* ou *o iuris dicto*), e submetendo a sanção penal ao crivo de sua pena (com as consequências daí decorrentes, dentre elas a investigação e a ação penal oficial), abrisse o Estado as portas para que a vítima, antes senhora da ação e da punição – e não raro do perdão – fosse, paulatinamente, alijada do processo ou, pelo menos, ganhasse uma importância tão pequena que representasse um quase nada.” (COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. **Segurança Pública e o Direito das Vítimas**. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidade desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 477).

No contexto do presente estudo, a compreensão da natureza jurídica do processo penal ganha importante significado, mormente no que guarda relação com a determinação dos vínculos que unem os sujeitos. A expropriação da vítima aparece como base justificadora para os autores que defendem a natureza do processo penal como uma relação jurídica tripartida, entre Estado, autor e réu.²⁵ É nesta mesma linha que Lopes Júnior sustenta:

[...] na esfera penal, influência decisiva para o abandono das teorias privadas foi o fato de a pena passar ao estágio de *pena pública*, [...], exigindo que a administração da justiça fosse exercida pelo Estado, pois ele passou a deter o poder de punir com o abandono e a proibição da vingança privada.²⁶

La teoria de las Excepciones Dilatorias y los Presupuestos Procesales, de Oskar Von Bülow, estabelece um marco para o processo, rompendo a unidade até então existente entre direito material e direito processual e, mais do que isso, estabelece o “[...] definitivo sepultamento das explicações privatistas em torno do processo.”²⁷ O conceito de partes no processo penal recebe alta influência da teoria de Bülow – teoria do processo como relação jurídica –, representando a inserção do Estado, detentor do monopólio do exercício da jurisdição, entre as partes, através do exercício de uma relação processual, o que significa, para Lopes Júnior,

[...] o marco mais relevante para o estudo do conceito de partes, principalmente porque representou uma evolução do conteúdo democrático-liberal do processo, em um momento em que o processo penal era visto como uma simples intervenção estatal com fins de ‘desinfecção social’ ou ‘defesa social’.²⁸

O radical afastamento da vítima, neste cenário, se dá na medida em que essa relação jurídica de natureza essencialmente pública se desenha estritamente entre as partes – Ministério Público e réu – e o juiz, este último visto como um órgão público no exercício da administração da Justiça, através da reciprocidade de direitos e obrigações processuais estabelecidos na teoria de Bülow.²⁹ Também, porque se estabelece uma patente distinção

²⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 18.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 36, grifo do autor.

²⁷ LOPES JÚNIOR, loc. cit..

²⁸ LOPES JÚNIOR, loc. cit.

²⁹ Em que pese a teoria de Bülow tenha sido refutada por Goldschmidt, principalmente no que guarda relação com a ideia de processo como relação jurídica e a existência de obrigações processuais, não há divergência no sentido da participação do Estado como parte do conflito. Conforme extraímos de Goldschmidt, “[...] *la competencia judicial para el derecho de penar no se ha alterado en el proceso acusatorio, que es en realidad una institución técnico-artificial y una creacion de el Estado de derecho. El proceso acusatorio há configurado el proceso penal según el modelo del proceso civil como un ‘actus trium personar’*. El sentido y

entre a relação jurídica de direito material e a relação de direito jurídico-processual, identificando-se o processo como a busca de segurança no alcance do poder-dever jurisdicional, atribuindo-se ao juiz o dever de conduzi-lo até um provimento final.³⁰

Ao historiar as bases científicas da ciência processual, Giacomolli aponta-nos que o processo no Século XX é assentado na tríade jurisdição, ação e processo.³¹ Na esfera criminal, “evidencia-se a necessidade de processo e jurisdição oficiais à incidência da potestade punitiva, exclusividade do Estado, abandonando-se a acusação essencialmente privada e de natureza predominantemente arbitral (Grécia e Roma Republicana)”. Em outras palavras, o que está a salientar Giacomolli é a necessária separação que se deve reproduzir entre o processo penal e os interesses privados, geralmente de caráter indenizatório e reparatório – essencialmente econômicos.³²

Não por outro motivo que o autor rechaça as teorias que sustentam a unidade entre processo civil e processo penal, pois não enxerga qualquer assimilação entre suas formas de injusto (civil e penal). Giacomolli identifica no estabelecimento da pena criminal o primeiro rompimento entre os processos, seguindo-se pela diferenciação entre o caráter público e privado das pretensões deduzidas em juízo, pela predominância da oficialidade e da

*el fin de esta medida de politica procesal es dispensar al juez de la iniciativa de la persecución penal, para garantizar la imparcialidad de su actuación, es decir, hacer depender la realización de la justicia punitiva de el ejercicio de un derecho de acusación, que se dirige a la actuación de el poder punitivo de el juez. Pero por eso no hay que construir el proceso acusatorio mecánicamente según el proceso civil. La situación jurídica del querellante es completamente outra que a del actor. No hace valer, como éste, um derecho próprio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del derecho judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. Tal es el verdadero sentido del 'j'acuse'. La exactitud de nuestra concepción se manifiesta claramente, em cuanto que el querellante es una persona particular, ya sea el ofendido, ya outro ciudadano, porque evidentemente no puede exigir que se adjudique el derecho de penar de el Estado.” (GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 2001. p. 49-50).*

³⁰ É importante referir, como fez Barros, que “[...] autores como Kohler descreviam a relação jurídica de forma linear, formada pelo autor e o réu, e de natureza privada. Esta teoria foi amplamente criticada, haja vista que o processo surgiu como instrumento para se evitar a vingança privada, e no processo o juiz participa da relação jurídica, sim, não se tratando de uma relação entre autor e réu, pois esta é a relação do direito material.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19).

³¹ “No que tange à jurisdição, embora definida (o que é), duas concepções passaram a situá-la no plano do direito processual e no plano constitucional (onde está); já no que tange à ação, a discussão centrava-se entre teorias abstratas e concretas (o que é) e sua localização no campo do direito material ou processual (onde está). Por sua vez, ao que ao processo diz respeito, nessa perspectiva, apesar do consenso acerca de sua localização (onde está), duas importantes teorias passaram a explicar o que representa (o que é), ou seja, as teorias da relação jurídica processual de Bulow e a teoria da situação jurídica processual de Goldschmidt.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. p. 275).

³² Em sentido diametralmente oposto vieram as reformas proporcionadas com o advento da Lei 11.719/2008 onde as quais, “[...] sob a pretensão de reparar os danos causados à vítima, compelindo o magistrado a fixar um valor de reparação dos danos, apartam-se os avanços do processo penal e oferecem uma ilusão de completude (vítima deverá executar a sentença penal condenatória para obter a *restitutio in integrum*).” (Ibid., p. 277).

legalidade no processo penal e, no processo civil, pela regra da disponibilidade.³³ Para o autor, dessa necessidade é que decorre o grande desafio da doutrina processual penal neste milênio: “[...] assentar o processo penal em bases teóricas próprias, desvinculadas, não necessariamente de forma total, das categorias do processo civil, extirpando ou amenizando os males e retrocessos que a teoria da unidade processual está produzindo na esfera do processo penal [...]”³⁴

Com efeito, e neste ponto concordamos integralmente com a assertiva colocada, o autor denuncia que no plano político e ideológico atribui-se ao Direito Penal e ao processo penal funções de outros poderes de Estado e de superestruturas, e que as crescentes criminalidade e violência são atribuídas a sua defeituosa incidência, como se Direito Penal e processo penal tivessem a atribuição de extirpá-las.³⁵ É bem verdade que as complexas relações estabelecidas pelo incremento da sociedade e sua dinamicidade exigem a busca de soluções políticas e jurídicas por parte do Estado, e que a pena criminal, a qual tem aplicação exclusiva no processo penal, deve oferecer uma resposta rápida, eficiente e utilitária à criminalidade.³⁶

Contudo, o incremento de atribuições ao processo penal, como é o caso da adesão civil que aqui será objeto de nossa análise mais aprofundada, só viria a consumir – mais – com a sua capacidade de resolução dos conflitos, pois permanecem suas estruturas intactas e as reformas, como propostas, vendem uma falsa aparência de funcionalidade. Conforme Giacomolli, esses tipos de soluções apresentadas, situam-se na “[...] superficialidade digitalizada da aceleração e da quantidade, na doce ilusão de que quanto mais respostas, mais soluções existirão.”³⁷

1.2 O REDESCOBRIMENTO(?) DA VÍTIMA E VITIMOLOGIA

Como o Estado chamou para si o papel de resolução de conflitos de interesses e colocou diante do juiz o processo, foi de fundamental importância fazer cessar a relação entre

³³ GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. p. 278.

³⁴ GIACOMOLLI, loc. cit.

³⁵ GIACOMOLLI, loc. cit.

³⁶ Ibid., p. 280.

³⁷ GIACOMOLLI, loc. cit.

as partes, de forma a evitar que os particulares fizessem justiça pelas próprias mãos e, ainda, a garantir a posição do imputado. Pelikan reconhece, neste sentido, que “[...] é necessário atribuir a acção de violar a lei a uma pessoa concreta para accionar a ‘estabilização da norma’ [...]”, e que “[...] esta marginalização da vítima é o resultado de um processo histórico e relaciona-se com o domínio do Estado, com o aparecimento de um Estado centralizador, e do Direito Penal e da pena como instrumentos para afirmar aquele domínio.”³⁸

Por outro lado, este movimento acusou severas falhas e acumulou críticas, ao passo que foram identificados fortes sentimentos de insatisfação com a administração da Justiça e, principalmente, um grande descontentamento em relação ao tratamento recebido pelas vítimas no processo penal.³⁹ Carrasco Andrino aponta que “[...] *en particular, los escasos derechos procesales reconocidos a la víctima junto a la casi nula asistencia posdelictiva chocaban con los derechos y garantías que se venían otorgando al presunto autor del derecho delictivo.*”⁴⁰ Ou seja, à vítima, que anteriormente detinha em suas mãos a maioria dos casos de perseguição penal, não restara absolutamente nada, a não ser estar submetida aos órgãos da administração da Justiça, representante do interesse público, bem como reconhecer suas remotas possibilidades de compensação aos danos sofridos pela prática delituosa, já que o processo penal dificilmente proporcionaria alguma condição para que se visse reparada pelos danos experimentados.⁴¹

Acredita Christie que a Criminologia de alguma forma tenha aprofundado um processo em que se arrebataram os conflitos das pessoas que estejam diretamente nele envolvidas, de modo que, ou tenham desaparecido, ou o tenha transferido para “*otra gente*”, alcançando-se, de qualquer modo, um estado deplorável. Para o autor, os conflitos, que podem causar danos tanto ao grupo social quanto ao indivíduo, não devem ser somente abandonados a sua sorte, mas sim de alguma forma utilizados para a busca de resultados úteis

³⁸ A autora ainda complementa sua intervenção referindo que “[...] esta orientação para o agressor provém também da necessidade de restringir e controlar o domínio do Estado através do estabelecimento de regras de processo adequadas, que devem ser cumpridas para legitimar as pesadas intervenções do poder deste na vida das pessoas” (PELIKAN, Christa. *Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal*. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no Âmbito da Decisão: Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 73).

³⁹ “*El Derecho penal moderno, preocupado por limitar el poder estatal y proteger la parte más débil en esta contienda, se había olvidado de la víctima. De modo que ésta, relegada a un papel pasivo de mero objecto de investigación, experimentaba en el procedimiento penal una segunda victimización, consecuencia de la falta de información y de la sensación de impotencia ante el delito.*” (CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. *La Mediación del delincente-vítima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos)*. **Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate**, Madrid, n. 34, p. 69-86, mar. 1999. p. 73).

⁴⁰ CARRASCO ANDRINO, loc. cit.

⁴¹ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal: apertura de una nueva vía?** Granada: Comares, 1999. p. 13.

por quem originariamente se veja envolvido nele. Por tal razão, e de forma a evitar a multiplicação da vingança privada e da “*vendetta*”, legitima-se a autoridade.⁴²

Assim, se a base justificadora do processo é exatamente o afastamento da vítima do conflito, passou-se a buscar alternativas para recompor o seu adequado papel sem, entretanto, negar a legitimidade do Estado na solução dos conflitos.⁴³ Surgem aí inúmeros movimentos em favor das vítimas que culminam na publicação de tratados e declarações, principalmente nos Estados Unidos. A inaugural *Declaração sobre as Vítimas dos Delitos*, de 1982, recomendava a modificação legislativa em favor de uma maior participação da vítima dentro do procedimento penal, principalmente através de uma emenda à Constituição americana de forma a reconhecer a necessidade de a vítima estar presente e ser ouvida em todos os atos do processo penal. Também, ainda no mesmo ano, é promulgada a *Ata Federal de Proteção de Testemunhas e Vítimas*, o que ocorre paralelamente à modificação de diversas Constituições dos Estados federados, indicando a restituição à vítima como uma sanção penal independente e regulando sua aplicação.

A legislação da Europa não ficou alheia aos movimentos norteamericanos e, em 1983, o continente realiza a *Convenção Européia sobre a Reparação das Vítimas dos Delitos Violentos* que, assim como a *Recomendação R (85)11* aprovada pelo Conselho da Europa, incentivou a introdução na legislação de meios extrapenais para a solução dos conflitos criminais (mediação/conciliação), em flagrante proposta de substituição aos procedimentos formalizados.

Em 1985 é a vez da promulgação da *Declaração das Nações Unidas dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e Abuso de Poder*, extraída do VII Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, celebrado entre agosto e setembro daquele ano. Também, em 1985 e 1987 são proclamadas duas *Recomendações do Conselho da Europa sobre a Posição da Vítima*, no âmbito do Direito

⁴² CHRISTIE, Niels. Los Conflictos como Pertencia. In: MAIER, Julio (Org.). **De los Delictos y de las Víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 159.

⁴³ Conforme Coutinho, “[...] os focos das atenções, por óbvio, passaram a ser os réus, submetidos ao Leviatã mas, com a modernidade, tendo sido jungidos à condição – de todo indispensável – de cidadãos, mereceram – e era o que se pretendia – a atenção e, portanto, tornaram-se *objetos de proteção*. Pensar sobre eles, destarte, passou a ser medida indeclinável, sem embargo de não ter deixado de ter importância a vítima, já não mais imolada e sem qualquer proteção. Tal mister, sabe-se bem, era e é missão primeira do Estado que, pela *legalidade*, garantia – ou deveria garantir – a *igualdade*. Ledo engano! Mas foi o que se projetou na cultura ocidental e prevalece até hoje. Daí ser difícil – muito difícil – resgatar o adequado papel das vítimas porque, de certo modo, isso só se faz renegando aquele do Estado, o que soa, no mais das vezes, como ato reacionário, de todo indigesto e indesejado por quem pensa sempre na democracia.” (COUTINHO Jacinto Nelson de Miranda. Segurança Pública e o Direito das Vítimas. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidade desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 477, grifo do autor).

Penal e processual penal⁴⁴ e, em 1996, o *European Forum for Victim Services* publicou a *Declaração dos Direitos Sociais das Vítimas de Crimes*, a *Declaração dos Direitos das Vítimas de Crime e Serviço de Qualidade* e a *Declaração dos Direitos da Vítima no Processo Penal*, sendo esta última a que veio a ser a principal fonte da *Decisão Quadro do Conselho da União Europeia de 15 de março de 2001 relativa ao Estudo da Vítima no Processo Penal*⁴⁵, o primeiro documento internacional vinculativo que reconhece implicações aos países que integram a União Europeia e àqueles que pretendem integrá-la⁴⁶.

Assim, o resgate da condição de vítima participativa no processo penal, mesmo que de forma imprópria, foi possível graças ao positivismo criminológico, incluindo o ofendido e a reparação como uma das tarefas e funções do Direito Penal. A partir da inauguração dos estudos da Criminologia em seus aspectos antropológico, sociológico e psicológico, em que o foco das pesquisas está voltado somente para a pessoa do criminoso⁴⁷, deixou-se de lado a preocupação exclusiva com o delito, dirigindo-se também as atenções para o tratamento adequado a se dispensar aos comportamentos criminalizados, especialmente em Ferri.⁴⁸

Baratta afirma que a Escola Positiva desvia suas atenções também à forma do tratamento adequado que se deve empregar ao delito, e a ideia de *responsabilidade social* substitui lentamente a até então empregada ideia de *responsabilidade moral*, reafirmando-se a

⁴⁴ “Entre 1985-86, o Conselho da Europa foi bastante activo na recomendação de padrões: foi produzida uma Convenção relativa à indemnização de vítimas de infrações violentas, bem como duas Recomendações, uma sobre o estatuto da vítima no âmbito do Direito Penal e do processo penal e outra relativa à assistência das vítimas e a prevenção da vitimização. Estas eram, no entanto, apenas recomendações, podendo cada país decidir se queria ou não colaborar nesse sentido.” (REEVES, Helen. *Direito das Vítimas de Crime na Europa*. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 9).

⁴⁵ “A Decisão Quadro, ainda que relativamente curta, contém um conjunto de disposições bastante abrangentes. Estabelece que as disposições legais, administrativas e regulamentares de cada um dos países devem aproximar-se, no intuito de se atingirem níveis mais elevados de protecção às vítimas de crime. Reconhece igualmente o conceito de vitimização secundária e preconiza uma abordagem compreensiva e coordenada das necessidades das vítimas, de forma a evitar o agravamento dos problemas causados pelo crime. Contrariamente aos protocolos anteriores, estas disposições não se confinam no processo criminal, estendendo-se ao período anterior e posterior a este, a fim de atenuar os efeitos decorrentes do crime. Não obstante os serviços de apoio à vítima sempre terem considerado esta atenuação tarefa essencial, a maioria dos governos limitava o seu campo de actuação a evitar o cometimento de abuso durante o processo criminal.” (REEVES, loc. cit.).

⁴⁶ Para efeitos do presente estudo, importa destacar a previsão constante no documento de que “[...] as disposições de natureza financeira abrangem não só o direito de obtenção de indemnização pelo agressor mas também o direito de assistência para o exercício desses direitos (a partir de 2004), incluindo a provisão para despesas.” (Ibid., p. 10).

⁴⁷ Este momento inaugura uma nova forma de pensar a criminalidade, pois, conforme acentua Boschi, “[...] seu método, ao contrário dos clássicos, era experimental, e não metafísico, e seu campo de estudo era a pessoa do criminoso, e não a ideia apriorística e abstrata de crime, como eles propunham.” (BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 54-55)

⁴⁸ Barros, ao reler o autor italiano, assevera que a reparação do dano é por ele compreendida “[...] como obrigação do delinquente em decorrência do cometimento do delito e como possível solução a título de pena, nas hipóteses de crimes menos graves.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6).

concepção de pena como meio de defesa social. Baseado em Ferri, o autor aponta que à pena se agregam meios de defesa contra o crime, os quais são chamados de “substitutivos penais”, e que não agem unicamente de forma repressiva, mas, também, de modo reeducativo e curativo.⁴⁹

Da mesma forma, Pérez Sanzberro também identifica que nesta época a reparação à vítima foi considerada como uma obrigação de caráter público, eis que articulada como uma modalidade de sanção pecuniária e, em alguns casos, como medida substitutiva à pena privativa de liberdade. Este posicionamento, contudo, foi alvo de algumas críticas, pois não distinguia de forma clara a necessária diferenciação entre pena e ressarcimento do dano, o que se faz de fundamental importância dentro do contexto que adiante será abordado.⁵⁰

Entretanto, somente após a Segunda Guerra é que a vítima saíria efetivamente do ostracismo em que havia mergulhado desde o final da Idade Média, o que ocorre com a moderna Criminologia, pois aos estudos do delito e do delincente soma-se a preocupação com a prevenção, com o controle social e com a vítima.⁵¹ Ao se reconhecer o crime como fato normal existente dentro da nossa – complexa – sociedade, passou-se a reivindicar a Vitimologia como um ramo próprio da Criminologia, onde o objeto de estudo seria quase exclusivamente a vítima e as relações que porventura surgissem com a ocorrência de um delito.⁵² Esta terceira fase, a de redescobrimto⁵³, defende a importância de se atrair atenção

⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Juarez Cirino dos Santos (trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999. p. 39-40.

⁵⁰ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal**: apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999. p. 7-8.

⁵¹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6.

⁵² “Na década de 60 e 70, nos Estados Unidos, vivenciou-se a crise do ideal ressocializador e da ideia de tratamento através da pena privativa de liberdade, a qual desencadeou, na década seguinte, o desenvolvimento de ideias de restituição penal e de reconciliação com a vítima e com a sociedade. Houve, então, naquele país, duas propostas político-criminais: uma sugeria um retribucionismo renovado (teoria do *just desert*), enquanto outra propunha uma mudança de orientação no Direito Penal, focado agora na vítima do delito (movimento reparador).” (PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 34).

⁵³ Importante fazer constar a ressalva que faz Oliveira à terminologia empregada para este terceiro momento, para quem é inapropriada, pois remete a uma ideia equivocada de retomada de um processo de descobrimento que, na realidade, jamais ocorreu: “Em primeiro lugar, deve-se considerar que a vítima que hoje desponta no campo do Direito Penal, independentemente do impacto teórico ou prático que vá causar nesse ramo do direito, não é a mesma vítima da história distante. A ela foram agregados os atributos que integram a ‘dignidade da pessoa humana’, no exato sentido de extensão conferido nos termos do art. 1º da Constituição do Brasil. E, mais, o contexto social em que está inserida não é formado por grupos vinculados só pelas urgências da vida, nem dominado por um soberano centralizador. É o contexto do Estado Democrático de Direito. Aí já reside uma distinção fundamental que torna, no mínimo, perigosa a utilização da expressão redescobrimto.” (OLIVEIRA, 1999 apud BARROS, op. cit., p. 7).

para a forma de tratamento até então dispensada à vítima, ressalvando-se que não existe capacidade de se estabelecer Justiça sem levá-la em conta⁵⁴.

Essa Vitimologia, que ganha fôlego junto à Criminologia com a obra *The Criminal and his Victim*, de Von Henting (que um primeiro momento se destaca por investigar o papel causal da vítima em relação à ocorrência do delito – vitimologia acadêmica), se propõe, em verdade, ao debate acerca do verdadeiro papel, direitos e necessidades das vítimas dentro do sistema penal, fundamentalmente do Direito Penal e do processo penal, reconhecendo-se seu esquecimento ocorrido na modernidade.⁵⁵ Ainda hoje existem flagrantes divergências em relação ao papel desempenhado pela vítima dentro da sistemática da justiça criminal e da importância de sua participação nos conflitos para que sejam atendidos seus direitos, pois, na medida em que alguns grupos sustentam prejuízos de seu envolvimento, outros o consideram essencial na resolução das controvérsias e, para Garapon, quem perde nesta evolução do processo é justamente o Estado.⁵⁶

⁵⁴ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 6-7.

⁵⁵ Conforme constatou Pallamolla, “[...] o Direito Penal esqueceu da vítima ao tratar apenas da ‘proteção de bens jurídicos’ desde o viés do castigo àquele que cometeu um delito, e negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. Além do Direito Penal, também o processo penal esqueceu da vítima ao deixá-la à margem do processo e sem proteger seus direitos. Até mesmo a criminologia esqueceu dela, pois tratou apenas do delinquente, num primeiro momento, para depois passar a entender o delito como um fenômeno relacional sem, entretanto, analisar a vítima da relação, restringindo-se, apenas, à análise dos processos de criminalização.” (PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 46).

⁵⁶ “Mais do que opor-se ou controlar o papel cada vez mais importante desempenhado pela vítima nas nossas sociedades, o Estado reforça-o; não toma o lugar da vítima: identifica-se com ela. Por uma inversão do movimento da história, já não é a infracção à lei comum que escandaliza, mas sim o espetáculo do corpo assassinado da vítima. Antes, qualquer dano privado se tornava num assunto de Estado; hoje, passa-se o inverso: para se justificar, é o Estado que se coloca ao serviço do sofrimento privado. [...] Tal como é visível no palco perverso do processo político totalitário ou no palco penal que se desvia de seu objetivo inicial nas nossas democracias contemporâneas, a democracia engendra males específicos. Se o totalitarismo se fundava na recusa da divisão e na busca desesperada da unanimidade, as nossas democracias evoluem no sentido de um exacerbar dos conflitos que confina com a desagregação do laço social; se o estalinismo sustentava a fobia do traidor a soldo do estrangeiro; as nossas democracias encurralam o inimigo interno, o terrorista, o mafioso ou o pai incestuoso sem rosto. Nos dois casos, o processo penal é considerado o instrumento político privilegiado para travar esse combate. O ritual da justiça está continuamente sob a ameaça de perversão, ao dar cobertura à injustiça temerária e odiosa do processo estalinista, ou de deturpação, ao legitimar a exclusão. Estas derivas são, como é visível, simétricas: excesso de divisão, ausência de divisão; todos contra um, tudo contra todos; perseguição ao pretensu inimigo exterior, cerco do inimigo interno.” (GARAPON, Antonie. **Bem Julgar: ensaio sobre o ritual judiciário**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 253).

1.3 UMA NOVA PROPOSTA VITIMOLÓGICA: A VITIMODOGMÁTICA

Estes últimos movimentos realizados pelo Direito Penal em atenção às vítimas levaram alguns penalistas a elaborar alguns estudos em favor de uma *victimodogmática*, ciência que “[...] *ha pretendido poner de relieve todos los aspectos del derecho penal en los que sí se toma en consideración a la víctima.*”⁵⁷ Trata-se de uma elaboração legislativa (a ser observada por intermédio do Código Penal) que atenda às fases prévia⁵⁸, de execução⁵⁹ e posterior⁶⁰ à realização do delito, tudo de forma a alcançar às vítimas uma “certa incidência”⁶¹ até então inexistente.

Como observa Larrauri, paralelamente a estes posicionamentos surge a polêmica acerca do objetivo para o qual se busca essa exacerbada consideração com a vítima. Para a autora,

*[...] la victimodogmática se preocupa de la contribución de la víctima en el delito y la repercusión que ello debe tener en la pena do autor, desde su total extención de responsabilidad en base al ‘principio de autorresponsabilidad’ de la víctima, hasta una atenuación de la pena.*⁶²

Por tal razão, há por parte de Larrauri uma preocupação em estabelecer três fundamentais diferenças entre *victimodogmática* e vitimologia: a) a primeira, funda-se na afirmação de que uma *victimodogmática* contrapõe efetivamente os direitos das vítimas com os direitos dos ofensores, eis que a contribuição vitimológica é fundamentalmente baseada na teoria da pena, “[...] *articulando un castigo al infractor que sirva eo ipso para satisfacer las necesidades de la víctima*”, e isso se pretende por intermédio da introdução das medidas de compensação como castigo autônomo e do trabalho de utilidade social para a reparação do mal causado pelo delito à vítima e à sociedade, o que já havia sido observado pela própria Criminologia, preocupada em oferecer sanções alternativas ao cárcere; b) a segunda

⁵⁷ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993. p. 92.

⁵⁸ Como fase prévia, Bustos e Larrauri entendem que “[...] *el consentimiento de la víctima elimina el carácter delictivo de determinados comportamientos, o la provocación de la víctima puede conllevar una atenuación de la pena para el autor.*” (BUSTOS; LARRAURI, loc. Cit.).

⁵⁹ A fase executiva consiste em “[...] *insituciones como la legítima defensa, la alevosía, o el abuso de superioridad o confianza.*” (BUSTOS; LARRAURI, loc. Cit.).

⁶⁰ Finalmente, por fase de consumação temos “[...] *la institución del perdón, el requisito de perseguibilidad de determinados delitos, e incluso el pagode indemnización a la víctima está previsto como requisito previo a la concesión de la remisión condicional, o la rehabilitación.*” (BUSTOS; LARRAURI, loc. cit.).

⁶¹ BUSTOS; LARRAURI, loc. cit.

⁶² BUSTOS; LARRAURI, loc. cit.

característica inerente à *victimodogmática* seria o sentimento implícito de lamentação que se institui quando se confere um excessivo protagonismo à vítima, e o conseqüente temor que se estabelece de que ele dê lugar a uma demanda de penas excessivas, através da assunção de um posicionamento de uma “vítima-punitiva” e a presunção de que o Direito Penal limite os anseios punitivos da vítima, o que não só promove o protagonismo da vítima, como também se esforça em engrandecê-lo⁶³; c) finalmente, e o que mais nos interessa ao presente estudo: a *victimodogmática* enaltece as necessidades econômicas das vítimas que devem ser cobertas pelo Estado, a fim de atuar de forma preventiva ao que considera um movimento de “mercantilização” da vítima.

Dentre outros aspectos, a Vitimologia enfatiza que não só as necessidades econômicas devem ser acobertadas, mas também uma maior participação da vítima no processo, onde se enaltecem os direitos à informação, à participação e à proteção, de forma a evitar uma vitimização secundária. Tal posicionamento seria possível por intermédio de experimentos de reparação e mediação, os quais pretendem fundamentalmente combater a estereotipação e a racionalização das partes, ofensor e ofendido.⁶⁴

Conclui a autora que “[...] *la asunción de una víctima ‘culpable’, ‘punitiva’ y ‘mercantil’ permitirão afirmar que la victimodogmática aparece, [...], más bien continuadora de algunas asunciones de la antigua victimología*”, não significando, por outro lado, que não existam espaços para a *victimodogmática*, a qual “[...] *deberia dedicar-se a argüir los aspectos que más se oponen a la consideración de la víctima, o como dice Roxin (1988) debería legitimar con argumentos penales cual es el fundamento de la participación de la víctima y mostrar que ello no se opone con los fines atribuídos al derecho penal.*”⁶⁵

É neste contexto, que Maier busca demonstrar que não se trata de um problema novo ao Direito Penal, em que pese bastante atual. Entre pontos positivo e negativo do debate, destaca o autor as escolas vitimológicas, que encontram na despenalização a solução de casos penais por meio de instrumentos tradicionalmente não penais, e as escolas abolicionistas, para quem a reparação do dano não pode adentrar ao Direito Penal, mas sim encontrar formas de solucionar as questões penais através de meios pacíficos, diferentemente da aplicação de

⁶³ Neste ponto, Larrauri acautela-se em apontar uma contraposição entre o direito das vítimas e dos ofensores: se à vítima são conferidos maiores poderes; aos ofensores, prejuízos; o que contrasta com alguns estudos vitimológicos que concluem que a vítima é menos punitiva do que creem os demais cidadãos, e que, em raras oportunidades, ela deseja o castigo do ofensor quando considera reparado o mal que lhe foi causado.

⁶⁴ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993. p. 93.

⁶⁵ Ibid., p. 95.

penas e, por conseguinte, afastando-se a reparação como forma de resolução.⁶⁶ Conforme Zehr, o crime envolve violações que precisam ser sanadas, representadas em quatro diferentes dimensões: a) à vítima; b) aos relacionamentos interpessoais; c) ao ofensor e; d) à comunidade.⁶⁷ A Criminologia e, principalmente, o abolicionismo, defendem a adoção de alternativas viáveis ao sistema penal como uma forma de (re)construção da justiça, de maneira participativa e comunitária, aproximando-se cada vez mais de um paradigma que privilegie as relações privadas e, por outro lado, que se afaste do modelo processual sancionatório.⁶⁸ O efetivo avanço da Vitimologia encontra-se ligado a esta vertente, pois, com pórtico na crítica abolicionista sobre a expropriação do conflito experimentado entre agente e vítima pelo Estado, se sustentam as propostas de mudança para a inclusão das vítimas e de seus interesses, seja na teoria do crime, seja no processo penal. Através do paradigma abolicionista a vítima recupera para si o conflito com o ofensor, e esse sistema aparece como uma alternativa viável ao nosso surrado sistema penal, na medida em que se defende que a sociedade reúne condições de, por si só, solucionar os conflitos por meio do Direito Civil, sem a interferência do Direito Penal.⁶⁹

1.4 PROBLEMATIZAÇÃO DA VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA E JUSTIÇA RESTAURATIVA

O ponto que gera grande tensão e dispensa maiores esforços dentro da Vitimologia é, neste contexto, o da “vitimização secundária”, termo constantemente utilizado para identificar a falta de atenção jurídica e de fornecimento de informações quanto aos seus direitos que deveriam ser destinadas às vítimas no processo penal.⁷⁰ É nesse contexto que Giacomolli denunciava, em relação à posição da vítima no processo penal, o descaso, o seu etiquetamento, a falta de apoio psicológico, as pressões a que se vê submetida, bem como a necessidade de reviver o episódio experimentado quando de seu comparecimento em juízo,

⁶⁶ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**: parte general: sujetos procesales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 586

⁶⁷ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tônia Von Acker (trad.). São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 174.

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 130.

⁶⁹ LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (Ed.). **SERTA in memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 440.

⁷⁰ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993. p. 44.

como realidades experimentadas no âmbito do processo penal. Aponta ainda que a tradição dos sistemas jurídicos se preocupa majoritariamente com o destino dos acusados, enquanto as vítimas são relegadas a um segundo plano dentro do Direito Penal e do processo penal.⁷¹

Nessa linha de raciocínio, deixar ao Direito Civil a busca de indenização pelo ato ilícito faria com que a vítima restasse lesada de forma adicional à sanção penal, “[...] na medida em que a pena privativa de liberdade e a multa desanimam o autor do fato ao pagamento da indenização à vítima.”⁷² Diante disso, a crítica assevera que as vítimas padecem ao conflito penal de variadas formas: pelas condutas dos delinquentes, pela omissão do Estado e pela morosidade processual, o que aumentaria o descrédito institucional. Isso tudo porque, além de afetarem a vítima na esfera física, os danos se estendem aos âmbitos psíquico, social e econômico.⁷³

Com fundamento no trabalho de Bustos e Larrauri, na medida em que se assinalam a desinformação das vítimas sobre o procedimento penal, a ausência de posição da vítima dentro do processo penal e a falta de atenção assistencial e econômica da vítima como os principais problemas enfrentados⁷⁴, também é possível apontar a identificação de duas distintas categorias de medidas propostas para promover o adequado enfrentamento da problemática constatada: a) a primeira, como “*medidas de protección que implican únicamente una reforma del proceso penal*”, em que seria possível a partir da reforma do Código de Processo Penal propor o aumento ou inclusão de medidas de proteção às vítimas de delitos, dentre as quais poderiam se destacar, principalmente para consideração do presente estudo, o deslocamento da reparação ou compensação dos danos do processo civil para o centro do processo penal, o aumento da utilização de medidas cautelares do processo civil no processo penal e, por último, o aumento da capacidade e qualidade na proteção da vítima, tudo de forma a permitir a resolução da ação civil e da ação penal pelo juiz competente pela causa criminal e; b) a segunda, identificada como “[...] *medidas que implican un modelo integrado víctima-autor alternativo ao proceso penal*”, fundada em uma nova concepção de processo penal e propondo a transformação do processo penal em um processo entre partes alçadas ao mesmo nível, o que conduz à interação entre ofensor e ofendido, baseada sempre

⁷¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 83.

⁷² GIACOMOLLI, loc. cit.

⁷³ GIACOMOLLI, loc. cit.

⁷⁴ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993. p. 80.

na busca da conciliação no processo penal, tendo o juiz uma atuação ou voltada para a correção jurídica das resoluções alcançadas, ou para a mediação do conflito.⁷⁵

Baseado na crise do movimento ressocializador e das ideias de necessidade de tratamento, surge nos Estados Unidos um movimento denominado “*restorative justice*”, o qual pode ser visto “[...] como um movimento para contrariar as insuficiências do procedimento criminal, designadamente o facto de negligenciar os interesses genuínos da vítima”⁷⁶, oferecendo aos ofendidos por delitos uma maior condição de atendimento aos seus interesses. Trata-se de um programa que incentiva a mediação direta entre autor do fato e vítima do delito, através de chamados “processos restauradores”, cujo objetivo primordial é alcançar um acordo de restituição que reconcilie ambas as partes (estabilização das expectativas normativas ou a clarificação e confirmação das reivindicações das vítimas), o que facilitaria sua reintegração à sociedade.⁷⁷

Um paradigma restaurativo reconhece(ria) o crime como uma violação de pessoas e de relacionamentos, sem que se façam “[...] divisões artificiais entre crimes e outras injustiças [...]”, pois “[...] os crimes se mesclam com outros males e conflitos que em geral colocamos no âmbito do direito civil.”⁷⁸ Por tal motivo, ao invés de definir crime como retribuição, Zehr prefere defini-lo como restauração: “[...] se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura”, esta última entendida pelo autor como “[...] senso de recuperação.”⁷⁹

Christie identifica que sempre houve quem defendesse que as vítimas deveriam ser protegidas, advogando no sentido de que o Estado, o governo ou outras autoridades deveriam deixar de cobrar multas e, em seu lugar, permitir que a vítima fosse restituída/reparada em seu prejuízo. Entretanto, o autor adverte que a compensação material em si, os bens retirados da

⁷⁵ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993. p. 45-57.

⁷⁶ PELIKAN, Christa. Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no Âmbito da Decisão: Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 74.

⁷⁷ CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. La Mediación del delincente-vítima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). **Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate**, Madrid, n. 34, p. 69-86, mar. 1999. p. 69.

⁷⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tônia Von Acker (trad.). São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 175.

⁷⁹ “Cura para as vítimas não significa esquecer ou minimizar a violação. Implica num senso de recuperação, numa forma de fechar o ciclo. A vítima deveria voltar a sentir que a vida faz sentido e que ela está segura e no controle. A vítima deveria voltar a sentir que a vida faz sentido e que ela está segura e no controle. O ofensor deveria ser incentivado a mudar. Ele ou ela deveriam receber a liberdade de começar a vida de novo. A cura abarca um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro.” (Ibid., p. 176).

vítima ou àqueles a ela restituídos, não é, ao contrário do nosso interesse, o objeto de seu estudo, mas sim “[...] *el conflicto en si mismo*[...]”⁸⁰.

Para Christie, as sociedades industrializadas enfrentam severas dificuldades ao organizarem seus membros de forma a que cada um tome parte de alguma atividade. Assim, entende estar claramente visível que os conflitos representam um “*potencial para la actividad, para la participación*”, e o sistema de controle punitivo atual significa apenas mais uma das tantas oportunidades perdidas de envolver os cidadãos em tarefas que lhe interessem de forma imediata. É exatamente nesta situação que a vítima, sob a ótica do autor, vem a ser uma das grandes prejudicadas, pois perderia a participação em seu próprio caso, além de já ter sido despojada de seus pertences e de ter sido o Estado o beneficiário de uma compensação financeira (pena de multa) pela ofensa contra ela praticada. Estão perdidas a “[...] *oportunidade para la clarificación de las normas*”, a possibilidade pedagógica, a oportunidade para uma discussão do que representa a lei terrena e, em maior escala, está incapacitada a possibilidade de que as próprias partes possam discutir o que *elas* crêem ser relevante no *seu* caso. Questiona o autor se não deveria ser retirada dos estudiosos da lei, dos grandes ideólogos do controle penal, a faculdade de decidir sobre a importância e o peso do que se considera relevante nos casos particulares, transferindo-se as soluções para decisões livres a serem tomadas dentro dos Tribunais.⁸¹

Christie fundamenta que sua preocupação com a reintrodução da vítima ao caso penal dá-se de forma a aprofundar a discussão “[...] *sobre lo que podría hacerse para deshacer lo hecho*”, ou seja, qual a solução mais adequada para não somente se atribuir culpas, mas sim buscar um melhor resultado a se (re)estabelecer na relação causada pelo fato delituoso. Seria buscar identificar quais as reais perdas experimentadas pela vítima e, mais ainda, identificar de que forma podem elas ser atenuadas de forma justa e de acordo com os valores estabelecidos pela sociedade. O autor entende como reparação a possibilidade de que o

⁸⁰ Em que pese este não tenha sido o objeto de estudo de Christie, pois não busca, ao contrário de nosso objeto de trabalho, ingressar no terreno da compensação material, o autor refere textualmente que aprovaria, particularmente, uma solução desse tipo (CHRISTIE, Niels. Los Conflictos como Pertencia. In: MAIER, Julio (Org.). **De los Delictos y de las Víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 169).

⁸¹ A preocupação de Christie realmente se difere do estabelecimento de uma indenização para a vítima no sentido material, mas sua discussão busca colocar que “[...] *es difícil poner en escena, en el Tribunal – lo que podríamos llamar –, un debate político. Cuando la víctima es pequeña y el delincuente grande – en tamaño o poder – cuan reprochable es, entonces, el delito? Y qué sucede en el caso inverso, el pequeño ladrón y el propietario de la gran casa? Debería el delincuente, por estar bien educado, sufrir más, o talvez menos, por sus pecados? O si es negro, o si es joven, o si la otra parte es una compañía de seguros, o si su mujer lo acaba de dejar, o si su fábrica irá a la quiebra si tiene que ir a el cárcel, o si su hija perderá a su prometido, o si estaba triste, o si estaba loco? No hay fin para esto: Y tal vez no debería haber ninguno.*” (Ibid., p. 169-171).

delinquente modifique sua posição e de, também, explicar-se diante de alguém cujo juízo poderia lhe fazer bem, ser perdoado pelo próprio ofendido.⁸²

Em que pese existam as diversas formas, através de um complexo processo que envolve uma série de atitudes que pode o ofensor adotar para alcançar a reparação do ofendido, o fato é que o dano causado à vítima deve ser reparado. Justificando a desnecessidade de opor ao ofensor dor ou sofrimento, argumenta-se que a reparação do dano seria o suficiente para que se faça justiça, e que a celebração de um acordo entre autor do fato e vítima (*acordo restaurador*) tem, ainda, o poder de oportunizar a “[...] (re)integração do ofensor e dar a restauração da comunidade abalada pelo delito.”⁸³ Mais do que isso, recupera a participação da vítima anteriormente expropriada, “[...] colocando-a em igualdade de posição com o autor do fato para buscar condições de negociar a compensação pelo dano sofrido”⁸⁴ como forma de aplicação de medidas não penais alternativas ao castigo⁸⁵.

A relação estabelecida entre vítima e processo penal é, conforme acentuam Bustos e Larrauri, uma das questões com um amplo campo de produtividade desde a perspectiva vitimológica dos últimos tempos. É justamente na raiz do processo de definição, que implica a observância dos direitos estabelecidos no sistema penal, que se desenvolve o conceito de “segunda vitimização”, sendo reconhecido como aquele que vem a caracterizar os elementos de desamparo e insegurança inerentes ao conceito de vítima.⁸⁶

⁸² Com efeito, Christie se posiciona de forma bastante incisiva neste ponto: “*No estoy basando mi análisis en la creencia de que un encuentro entre delincuente y víctima llevaría a una reducción de las reincidencias. Quizás lo haría. Como están las cosas, el agresor ha perdido la oportunidad de participar en una otra confrontación personal de naturaleza muy seria. Ha perdido la oportunidad de recibir un tipo de culpa que sería sumamente difícil de neutralizar.*” (CHRISTIE, Niels. Los Conflictos como Pertencia. In: MAIER, Julio (Org.). **De los Delictos y de las Víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 172-173).

⁸³ PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 57.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 130.

⁸⁵ Mais uma vez Carvalho, ao abordar a temática sobre a lógica de Hulsman, ensina-nos que “[...] a limitação das respostas das *situações problemáticas* à justiça penal excluiria modelos alternativos de compreensão dos fatos e de providenciar de resoluções. Existiriam, constata, inúmeras possibilidades de acertamento e de reações possíveis além da punição como, p.ex., a compensação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, a terapia, a educação, etc. A concentração do problema na coerção punitiva traduz falsas soluções, pois unilaterais e arbitrárias. [...] Com a mudança conceitual haveria possibilidade de melhorar as condições de substituição da lógica punitiva, inclusive no que diz respeito à ampla descriminalização e descaracterização. No plano processual, modelos informais e flexíveis, similares ao da justiça civil e administrativa, ofereceriam condições para melhor manejo do conflito. Ao entender imprescindível ‘*devolver às pessoas envolvidas o domínio de seus conflitos*’, Hulsman vê na estrutura das justiças civil e administrativa condição de aproximação entre os sujeitos que possibilitariam a vítima e ao imputado diálogo *face to face* na busca da resolução do problema [...]. Negar-se-iam, assim, a expropriação – [...] – do direito da vítima e a estigmatização dos réus.” (Ibid., p. 131-132, grifos do autor).

⁸⁶ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas)**. Barcelona: PPU, 1993. p. 44.

Ocorre que, como observam os autores, os operadores do processo penal não só devem considerar as questões inerentes à vítima do delito, como todas as outras partes envolvidas, que também estão sujeitas aos desamparos e inseguranças, passando a carregar consigo também a condição de “vítimas”.⁸⁷

Como não poderia ser diferente, a grande preocupação com esses processos/acordos de restauração dá-se na medida em que se questiona a inclusão de elementos reparadores e de mediação, próprios do Direito Civil, com a natureza e os fins conferidos ao Direito Penal. Também preocupa-nos, principalmente para estabelecer a diametral diferença entre Justiça Restaurativa e a ideia de adesão civil empregada pelos projetos reformistas da legislação processual, a estruturação e o funcionamento utilizado por essa modalidade restauradora, pois “[...] *la mediación entre delincuente y su víctima supone una forma distinta de responder al delito*”⁸⁸ e, não raro, pode haver confusão entre as modalidades de indenização (o verdadeiro objeto do nosso estudo) e restauração.

Esclarece Carrasco Andrino que o conceito de restituição comumente utilizado para os defensores da Justiça Restaurativa compreende qualquer atividade voltada à reparação do dano, e restaurar a vítima a um *status quo ante* ao cometimento do fato delituoso, sempre que realizado a cargo do ofensor, diferente, portanto, do conceito de reparação conforme usualmente empregado e que pressupõe uma restituição em espécie, o que é entendido como indenização civil de um delito.⁸⁹ Também, que mediação e acordo restaurativo não constituem obrigatoriamente uma forma de consenso dentro do processo penal⁹⁰, na medida em que a negociação é levada a efeito entre as próprias partes envolvidas no conflito, ofensor e vítima, e que em nada abrangem os representantes típicos dos conflitos de natureza penal.⁹¹

⁸⁷ BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993. p. 44.

⁸⁸ CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. La Mediación del delincente-vítima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). **Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate**, Madrid, n. 34, p. 69-86, mar. 1999. p. 76.

⁸⁹ Ibid., p. 71.

⁹⁰ O posicionamento também é avalizado por Pelikan, para quem a “[...] análise da prática do processo de Justiça Restaurativa caracteriza-a como uma procura muito para além das fronteiras do sistema de justiça criminal e da função deste sistema tal como definida anteriormente”, e que, ainda, que “[...] a Justiça Restaurativa é encarada como uma forma complementar de reacção e não como um substituto de mecanismos estabelecidos como o sistema de justiça criminal.” (PELIKAN, Christa. Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no Âmbito da Decisão: Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 76).

⁹¹ CARRASCO ANDRINO, op. cit., p. 74.

Como alerta Pallamolla, a Justiça Restaurativa está ancorada em dois grandes modelos que tratam de sua posição em relação à justiça criminal: um *minimalista*, que propõe o completo afastamento do sistema de justiça criminal, e, portanto, sem qualquer tipo de ingerência do Estado, ou, se assim for, com parcela mínima, de forma simplesmente a coibir abusos ou violações de direitos; e outro *maximalista*, que defende a possibilidade de atuação integrada entre a Justiça Restaurativa e Justiça Criminal, conferindo ao Estado a atribuição de supervisor do processo, inclusive autorizando seu representante, o juiz, ao indeferimento de composições alcançadas entre autor e vítima.⁹²

Christie propõe a adoção de um Tribunal orientado à vítima, composto por duas distintas etapas. A primeira etapa, mais tradicional, em que busca identificar o rompimento do estabelecido em direito por meio da conduta do ofensor, e o estabelecimento de sua culpabilidade. A segunda etapa buscaria observar e considerar a condição da vítima, colocando-se à observação do Tribunal cada elemento que se desencadeou como consequência do fato delituoso. Seria, nos dizeres de Christie, “[...] *especialmente importante en este momento la consideración minuciosa sobre qué podría hacerse por la víctima; primero y principalmente por el agresor, en segundo lugar por la comunidad vecinal y, finalmente, por el Estado.*”⁹³

Interessa-nos afastar qualquer possibilidade de dúvida de que o processo restaurador e o procedimento da Justiça Restaurativa são empregados a partir de um tipo diferente de procedimento do que aquele que é proposto pela reforma do Código de Processo Penal para a reparação do dano, eis que, mais do que a busca por uma indenização, a Justiça Restaurativa está fundeada nos princípios da participação⁹⁴ e do reconhecimento⁹⁵. Por outro lado, uma

⁹² PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 80.

⁹³ CHRISTIE, Niels. Los Conflictos como Pertencia. In: MAIER, Julio (Org.). **De los Delictos y de las Víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 174.

⁹⁴ “Parte do princípio de que a efetiva participação no processo de mediação requer que quer a vítima, quer o agressor tenham a capacidade de se defenderem a si e aos seus interesses, de falarem e de serem capazes de *concordar e discordar*.” (PELIKAN, Christa. Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no Âmbito da Decisão: Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 75).

⁹⁵ “O conceito de reconhecimento decorre da interação ou, mais precisamente, do acto de reconhecer a outra pessoa, de perceber e entender as suas palavras e acções. No âmbito do processo de Justiça Restaurativa, este acto de reconhecimento compete ao mediador, que deve reconhecer *compreender* cada uma das partes envolvidas; este exemplo dado pelo mediador pode accionar o processo de reconhecimento mútuo.” (PELIKAN, loc. cit., grifo do autor).

análise feita por Larrauri dá conta de que começa a haver a intenção de se estender a justiça restauradora ao âmbito da justiça penal.⁹⁶

Com efeito, os próprios criadores compreendem a importância de que:

O processo de Justiça Restaurativa conserve a sua autonomia e que siga a sua própria fundamentação lógica, que difere da do procedimento penal tradicional. Não obstante, esse modo de relacionar os processos de Justiça Restaurativa com o sistema de Justiça Criminal implica na conservação deste e, assim, a preservação de suas principais virtudes.⁹⁷

Tratando das responsabilidades e deveres, é certo que condutas violadoras geram obrigações para as pessoas que as causaram, de forma a corrigir o mal ocasionado. Conforme Zehr, isto é o que deveria ser considerado como justiça, principalmente fazendo com que o ofensor compreenda e reconheça o mal causado a outrem, adotando, ainda, medidas para que possa reparar o dano.⁹⁸ O autor entende que a correção funciona como elemento essencial à realização da justiça, afastando a ideia de que se trata de uma atividade periférica e opcional. Afirma que os ofensores, na maioria das vezes, recusam assumir tal responsabilidade, pois entendem muitas das vezes que receber uma punição às vezes é mais fácil: em que pese cause sofrimento por algum tempo, não envolve nenhum tipo de encargo acessório.⁹⁹

Como o nosso objeto de estudo é a reparação do dano dentro do processo penal, parece-nos salutar estabelecer as diferenças acima apontadas, para que, ao final, possamos demonstrar aquilo que pensamos ser um desvirtuamento do sistema penal, e, como consequência, uma forma de ofensa aos direitos e às garantias fundamentais outorgados aos cidadãos, principalmente no que diz respeito à observância das regras do jogo processual penal.

⁹⁶ LARRAURI, Elena. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (Ed.). **SERTA in memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 439-440.

⁹⁷ PELIKAN, Christa. Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no Âmbito da Decisão: Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 76.

⁹⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tônia Von Acker (trad.). São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 186.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 187.

CAPÍTULO II - DIREITO CIVIL, DIREITO PENAL E REPARAÇÃO DE DANOS

2.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES

O tradicional conceito de dever de indenizar no ordenamento jurídico civil brasileiro decorre da natural compreensão da divisão dos institutos “reparar” e “restituir”. Conforme ensina Pontes De Miranda, elas se diferenciam na medida em que “[...] compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente.”¹⁰⁰

Em sentido estrito, indenizar pressupõe a ocorrência de um dano, mas distinguem-se os suportes fáticos de regras jurídicas que originam o dever.¹⁰¹ Do dano, entendido como diminuição do patrimônio ou de um direito não-patrimonial, nasce o direito à indenização.¹⁰² Originariamente há, entretanto, uma distinção entre suas espécies, categorizadas por Pontes De Miranda como: a) decorrente de ato ilícito ou de ato-fato ilícito, ou de fato ilícito *strictu sensu*; b) decorrente de inadimplemento ou adimplemento insatisfatório de obrigação pessoal ou real e; c) finalmente, decorrente de negócio jurídico unilateral ou bilateral.¹⁰³ Interessa-nos, nos limites estreitos do presente estudo, somente a primeira espécie apresentada, aquela que se origina de ato ou ato-fato ilícito, ou da falta cometida pelo autor do dano, por comissão ou omissão.

Para Cavalieri Filho, é inspirado no sentimento mais elementar de justiça que se fundamentam os anseios de obrigar o agente causador de um dano a repará-lo, pois este precipita o rompimento de um equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e o ofendido. Vigem, neste campo relacional, o princípio da *restitutio in integrum*, que nada mais é do que a previsão de outorgar à vítima o restabelecimento, tanto o quanto for possível, da situação que gozava antes da ocorrência da lesão, o que se dá através da fixação de uma indenização proporcional ao dano experimentado.¹⁰⁴

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 22, p. 181

¹⁰¹ Ainda conforme o grande autor, “[...] em alguns casos, é elemento fático necessário a culpa. Noutros, prescinde-se de qualquer culpa, mas exige-se a causação entre ato e dano. Noutros, abstrai-se de qualquer culpa ou ato. A causação é entre ato-fato ou fato ‘strictu sensu’ e dano.” (PONTES DE MIRANDA, loc. cit.).

¹⁰² “Sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao nome, no crédito, no bem-estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização.” (PONTES DE MIRANDA, loc. cit.).

¹⁰³ Ibid., p. 181-182.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

Cernichiaro adverte que o delito, na medida em que fenômeno que acontece no mundo exterior, provoca danos de ordem material ou moral, e, como regra cediça, essa conduta obriga o causador do prejuízo a promover sua reparação.¹⁰⁵ Encontram-se aí o Direito Penal e o Direito Civil, na medida em que aquele se preocupa com o dano social decorrente da prática delituosa, enquanto este absorve o dano em sentido amplo, sofrido pela vítima da ação, na forma de reparação civil.

Conforme ensina Fragoso, a sanção é apenas reparatória (restituição, ressarcimento, execução coativa, nulidade), ao passo que no Direito Penal ela não é apenas sancionatória de fatos ilícitos já previstos por outros ramos do Direito; é, também, autônoma e constitutiva.¹⁰⁶ Com efeito, ainda explica que a sanção civil tem natureza contabilística, e que se destina à reposição do patrimônio reduzido com a conduta típica, tanto com aquilo que vítima perdeu como com aquilo que ela razoavelmente deixou de lucrar. Em se tratando de dano moral, expressamente avalizado pela Constituição Federal em seu art. 5º, V e X, entende o autor que “[...] traduz reparação da ofensa ao homem como pessoa, ainda que sem prejuízo patrimonial”¹⁰⁷, o que se materializaria na forma de agressão à honra, à imagem e à intimidade do ser humano.

2.2 A NATUREZA DA REPARAÇÃO NO DIREITO PENAL

É característica do Direito Penal, como ramo do Direito público, diferenciar-se do Direito Civil, o que se dá principalmente em decorrência da natureza da sanção. Para ROXIN, essa relação é considerada uma das grandes conquistas jurídicas do século XIX, pois, como já vimos, foi em épocas anteriores que o Direito Penal assumiu o papel de proporcionar ao prejudicado uma compensação aos prejuízos sofridos e, com o passar do tempo, foi sendo abandonado a partir do rompimento dos laços entre ofensor e vítima.

¹⁰⁵ CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 82-83

¹⁰⁶ “[...] mesmo quando o Direito Penal tutela bens e interesses jurídicos já tutelados pelo direito privado, o faz de forma peculiar e autônoma.” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 9).

¹⁰⁷ CERNICHIARO; COSTA JÚNIOR, op. cit., p. 82-83.

A disputa que nasce dessa relação, composta pelo autor do fato e Estado de um lado, e vítima de outro, em que pese pareça óbvia a partir de uma perspectiva jurídico-sistemática, revelou desafortunados efeitos diante de um viés político-social, na medida em que há quem sustente que a penalização do causador do dano opõe obstáculos, se não impede por completo, a reparação do dano à vítima.¹⁰⁸ Talvez seja por essa razão – a de que aparentemente a indenização não entabule papel algum no processo penal – que a reparação do dano tenha sido deixada de lado pelo próprio ordenamento jurídico durante um considerável período.

O legislador moderno – que não está alheio às constatações aqui apontadas – busca corrigir a lacuna aberta durante este lapso, tomando a precaução de não admitir a reparação do dano como sanção jurídico-penal¹⁰⁹ e buscando favorecer a aproximação entre Direito Civil e Direito Penal¹¹⁰. Segundo Figueiredo Dias, esta relação

[...] releva hoje, pois, em exclusivo, do direito civil e do direito processual penal, tendo-se tornado estranha à doutrina das reacções criminais: tratando-se ali, de um ponto de vista formal, de uma consequência jurídica do crime, não se analisa ela todavia substancialmente [...] numa consequência jurídica de carácter criminal.¹¹¹

Como um fato idêntico pode ocasionar a necessidade de reparação em mais de três níveis distintos de normas jurídicas¹¹², é importante ressaltar sua importância na compreensão da dicotomia entre ilícito penal e ilícito civil, e a primeira a ser observada guarda relação com as espécies de responsabilidade.

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. La Reparación en el Sistema Jurídico-Penal de Sanciones. In: JORNADAS sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Madrid: CGPJ, 1993. p. 19.

¹⁰⁹ Veja-se, em sentido oposto, que Maier coloca que “[...] algunos esperan – cuando menos vaticinan para un futuro más o menos lejano – una privatización del Derecho penal; la reparación toma allí el lugar de la pena y desplaza no sólo a esa reacción sino, en general, a la alicación del Derecho penal; la composición privada del conflicto, en câmbio, toma el lugar del procedimiento penal”, e que “en un Derecho penal entre hombres libre e iguales, la reparación debería ser, consecuentemente, la sanción primária, y la terminación del litígio por un contrato expiatório y por la compensación del daño, el procedimiento prevaleciente.” (MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**: parte general: sujetos procesales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 590).

¹¹⁰ ROXIN, op. cit., p. 20.

¹¹¹ Nesse sentido, Figueiredo Dias explica que o art. 84 do Código de Processo Penal lusitano autoriza que a condenação em indenização civil tenha lugar até mesmo nos casos de absolvição. “[...] uma solução que seria incompreensível à luz da natureza penal da indemnização, mas que se aceita sem dificuldades à luz da sua natureza civil.” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2, p. 46).

¹¹² Barros expõe que em relação a um único fato “[...] podem convergir diversas normas jurídicas, normas de direito civil, direito administrativo, penal, etc.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 103).

Em que pese a contrariedade e a norma jurídica possam ter lugar em qualquer ramo do Direito como um todo, ilicitude penal e civil diferenciam-se de forma bastante clara, “[...] tendo em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente.”¹¹³ Por ilicitude penal, pressupõe-se a transgressão de uma norma exclusivamente penal, de Direito público; por ilicitude civil, existe a violação de uma norma civil, de conteúdo nitidamente de Direito privado. Conforme sustenta Cavalieri Filho, “[...] a separação entre uma e outra ilicitude atende apenas a critérios de conveniência ou de oportunidade, afeição à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço.”¹¹⁴

A fundamental diferenciação entre a punição dos ilícitos, na esfera civil ou na esfera penal, dá-se em razão de critérios puramente de cabimento político (em nosso caso, de política criminal), pois o ilícito penal será reconhecido somente naqueles casos em que há “[...] maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público”, ao passo que o ilícito civil, por apresentar menor expressão, não reclama a rigidez da pena criminal. Em verdade, e tal constatação muito nos interessa, o ato ilícito é um só, e o que varia são as consequências a serem impostas ao infrator.¹¹⁵

Não é por outro motivo que Sanzberro festeja a importância de uma delimitação do conceito de reparação civil do dano no contexto em que nos propomos a estudar, principalmente na relação que ocupa autor e vítima do ato ilícito. De forma ampla, a reparação de um mal causado por um fato típico, ilícito e culpável compreende pena e responsabilidade civil: “[...] *la primera adquiere el significado de una reparación simbólica ante la víctima y la sociedad, y la segunda se dirige directamente a la indemnización de los daños causados efectivamente a la víctima, como efecto jurídicamente obligado derivado del delito.*”¹¹⁶ Segundo o autor, a reparação, como instrumento político-criminal de resposta ao delito no contexto espanhol, alimenta-se de uma combinação de motivos que ultrapassam o conceito de ressarcimento à vítima, e apresenta-se como uma alternativa híbrida entre a pena e

¹¹³ “[...] a punição de certos ilícitos na esfera do Direito Civil, portanto, ao invés de o serem na órbita do Direito Penal, obedecem a razões puramente de conveniência política. Para o Direito Penal é transportado apenas o ilícito de maior gravidade objetiva, ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito penal, de menor gravidade, não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *striptus judiciae*.” (CAVALIERI FILHO. Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 37).

¹¹⁴ Ibid., p. 36-37.

¹¹⁵ Ibid., p. 544-545.

¹¹⁶ SANZBERRO, Guadalupe Pérez. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal**: apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999. p. 18.

a responsabilidade civil, o que vem a afetar a identidade de ambas, na medida em que também não se relacionam.¹¹⁷

Nem todo ato delituoso produz necessariamente um dano, razão pela qual deve estabelecer-se a correta distinção entre ofensa, a qual é resultado de todo tipo de delito, e dano, que pode ser classificado como “dano criminal” ou “consequências danosas do fato punível”. A lesão a um bem juridicamente protegido pode consistir efetivamente em um dano ou até mesmo na possibilidade de um dano, ou seja, na sua colocação em situação de perigo. Assim, existe a possibilidade de existir um delito sem a ocorrência de dano.¹¹⁸

Para Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso, quando há a verificação da produção de um dano por decorrência de um fato punível, ainda que a conduta seja única, são produzidos dois fatos conceitualmente distintos, os quais reclamam uma pluralidade de sanções: a penal e a civil (ou de ressarcimento). E, conforme sustentam os autores, a sanção penal nenhuma relação guarda com a reparação ou com o ressarcimento, papel que é reservado à aplicação da sanção civil.¹¹⁹

Por outro viés, Cavalieri Filho ressalva que “[...] a teoria da indenização de danos só começou a ter uma colocação em bases racionais quando os juristas constataram, [...], que o verdadeiro fundamento da responsabilidade civil devia-se buscar na quebra do equilíbrio econômico-jurídico provocada pelo dano”, o que conduziu ao desmoronamento da teoria de Ihering, de que a obrigação de reparação nascia da culpa, e não do dano.¹²⁰ Tal constatação será de grande valia e relevância para efeitos do desenvolvimento do presente estudo, pois poderá, assim ao menos pensamos por ora, desconstruir a ideia de “unidade” entre o processo

¹¹⁷ “La filosofía político-criminal que inspira básicamente esta ‘reparación’ parte del reconocimiento positivo de la disposición del autor en su asunción de su responsabilidad ante la víctima, y en su caso ante la sociedad. Su contenido es por ello mucho más flexible, pudiendo coincidir o no con los elementos propios de la ‘responsabilidad civil’. Así se utiliza este concepto para abarcar tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima, La reparación simbólica que tiene como destinataria la sociedad [...] representan un terreno limítrofe con las penas en cuanto a su contenido, debido a su distanciamiento de referencia al daño efectivo producido a un sujeto concreto.” (PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal: apertura de una nueva vía?** Granada: Comares, 1999. p. 19-20).

¹¹⁸ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 206.

¹¹⁹ “La sanción penal no tiende a reparar ni resarcir nada. La sanción penal es incongruente con la conducta del delito. [...]. La sanción penal solo protege los intereses de la vida en cuanto es ‘amenaza’, pero no cuando pasa a ser pena impuesta, pues solo tenderá a defender la sociedad y corregir al delincuente. Únicamente tenderá a la protección de intereses de una manera indirecta, con el mismo carácter de ‘amenaza’, al darle efectividad por ser cumplida. La sanción civil, por el contrario, es congruente con el daño y trata de resarcirlo. Por eso el resarcimiento anticipado extingue la acción civil y no influye en la penal, sino excepcionalmente (por ejemplo, arrepentimiento eficaz del art. 9º del CP).” (VIADA LOPEZ-PUIGCERVER; ARAGONESES ALONSO, loc. cit.).

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36.

penal e o processo civil para fins de reparação do dano, na medida em que o primeiro se funda exclusivamente como instrumento de garantia do acusado contra os abusos estatais na formação da culpa, e o segundo, por elementar, apenas como instrumento de busca na reparação de um dano.

Já Larrauri apresenta o termo reparação como uma série de “[...] *medidas que realize el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (restitutivo, compensatorio o indemnizatorio) o material (prestación de un servicio) en favor de la víctima (individual colectiva)*”, as quais podem ser tidas como alternativas à pena de prisão, aplicáveis aos delitos de gravidade intermediária.¹²¹ Entretanto, a autora também admite as dificuldades de se estabelecer, de forma segura, a natureza jurídica da reparação: se pena ou se sanção civil.¹²²

Ao passo que algumas correntes sustentem que reparação é pena devido ao seu caráter coativo e impositivo, decorrentes de uma condenação criminal, ou seja, como consequência do delito e que transcende a esfera de mera restituição do dano à vítima¹²³, outras justificam que a reparação não ostenta a natureza de pena, devendo ser, conforme Roxin, considerada como uma via alternativa à sanção, “[...] *como sanción autónoma, como tercer respuesta posible al delito, junto a la pena y la medida, a las que puede moderar, pero también, en su caso, sustituir*”, baseada na aplicação do princípio da subsidiariedade.¹²⁴

Roxin pontua que uma das grandes discussões estabelecidas na última década em política criminal, em solo alemão, deu-se acerca da posição da vítima no sistema penal, e que dada a intensidade e circunstâncias dessa contenda, ainda não foi possível se chegar a resultados capazes de gerar um consenso. Ao revés, o autor aponta a existência de um conflito aparentemente insolúvel: de um lado se coloca uma corrente sociopolítica que incentiva a participação da vítima na solução do conflito social desencadeado pelo delito e a ter em conta que o processo penal tem como finalidade, antes de tudo, a reparação do dano; de outra banda,

¹²¹ LARRAURI, Elena. La Reparación. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Org.). **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 171-172.

¹²² Ibid., p. 174.

¹²³ LARRAURI, loc. cit.

¹²⁴ Assim é que Roxin sustenta que “[...] *en la teoría jurídico-penal, el efecto moderador o, eventualmente, sustitutivo de la reparación se legitima gracias al principio de la subsidiariedad. Este principio, como expresión del dogma constitucional de la proporcionalidad, significa que la pena, como injerencia más grave en la libertad del individuo, solo puede utilizarse cuando no se dispone de ningún medio más suave para el mantenimiento o la restauración de la pacífica situación política. De ahí que la reparación fuera suficiente para resolver un conflicto social, la pena haya de ceder. Si no basta para ello, deberá al menos moderar la pena en su duración y configuración. Según lo dicho, la reparación que sustituye a la pena o la modera no es, como todavía suele entenderse hoy, un cuerpo extraño en el Derecho sancionador penal, sino que pertenece al mismo como un componente esencial de las posibilidades de reacción estatal demandado por el principio de subsidiariedad.*” (ROXIN, Claus. La Reparación en el Sistema Jurídico-Penal de Sanciones. In: JORNADAS sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Madrid: CGPJ, 1993. p. 23).

com o desenvolvimento da penalística moderna entendeu-se por bem o afastamento da vítima das relações estabelecidas com o Direito Penal, eis que suas sanções se fundamentam quase que exclusivamente no conflito entre sociedade e autor do fato, e que a busca pela reparação do dano experimentado pelo ofendido deve dar-se no âmbito do Direito Civil. Para Roxin, fundado no entendimento de que todas as reflexões que incluem a proteção da vítima no Direito Penal são inspiradas na “[...] *separación de todas las demandas particulares [...]*”, é que se identifica as dificuldades enfrentadas para integrar ao modelo estrutural penal as noções de reparação do dano.¹²⁵

Aos que sustentam a posição de que se deve afastar a vítima e sua pretensão reparatória do Direito Penal ou do contexto das sanções, pesa o argumento de que a tarefa de solução do conflito privado entre autor e vítima compete ao Direito Civil, e que ao Estado cabe “[...] *la obligación de preservar a la sociedad amenazada por la injerencia de intereses netamente privados y particulares.*” Da mesma forma, destacam os defensores desta linha de pensamento que a observação de aspectos relativos à reparação do dano no âmbito do Direito Penal fatalmente tornará nula uma das conquistas jurídicas mais significativas de um período recente, que é justamente a sua separação do Direito Civil.¹²⁶

No Brasil, ao abordar a participação da vítima no processo penal, Lopes Júnior entende que se deva impedir sua potencialização no conflito. Evita-se, assim, uma “[...] molesta contaminação pela sua ‘carga vingativa’.”, pois esse elemento (a participação da vítima no processo penal) carrega consigo uma inarredável pretensão de ressarcimento e/ou reparação dos danos, o que, por sua vez, “[...] acarreta uma perigosa contaminação de interesses privados em uma seara regida por outra lógica e princípios.”¹²⁷ Os interesses são desvirtuados por completo de todo o sistema jurídico-processual penal, na medida em que se buscam fins outros a sua função, estrutura e finalidade. A privatização do processo penal é, assim, incompatível com a verdadeira finalidade da pena, e os ofendidos valem-se do “[...] processo penal como uma via mais cômoda, econômica e eficiente para alcançar a satisfação pecuniária.”¹²⁸

¹²⁵ ROXIN, Claus. **Passado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 71.

¹²⁶ Ibid., p. 72-73.

¹²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 140.

¹²⁸ LOPES JÚNIOR, loc. cit.

Em que pese tais argumentos, a Alemanha desenvolveu aquilo que Roxin reconhece como “situação jurídica ambivalente”, ou seja, uma legislação que se destina ao fortalecimento dos direitos de participação do ofendido no processo penal, denominada como “*ley de tutela de la víctima*”. E, à parte da discussão que permeia a relação da ação civil com o processo penal e o reposicionamento da vítima neste contexto, Roxin reclama a falta de uma previsão legislativa que regule a relação entre a pena e a reparação do dano, pois entende que “[...] *se debería asumir que el trazado legislativo posterior depende del desarrollo de la discusión científica.*”¹²⁹

Não por outra razão que a conclusão do autor é bastante clara: “[...] *se puede decir que los esfuerzos por honrar el resarcimiento del daño con ventajas jurídico-penales se enfrentan a una actitud de ‘claro retroceso’.*”¹³⁰, eis que a obrigação à reparação do dano sofrido pelo ofendido é categoria própria do Direito Civil e completamente independente da punibilidade, e deve ser levada a cabo como se a pena não dependesse dele. Roxin entende que a reparação do dano no processo penal apresenta um vacilo por parte do legislador alemão e também problemas de ordem prática¹³¹, mas que sua correção dar-se-á a partir do momento que “[...] *se acierta a legitimar exitosamente la concepción de reparación, no solo en el plano pragmático y político-social, sino también en el de la teoría de la pena.*”¹³²

Segundo sustenta Figueiredo Dias, a consideração de que a reparação do dano possa ser tida como uma terceira espécie de sanção criminal busca suas raízes na doutrina da escola positiva, onde se defende que ela possui manifesta natureza reparatória. Surgiria reparação do dano como efeito direto da condenação criminal, com critérios de medida inconfundíveis com os critérios jurídico-civis, pois “[...] antes seriam de natureza predominantemente penal, fruto da específica função político-criminal que a um tal instituto era atribuído: a de colaborar na realização das finalidades próprias das sanções criminais de cariz preventivo.”¹³³

Ainda analisando a corrente que apóia que reparação do dano não ostenta a condição de pena, Larrauri explica que para Hirsch, reparação não é pena, na medida em que “[...] *no bastan los requisitos de una consecuencia jurídica sea sentida como un mal y tegna efectos preventivos para ser considerada una pena. Tampoco su regulación formal en el código penal la dotan del carácter de pena*”, pois, o que importa é a diferença de conteúdo existente

¹²⁹ ROXIN, Claus. **Passado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal**. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 75

¹³⁰ ROXIN, loc. cit..

¹³¹ “[...] *se evidencia por parte del legislador con el ofrecimiento precavido de normas únicamente facultativas, y en la praxis, con el amplio rechazo de esse ofrecimiento.*” (Ibid., p. 75-76).

¹³² Ibid., p. 76.

¹³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2, p. 77-78.

entre ressarcimento de dano e pena. Na medida em que a parte civil se refere à reparação do dano material ou moral eventualmente causado ao autor, a pena constitui em um mal ulterior praticado ao agente.¹³⁴

Em que pese as semelhanças apresentadas entre as propostas de Hirsch e Roxin, Larrauri pontua que o primeiro “[...] *entiende que la reparación no puede cumplir los fines de la pena*”, pois, conforme sustenta o autor, os fins da pena e do Direito Penal se relacionam com consequências jurídicas de natureza especificamente penais.¹³⁵ A obtenção de reparação pelo ofendido está alheia a esses fins.¹³⁶

Aqueles que negam a natureza da reparação do dano como pena¹³⁷, o fazem com fundamento na maneira em como esta está regulada no ordenamento penal, notadamente como consequência civil do delito. Para tanto, estabelecem as diferenças entre pena e reparação, quais sejam: a) o critério de graduação da reparação é a entidade do dano, e não a reprovabilidade do comportamento, o que comporta, ainda, o entendimento de que na ausência do dano (nos casos de tentativa, p.ex.) não se proceda à reparação; b) a reparação busca fundamentalmente compensar o particular, e a pena prevenir a realização de futuros delitos, demonstrando que uma almeja a satisfação de interesses privados, ao passo que a pena prossegue a proteção de interesses eminentemente públicos; c) a reparação não é personalíssima, portanto transmissível aos herdeiros; d) a reparação está sujeita ao princípio da “*instancia de parte*”, portanto renunciável pelas partes e submetida a requisitos processuais distintos; e) não é a reparação matéria reservada à lei orgânica, nem lhe são aplicáveis os princípios da retroatividade.¹³⁸

Em que pese todas essas assertivas possam ser questionadas, Larrauri entende que, a partir do momento em que se sugere introduzir a reparação do dano como forma de sanção penal autônoma, esta pode ser regulada por características próprias de pena. Assim, para a autora, a reparação do dano pode ser dotada, e nada mais do que isso, do que de uma *ou* outra natureza.¹³⁹ Comportaria afirmar, para admitir a reparação do dano como pena, que: a) seu pressuposto é o delito, e que ele requer uma declaração de culpabilidade, pois, caso não haja o

¹³⁴ LARRAURI, 1997, p. 175.

¹³⁵ “*La pena tiene atribuidas funciones preventivas, de defensa de las fcturas víctimas, de los intereses colectivo y del ordenamiento jurídico. Por ello la reparación no es un instrumento pacificador propio del derecho penalm sino un ‘aliud’ extranõ a los propios fines de la pena*” (LARRAURI, 1997, p. 176).

¹³⁶ LARRAURI, Elena. La Reparación. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Org.). **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 175-176.

¹³⁷ Larrauri remete-nos à Gracia, Boldova e Alastuey (1996), Mapelli e Tirradillos (1996), Pantaléon (1991) e Santos (1984).

¹³⁸ Ibid., p. 177.

¹³⁹ LARRAURI, loc. cit.

delito produzido uma lesão, isso não exclui automaticamente a exigência da reparação¹⁴⁰; b) a reparação deve graduar-se como o restante das penas, em conformidade com o dano produzido e com a culpabilidade da pessoa¹⁴¹; c) a pena possui evidente caráter público, e não depende exclusivamente da vontade da vítima¹⁴²; d) a pena é pessoal, não assegurável e não é transmissível¹⁴³ e, finalmente; e) a execução e garantia do êxito da reparação como sanção penal se assegura, a exemplo do restante das penas, com a ameaça de pena privativa de liberdade¹⁴⁴.

Duas importantes objeções são apresentadas àqueles que admitem a reparação do dano como forma de sanção penal autônoma, em que pese a doutrina coleccione outros argumentos em sentido contrário, os quais serão adiante enfrentados. A primeira defende que o “[...] *debito a que la reparación ya está prevista como consecuencia civil de todo delito ello implica de facto renunciar a la pena*”¹⁴⁵, o que, para a autora, parte do pressuposto de que somente é pena a privação de liberdade, e não considera que a reparação, na medida em que impõe uma carga patrimonial, apresente gravidade suficiente para fazer frente a determinados delitos. A reparação como pena pretenderia superar a ideia de impor uma pena e uma responsabilidade civil a todo delito, subdividindo-a em duas espécies. A segunda objeção apresentada sustenta que a incorporação da reparação do dano como sanção autônoma

¹⁴⁰ “Puede distinguirse los supuestos de ‘ausencia de daño’ por falta de un víctima individual, en cuyo caso puede imponerse la reparación en favor de la colectividad, de aquellos en que obedezca a que el delito está en fase de tentativa, en cuyo caso puede pensarse en una reparación por el daño inmaterial.” (LARRAURI, Elena. La Reparación. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Org.). **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 177).

¹⁴¹ “En general la doctrina penal, al partir de la reparación exclusivamente como restitución del daño, concentra su atención en los casos en que se produce una disparidad (poco daño/mucha culpabilidad o viceversa). Pero si la reparación se configura como una pena el quantum no está limitado por el daño causado a la víctima sino que éste puede ser superior, siendo el destinatario de este ‘olus’ la colectividad, para evitar la onjeción de que ello representa un ‘enriquecimiento injusto’ de la víctima.” (Ibid., p. 178).

¹⁴² “Si la reparación se regula como una pena la víctima no necesita ser parte em El proceso penal. Ello es distinto de la conveniência o no de aumentar el numero de delitos privados. La reparación puede regularse com carácter irrenunciabile – El hecho de que la víctima no quiera disponer Del dinero no es óbice para que éste se destine a una organización de carácter no lucrativo –. Pero de nuevo debe advertirse que ello es diverso de la conveniência o no de aumentar el número de casos em los que se admite El perdón de la víctima como una forma de extinción de la responsabilidad penal. Finalmente que el destinatario sea la víctima no niega su naturaleza de pena debido a que um castigo es uma medida coactiva impuesta a la persona que infringe una ley, independientemente de quién sea el beneficiario de la misma.” (Ibid., p. 178-179).

¹⁴³ “Es cierto que la reparación como pena no es personal en la medida que cualquiera puede pagarla. No obstante este requisito está ausente em todas las penas pecuniarias y su exigencia consecuente comportaría, como defiende Ferrajoli (1989:416), abolir la multa del catálogo de penas. Em el caso de que la persona haya asegurado su responsabilidad patrimonial, ello solo afecta a que la víctima cobre eventualmente más rápido por parte de la compañía aseguradora, pero nada impide que el ofensor sea condenado a la reparación em favor de quién haya compensado a la víctima. Finalmente, el hecho de que sea transmissible se obvia con una regulación que declare extinguida la pena com la muerte de la persona condenada.” (Ibid., p. 179).

¹⁴⁴ “Regular la reparación como sanción penal principal es por ello em mi opinión posible. Aspecto distinto es que bajo esta discusión em realidad late un escepticismo acerca de que la reparación deba ser incluida em el repertorio de penas como sanción penal autónoma.” (LARRAURI, loc. cit.).

¹⁴⁵ Ibid., p. 179-180.

permite: a) apontar a reprovabilidade do comportamento; b) ativar o processo penal em casos em que a utilização do processo civil seria impossível; c) submeter a pessoa a um processo penal e a uma declaração de culpabilidade; c) atribuir à reparação características de pena, e dotá-la de mecanismos de execução e garantias e; d) começar a divisar um sistema penal reparador ou reconhecer a necessidade de uma multifuncionalidade, ao invés de se limitar a respostas meramente punitivas.¹⁴⁶

O ideal de pena como medida retributiva está fundamentalmente baseado no pensamento de Hegel e de Kant e são insustentáveis segundo Ferrajoli, ao passo que “[...] existe uma obscura mas radicada crença na existência de um certo nexó necessário entre culpa e punição.”¹⁴⁷

Para o autor, trata-se da manutenção do pensamento de antigas crenças que enxergavam na pena uma confusão entre o Estado de direito e natureza, ou seja, enxergavam na pena a correta medida a ser adotada para restaurar a ordem rompida, ou ainda como uma adequada medida a ser tomada para a purificação do delito por intermédio da aplicação de um castigo.¹⁴⁸ O garantismo penal, apoiado em Ferrajoli, oferece severas críticas aos modelos que comportam a composição do conflito, e posiciona-se de forma manifestamente contrária à reparação do dano por intermédio do processo penal, na medida em que sustenta que esta se apresenta como modelo de sanção penal autônoma, diferente de uma sanção civil que se acrescenta à pena, o que, de maneira inevitável, conduz à privatização do processo penal, palco perfeito para o exercício da vingança privada.¹⁴⁹

¹⁴⁶ LARRAURI, Elena. La Reparación. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Org.). **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 179-180.

¹⁴⁷ A conclusão tirada por Ferrajoli baseia-se, em verdade, nas observações feitas por Morris Ginsberg (FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 205).

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 299.

¹⁴⁹ “Com efeito, historicamente, o Direito Penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como negação da vingança privada, em descontinuidade e em conflito com a mesma e não em continuidade, justificando-se não com o propósito de garanti-la, mas com aquele de impedi-la. É bem verdade que a pena substitui, nas origens do Direito Penal, a vingança privada, mas esta substituição não é nem explicável historicamente nem tampouco justificável axiologicamente com a finalidade de melhor satisfazer o desejo da vingança, que, por si só, constitui uma ‘culpável e atroz paixão’, mas, ao contrário, com aquela de solucioná-lo e de prevenir-lhe as manifestações. Neste sentido, podemos bem dizer que a história do Direito Penal e da pena corresponde a uma longa luta contra a vingança. [...] Tanto o delito como a vingança constituem exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força da vítima, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam. É claro que, visto sob este prisma, o objetivo do Direito Penal não é passível de ser reduzido à mera defesa social dos interesses constituídos contra a ameaça que os delitos representam. Este é, sim, a proteção do fraco contra o mais forte: do fraco ofendido ou ameaçado com o delito, como do fraco ofendido ou ameaçado pela vingança; contra o mais forte, que no delito é o réu e na vingança é o ofendido ou os sujeitos públicos ou privados que lhe são solidários.” (*Ibid.*, p. 269-270).

Nesta mesma linha, Lopes Júnior ao discordar da exacerbada participação da vítima no processo penal, fundamenta seu posicionamento à medida que essa participação se apresenta de forma viciada pela evidente carga de vingança privada sempre que se estabelece qualquer sorte de relação entre autor e vítima. Outra importante advertência conduzida por Lopes Júnior é sobre a venenosa “[...] *privatização do processo penal*, pela admissão de uma pretensão acusatória [...]”, o que ocasiona invariavelmente a um “[...] desvirtuamento do processo penal, transformando-o numa via mais cômoda, econômica e *eficiente* (pelo caráter coativo), para a obtenção de um ressarcimento financeiro.”¹⁵⁰

Entretanto, e é aqui que nos interessa chegar, “[...] é exatamente a irreparabilidade que distingue os ilícitos penais daqueles civis, considerando que a pena, diferentemente da reparação de danos, não é uma ‘retribuição’, nem uma ‘reparação’, nem uma ‘reintegração’, senão no sentido mágico ou metafísico supra-ilustrada.”¹⁵¹ Trata-se, na definição de Ferrajoli, uma concepção substancialista do princípio retributivo, que nada mais significa que “[...] orientações teóricas que atribuem à ‘juridicidade’ e, correlativamente, à ‘antijuridicidade’, algum fundamento ontológico de tipo meta ou pré-jurídico, sobre o qual se baseia uma definição real de ‘delito’, dirigida a completar ou acompanhar sua definição legal ou nominal.”¹⁵²

Em vias de conclusão (parcial, é bem verdade), entendemos que reparação do dano não é pena e nem pode confundir-se com qualquer espécie de sanção penal, na medida em que não existe nenhum tipo de regulação em nosso Código Penal que lhe atribua tal condição, consequência da falta de uma previsão que estabeleça relação entre a reparação do dano e a pena. A reparação do dano se apresenta frente ao processo penal como uma forma de sanção autônoma, conduzindo este instrumento para o exercício de interesses privados, incompatível com sua função elementar, voltada para a limitação do poder estatal e para a promoção da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, ponto que por nós será abordado com maior profundidade adiante.

¹⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: WUDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 101, grifo do autor.

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 205

¹⁵² *Ibid.*, p. 299.

2.3 REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO PENAL: A PROBLEMÁTICA DA (NOVA) FUNÇÃO A SER EXERCIDA PARA ATENDER INTERESSES POLÍTICO CRIMINAIS

Retribucionistas e doutrina penal em geral são quem mais criticam a participação da vítima no processo e a privatização do conflito, sob o argumento da enorme diferença existente entre o direito civil e o Direito Penal. Delito e ilícito civil não podem ser confundidos, na medida em que, ao passo que o primeiro atinge interesses eminentemente públicos e indisponíveis; o segundo, ao contrário, regula interesses entre particulares e disponíveis. Mesmo que reconheçam o interesse legítimo da vítima em buscar a compensação ou reparação do dano pelo mal sofrido, retribucionistas reconhecem que tal pretensão não pode ser exercida por intermédio do processo penal, eis que se trata de instrumento que está a serviço do imputado, como forma de garantia contra abusos e arbítrios da atividade estatal.¹⁵³ Maier também aborda que se trata de um problema que coloca em posição de enfrentamento o Direito privado e o Direito Penal e suas consequências características: respectivamente reparação do dano e pena. Salienta o autor, com propriedade, que “[...] hoy existen modelos casi ‘privados’ en el Derecho penal (las acciones privadas) y ‘penales’ en el Derecho privado (la clausula penal y la reparación del daño moral.”¹⁵⁴

Com efeito, o que muito importa em Maier é a separação que faz entre a problemática enfrentada pelo Direito Penal e pelo processo penal em relação ao mesmo ponto, qual seja, a relação existente entre ofendido e reparação de dano. Em abreviada síntese, para o Direito Penal a discussão principal se vincula com a reparação integral do dano sofrido, a possibilidade de integração desse instituto como uma das finalidades da pena, ou como ingresso da reparação do dano ao catálogo de reações de Direito material como recolocação ou até mesmo substituição das penas tradicionais.

Ao processo penal o interesse é distinto. Trata-se de estudar a forma como se dá a participação do ofendido no procedimento penal, ou até mesmo de se analisar a posição ocupada pela vítima dentro do jogo processual.

Como for, Maier conclui inicialmente tratar-se de “[...] un tema político-criminal, que ha llegado al estadio de exigir reformas en el sistema penal que, por su carácter, son de

¹⁵³ PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 166-167.

¹⁵⁴ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal: parte general: sujetos procesales**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 587.

*extrema importância, pues tocan la base del sistema [...]”*¹⁵⁵ Segundo o autor, um movimento reformista exigiria, em contrapartida, como meta final a se alcançar, uma inversão da situação, de forma que a reparação do dano seja privilegiada, em todo caso individual, e seja ela relacionada ao caso concreto, bem como ao interesse estatal na pena.¹⁵⁶

Assevera Maier que, quando se busca melhorar a situação da vítima, não se pode evitar, ao construir esse novo pensamento, agredir, e derrubar parcialmente, os fundamentos do sistema penal estatal e de outras áreas da vida jurídica.¹⁵⁷ Daí decorre a dificuldade na tomada de decisões e de se empreender um caminho prático de operação, pois as soluções até aqui apresentadas, em termos práticos, não têm se apresentado efetivas. Nas palavras de Figueiredo Dias, trata-se de um “[...] extenso requisitório de uma parte da doutrina internacional mais recente no sentido de conferir relevo penal à indemnização emergente de um crime”¹⁵⁸, o que vem sendo uma tendência político-criminal principalmente no sentido de lançar a indenização como elemento fundamental das consequências jurídicas do crime.

¹⁵⁵ MAIER, Julio. **Derecho Procesal Penal**: parte general: sujetos procesales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. p. 588.

¹⁵⁶ MAIER, loc. cit.

¹⁵⁷ Refere-se o autor aos fins pretendidos pela pena e a função do Direito Penal, à relação e os limites entre a pena estatal e o interesse particular (Direito Penal e Direito privado), os fins de um procedimento penal, a relação entre os sujeitos processuais entre si e, em especial, entre os órgãos estatais com os intervenientes privados no procedimento, e a posição do imputado (MAIER, loc. cit.).

¹⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2, p. 46.

CAPÍTULO III – VÍTIMA E PROCESSO PENAL

3.1 A VÍTIMA E A FIGURA DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO

Conforme leciona Frederico Marques, no Código de Processo Penal “[...] a instauração da relação processual penal, [...], pode depender, de todo, da atuação do ofendido”, o que ocorre na ação penal privada, na ação penal privada subsidiária da pública e na ação penal pública condicionada à representação do ofendido.¹⁵⁹ Não tendo o ofendido intentado a ação penal privada subsidiária da pública, ainda assim a ele é facultado o direito de intervir como assistente da acusação, na medida em que o art. 268 do Código de Processo Penal lhe outorga tal direito em todos os termos da ação pública.

Nessas condições, conforme sustenta o autor, uma vez havendo a intervenção do assistente, “[...] passa ele a ter todos os direitos subjetivos processuais de parte no processo”¹⁶⁰, como titular de direitos, deveres e todos os demais ônus decorrentes da relação processual.

O assistente da acusação é apresentado como uma parte contingencial¹⁶¹ ao processo penal, cuja atividade processual é tão-somente acessória se relacionada àquela desenvolvida pela parte principal, que é o Ministério Público. Quanto à capacidade processual para intervir como assistente da acusação, Frederico Marques revela ser idêntica àquela para os atos da vida civil, acrescentando-se, ainda, as exigências de capacidade postulatória.¹⁶² Como assistente, podem intervir o próprio ofendido ou seu representante legal, ou, na falta de um desses, qualquer uma das pessoas que estão arroladas no art. 31 do Código de Processo Penal, que são o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão do legitimado.¹⁶³

¹⁵⁹ FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2, p. 78.

¹⁶⁰ “Em consequência dessa qualidade e posição de sujeito parcial do processo, o Código de Processo Penal faz menção especial à pessoa do ofendido em alguns atos do procedimento, notadamente no que tange com o plenário do Júri, em que seu patrono, como *numen júris* de acusador particular, vem especificamente referido nos artigos 451, 452, 468 e 471, parágrafo 2º do citado código. Ainda, ao ofendido é dado o direito de requerer o sequestro de bens imóveis adquiridos pelo indiciado com proventos da infração (art. 127), como também a hipoteca legal (art. 134).” (Ibid., p. 79).

¹⁶¹ Em Tourinho Filho extraímos a referência de que “[...] contingentes são as partes ‘*cuya constitución está permitida por la ley, pero que no son necesarias para que el proceso exista*’.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 2. ed. Bauru: Jalovi, 1975. v. 2, p. 270).

¹⁶² FREDERICO MARQUES, op. cit., p. 80.

¹⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 36.

Não há de se confundir o assistente da acusação com o advogado que o representa, eis que há a necessidade de que o ofendido, ou seu representante, nomeie um advogado para defender seus interesses perante o juízo. Até este momento anterior à reforma, “[...] o assistente é uma parte secundária, que não dá o *starter* procedimental, e tampouco sua presença é necessária”, já que, como lembra Lopes Júnior, “[...] o assistente somente poderá ingressar após a denúncia ter sido oferecida e admitida, não sendo ele o responsável pela invocação da tutela jurisdicional.”¹⁶⁴

Em que pese no texto da reforma prevista no PL 156/2009 não haja uma profunda adulteração em relação ao momento de intervenção do assistente da acusação, a verdade é que ele passará a ser responsável pelo *starter* procedimental da adesão civil ao processo penal, havendo, neste ponto, uma leve mudança em seu comportamento processual. Esta situação reacende mais uma vez toda uma discussão acerca dos interesses que motivam a intervenção do assistente no processo penal e, o que nos parece ainda pior, sacramenta de uma vez por todas o entendimento de que, se não é o assistente movido por motivo de vingança, ao menos sua participação no processo penal estará umbilicalmente vinculada aos seus interesses econômicos.

Tourinho Filho há muito já evidenciava que “a razão de se permitir a ingerência do ofendido em todos os termos da ação pública, ao lado do Ministério Público, repousa na influência decisiva que a sentença na sede penal exerce na sede civil”, o que decorre como consequência natural da previsão do Código Penal que torna certa, em uma esfera própria, a obrigação de indenizar o dano resultante do crime.¹⁶⁵

¹⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 37-38.

¹⁶⁵ Interessante é o fundamento utilizado pelo autor para o sustento de sua assertiva de que “[...] a função do assistente não é a de auxiliar a acusação, mas de procurar defender seu interesse à indenização do dano “ex-delicto.” Com efeito, Tourinho Filho propõe a análise sistemática do art. 581 e das hipóteses que ensejam a interposição de Recurso em Sentido Estrito, e dispara que, em um rol de dezenas de hipóteses, é somente em duas delas (quando houver sentença de impronúncia e quando for julgada extinta a punibilidade) que se admite a intervenção do assistente da acusação.” Para o autor, a previsão é mais do que elucidativa, na medida em que “[...] qualquer das decisões impugnáveis através do recurso ‘stricuts juris’, salvante as hipóteses de impronúncia e de extinção da punibilidade, não afeta o direito do ofendido à satisfação do dano ‘ex-delicto’,” mas que, nestes dois casos, havendo reforma da decisão que impronuncia ou que julga extinta a punibilidade do acusado, “[...] o ofendido terá a possibilidade de ver ser julgada procedente a pretensão punitiva e, assim, ao invés de percorrer o longo caminho da ação civil, limitar-se-á a ingressar em juízo com ação executória, [...], que, sem dúvida lhe será mais vantajoso, sobremaneira.” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 2. ed. Bauru: Jalovi, 1975. v. 2, p. 273-275).

A administração da justiça, para Lopes Júnior, acaba sendo a maior prejudicada com a contaminação gerada pelo sentimento de vingança e os interesses econômicos trazidos pela vítima para dentro do processo penal, o que põe em sério risco o equilíbrio e a ética em seu transcurso. Ademais, parece-nos muito claro que o poder dever-punitivo é do Estado, e o Direito Penal não autoriza uma vingança privada, razão pela qual a participação do assistente de acusação possui limites que devem ser definidos e observados.

Não que se esteja a negar, e neste ponto concordamos inteiramente com o autor, que os interesses econômicos das vítimas de delitos não sejam satisfeitos em sua plenitude, mas “[...] a mistura de pretensões (acusatória e indenizatória) gera uma grave confusão lógica e, principalmente, um hibridismo bastante perigoso e problemático, que pode conduzir a ‘condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas’.”¹⁶⁶, o que significa, em outra dimensão, a condenação de um sujeito acusado somente para satisfazer os interesses financeiros da vítima, economizando-se o ajuizamento da devida ação na esfera cível.

Como ainda veremos, por mais legítimos que sejam, tratam-se de meios incompatíveis com a função delegada ao processo penal, e a atuação do assistente à acusação no processo penal “[...] representa um desvirtuamento completo do sistema jurídico penal para a satisfação de algo que é completamente alheio a sua função.”¹⁶⁷ Assim que tratarmos da adesão civil, e do que chamamos de *abandono da paridade de armas*, voltaremos a abordar com um pouco mais de profundidade a problemática da relação entre o assistente da acusação e a reparação do dano no processo penal.

3.2 A REPARAÇÃO DO DANO COMO REFLEXO DOS MOVIMENTOS DE EXPANSÃO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL

Silva Sánchez busca identificar algumas causas que atraem nas sociedades pós-industriais um movimento de expansão do Direito Penal¹⁶⁸, o qual se traduz em uma corrente

¹⁶⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 40.

¹⁶⁷ Lopes Júnior, loc. cit. “Na expressão de Bettiol, isso constitui a derrocada do processo penal, que deixa de ser portador da justiça para se converter em simples instrumento de tutela de interesses privados. Há que se colocar as coisas em seu devido lugar. Gomez Orbaneja também, há muito tempo, apontava para o perigo da *privatización del proceso* penal que, segundo o autor, é completamente incompatível com sua verdadeira finalidade e com o próprio caráter estatal da pena.” (LOPES JÚNIOR, loc. cit.).

¹⁶⁸ É assim que, neste sentido, identifica aspectos como a existência de novos interesses, a efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma

de evolução da ciência penal como uma “cruzada contra o mal”, desprovida de mínima fundamentação racional¹⁶⁹. Desta forma, conclui que, frente a tais posturas doutrinárias, não é nada difícil constatar-se um movimento na legislação de forma a induzir novos tipos penais que representam a agravação daqueles já existentes – e, ao nosso sentir, a adesão civil nada mais é do que o reflexo desse entendimento, à medida que agrava o tipo processual penal do art. 387, IV, inserido pela Lei 11.719/08 ao Código de Processo Penal¹⁷⁰ –, seja no Direito Penal substancial, seja no Direito Processual Penal.

A esse fenômeno Silva Sanchez atribui o nome de “expansão”, significando, em apertada síntese, a “[...] *creación de nuevos <bienes jurídicos-penales>, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios de garantía*”. Para o autor, o movimento de expansão do Direito Penal apresenta-se como uma espécie de “[...] *perversidad del aparato estatal*”, na medida em que busca no recurso legislativo, de forma freqüente, uma solução fácil aos problemas apresentados pela sociedade, desconsiderando solenemente aquilo que deveria ser resolvido no plano instrumental, de proteção efetiva.¹⁷¹

Interessa-nos nesse estudo analisar o fenômeno de identificação da sociedade com a vítima no que guarda relação da própria instituição da pena como um mecanismo de apoio da vítima ao trauma gerado pela conduta delituosa de um agente. Consoante Silva Sanchez, o raciocínio utilizado é o de que já que a sociedade não fora capaz de evitar a comissão de um ilícito, essa tem, em princípio, uma parcela de dívida junto ao ofendido, que consiste no castigo do autor da ofensa.

Nesse contexto, a necessidade da reparação dos danos sofridos com a conduta delituosa não foge a essa regra. Contudo, sem que possamos atribuir natureza criminal à controvérsia, não podemos reconhecer o Direito Penal como “[...] *el mecanismo adecuado para una gestión razonable de los mismos*.”¹⁷²

Exemplo patente desse movimento são as reformas recentemente promovidas pela promulgação da Lei 11.719/08 que, em seu art. 387, IV alterou a concepção até então

sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria social como vítima do delito, o descrédito de outras instâncias de proteção, os gestores atípicos da moral, a atitude da esquerda política e, finalmente, o “gerencialismo” como fator colateral (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión Del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001. p. 19).

¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, loc. cit.

¹⁷⁰ “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] V - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, loc. cit.

¹⁷² Ibid., p. 65.

existente, e tornou o título, de forma parcial ou integral, líquido, na medida em que outorga ao juiz a possibilidade de fixar um valor “mínimo” para a reparação dos danos causados pelo ato ilícito. Com a alteração trazida pelo anteprojeto da “Comissão Pelegrini”¹⁷³, e em plena conformidade com a tendência internacional de revalorização da vítima sobre a qual estamos tratando, permite-se que a vítima busque a reparação do dano perante a esfera cível já com um valor pré-fixado pelo juiz criminal¹⁷⁴, o que, por outro lado, não obsta o ajuizamento de ação civil “ex delicto” pelo ofendido ou seus sucessores ou, ainda, da liquidação pela diferença a ser pleiteada¹⁷⁵.

Ao apreciar a insuficiência das reformas parciais do processo penal, decorrentes da Lei 11.719/2008, Giacomolli observa que a inclusão do ofendido incrementou sobremaneira o ativismo vitimológico, nítido reflexo do expansionismo apregoado por Silva Sánchez, referindo que a hipótese prevista com a nova redação do art. 387, IV do Código de Processo Penal, em que o juiz poderá fixar um valor mínimo para a reparação do dano pelos prejuízos suportados pelo ofendido em decorrência da infração criminal, serve unicamente como medida de incremento do pólo acusador, e que a adoção de medidas de reparação da vítima no âmbito criminal somente se justifica nas infrações de delitos de menor potencial ofensivo, quando sua ocorrência tem o condão de evitar a incidência do *ius puniendi*.¹⁷⁶

Neste ponto é importante a colocação em que conclui que, “[...] como regra, as vítimas têm interesse na reparação dos danos, e não no destino penal do autor do fato.”¹⁷⁷ Assevera Giacomolli que os delitos, em sua grande maioria, causam um dano direto em razão do fato criminal, e outro ao estamento social. Assim, a reparação do dano como forma de proteção das vítimas produz efeitos de indenização intra e extraprocessuais, “[...] com a dedução de

¹⁷³ “A redação elaborada pela Comissão Pellegrini foi enviada para o Congresso Nacional, onde foi mantido o trecho e foram acrescentados os demais tópicos do art. 387. Ainda no Senado, foi apresentada emenda visando à inserção, no §1º, do art. 387, da possibilidade de execução da reparação nos mesmos autos. Na justificativa, o Senador Demóstenes Torres discorreu sobre o ajustamento do Código de Processo Penal às demandas sociais e sobre a preocupação com a vítima. A emenda, contudo, não foi aprovada, e a execução deve dar-se no Juízo Cível.” (CHOUKR. Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal**: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 619.)

¹⁷⁴ SILVA, Ivan Luís Marques da. **A reforma processual penal de 2008**: lei 11.719, procedimentos penais: lei 11.690/ 2008, provas: lei 11.689/ 2008, júri: comentadas artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 15.

¹⁷⁵ Neste sentido, conferir: FERRARI, Eduardo Reale. **Código de processo penal**: comentários ao projeto de reforma legislativa. Campinas, SP: Millennium, 2003. p. 149; PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 165.

¹⁷⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. p. 282.

¹⁷⁷ Ibid., p. 84.

uma pretensão de natureza patrimonial, ou com o estabelecimento de mecanismos reparatórios compensatórios, consensuados ou não.”¹⁷⁸

A admissão de outra parte para a reparação do dano, ainda, causa diversos reflexos no sistema penal como um desequilíbrio na igualdade processual, a flexibilização da duração dos prazos (com a inclusão de momentos de manifestações do ofendido), o desvirtuamento da atividade finalística do processo penal, dentre outros. Essa realidade converge à criação de falsas expectativas em torno da assistência¹⁷⁹ e, principalmente, em torno do ofendido, concluindo – e condenando – este “[...] retorno à época da vingança privada, onde o direito de punir não pertencia ao Estado, mas ao ofendido.”¹⁸⁰

Esses movimentos, como já referido, tenderiam a potencializar o desequilíbrio do processo penal de forma contrária à defesa, e a previsão da reparação do dano encaminharia ao nascimento de um novo encargo probatório, agora ao ofendido, em promover as provas necessárias ao seu direito, desvirtuando sobremaneira a função do processo penal.¹⁸¹

Entende acertadamente que o legislador, ao prever tal hipótese, estabelece flagrante fragilização do pólo defensivo e incremento do pólo acusador, pois este último, à parte de buscar a condenação do acusado, também terá interesse em levar ao processo criminal qualquer sorte de prova que traga ao convencimento do julgador a possibilidade de condenação ao pagamento da indenização pretendida pelo ofendido, na medida em que a defesa, além de se preocupar com o aspecto criminal da demanda – criação da dúvida razoável no processo penal – deverá voltar suas atenções também para a discussão acerca do dever ou não de se indenizar a vítima.¹⁸²

Outro ponto muito bem observado é o entrave à resolução do processo criminal no tempo razoável, se observada a determinação de confusão entre as esferas cível e criminal. A metodologia de busca de provas para fomentar a condenação ao pagamento de indenização é absolutamente incompatível com o processo penal. Querendo o juiz aplicar a ordem legal, o

¹⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 85.

¹⁷⁹ Entendemos exatamente como Giacomolli, e neste sentido abordaremos mais adiante, que “[...] essas comunicações criam falsas expectativas no ofendido, reaviavam os sentimentos em relação ao causador do dano, aumentando seu sofrimento, mormente nas situações em que não dispõe de conhecimentos suficientes acerca do processo penal (regra).” (GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 55).

¹⁸⁰ Ibid., p. 54.

¹⁸¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. p. 282.

¹⁸² Id., 2008, p. 110.

deverá fazer unicamente com base na prova produzida sob a perspectiva criminal do processo, sem qualquer tipo de autorização a se ampliar a perspectiva probatória que busca exclusivamente o pagamento de indenização (existência do dano e sua dimensão)¹⁸³, pois incompatível com a própria matriz do processo penal.

Por fim, o autor enfrenta o problema que se refere à manifestação do interesse da vítima a fim de que seja arbitrado o valor para o pagamento de indenização na esfera penal. Pode ela manifestar, por exemplo, que não deseja discutir o valor da indenização pelo fato ocorrido na esfera criminal, pois já o fez no cível, ou que lá pretende discutir o *an debeatur* e o *quantum debeatur*. Com efeito, o pagamento de indenização, ao contrário do estabelecimento de uma condenação criminal, está na esfera de disponibilidade da parte, e manifestando-se ela pelo seu desinteresse em prosseguimento na esfera penal, é defeso ao juiz dar trânsito a qualquer tipo de discussão nesse sentido, pois há, nesse caso, aplicação do princípio do dispositivo, que comporta renúncia e transação.¹⁸⁴

Boa parte da crítica do presente estudo será direcionada a estas observações. No momento, entretanto, queremos demonstrar que a previsão do art. 387, IV da Lei 11.719/2008 é exemplo patente dos movimentos de expansão do Direito Penal apregoados por Silva Sánchez, assim como as disposições do projeto reformista que prevêem a adesão civil ao processo penal.

3.3 A REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E MODELOS ALTERNATIVOS

Badaró ensina que o Código de Processo Penal limita-se a tratar dos efeitos civis da sentença penal sem, contudo, regulamentar “[...] a ação que deve ser proposta no juízo cível tendo como causa de pedir o fato criminoso”. Quando versa sobre a ação *ex delicto*, nosso Código de Processo Penal não trata das regras da ação a ser proposta na esfera civilista, remetendo expressamente àquela esfera. O autor coloca que a satisfação do dano revela-se de diversas modalidades, e que o termo “reparação do dano” é empregado em sentido *lato*,

¹⁸³ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 111.

dentre os quais podemos destacar a restituição, o ressarcimento, a reparação e a indenização.¹⁸⁵

A mais singela forma de satisfação do dano segundo Badaró é a restituição da coisa. Apresenta-se nas situações em que há privação de um objeto mediante um ato ilícito (furto, roubo, etc.), e que a situação inicial é restaurada devolvendo o bem jurídico tutelado ao ofendido. Outra espécie apresentada é o ressarcimento do dano, que constitui no pagamento integral dos danos patrimoniais resultantes do ilícito experimentado pela vítima. Nesses casos, a satisfação do dano se dá com o pagamento, inclusive, de danos emergentes (principal) e lucros cessantes (acessórios). Quando se fala em danos morais ou extrapatrimoniais, está-se diante da figura da reparação. E, por fim, nomeia-se indenização “[...] a compensação do ato ilícito praticado pelo Estado, lesivo ao particular.”¹⁸⁶

O nosso Código de Processo Penal prevê de maneira expressa a restituição, o ressarcimento, a reparação e a indenização. Badaró adverte, entretanto, que não há qualquer preocupação em se empregar as expressões da forma tecnicamente correta.¹⁸⁷

Badaró, quando versa sobre a ação *ex delicto*, o Código de Processo Penal não trata das regras da ação proposta na esfera civilista.¹⁸⁸ Não parece ser, por outra razão, que Scarance Fernandes adverte a grande dificuldade que se coloca em identificar as principais tendências do direito processual penal, ao passo que existe um forte conteúdo político a ser observado, bem como a necessidade de se atentar para a grande diversidade legislativa existente entre os países.¹⁸⁹

Alguns posicionamentos, entretanto, são comuns entre os países da Europa e da América do Sul, ambos de tradição jurídica romano-germânica e com inclinações doutrinárias e jurisprudenciais semelhantes. É neste contexto que o autor classifica como “[...] generalizada a tendência consistente em dar à vítima novo papel no processo penal, tirando-a do ostracismo que lhe foi imposto nos últimos tempos.”¹⁹⁰

Em Portugal, Figueiredo Dias observa a importância do que chama de *princípio vitimológico* o qual, mesmo não fazendo parte de uma emanção direta do ordenamento jurídico-constitucional português – e, no Brasil, não é diferente –, não pode ser omitido “[...]”

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1, p. 98.

¹⁸⁶ BADARÓ, loc. cit.

¹⁸⁷ BADARÓ, loc. cit.

¹⁸⁸ BADARÓ, op. cit., p. 98.

¹⁸⁹ SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24.

¹⁹⁰ Ibid., p. 25.

entre os princípios directores de um programa político criminal para os nossos dias.”¹⁹¹ Trata-se de consequência natural da necessidade de uma maior observação e investigação do papel, dos interesses e da proteção da vítima em nível de Direito Penal substantivo, de direito processual penal, de estudos criminológicos, bem como de política criminal, desaguando na criação de uma disciplina autônoma que veio a ser conhecida como vitimologia.¹⁹² Entendeu-se fundamental refletir o discurso penal na relação mútua entre Estado (no vértice da relação), “delinquente” e vítima, abandonando-se o modelo até então predominante, em que se apresentava somente na relação entre o Estado e o delinquente.

Em termos de política criminal, o princípio vitimológico é baseado em três diferentes vetores: a) aquele que resolve sua atuação no âmbito do movimento da criminalização/descriminalização; b) aquele que se assume na colocação da vítima como destinatário da política criminal, sobretudo “[...] através da concessão à vítima do estatuto de *sujeito de processo penal*, através da possibilidade de concessão como assistente [CPP, art. 68.º-1, a)]”¹⁹³ e; c) por fim, tem-se aquela vertente que sustenta a ideia de tornar a reparação do dano em uma terceira espécie de sanção criminal.

Seguramente a orientação político-criminal que regula a reparação do dano no processo penal atende a segunda vertente apontada: eleva a vítima à condição de sujeito processual, outorgando-lhe mais poderes e atribuições no processo penal, inclusive com a ampliação de seu objeto. Por outro lado, associa à pena criminal a reparação do dano como uma espécie acessória, sem observar a necessidade de tornar a reparação do dano em uma terceira espécie reprimenda, como já demonstrado neste estudo, conforme as propostas de Larrauri e de Roxin.

Nosso Código de Processo Penal ainda regula outros meios para proporcionar à vítima a reparação do dano.

Um deles é a utilização de medidas cautelares – medidas assecuratórias – que visam a resguardar um patrimônio para futura reparação da vítima, através da previsão de medidas de seqüestro, de hipoteca legal, de arresto de imóvel e de arresto de bens móveis suscetíveis de

¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2, p. 75.

¹⁹² Assevera o autor que a vitimologia seria “a única forma de prestar justiça ao relevo, à multiplicidade, à diversidade, mas também à especificidade das questões científicas que neste âmbito se suscitam.” (Ibid., p. 75-76).

¹⁹³ Figueiredo Dias acentua que “[...] para uma autêntica protecção da vítima, muito mais decisivo ainda que o auxílio <<social>> que lhe possa ser prestado é o conferir-lhe voz autónoma logo ao nível do processo penal, permitindo-lhe uma acção conformadora do sentido de decisão final e tornando possível que, sem incômodos e despesas que não possam ser suportados, a vítima logre obter, sempre que possível no próprio processo penal, a indemnização das perdas e dos danos sofridos com o crime”, e que “[...] é nesta via que deve insistir-se e progredir-se.” (FIGUEIREDO DIAS, loc. cit.).

penhora, todas elas reguladas, respectivamente, nos arts. 125, 136 e 137 do Código de Processo Penal.¹⁹⁴ A teor do que dispõe o art. 127 do indigitado ordenamento jurídico, todos podem ser requeridos e decretados, individual ou cumulativamente, em qualquer fase do procedimento criminal, seja antes do oferecimento da denúncia ou queixa ou após decisão final do processo, desde que ainda passível de recurso. Havendo condenação do acusado e transitada em julgado a sentença penal, serão os autos do pedido de medidas assecuratórias remetidos ao Juízo Cível para fins de que seja promovida a execução através de sua ação civil própria.

O PL 156/2009 igualmente prevê hipóteses de medidas cautelares reais que visam a assegurar a reparação do dano causado pela conduta delituosa, as quais estão previstas em seu art. 612 ao art. 654, “admitidas como meio absolutamente indispensável para assegurar os fins da persecução criminal e de reparação civil [...]”(art. 526 do PL 156/2009). Às medidas de sequestro, hipoteca legal e arresto de bens – as quais já previstas no Código de Processo Penal –, o PL 156/2009 incluiu a previsão da indisponibilidade dos bens, a ser aplicada quando não for possível, por ausência de elementos suficientes, distinguirem-se com precisão os bens de origem ilícita daqueles que integram o patrimônio regularmente constituído do investigado/acusado, ou até mesmo de terceiro, inclusive de pessoa jurídica, cujo nome tenha sido utilizado para a prática criminosa ou ocultar o produto ou os rendimentos do crime. Com efeito, o art. 613 do Projeto Lei esclarece que a adoção das medidas cautelares no âmbito do processo penal não obsta iniciativa de semelhante natureza na esfera cível.

A Lei 9.099/95 foi quem inaugurou o modelo que priorizou a indenização do dano em detrimento até mesmo da punição do infrator. Nela, sempre que possível deve ocorrer a reparação dos danos sofridos pela vítima, o que pode se dar através da conciliação ou da composição de danos. Nos crimes com pena mínima igual ou inferior a 1 (um) ano, é possível a suspensão do feito por 02 (dois) a 04 (quatro) anos, desde que o acusado se submeta a algumas condições, sendo uma delas justamente a reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Interessa-nos historiar que a partir da Lei 9.099/95, e mais precisamente com a previsão da conciliação civil no processo penal, houve um rompimento com a orientação ortodoxa que impedia a busca da solução civil dentro do processo penal. A única forma de satisfação do dano até então permitida era a restituição à vítima da coisa que lhe havia sido subtraída pelo autor do crime e que, a partir de sua apreensão, voltava aos seus domínios.

¹⁹⁴ Não é demais lembrar que a Lei 9.613/98, Lei de Lavagem de Dinheiro, incrementa o seqüestro de bens, valores ou direitos, oriundos dos crimes que deram origem à lavagem (art. 8°).

A sentença penal condenatória tinha a força apenas de um título executivo judicial, sem qualquer eficácia para outorgar à vítima o poder de discutir na esfera penal a questão atinente à reparação civil. A Lei 9.099/95 veio a alterar esse paradigma, pois, conforme interpretação literal do seu art. 62, objetiva, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima.¹⁹⁵

Em sistemas jurídicos de outros países já existe a permissão para que, cumulativamente à pretensão penal, seja observada a pretensão indenizatória do ofendido por conta dos danos experimentados em virtude do delito. Trata-se de um objeto eventual ou uma pretensão contingente, de conteúdo não-penal, que autoriza à vítima a buscar a responsabilização simultânea (penal e civil) do acusado, tudo em um mesmo processo e perante um mesmo juiz – o responsável pelo julgamento do caso penal.¹⁹⁶

Lopes Júnior considera a cumulação de ações “[...] uma deformação do processo penal, que passa a ser um simples instrumento de tutela de interesses privados”, e que a alegada economia processual, a qual justificaria a adoção da referendada medida (a de acumulação), causa uma grave confusão na lógica do processo em razão das distintas naturezas das pretensões (indenizatória e acusatória): “[...] representa uma completa violação dos princípios básicos do processo penal e, por consequência, de toda e qualquer lógica jurídica que pretenda orientar o raciocínio e a atividade jurídica nessa matéria”. Para o autor, é desvirtuado o processo penal na medida em que suas funções, estruturas e objetivos informadores são minimizados em detrimento da busca de uma satisfação alheia ao seu objeto principal.¹⁹⁷

O próprio Direito Penal já nos apresenta, segundo Lopes Júnior, exemplos de uma equivocada privatização do processo penal, mormente quando se vislumbra uma condenação a uma pena de multa (responsabilidade penal), conquanto, na verdade, o que se almeja é uma indenização na esfera cível (responsabilidade civil), utilizando-se, para tanto, a sentença penal condenatória como título executivo judicial. “Para amparar esse tipo de direito, existem vias próprias e para isso está o processo civil. Cada coisa no seu devido lugar.”¹⁹⁸

¹⁹⁵ SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 231.

¹⁹⁶ “Esse é, por exemplo, o sistema vigente na Espanha, em que o juiz penal deverá, quando formulada a pretensão civil junto com a acusatória, julgar o acusado e, ao condená-lo criminalmente, deverá ainda julgar a pretensão civil e inclusive determinar o *quantum* da indenização.” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 96-97, grifo do autor).

¹⁹⁷ Ibid., p. 97.

¹⁹⁸ LOPES JÚNIOR, loc cit.

As próximas linhas se ocuparão de verificar a relação que a reparação do dano estabelece com o processo penal, bem como a fazer uma análise mais aprofundada das propostas estabelecidas pelo projeto de reforma do Código de Processo Penal no que guarda relação com a chamada adesão civil.

3.4 EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, A MINIREFORMA DE 2008 E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 387 DO CPP

A regulação da proteção da vítima encontra na Constituição Federal, mormente no princípio da dignidade da pessoa humana, o sustentáculo de seu direito à tutela efetiva, com fundamento no Estado de Direito (art. 1º, III da CF).¹⁹⁹ O Código Penal brasileiro estabelece, por sua vez, a sanção penal como consequência da sentença penal condenatória. Além dela, existem outros efeitos que são produzidos após a fixação de um decreto condenatório, também conhecido como *secundários* ou *accessórios*, podendo carregar consigo natureza penal ou extrapenal.

Os de natureza penal, por evidente, são aqueles que estão insertos em dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei de Execução Penal ou, ainda, da legislação penal extravagante. Por sua vez, os efeitos de natureza extrapenal são aqueles elencados no art. 91 e 92 do Código Penal, também conhecido como *efeitos genéricos* e *efeitos específicos* da condenação.

Bitencourt afirma que o primeiro efeito genérico extrapenal da sentença penal condenatória é tornar certa a obrigação de indenizar, já que o decreto faz coisa julgada no cível, nos termos estabelecidos no art. 584, II do Código de Processo Civil, cuja liquidação far-se-á na esfera cível. Aponta, contudo, que a vítima ou seus sucessores não estão obrigados a aguardar o desfecho da ação penal para postular sua reparação com base no título executivo decorrente da sentença penal condenatória, podendo buscar o ressarcimento do dano através de ação própria no juízo cível.²⁰⁰

¹⁹⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 86.

²⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 725-726.

Assim, é evidente que se está encaminhando para a acumulação das sanções civis com as sanções penais, o que vai instigar à reprodução da crítica da confusão entre conceitos do processo civil e do processo penal, materializada aqui nas linhas de Carnelutti, para quem “[...] o estudo das sanções civis escapa, naturalmente, do campo do Direito Processual Penal, salvo no que se refere fazê-las operar mediante o processo penal.”²⁰¹

Tratando acerca dos efeitos civis da condenação criminal, Zaffaroni e Pierangeli ensinam que aliados à pena abstratamente cominada, com a sentença condenatória decorrem outros efeitos como o caso da obrigação de indenizar, corolário lógico da observância do que dispõe o art. 927 do Código Civil. Nada importa, nesses casos, se o fato delituoso decorre de conduta comissiva ou omissiva; de dolo, de culpa ou de preterdolo. O fato é que em tais situações “[...] a obrigação de reparar o dano se faz sempre presente, mas a reparação do dano deve ser buscada no cível.”²⁰²

Aponta Abreu e Silva que se conhecem quatro sistemas acerca da relação entre ação penal e civil decorrente do delito: a) da união (processo único para dar curso à pretensão acusatória e à pretensão indenizatória); b) da separação absoluta (nenhuma relação); c) da separação ou independência relativa (competências diversas, mas com alguma vinculação do civil em relação à decisão penal); d) da adesão (por economia processual atribui-se ao juiz criminal competência para decidir a respeito da indenização).²⁰³ Conforme Pacelli de Oliveira existem vários e diferentes sistemas processuais regulamentando a matéria, ora permitindo o ajuizamento simultâneo dos pedidos (penal e cível) em um só juízo, ora prevendo a separação de instâncias com maior ou menor grau de separação entre elas.²⁰⁴

Zaffaroni e Pierangeli historicam que o Código de Processo Criminal de primeira instância, datado de 1832, optava pelo sistema da *confusão* ou da *solidariedade*, na medida em que o seu art. 79, §2º estabelecia como um dos requisitos da denúncia ou da queixa a fixação do valor que correspondesse à probabilidade do dano sofrido. Após a reforma ocorrida em 1841, há uma alteração nesse cenário, à medida que o legislador opta pelo sistema da separação ou da independência de esferas, quando se decide pela distinção integral entre juízo cível e juízo criminal.²⁰⁵

²⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004. p. 133.

²⁰² ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 734.

²⁰³ ABREU E SILVA, Roberto de. Efeitos Civis da Sentença Penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 285.

²⁰⁴ PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 165.

²⁰⁵ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit., p. 734.

No Brasil, adota-se o sistema de independência relativa, pois existe, muitas vezes, subordinação da temática civil à criminal. Conforme referido, o art. 91, I, do Código Penal prevê que a obrigação de reparar o dano é efeito genérico da sentença penal condenatória. Mais, o art. 935 do Código Civil estabelece que não mais se discutirá no cível a decisão criminal que reconheça a existência do fato ou sobre quem seja o seu autor.

Importante referir neste espaço que o Código Civil de 2002 previu suas hipóteses de cabimento das indenizações sem fazer qualquer distinção das que decorrem de ilícito civil ou penal. Tal conclusão exsurge principalmente da observância do que dispõe o seu art. 948, na medida em que regula que o ressarcimento causado pela prática de homicídio deve abranger “[...] o pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família”²⁰⁶ além de, conforme acrescentam Zaffaroni e Pierangeli, despesas com honorários médicos, medicamentos, aquisição de aparelhos, próteses reparadoras e prestações alimentícias às pessoas a quem o *de cuius* era devedor.²⁰⁷

Os crimes culposos não ficam alheios à regulação da lei civil, na medida em que ela também estabelece a indenização devida por essa espécie de ilícitos cometidos “[...] por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho”²⁰⁸, ou ainda nas hipóteses de crime contra a honra, já que há previsão de que “[...] a indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.”²⁰⁹ As ofensas à liberdade pessoal, reconhecidas como cárcere privado, prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé e de prisão ilegal, também compõe o rol de ilícitos penais que são tutelados pelo Código Civil em seu capítulo que regulamenta acerca das hipóteses de indenização, eis que existe previsão de que ela “[...] consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido.”²¹⁰

Com efeito, este ponto pode vir a reforçar o nosso questionamento acerca do cabimento do procedimento da adesão civil para a condenação ao pagamento de indenização dentro do processo penal, na medida em que também a lei civil procura, com bastante eficácia, regular a matéria. Havendo previsão dessas hipóteses no Código Civil, nada mais

²⁰⁶ **Art. 948.** No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

²⁰⁷ ZAFFARONI; PIERANGELI, loc. cit.

²⁰⁸ Conforme redação emprestada ao art. 951 do Código Civil.

²⁰⁹ Conforme redação emprestada ao art. 953 do Código Civil.

²¹⁰ Conforme redação emprestada ao art. 954 do Código Civil.

natural que o processamento de ação para a obtenção das reparações previstas naquele ordenamento dêem-se mediante o devido processo civil.²¹¹

No Direito Penal português, a indenização de perdas e danos emergentes de um crime constituía, até a publicação do Código Penal de 1982, um efeito da condenação, sendo o instituto objeto de estudo apenas na doutrina das consequências jurídicas do crime. Atualmente, o art. 128 do Código Penal português alterou profundamente a situação até então vivida, na medida em que passa a dispor que a indenização por perdas e danos decorrentes de uma prática criminosa será regulada pela lei civil.²¹²

Outro argumento importante referido por Zaffaroni e Pierangeli e que vem a reforçar nossa posição é o de que “[...] o ato penalmente ilícito não pode ser considerado lícito fora dos domínios penais”, e que a sanção penal surge apenas como uma forma de reforço, complementação do ilícito extrapenal.²¹³

Para o Direito Penal brasileiro não é somente na sentença que se privilegia a reparação do dano. Antes mesmo de um provimento final que tenha o condão de determinar que o ofensor repare os danos causados à vítima de um delito, a lei penal material prevê uma série de situações em que a reparação do dano é festejada.

É, por exemplo, o caso do art. 16 do Código Penal, o qual determina uma causa de redução de pena de um a dois terços àquele que por ato voluntário antes do recebimento da denúncia ou da queixa, repare o dano ou restitua a coisa. No mesmo sentido, caso a reparação do dano venha a ocorrer após o recebimento da denúncia e antes da prolação da sentença, existe a previsão de aplicação de uma atenuante genérica, tal qual prevista no art. 65, III, b.

O Código Penal incentiva em seu art. 48 a reparação para a substituição das condições genéricas por condições específicas na suspensão da pena. No prazo de suspensão concedido ao condenado, em seu período de prova, deverá prestar serviços à comunidade ou ainda submeter-se à limitação de fim de semana. A única exceção fica por conta dos casos de reparação do dano causado ao ofendido. Uma vez favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, poderá o juiz substituir as exigências de prestação de serviço à comunidade ou de limitação de fim de semana pela aplicação cumulativa de outras circunstâncias menos

²¹¹ Neste sentido, quando Larrauri apresenta as objeções que surgem quando se conclui que a reparação do dano pode ser considerada uma pena, em uma delas está justamente o argumento de que “*debito a que la reparación ya está prevista como consecuencia civil de todo delito ello implica de facto renunciar a la pena*” (LARRAURI, Elena. La Reparación. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Org.). **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 180)

²¹² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2, p. 78.

²¹³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 736.

gravosas ao acusado, como a proibição de frequentar determinados lugares; a proibição de, sem autorização do juiz, ausentar-se da comarca onde reside e; a obrigatoriedade de comparecimento mensal ao juízo a fim de justificar suas atividades, a teor do que prevê o § 2º do art. 78 do Código Penal.

Também estabelece a reparação do dano enquanto condição para a concessão do livramento condicional, salvo a efetiva impossibilidade de fazê-lo, conforme exegese do art. 83, IV.²¹⁴ Finalmente, permite-se no Código Penal a extinção da punibilidade no crime de peculato culposo, pois prevê o art. 312, § 3º esta possibilidade quando se der a reparação do dano antes da sentença irrecorrível, ou até mesmo a redução pela metade da pena imposta operando-se a reparação do dano depois daquela.

Recentemente, com a alteração do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, passou a determinar o art. 387, IV que, havendo danos indenizáveis decorrentes da conduta delituosa, sejam eles de qualquer natureza, o magistrado poderá fixar na sentença penal um valor mínimo a título de reparação dos danos causados pela infração criminal. No sistema empregado, da decisão penal condenatória decorre um título a ser executado no juízo cível, por intermédio de um processo de execução.

Assim, ao estabelecer a lei processual civil, em seu art. 475-N, II, que a sentença penal condenatória transitada em julgado é um título executivo judicial, conclui-se de forma elementar que está o exequente desobrigado do ônus de, no juízo cível, novamente ter que comprovar materialidade, autoria e ilicitude do fato discutido, na medida em que já foram no juízo penal objetos de controvérsia, expressamente considerados na sentença penal condenatória não mais passível de recurso. Perante a jurisdição civil somente será questionado o *quantum debeatur*, já que ainda não há liquidez na cártula.

3.5 A INCOMPATIBILIDADE DA REPARAÇÃO DO DANO COM O FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL

Considerando-se que o processo penal é o meio pelo qual o Estado leva a cabo a Justiça Penal, devem ser avaliadas, ainda, as razões legitimadoras que outorgam ao Estado tal

²¹⁴ A impossibilidade de reparar o dano origina-se das condições financeiras do preso ou, dentre outros motivos, do paradeiro desconhecido da vítima, do perdão, da prescrição ou novação da dívida (DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 165).

função. Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso colocam que essa justificação de titularidade se apresenta em dois planos: um plano histórico e outro plano dogmático.²¹⁵

A justificação no plano histórico, como já apresentado na introdução do presente estudo, inicia com a aplicação da pena, primeiramente de forma coletiva, e se orienta contra o membro da sociedade que transgride a convivência social. Tem características eminentemente religiosas e, lentamente, assume os contornos da composição civil, com a participação da vítima como beneficiária na solução do conflito. À medida que surge a graduação das penas conforme a gravidade da lesão, com o fortalecimento do poder estatal e a desvinculação da vítima, a pena entra em seu último estágio, o de pena pública, e transforma em Direito Penal o poder ilimitado de punição estatal.²¹⁶

Já no plano dogmático, a justificação da titularidade do Estado como realizador da Justiça Penal é apresentada por Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso sob uma tríplice ordem de considerações: a) proteção da sociedade; b) proteção do particular e; c) busca do bem comum.

A primeira ordem, proteção da sociedade, considera que o Estado coexiste com um ordenamento jurídico, e que a supressão da vingança e a implantação de critérios de justiça traduzem-se em uma das grandes conquistas do Estado Democrático de Direito. O Direito Penal estatal e sua função de aplicar uma pena pressupõem um dever de proteção da comunidade, a qual não pode ser invalidada por condutas delitivas, visto que a sociedade não mais pode defender-se por si mesma, senão por intermédio dos meios oficiais.²¹⁷

Em segundo lugar, vem a função estatal de proteção do particular, eis que, como é a pena a consequência jurídica do dever infringido pelo delito, o processo é concebido como meio de defesa do particular contra os perigos de uma vingança desmedida, seja por parte do Estado, seja por parte das vítimas do delito. Espera-se do processo penal a imposição de uma

²¹⁵ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 13.

²¹⁶ “La venganza implica libertad, fuerza y disposiciones individuales; la pena, la existencia de un poder organizado. La pena responde así a la reacción provocada por el mal y se apoya en la necesidad de mantener una organización dada de relaciones entre los hombres. Con el consentimiento de las tribus adviene el ‘sistema de composición’, mediante la prestación en metálico, de más o menos monta, para la comunidad. Al principio era la parentela quien tenía el derecho de aplicar penalidades o de aceptar una cantidad; después es el Estado quien tiene facultad para la liquidación judicial correspondiente a la conducta delictiva. En esta nueva fase se opera un fortalecimiento del poder estatal que, elevado sobre las asociaciones familiares, deliga a la víctima del manejo de la pena para transpararla al juez imparcial, quien somete a prueba los hechos, libres de prejuicios.” (Ibid., p. 14).

²¹⁷ Ibid., p. 15.

pena adequada e sem excessos²¹⁸, além da promoção de todos os direitos e garantias fundamentais do indivíduo que se vê processado.

Finalmente, Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso apresentam como derradeira justificação da titularidade do Estado como realizador da Justiça Penal a função de busca do bem comum, que se trata de medida que busca restabelecer a normalidade social atingida pela transgressão do ordenamento jurídico pela conduta criminosa.²¹⁹

Lopes Júnior reverencia a importância que assume o processo penal nos dias de hoje, notadamente em função das práticas políticas repressivistas, para que se consagre uma sociedade democrática. O autor enxerga no processo penal um “[...] instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais.” Não por outro motivo, se propõe a alçar uma (nova) discussão acerca do fundamento da existência do processo penal, além de verificar o porquê de sua existência e o porquê ele nos é útil.²²⁰

De saída, entende como premissa fundamental de seu estudo “[...] definir o fundamento legitimante da existência de um processo penal democrático, através da instrumentalidade garantista, ou seja, o processo como instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”²²¹. A assertiva de Lopes Júnior está ancorada no princípio da necessidade do processo em relação à pena: como o Estado assumiu a titularidade exclusiva do poder de penar²²², existe a necessária imposição de que se valha da estrutura por si estabelecida – o processo judicial –, para a correta aplicação da pena, sendo este considerado como o único instrumento oficial legitimamente reconhecido para tal fim²²³.

²¹⁸ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 15.

²¹⁹ Ibid., p. 16.

²²⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 1.

²²¹ Ibid., p. 2.

²²² Também em Lopes Júnior, percebemos que “O Estado, como ente jurídico e político, avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu, como meio de cumprir sua função de procurar o bem comum, que se veria afetado pela transgressão da ordem jurídico-penal, por causa de uma conduta delitativa”, e que “à medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos.” (LOPES JÚNIOR, Aury. *Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista*. In: WUDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 2).

²²³ LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 2-3.

A necessidade do processo em relação à pena evidencia-se na diferenciação estabelecida entre o direito privado – de onde se origina as relações de direito civil, comercial, etc. – e o Direito Penal. Ao passo que no direito privado as normas são dotadas de eficácia imediata e os particulares são capacitados para praticar negócios jurídicos de forma livre e sem qualquer intervenção dos órgãos jurisdicionais, no Direito Penal, para a aplicação da pena, é imprescindível a ocorrência do processo penal, eis que há exclusividade dos órgãos jurisdicionais para tal atividade.²²⁴

Interessa-nos particularmente para os efeitos do presente trabalho a constatação de que a pena depende não só da existência do delito como também da existência de um processo penal, o que não é o caso da reparação do dano, que prescinde da existência desse último elemento. Aragonese Alonso registra que “[...] *en un sistema del proceso penal puro carece de fundamento la intervención en el proceso penal de un actor civil*”, na medida em que “[...] *el fin del proceso es el de la declaración de un delito y la imposición de la pena, por lo que la responsabilidad civil debe ser ejercitada en la via civil.*”²²⁵

A acumulação de pretensões manifestamente incompatíveis causa uma flagrante degeneração do processo penal, e tal circunstância fica evidenciada com a regra que outorga à parte civil autonomia recursal quanto à matéria tratada na adesão. O processo penal pode prosseguir apenas para a discussão de matéria eminentemente civil.

Nestes casos, os de impugnação da sentença criminal pela parte civil, a controvérsia segue sob apreciação do juízo penal, “[...] *cuyas viscitudes y cuyos ritos sigue necesariamente la causa civil, aunque se trate de impugnaciones a los solos fines civiles, mientras dure el estado de acumulación procesal.*”²²⁶ Ou seja, o juízo criminal de segunda instância pode ficar sujeito à apreciação da matéria exclusivamente cível, o que para nós é inconcebível, na medida em que causa conflito e desvirtua os objetivos próprios do processo penal.

Não é por outro motivo que Lopes Júnior afirma a existência de uma relação complementar entre delito, pena e processo a ponto de sustentar que “[...] não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito

²²⁴ “Para que possa ser aplicada uma pena, não só é necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente o devido processo penal. A pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo.” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3).

²²⁵ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Rubí, 1976. p. 124.

²²⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín (Trad.). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951. t. 2, p. 415-416.

e impor uma pena.”²²⁷ A previsão da adesão civil dentro do processo penal rompe com esse paradigma e cria uma nova espécie que usurpa a função do processo penal.

Ao apreciar a relação estabelecida entre pena e processo, Lopes Júnior ressalta o caráter instrumental do processo penal, “[...] que reside no fato de que a norma penal apresenta, quando comparada a outras normas jurídicas, a característica de que o preceito tem como conteúdo um determinado comportamento proibido ou imperativo e a sanção tem como destinatário aquele poder do Estado, que é chamado a aplicar a pena.”²²⁸ De imediato, devemos registrar que nesta assertiva não está inserida a adesão civil ao processo penal, eis que nenhum tipo penal comporta uma sanção à reparação do dano, até porque esta pode ser satisfeita fora dos limites do processo penal e até mesmo de qualquer outro processo de natureza privada.

Para além da finalidade de satisfação da pretensão acusatória, o processo penal está a “[...] serviço da realização do projeto democrático”²²⁹, onde “[...] insere-se a finalidade constitucional-garantidora da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial da liberdade individual.”²³⁰ O novo instituto, como apresentado, é introduzido sob uma visão “eficientista” que utiliza o processo penal como um instrumento político de defesa social, dotando a adesão civil de uma função manifestamente alheia àquela atribuída ao processo. A instrumentalidade defendida por Lopes Júnior é incompatível com esse instituto da adesão civil, pois a sua “[...] noção de instrumentalidade tem como conteúdo a máxima eficiência dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário.”²³¹

De mais a mais, não é somente à pena que serve o processo penal, mas este também exerce uma função de proteção do indivíduo. Assim, para a realização do Direito Penal, o processo deve atingir uma dupla função, que inclui a viabilização da aplicação da pena e a sua existência como instrumento de efetivação de garantias de direitos e liberdades individuais.

Ou seja, mais do que instrumento para a aplicação da pena, o processo penal visa a limitar a atividade estatal, com o fito de garantir e efetivar os direitos individuais, pois “[...] o processo penal constitui um ramo do Direito Público, e que a essência do Direito Público é a

²²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.

²²⁸ Ibid., p. 8.

²²⁹ LOPES JÚNIOR, loc. cit.

²³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 25.

²³¹ Ibid., p. 27.

autolimitação do Estado.”²³² Não por outro motivo, sustenta Lopes Júnior que “[...] como consequência, a estrutura do processo penal deve ser tal que se reduza o mínimo possível o risco de erro”²³³, entendimento que vem a calhar na situação que propomos à análise no presente estudo, pois a previsão da adesão civil ao processo penal, ao contrário, somente potencializa os riscos de violação dos direitos fundamentais dos acusados.

²³² LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 37

²³³ *Ibid.*, p. 40

CAPÍTULO IV - O INSTITUTO DA ADESÃO CIVIL NO PL 156/2009

4.1 APRESENTAÇÃO

O anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal apresenta como forma alternativa ao cárcere a recomposição dos danos e a conciliação dos envolvidos no delito, acreditando serem elementos que podem se apresentar mais proveitosos e eficientes à pena ou à sanção pública, “[...] ao menos da perspectiva de pacificação dos espíritos e da consciência coletiva da eficácia normativa.”²³⁴ Assim é que a *Exposição de Motivos* do Projeto Lei 156/2009 afirma ser uma das missões perseguidas pela alteração legislativa a instituição da possibilidade de composição civil dos danos – em alguns casos até mesmo com efeitos de extinção da punibilidade no curso do processo – admitindo-se, para tanto, até mesmo uma maior esfera de disponibilidade dos interesses da vítima ao ingresso na persecução penal, modificando-se o panorama de sua posição no processo penal até então existente.²³⁵

Ainda conforme a *Exposição de Motivos* do Projeto Lei 156/2009, a posição da vítima altera-se significativamente quando a ela convergem-se inúmeras atenções, “[...] não só no plano de uma simbologia necessária à criação e ao fomento de uma cultura de respeito à sua contingente condição pelos órgãos públicos”²³⁶, mas também em relação à sua participação dentro do processo penal – e é disso que queremos nos preocupar –, acompanhando os movimentos processuais europeus que já instituíram em seus ordenamentos a adesão civil da vítima ao objeto da ação penal.²³⁷

Desde que se estabeleceu uma diferenciação entre o processo civil e o processo penal, a responsabilidade civil decorrente do delito e a necessidade de se estabelecer a reparação do dano são competências exclusivas dos Tribunais em seu âmbito civil. A subordinação da jurisdição civil à penal, que conforme Goldschmidt funda-se no aforismo francês “[...] *le criminel tient le civil en état*”, busca satisfazer interesses nas duas esferas, ainda que o

²³⁴ BRASIL. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. p. 19.

²³⁵ BRASIL, loc. cit.

²³⁶ BRASIL, loc. cit.

²³⁷ “A vítima, enquanto *parte civil*, poderá ingressar nos autos, não só como assistente da acusação, mas também, ou *apenas*, se assim decidir, como parte processual a ser contemplada na sentença penal condenatória.” (BRASIL, loc. cit., grifo do autor).

processo civil, uma vez precedente ao processo penal, atenda unicamente o interesse civil. Com efeito, tais regras carregam consigo a ideia de que:

*[...] la realización de intereses privados no deba anticipar a la justicia penal, cuya función es el mantenimiento del orden público; además, en la consideración práctica de que el proceso penal, em que cabe la acumulación de la acusación y de la acción civil, satisface los dos intereses [...]*²³⁸

Na Alemanha, em alguns limitados casos²³⁹ a lei penal autoriza ao ofendido a pedir de forma expressa, dentro do processo penal, uma indenização a qual, vez concedida, jamais poderá superar um valor previamente determinado legalmente, mas via de regra “[...] las obligaciones que nacen de delitos se rigen por las disposiciones del Código Civil referiéndose a las obligaciones que nacen de hechos antijurídicos y se hacen valer ante la jurisdicción civil.”²⁴⁰ Entretanto, Goldschmidt adverte a existência de um Projeto de um novo Código Penal que prevê que se admita aos prejudicados por um delito a habilitarem-se como parte no feito criminal a fim de que reclame a indenização que lhe corresponderia.²⁴¹

No direito processual italiano, a adesão civil ao processo penal pode se dar somente em relação às ações civis reparatorias (ou seja, àqueles em que se persegue o ressarcimento do dano patrimonial ou não patrimonial), bem como com respeito às restituições, justificando-se que, em tese, estes dois tipos de ações, por sua índole, causariam menos entraves ao desenvolvimento do processo penal; ao passo que as demais espécies de ações derivadas do delito que buscam um objeto distinto deveriam ser propostas frente a um juiz civil.²⁴² Para tanto, o meio processual a ser utilizado pelo titular dessa pretensão civil de ressarcimento ou restituição, o qual deve manifestar sua vontade de fazer valer dita pretensão por intermédio do processo penal em detrimento do processo civil, é a sua constituição como parte civil no processo penal.²⁴³

O direito espanhol prevê, expressamente no texto de seu Código Civil, que as obrigações civis geradas por um fato delituoso serão regidas pelo Código Penal.²⁴⁴ O

²³⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2001. p. 186.

²³⁹ O rol de possibilidades é taxativo e previsto em lei, como é o caso dos delitos de injúria ou de lesão.

²⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso**: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 804.

²⁴¹ GOLDSCHMIDT, loc. cit.

²⁴² MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín (Trad.). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951. t. 2, p. 404.

²⁴³ Ibid., p. 405.

²⁴⁴ “Art. 1.092: Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.”

ordenamento processual espanhol regulamenta, em seus arts. 100 e 106, II e segs. da LECrim, e nos arts. 109 a 126 do Código Penal, o objeto civil do processo penal, sustentando como principal característica e fundamento a possibilidade de acúmulo da pretensão civil do ofendido a um procedimento penal já em curso. É desta forma que o art. 100 da *Lei de Enjuiciamiento Criminal* (LECrim) estabelece que pode nascer, de todo delito ou falta, a ação civil para a restituição da coisa, a reparação do dano e a indenização dos prejuízos causados pelo fato punível.²⁴⁵

Por outro lado, na França não só existe a previsão de que o ofendido inclua a responsabilidade civil dentro do processo penal, como também o submete a normas materiais especiais, como é o caso da regulação da prescrição da responsabilidade civil, a qual é reconhecida nos mesmos prazos previstos para a responsabilidade criminal. Ou, ainda, a previsão de que a execução para o cumprimento da responsabilidade civil decorrente do crime possa de dar de forma subsidiária.²⁴⁶

Há países, entretanto, em que existe a necessidade de que o ofendido recorra estritamente à jurisdição cível para ver-se satisfeito em reparação aos prejuízos sofridos pelo ilícito penal, como é o caso dos países de tradição anglosaxã. Nas duas últimas décadas estes países têm impulsionado reformas legislativas as quais buscam exatamente transformar a reparação da vítima como uma modalidade autônoma de sanção, produzindo-se experiências práticas em diversos sentidos, ora orientando-se a buscar uma reparação material ao ofendido, ora buscando favorecer a realização um acordo restaurador contando com a participação direta de vítima e autor do delito, sempre acompanhado pela intervenção de um mediador.²⁴⁷

Com a pretendida alteração busca-se possibilitar que a sentença penal condenatória arbitre indenização pelo dano moral causado pela infração penal, ressalvando-se que tal fato não impossibilita o ajuizamento de ação de natureza cível contra o acusado ou o responsável civil pelos danos materiais existentes. Com efeito, a própria *Exposición de Motivos* do anteprojeto esclarece que a opção pelos danos morais se deu pretendendo preservar a celeridade da instrução criminal, com o impedimento de eventuais entraves ao processo causados pelas – naturais – demandas probatórias de natureza civil.²⁴⁸

²⁴⁵ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 168.

²⁴⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Derecho, Derecho Penal y Proceso**: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 804.

²⁴⁷ PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal**: apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999. p. 26.

²⁴⁸ BRASIL. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. p. 19.

Portanto, de se notar que em relação à reforma pontual ocorrida com o advento da Lei 11.719/2008, que permitiu a condenação do réu ao pagamento apenas de parcela mínima dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos efetivamente comprovados, o anteprojeto alega que pretende ir além daquele modelo. O projeto do novo Código de Processo Penal prevê em seu art. 272 a possibilidade de que, logo em seguida ao oferecimento da denúncia e não sendo o caso de seu indeferimento liminar, seja notificada a vítima para promover a adesão civil da imputação penal. Trata-se, portanto, de aparente ampliação do objeto do processo penal que agora também insere uma discussão sobre indenização civil.

Como por nós já foi levantado, os fundamentos da pretensão de inclusão da vítima no processo penal passam pelas questões da economia e celeridade processuais, valendo-se do mesmo procedimento judicial para, além de definir a imputação penal, assegurar a composição civil dos danos, transformando o processo penal em um processo híbrido que abrange pretensões acusatória, por parte do Estado, exercida pelo Ministério Público, e indenizatória, exercida através da adesão da vítima ao processo.

Quando se propõe a analisar reformas processuais²⁴⁹, Coutinho assevera que elas não fazem sentido “[...] quando em jogo está uma alteração que diga respeito à estrutura como um todo, justo porque se haveria de ter um patamar epistêmico do qual não se poderia ter muita dúvida.”²⁵⁰ O processo penal brasileiro, ao contrário, encontra severas dificuldades até mesmo para conceituar importantes elementos como *princípio, sistema e conteúdo do processo*, na medida em que se vale de uma teoria geral do processo civil aplicada, carente de referenciais semânticos, pois diferentes, e que, em relação ao processo civil, busca a tutela de objetos distintos.²⁵¹

Para Coutinho, a “[...] solidez da base epistêmica [...]” é a pedra de toque para se reduzir os indesejáveis espaços de interferência existentes na elaboração legislativa. Esse elemento, segundo o autor, só se alcança após se “[...] discutir imensamente antes de tentar mudar – de verdade – a estrutura”, evitando-se a rendição à pressa imediatista que marca o

²⁴⁹ E aqui o autor trata de reformas processuais em geral, e não determinada reforma, como é o caso do PL 156/2008, objeto principal de nosso trabalho.

²⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 140.

²⁵¹ Para Coutinho, “[...] entre DPP e DPC o princípio unificador, o sistema e o conteúdo do processo são distintos, resultando daí uma TGP plena de furos e equívocos, alguns intransponíveis, no DPP naturalmente.” (COUTINHO, loc. cit.).

processo de elaboração legislativa em nosso país²⁵², e sem se deixar levar por “[...] eventuais deficiências do Parlamento e os jogos políticos”, e, há de se reconhecer, eles existem.²⁵³

Este cenário torna-se preocupante quando a urgência abandona aspectos provisórios e passa a ser uma constante dentro do processo penal. Nesta linha de raciocínio, Lopes Júnior conclui que “[...] ao não tratar o problema com a devida maturação e profundidade, não há resultados duráveis”, e, além disso, atropelam-se os direitos e garantias fundamentais que são conferidos a todos os cidadãos.²⁵⁴

Coutinho procura sinalizar para os perigos que surgem dentro do processo penal ao se sinonimizar efetividade com eficiência: “[...] aquela reclama uma análise dos *fins*; esta, a eficiência, desde a base neoliberal, responde aos *meios*.”²⁵⁵ A advertência do autor passa pelas propostas de Hayek que, em meio à crise epistemológica do Estado moderno, “[...] foi a ponto de se propor um câmbio epistemológico, sem o que não se altera nada de essencial”²⁵⁶.

²⁵² No âmbito do sistema penal espanhol também não houve a necessária discussão em torno da reparação do dano e dos procedimentos de mediação e conciliação, ao menos em comparação com o que se desenvolveu em outros países ocidentais. Isto não quer dizer, em absoluto, que tal discussão não tenha permeado a doutrina penal espanhola, ou que nenhuma repercussão tenha ocorrido nos projetos de reforma do Código Penal elaborado nos últimos anos, mas pontua Pérez Sanzberro que esta se deu de forma absolutamente marginal (PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal**: apertura de una nueva vía? Granada: Comares, 1999. p. 24).

²⁵³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 141-143.

²⁵⁴ “Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem ‘rápido’ e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais ‘acelerados’, esquecendo-se que o *tempo do direito* sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de *atropelar* os direitos e garantias do acusado. Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção. [...] O processo tem o seu tempo, pois deve dar oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, deve ter tempo para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga. Nesse terreno, parece-nos evidente que a aceleração deve vir através da inserção de tecnologia na administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias individuais. [...] Nesse complexo contexto, o Direito é diretamente atingido, na medida em que é chamado a (re)instituir o elo social e garantir a segurança jurídica. Multiplicam-se os direitos subjetivos e implementam-se uma série de novos instrumentos jurídicos. O sistema penal é utilizado como sedante, através do simbólico da panpenalização, do utilitarismo processual e do endurecimento geral do sistema. É a ilusão de resgatar um pouco da segurança perdida através do Direito Penal, o erro de pretender obrigar o futuro sobre a forma de ameaça.” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 28-29).

²⁵⁵ COUTINHO, op. cit., p. 143.

²⁵⁶ “Assim, é nesse espaço que entra a noção de *ação eficiente*, no lugar daquela de *causa e efeito*, da falibilidade humana na previsão dos *fins*. Com isso, combatia-se – e combate-se – o *construtivismo*, ou seja, as instituições *deliberadamente criadas* (pense-se, antes de tudo, no *processo como objeto cultural*), frutos da razão (falha por natureza) e da crença em resultados não raro impossíveis. no seu lugar, *ordens naturais espontâneas* seriam eleitas, após os *erros dos atores sociais*, tudo mirado no mercado, a principal delas e sua balizadora. Não foi por outro motivo que o mercado acabou glorificado; e o pensamento em torno dele o supra-sumo da intelectualidade [...]” (Ibid., p. 144, grifos do autor).

No período em que a segunda grande guerra se despedia da Europa já destruída, momento em que seria impossível se prever *resultados*, voltou-se as atenções aos *meios*, às *ações*, que deveriam mostrar-se *eficientes* de forma a alcançar determinados *fins*. Neste contexto, *eficiência* se sobrepôs à *efetividade*, o que se revela de extrema importância quando incluímos o elemento *tempo* nessa “fórmula”. Aliando-se *eficiência* e *tempo*, quando estamos a tratar de processo penal, não é difícil de obter como resultado *exclusão de direitos e de garantias fundamentais*, “[...] ou, pelo menos, pela redução dos seus raios de alcance, manipuláveis pela força da hermenêutica, desde sempre sem a mínima possibilidade de ser eliminada.”

A reforma proposta no Brasil não se afasta do ideal predominante na legislação internacional, abrangendo a ideia de valorização da vítima, exatamente como reclamado pelos movimentos vitimológicos. No entanto, talvez não seja exagero entender que, da forma como a questão é tratada pelo projeto desse novo Código de Processo Penal (PL 156/2009), as desvantagens trazidas pelo instituto provavelmente superarão as benesses de sua aplicação.

Em uma análise preliminar, poder-se-ia até reconhecer evolução em comparação à forma como a matéria foi tratada na alteração legislativa de 2008, ao estabelecer, no inciso IV do art. 387, que o juiz simplesmente “fixe na sentença valor mínimo para reparação dos danos”, sem delimitar o objeto da indenização, além de restar a possibilidade de o réu ser surpreendido com essa ampliação do objeto do processo penal somente na fase decisória. Pela redação da reforma em trâmite no Congresso, pretende-se, ao menos, oportunizar que a vítima promova a chamada adesão civil da imputação penal já no início do procedimento, antes do recebimento da denúncia, e antes mesmo da resposta do acusado, assegurando, ao menos em aparência, o contraditório.

4.2 A ADESÃO CIVIL COMO UM PROCESSO HÍBRIDO E A PROBLEMÁTICA DA MISTURA DAS CATEGORIAS DO PROCESSO CIVIL COM AS DO PROCESSO PENAL

Tucci alerta que é de claridade solar que a regra maior do Direito Processual Penal é a correspondente ao caráter publicístico do processo, eis que é somente no âmbito penal que “[...] todos os conflitos de interesses resultantes da prática de infração a norma material, sem exceção, são públicos”. Tal assertiva, ainda segundo o autor, se justifica na medida em que é do Estado o interesse exclusivo do exercício do *ius puniendi*, “[...] a delinear a incidência do

interesse público, em altíssimo grau; determinante do caráter publicístico do processo penal, que o distingue, nitidamente, de todos os outros ramos do Direito Processual, em especial do processo civil.”²⁵⁷

Para Goldschmidt, convencionou-se que a pena nada mais é do que uma manifestação da Justiça Retributiva, devendo-se, a partir daí, extraírem-se as consequências para a construção dogmática do processo penal. Esclarece que a teoria dominante estabelecida em relação ao processo acusatório, cujo maior representante é Karl Binding, parte da premissa da existência de uma exigência punitiva, correspondente ao ônus que recai sobre o Estado para fazê-la valer por intermédio do processo penal.²⁵⁸

Este binômio existente entre exigência punitiva e processo penal seria considerado, conforme Goldschmidt, uma construção técnica artificial, “[...] *porque en verdad repugnan a la esencia del derecho subjetivo de penar del Estado*”. A imposição ao Estado, titular do *jus puniendi*, da obrigatoriedade da utilização de um processo nada mais é do que uma consequência natural dos postulados de um Estado de Direito, estabelecido com fundamento nos postulados de *nulla poena sine lege* e de *nulla poena sine iudicio*, sendo a ação penal o meio mais eficaz para fazer valer a exigência punitiva estatal.²⁵⁹

Goldschmidt adverte que as construções anteriormente existentes encaminhavam a uma transmissão mecânica das categorias do processo civil ao processo penal, e que o Estado, na condição de titular do direito de penar, teria de ser imaginado como um sujeito que deveria comparecer perante o Tribunal para pedir proteção jurídica. Entretanto, Goldschmidt considera tal assertiva totalmente desprovida de fundamento, na medida em que, se assim fosse, deveria o Estado comparecer perante o juiz civil para valer-se do seu direito de penar.²⁶⁰

Na antiguidade, processo civil e processo penal formavam uma unidade, quando a composição, que correspondia à vítima do delito, cumpria as funções de pena. Contudo, assevera Goldschmidt que desde que a pena pública tomou o lugar da pena privada – composição –, o processo penal se destacou em relação ao processo civil, passando a exigir

²⁵⁷ TUCCI, Rogério de Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 226-227.

²⁵⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 2001. p. 42.

²⁵⁹ GOLDSCHMIDT, loc. cit.

²⁶⁰ Ibid., p. 43.

categorias próprias, adequadas à essência de seu objeto: o direito estatal de aplicar uma pena.²⁶¹

Ao estabelecer uma comparação entre o direito processual penal e o direito processual civil, Carnelutti aponta o último como um processo de possuidores (*posedores*): enquanto uma das partes nada possui, ao menos aspira algo, na medida em que a “*apuesta del juego*” no processo civil é a propriedade. Ademais, conclui que “[...] *cuando se trata de lo mio y de lo tuyo los hombres no se dan tiempo a reposo*”²⁶², o que configura-se, a nosso sentir, uma violenta ameaça quando tal sentimento vem efetivamente a permear o processo penal.

Por outro lado, preconiza que a liberdade é a aposta do processo penal, a qual toma o lugar da propriedade e deve ser vista com o raciocínio inverso ao comumente utilizado: “[...] *al juez penal se le pide, como al juez civil, algo que nos falta y de lo cual no podemos prescindir; y es mucho más grave el defecto de la libertad do que el defecto de la propiedad.*” Tanto no processo penal como no processo civil, o juiz reconhece, ou deveria reconhecer, a cada qual o que é seu; todavia, no primeiro estamos diante do próprio *ser*, enquanto no segundo tratamos do *ter*.²⁶³

Não por outro motivo que Carnelutti desenvolve a parte final de sua obra (já que inicialmente foi adepto da teoria unitária) sem que haja qualquer sorte de transferência ou intercâmbio de conceitos civis à esfera penal, eis que considera esta a via mais adequada de forma que se possa promover, na forma mais ampla, o avanço da ciência do processo e, particularmente, da ciência do processo penal. Exatamente desta relação de separação entre processos e direitos, civil e penal, floresce a necessária oposição entre ambos, elemento essencial para o desenvolvimento individual de forma igualitária. Mais do que necessário para compreender o que é o processo penal, o processo civil serve-nos para demonstrar o que ele não é.²⁶⁴

²⁶¹ O autor complementa sua colocação referindo que “[...] *como la pena es una manifestación de la justicia distributiva, corresponde el ‘jus puniendi’ al Tribunal mismo, es decir: el derecho de penar coincide con el poder judicial de condenar al culpable y de ejecutar la pena. La concepción de la exigencia punitiva desconoce que el Estado titular del derecho de penar realiza su derecho en proceso no como parte, sino como juez.*” (GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 2001. p. 44).

²⁶² CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones Sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960. p. 18-19.

²⁶³ “*En esta fórmula se ha terminado por desarrollar la distinción profunda entre los procesos, civil y penal, y no entre los dos derechos: en el civil se discute acerca del haber y en penal acerca del ser. Y así se há aclarado el porqué del interés de los hombres por el uno y del desinterés por el outro*” (CARNELUTTI, loc. cit.).

²⁶⁴ “[...] *segun el modo como se han definido hasta ahora las relaciones entre ambos procesos, entre ambos derechos, civil y penal, surge claramente la oposición entre ellos; y la oposición se resuelve en la igualdad. Ninguna de las dos ciencias debe vivir a expensas de la outra; más bien una y outra deben rendirse mútuos servicios.*” (Ibid., p. 20).

Também já esclarecemos que o processo penal surge da ideia de pena; e que esta nos remete à ideia de delito. Assim, o processo penal corresponde tão-somente ao Direito Penal, da mesma forma que o processo civil corresponde ao direito civil. Em outras palavras, “[...] *el proceso penal se hace para castigar los delitos; incluso para castigar los crímenes.*”²⁶⁵

Desde que se convencionou em diferenciar o processo civil do processo penal, a competência para se apurar a responsabilidade decorrente do delito recaiu sobre o processo civil. No direito alemão, tal condição exerce forte influência na medida em que é o próprio Código Civil que rege as disposições acerca das obrigações provenientes de fatos antijurídicos, remetendo, na maioria dos casos, a composição da lide à jurisdição civil.

Há, por outro lado, casos isolados em que a lei penal autoriza ao ofendido a postular sua reparação no próprio processo penal, como é, por exemplo, o caso da ocorrência dos delitos de injúria e de lesão.²⁶⁶ Goldschmidt observa, contudo, que o Projeto de um novo Código Penal alemão “[...] *admiten a los perjudicados por un delito, a mostrarse parte en la causa criminal, para ejercitar la exigencia de indemnización que los corresponde.*”²⁶⁷

A situação na França é um pouco diferente: não só se admite a perquirição da responsabilidade civil por um fato delituoso por intermédio do processo penal, como também “[...] *somete la exigencia del perjudicado por un delito a normas materiales especiales.*” É dizer, por exemplo, que para “[...] *la prescripción de la responsabilidad civil se reconocen los mismos plazos que para la criminal.*”²⁶⁸

Por outro lado, Montero Aroca aponta uma obscuridade existente em torno do objeto do processo penal, em que pese sua reconhecida grande relevância jurídica. Esse defeito justifica-se na existência de posições claramente contraditórias em relação ao objeto processual penal, baseados no mesmo ponto de partida, mesclando a ação penal com a ação civil e, via de consequência, os dois processos delas decorrentes: penal e civil. Para o autor, esta confusão é proveniente da reiterada sustentação de

*[...] que todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable y puede nacer también acción civil para el resarcimiento del perjudicado, y que toda persona responsable de un delito o falta los es también civilmente, y no es ajeno a esta confusión el hablar de las obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas.*²⁶⁹

²⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones Sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960. p. 19-20.

²⁶⁶ GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2001. p. 183

²⁶⁷ Ibid., p. 184

²⁶⁸ GOLDSCHMIDT, loc. cit.

²⁶⁹ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón**. Valência: Tirant lo Blanch, 1997. p. 111.

Como já referido, o conceito geral de ato ilícito pode contemplar duas perspectivas: a) enquanto tipificado no Código Penal como delito ou falta, cedendo lugar a uma responsabilização criminal e; b) enquanto ato que pode gerar uma fonte de obrigações civis, sendo incorreto sustentar que a ação civil nasce de um delito ou falta. O fenômeno processual que se produz em alguns ordenamentos é decorrente do fato de que neles se permite entabular de forma conjunta uma ação penal e uma ação civil, produzindo-se, conseqüentemente, uma acumulação de objetos processuais, ou seja, de processos dentro de um único procedimento, partindo da conexão existente entre responsabilidade penal e responsabilidade civil.²⁷⁰

Alerta Montero Aroca para a necessidade de distinguir esses objetos, cada qual com seus princípios e regras próprias, de forma a impedir que se afirme que o processo penal possui dois objetos, senão que possa haver processos diferenciados, cada qual com o seu objeto próprio, que se acumulam.²⁷¹ Considerando-se o princípio dispositivo que rege o exercício da ação civil, é natural que surjam dúvidas acerca do regime jurídico aplicável neste caso, principalmente no processo penal, que é movido por princípios distintos.

O processo civil tende a fixar o seu objeto de acordo com a pretensão de seu demandante, o que pressupõe a existência de uma relação jurídica de ordem privada em que as partes envolvidas tenham livre disposição sobre o bem decorrente dessa relação de ordem material. Ao revés, a fixação do objeto no processo penal dá-se de forma manifestamente distinta, eis que não existe nenhum tipo de relação jurídica material entre as partes, e nem mesmo qualquer sorte de titularidade dos acusadores de um direito subjetivo penal sobre o acusado, de forma que se lhe imponha uma pena.²⁷²

O objeto do processo penal é tão-somente o fato punível, resultado totalmente diverso da forma como se produz e se delimita o objeto do processo civil. Conforme bem sustenta Lopes Júnior, “[...] não se trata de uma pretensão que nasce de um conflito de interesses, mas

²⁷⁰ MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón**. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.. p. 111-112.

²⁷¹ Ibid., p. 112.

²⁷² “*En el proceso civil la parte demandante puede determinar la cantidad y calidad de su petición, porque ello es consecuencia de la disposición de Du derecho subjetivo material. Si las partes de una relación jurídica material tienen la plena disponibilidad de la misma, en el sentido de que pueden o no pedir la tutela judicial, es óbvio que también tienen la disponibilidad parcial de determinar lo que piden. [...] En el proceso penal las cosas tienen que ocurrir de modo diferente. Si las partes no tienen la disponibilidad del derecho material, porque nadie tiene derechos subjetivos penales, parece obvio que la petición concreta de pena que haga el acusador no puede vincular al juez y tampoco le vinculará la admisión concreta de pena que haga el acusado. La concreta pena a imponer no viene delimitada por las peticiones o admisiones de las partes, sino por el principio da legalidad.*” (Ibid., p. 124-126).

sim do direito potestativo de acusar decorrente do ataque a um bem jurídico e cujo exercício é imprescindível para que se permita a efetivação do poder de penar [...]”²⁷³

A pluralidade de objetos se verifica quando, por intermédio de um único processo, dão-se duas ou mais ações satisfeitas nele mesmo. Esta pluralidade é aplicada por intermédio de três critérios distintos: a) para estabelecer harmonia e evitar decisões contraditórias; b) por critérios de economia processual, ao passo que a unificação de tratamentos causa significativa redução de tempo, custos e esforço e; c) por interesses instrutórios, eis que pode haver colaboração de partes interessadas, como é o próprio caso da parte civil.²⁷⁴

Essa pluralidade de objetos processuais pode se dar em âmbito exclusivamente penal (pluralidade de acusações penais) ou em pluralidade decorrente da união de acusação (ação penal) e ação civil, que é a que nos interessa para os efeitos do nosso trabalho. A primeira, denominada como pluralidade homogênea, se estabelece por intermédio da concorrência de acusações penais e se justifica para evitar a ocorrência de decisões contraditórias, procedendo-se sempre que houver conexão entre delitos. A segunda, também conhecida como pluralidade heterogênea, manifesta-se ante a concorrência de ação civil e ação penal, e decorre da necessidade de se auferir a responsabilidade civil que nasce do delito.²⁷⁵ Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso preocupam-se em estabelecer alguns critérios acerca dessa segunda espécie, o que se apresenta de grande importância para os efeitos do presente estudo.

O sistema de independência de tratamento da ação civil se justifica exatamente na consideração de que a finalidade precípua do processo penal está baseada na atuação distinta e exclusiva da ação penal, e que o juiz daquele processo não pode estar obrigado a atender interesses de natureza distinta, sob pena de desvirtuá-lo de seu próprio fim.²⁷⁶ Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso são claros a orientar que, em relação à atuação, “[...] *hay que tener en cuenta la relación entre la acción civil y los principios procesales que rigen el proceso penal.*”²⁷⁷

²⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 82.

²⁷⁴ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 203.

²⁷⁵ Ibid., p. 203-204.

²⁷⁶ E, conforme complementam os autores, “[...] *ya que el juez puede tender a la impunidad por haberse indemnizado, o a la dureza, para no frustrar la indemnización.*” (Ibid., p. 204-205).

²⁷⁷ Ibid., p. 212.

No processo penal espanhol, a ação civil exercida dentro do processo penal é influenciada pelo critério do Direito Francês, que não admite a perquirição da responsabilidade civil frente às cortes criminais, como também submete a exigência do prejudicado a normas materiais especiais e estabelece uma sistemática em que a jurisdição civil se subordina à jurisdição penal. Assim, a ação civil traduz-se em um meio de se fazer valer, dentro do processo penal, o direito à reparação do dano causado por um fato delituoso.²⁷⁸

Em que pese a lei processual penal espanhola estabeleça que de todo delito ou falta possa nascer uma ação civil para a reparação do dano, indenização ou restituição da coisa, e tal ordenamento pode ser observado para se analisar o caso brasileiro, esclarecem Viada Lopes Puigcerver e Aragonese Alonso que a ação civil não nasce do delito, mas que essa somente é decorrência do fato que, por sua vez, é delituoso. Assim, a ação civil também pode recair, direta ou indiretamente, sobre um terceiro, ou ainda ser derivada de um fato que não seja delito. A causa da ação civil nada mais é do que o dano que decorre do fato delituoso; o dano, por sua vez, é o objeto do ressarcimento almejado pelo ajuizamento da ação civil.²⁷⁹

Quando aborda a temática envolvendo a conexão entre a ação civil e a ação penal, Manzini explica que entre si existe uma verdadeira relação de conexão material, a qual se subdivide em conexão material objetiva, determinada pela fonte comum entre as duas ações juridicamente heterogêneas, e em conexão material subjetiva, determinada pelo fato de que a ação civil pode dirigir-se não somente contra aquele(s) a quem se dirige a ação penal, senão também contra todos aqueles que são responsáveis civilmente. Por tal razão, alerta o autor para importância de se investigar quais as consequências processuais que se produzem, ou que se podem produzir, em decorrência dessas relações de conexão.²⁸⁰

Manzini entende que toda vez que a pretensão civil conexa à pretensão penal se apresentar como finalidade principal, e não como mero caráter incidental, o critério que deveria disciplinar as relações entre as ações seria o de separação total das esferas cível e penal.²⁸¹ Contudo, o direito processual penal italiano estabeleceu que o tratamento que determina a união ou separação das ações (civil e penal) está atrelado à mera manifestação da

²⁷⁸ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 205.

²⁷⁹ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER; ARAGONESES ALONSO, loc. cit.

²⁸⁰ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín (Trad.). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951. t. 2, p. 399.

²⁸¹ MANZINI, loc. cit.

vontade do titular da pretensão civil derivada de um delito, e este modelo de sistema acabou influenciando as legislações da França, da Espanha e de outros países europeus.²⁸²

Mesmo que reconheça os inconvenientes de se permitir a inclusão da causa civil ao processo penal, Manzini ainda assim enxerga vantagens aliadas à economia da atividade jurisdicional, de gastos e de tempo, além de se promover a imediata satisfação da pretensão civil; isso sem contar “[...] *la utilidad que al interés represivo puede seguirse a veces de la intervención de la parte civil al proceso penal.*”²⁸³ Para tanto, segundo Manzini, a única maneira encontrada para a satisfação da pretensão reparatória da vítima por meio da sentença penal seria a inclusão de sua pretensão ao exercício da ação civil dentro do processo penal, com a constituição da parte civil.²⁸⁴

Algumas afeições são comuns entre os países da Europa e da América do Sul, ambos de tradição jurídica romano-germânica, e com inclinações doutrinárias e jurisprudenciais semelhantes. É neste contexto que Scarance Fernandes classifica como “[...] generalizada a tendência consistente em dar à vítima novo papel no processo penal, tirando-a do ostracismo que lhe foi imposto nos últimos tempos.”²⁸⁵ Nossas próximas observações tratarão de se ocupar exatamente dessa relação estabelecida entre processo penal e reparação do dano, e de como o direito processual vem enfrentando tal questão.

²⁸² “Esta regla há sido acogida en el art. 23 del Cód. de proc. pen.: ‘Las personas indicadas en la primera parte del artículo anterior pueden ejercitar la acción civil en el procedimiento penal, constituyéndose en parte civil’, si no prefieren proponerla y ejercitarla ante el competente juez civil.” (MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín (Trad.). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951. t. 2, p. 402).

²⁸³ MANZINI, loc. cit.

²⁸⁴ “El nuevo código ha suprimido el instituto irracional, adoptado por el Código de 1913 (art. 430), por el cual el juez penal debía, en caso de condena penal del imputado, pronunciar también la condena al resarcimiento del dano o a las restituciones, aunque el interesado no se hubiera constituido en parte civil ni hubiera hecho en otra forma demanda.” (Ibid., p. 402-403).

²⁸⁵ SCARANACE FERNANDES, Antônio. **Processo Penal Constitucional**. 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 25.

4.3 DAS FORMAS DE DISTRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO COMPARADO E A DECLARADA OMISSÃO NO CASO BRASILEIRO

4.3.1 Responsabilidade Civil Solidária

A responsabilidade civil derivada dos danos ou prejuízos causados por fato penal causados por alguém deve recair diretamente àquele que deu causa ao resultado delituoso, seja ele autor ou partícipe, conforme estabelece a regra do art. 116 do CP espanhol. De maneira idêntica, a proposta estabelecida pelo PL 156/2009 também prevê essa forma de responsabilidade direta, que deve recair exclusivamente sobre o acusado.

Contudo, a responsabilidade civil no ordenamento processual espanhol, diferentemente da proposta brasileira, também tende a recair, até a quantia de sua participação, sobre os terceiros que houverem, movidos por fins lucrativos, participado dos efeitos de um delito²⁸⁶, conforme previsão do art. 122 do CP espanhol e do art. 615 da LECrim.

Moreno Catena refere ainda que deva subsistir a pretensão de ressarcimento em relação aos delitos cometidos por inimputáveis, mesmo que declarada a inexistência de responsabilidade penal, à medida que a extensão da responsabilidade penal não acompanha a responsabilidade civil. Esclarece o autor que nestes casos a responsabilidade civil recai sobre aqueles que respondam pelo incapaz (art. 118.1.1º CP espanhol), sempre que verificada alguma forma de culpa sua na ocorrência do ilícito penal, devendo o julgador graduar de forma equitativa a relação de sua parcela de responsabilidade com a quantia a ser indenizada. A mesma regra se aplica aos menores de 16 (dezesseis) anos – também inimputáveis. Os ébrios e os toxicômanos que estiverem isentos de responsabilidade criminal são responsáveis diretos civilmente.²⁸⁷

O acusado declaradamente isento de responsabilidade criminal em caso de estado de necessidade é responsável civilmente pelos prejuízos causados com sua conduta delituosa.

²⁸⁶ “Según la STS de 8 de Julio de 1987, la cuota de responsabilidad civil del receptor alcanza hasta la cuantía de su lucro, de suerte que si se recupera totalmente la cosa receptada desaparece dicha responsabilidad civil.” (GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 267).

²⁸⁷ GIMENO SENDRA; MORENO CATENA; DOMINGUEZ, loc. cit.

Quando reconhecido penalmente que o mal seja decorrente de fato causado por um medo insuperável no acusado, responde civilmente pela reparação aquele agente que houver causado o medo, ou ainda aqueles que hajam executado o fato causador (art. 118.1.4º CP espanhol).²⁸⁸

Em todos os casos há previsão de que o juiz ou o Tribunal, ao proferir sentença absolutória reconhecendo alguma das causas de isenção de pena, deverá dar prosseguimento ao processo de forma a proceder na atribuição da responsabilidade civil correspondente sempre que o ofendido houver deflagrado sua pretensão reparatória juntamente com a ação penal (art. 119 do CP espanhol). Trata-se de manifesto mecanismo que busca ofertar economia ao processo, de forma a evitar o atraso causado ao prejudicado que, via de regra, aguarda a declaração final do processo penal para buscar, na esfera civil, uma reparação, restituição ou indenização. Aqui, mesmo havendo absolvição do acusado, deverá ser dado prosseguimento ao processo de forma a estabelecer a responsabilidade civil do prejuízo causado ao ofendido (art. 790.3 LECrim).²⁸⁹

Por fim, são civilmente responsáveis diretamente, e até o limite da indenização legalmente estipulada ou pactuada, aqueles que, de forma solidária aos que recaia a responsabilidade criminal, tenham de alguma forma assumido o risco das responsabilidades pecuniárias derivadas, quando como consequência de um ilícito penal haja sido produzido o evento que determine o risco assegurado; sem prejuízo do direito de regresso do segurador contra aquele que tenha causado o dano reparável (art. 117 do CP espanhol c/c art. 76 da Ley 50/1980).

4.3.2 Responsabilidade Civil Subsidiária

Por insolvência daqueles que sejam responsáveis civis diretos (responsável criminalmente), são subsidiariamente responsáveis, primeiramente, os pais ou tutores pelos danos e prejuízos causados pelos delitos que tenham cometido os maiores sujeitos ao seu pátrio-poder ou tutela e que com eles convivam, sempre que haja por sua parte qualquer sorte de culpa ou negligência, a teor do que estabelece o art. 120.1º do CP espanhol. Da mesma

²⁸⁸ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 267.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 268.

forma, respondem subsidiariamente os titulares dos meios de comunicação pelos delitos que tenham sido cometidos com sua utilização (art. 120, 2º do CP espanhol), mas serão responsáveis solidários (responsabilidade direta) em casos do cometimento de crimes de calúnia ou injúria, se propagadas por imprensa, radiofusão ou outro meio semelhante (art. 212 do CP espanhol).

A lei penal espanhola prevê, ainda, outras formas de responsabilidade subsidiária, como é o caso dos titulares de estabelecimentos por crimes cometidos em suas dependências (art. 120.3º do CP espanhol); a responsabilidade civil dos empregados, dependentes, representantes ou gestores no desempenho de suas obrigações ou serviços, bem como das pessoas físicas ou jurídicas dedicadas a qualquer tipo de indústria e de comércio (art. 120.4º do CP espanhol); ou ainda os titulares de veículos pelos delitos ou faltas cometidos com sua utilização por seus dependentes, representantes ou pessoas autorizadas (art. 120.5º do CP espanhol).²⁹⁰

Prevê, em caso de insolvência do causador do medo insuperável que produz isenção de responsabilidade penal, a responsabilidade civil subsidiária daqueles que hajam realizado o ato causador do prejuízo (art. 118.1.4º do CP espanhol). Ainda, a responsabilidade civil solidária dos autores dos e partícipes, cada um dentro de sua respectiva participação no delito, bem como sua responsabilidade civil subsidiária em relação as que correspondam aos demais responsáveis pelo delito, no caso da falta do outro (art. 116.2 do CP espanhol). Cumpre referir que essa responsabilidade subsidiária efetivar-se-á primeiramente nos bens dos autores do delito e, depois, no dos partícipes.²⁹¹

Por tudo, conclui Moreno Catena que os fundamentos da responsabilidade civil subsidiária são os princípios *ubi est emolumentum, ibi ônus esse debet*, assim como a criação do risco e, ainda, mesmo que de forma mais distante, as culpas *in eligiendo, in vigilando* e *in educando*. Ainda sustenta o autor que a responsabilidade civil subsidiária nada mais é do que “[...] consecuencia de la declaración de una prévia responsabilidad civil principal ajustada a los dictados del art. 116.1 del CP.”²⁹²

²⁹⁰ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 268.

²⁹¹ Ibid., p. 269.

²⁹² GIMENO SENDRA; MORENO CATENA; DOMINGUEZ, loc. cit.

4.3.3 A Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública

O Código Penal espanhol regulou, ainda, os perfis próprios da responsabilidade subsidiária da Administração Pública derivada dos danos produzidos por fatos delitivos cometidos por funcionários públicos, regulação que não era contemplada no ordenamento anterior. Este tipo de responsabilidade apresenta características singulares derivadas de um sistema dualista de reparação: de um lado, a responsabilidade derivada do funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, prevendo o direito à indenização por toda e qualquer lesão que os particulares sofram em seus bens ou direitos como consequência do funcionamento dos serviços públicos²⁹³; de outro lado, quando o dano causado seja consequência de fatos delitivos cometidos por funcionário público *lato sensu*, exige-se a reparação também no processo penal, como responsabilidade subsidiária do ente público pela atuação de seu agente, “[...] *pero sin una connexion directa entre los dos mecanismos de reparación que podían funcionar en paralelo y con total independência, creando los conseqüentes problemas incluso de enriquecimiento injusto.*”²⁹⁴

4.3.4 Determinação de outras Formas (?) da Responsabilidade Civil no Caso Processual Penal Brasileiro

Contudo, classificando como um posicionamento mais “cauteloso em relação à tradição nacional”, refere o legislador projetista que “buscou uma fórmula menos ambiciosa, mas por outro lado, mais ágil e eficiente” ao não admitir de forma declarada, a exemplo do que os sistemas europeus – logicamente montados especificamente para atender a dimensão de uma ação civil *dentro* da penal –, a chamada do responsável civil para compor o pólo passivo da demanda.²⁹⁵ Com efeito, havendo perquirição da responsabilidade civil de

²⁹³ Consequência advinda da Lei 30/1992, do regime jurídico das Administrações Públicas e do procedimento administrativo comum (arts. 139 a 143), ou pelo funcionamento da Administração da Justiça (art. 121 CE e arts. 292 e ss. Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol (GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 269-270).

²⁹⁴ GIMENO SENDRA; MORENO CATENA; DOMINGUEZ, loc. cit.

²⁹⁵ BRASIL. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009. p. 19.

terceiros, esta deve se dar na esfera civilista, conforme a interpretação do art. 83 do PL 156/2009, que remete à jurisdição civil o ajuizamento da ação contra as pessoas que por lei ou contrato tenham a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados pela infração penal.

Entendemos que tal posicionamento, a exemplo de tantos outros que pretendemos enumerar, acaba por desvirtuar de forma completa uma sistemática que deve ser elaborada exclusivamente para atender tais interesses, e não apenas abandonar, como pensamos, um dispositivo que determina a entrada da vítima no processo penal a qualquer custo para a satisfação de seus interesses extrapenais.

Por mais que defendamos que a reparação civil decorrente do delito deva ser satisfeita em âmbito próprio, diverso do processual penal, temos que admitir que a previsão de adesão civil no processo penal brasileiro apenas acompanha uma tendência que, a nosso sentir, é irreversível. Ao admitir tal possibilidade, portanto, temos ao menos que exigir que as reformas processuais, que pretendem a responsabilização civil dentro do processo penal, venham acompanhadas com uma sistemática compatível e completa, atendendo todas as necessidades do processo.

Para tanto, seria necessário reconhecer que a responsabilidade civil – como o é no processo civil – recaia não somente sobre o acusado no processo penal, mas sim sobre todos aqueles que tenham participação na obrigação. A reforma pretendida, neste ponto, sobrecarrega o acusado, na medida em que expressamente afasta do curso do processo eventuais outros envolvidos que também sejam responsáveis civis pela ocorrência de algum dano experimentado pela vítima.

4.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADESÃO CIVIL NO PL 156/2009 E A SISTEMÁTICA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRA

4.4.1 A Adesão Civil como Instrumento Redutor de Complexidade e para a Promoção de Celeridade e Economia Processual

A problemática a que nos propomos examinar, vista como uma forma redutora de complexidade em razão de sua possibilidade em suprimir o ajuizamento simultâneo de ações

que teriam como “causa de pedir” o mesmo fato gerador, deve ser observada também, em face do seu caráter extremamente político, como uma operação de preenchimento de expectativas sociais.²⁹⁶ Esta forma de simplificação/condensação de processos²⁹⁷ se torna flagrantemente uma opção que visa unicamente ao “[...] preenchimento de expectativas de normalização e de simplificação das opções em presença.”²⁹⁸

É irrefutável a assertiva promovida por Cunha Martins de que “[...] para lá do efeito de resposta estamos perante uma expansão do desejo, um exercício de reivindicação de preenchimentos simultâneos, os quais, uma vez garantidos, asseguram uma coisa e logo depois outra, consoante os momentos e os apetites concretos.”²⁹⁹ Essa expansão e oferecimento de diferentes tipos de preenchimento (redutores de complexidade) não parecem estar, entretanto, ao alcance do direito com a agilidade que a sociedade anseia, razão pela qual o autor assevera que “[...] nunca como hoje a função de *redução de complexidade* tenha estado tão desligada dos mecanismos de *estabilização das expectativas*.”³⁰⁰

²⁹⁶ “A quem se dirige, hoje, o processo penal quando pretende colocar-se sob o signo da celeridade? Às expectativas. Dirige-se a determinado quadro de expectativas. E de quem fica refém esse mecanismo de estabilização normativa que é o direito sempre que, acossado por operadores que disputam em novos moldes a sua área político funcional de actuação, opta por embarcar em lógicas estranhas ao seu código genético, ou, ao invés, por crispar a sua posição em torno de uma nostalgia de ordem perdida? Das expectativas. Em ambas as hipóteses, fica refém das expectativas – sociais, processuais, normativas, ou outras. À imagem da política, também o direito não trabalha apenas sobre os circuitos crentes que veladamente lhe percorrem os alicerces, trabalha de igual modo sobre os circuitos mais ostensivos da expectativa que, do exterior, lhe solicitam um desempenho. Ora, os sistemas da expectativa movem-se na esfera do desejo. Os mecanismos sociais, epistêmicos ou processuais são aí, sempre, por definição, potenciais máquinas desejanças” (CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 51).

²⁹⁷ Referência neste sentido também é formulada por Giacomolli, para quem “no que tange à ritualística processual, percebeu-se o claro surgimento de verdadeiras fórmulas mágicas para solucionar a morosidade dos processos: audiência única, identidade física do juiz, engessamento temporal, supressão de recursos, simplificação superficial, acopladas sobre uma estrutura arcaica, de baixa potencialidade constitucional, ambientadas na década de quarenta. Nessa perspectiva, o mito da aceleração do processo e das respostas processuais, sempre prontas, determinadas e acabadas em um único direcionamento, situaram-se na ingenuidade da existência de uma única perspectiva da velocidade do tempo, olvidando a mutabilidade constante e a transição permanente. A busca de padronização em rede de procedimentos não se alheou ao fenômeno da superposição [...], da justaposição e da junção dos opostos. O dito ‘novo’ foi o resultado da reciclagem, com manutenção da perspectiva mecanicista, de uma razão, de uma resposta e de um monólogo científico e hermético, reduzido e fechado em si mesmo, sem comunicação com os outros saberes, distante de uma possível integração e de multiplicidade de relacionamentos endo e extraprocessuais. Com isso, potencializou-se o risco e a insegurança no âmbito processual penal.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. p. 284).

²⁹⁸ CUNHA MARTINS, op. cit., p. 63.

²⁹⁹ CUNHA MARTINS, loc. cit.

³⁰⁰ Segundo o autor, não haveria um mecanismo capaz de “assegurar que ele esteja aberto, que seja viável e operativo; que ele funcione, em suma, seja para responder satisfatoriamente à vontade galopante da ‘novidade’ e ao desejo de sangue, seja para responder favoravelmente à vontade do aplainamento crítico e ao desejo de certeza em relação ao retorno do mesmo em tudo o que acontece (Ibid., p. 64).

Partindo do entendimento de que a sociedade moderna organizou sua própria estabilidade sócio-normativa, e que hoje parte em busca de reinventá-la, Cunha Martins observa a assunção de uma tarefa que corresponde a um “[..] esforço de reposicionamento perante desafios emergentes na contemporaneidade (em especial o acréscimo de complexidade) e à consequente necessidade de reavaliação do quadro de mecanismos normalizadores disponíveis para lhes dar resposta (um dos quais o direito).”³⁰¹ No mesmo sentido, o projeto reformista ao recomendar a adesão civil no processo penal como uma forma redutora de complexidade e como movimento de redefinição (assim é como enxergamos), também se traduz, a exemplo de outras propostas de abreviamento procedimental, “como a continuação do processo de estabilização social e de introdução de confiança referenciado no pensamento iluminista”.

Por oportuna, exaltamos aqui a advertência proferida pelo autor, o qual observa a tensão que se estabelece entre a área jurídico-penal e as expectativas sociais criadas a seu respeito, o que prefere denominar de “[...] interação entre a maquinaria processual das convicções e a maquinaria processual das expectativas”; que bem poderia produzir um curto-circuito no relacionamento lançado ou proposto por esses movimentos de redefinição.³⁰²

Através dessa lógica, estabelecem-se quatro hipóteses de trabalho, dentre as quais, para apresentar o correto recorte em nosso objeto de estudo, vamos destacar àquela que mais nos desperta interesse: a de que “[...] toda essa dinâmica ocorre em simultâneo com [...] modificações sensíveis, também, ao nível dos processos de intermediação vigentes na contemporaneidade – fenômenos com obsessão de transparência [...] e a celeridade processual [...]” Trata-se, segundo Cunha Martins de uma escancarada “[...] tentativa frustrada de o sistema jurídico responder aos desafios colocados ‘desde fora’.”³⁰³

Ao se valer dos mecanismos de *redução de complexidade*, o processo penal, principalmente a partir das reformas propostas no PL 156/2009³⁰⁴, também vai sofrer efeitos que serão saboreados em um período de experimentação. Esses mecanismos seriam, dentre

³⁰¹ CUNHA MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 52.

³⁰² CUNHA MARTINS, loc. cit.

³⁰³ Ibid., p. 53-54.

³⁰⁴ “Que esta leitura política do argumento da celeridade se justifica, mostra-o bem o facto de a questão motivar ainda um visível braço de ferro no âmbito do mais recente debate a propósito da redacção e aprovação do novo Código de Processo Penal. Assim, se o preâmbulo ao Anteprojecto de CPP que está na origem do Código ora em discussão indica – pelo menos até onde terá sido possível estender algum consenso nesta matéria – uma direcção medianamente coincidente com a linha crítica atrás citada, já a respectiva recepção pelo Senado, ao avaliar por algumas das Emendas apresentadas, não deixa dúvidas quanto ao espírito norteador da campanha pela celeridade.” (Ibid., p. 70).

outros, a celeridade e a transparência, sendo que o que mais nos interessa para efeitos do presente é fatalmente o primeiro.

Conforme bem ressalta Cunha Martins, a celeridade, andando juntamente com “eficiência e economia processual”, tríade que ainda seria acompanhada pelo “clamor público”, é inserida no contexto normativo das reformas processuais “[...] para uma linha de indesmentível cariz político e onde a gestão das expectativas sociais e respectiva manipulação surge como verdadeiro eixo estratégico”, o que leva o autor a manifestar sua desconfiança “[...] da utilização do argumento ‘agitação social’ com fins normativos;”³⁰⁵

Tal assertiva vem fundamentada em Coutinho, para quem a celeridade “[...] adquire, no processo penal, feição por demais perigosa aos direitos fundamentais [...], restando, em *ultima ratio*, por ser apenas uma palavra sutil no lugar de punitivismo e repressão e, portanto, no mais das vezes, indo de encontro aos princípios e regras constitucionais.” Em nosso contexto atual, a utilização do argumento da celeridade como parâmetro de justificação de uma reforma processual, ou ao menos da inserção de pontos específicos na reforma, como é o caso da adesão civil ao processo penal, “[...] é mais uma reafirmação do princípio da eficiência que pauta os sistemas penais em tempos de neoliberalismo”, mas que, no fundo, não passa de uma deliberada manobra para a manifestação do anseio punitivo existente em nossa sociedade.³⁰⁶

Não é diferente a situação do nosso objeto de estudo. No contexto espanhol, Gimeno Sendra ressalta como (único) fundamento da acumulação entre as pretensões civil e penal – derivada de um fato delituoso – a economia processual, o que teria induzido o legislador espanhol a sustentar um critério inaugurado pelo Código de Processo Penal napoleônico, que permite discutir e decidir, em um único processo, a pretensão punitiva (penal) e a pretensão reparatória (civil) decorrente de um fato delituoso. Tal sistema tenderia a evitar a produção de maiores gastos e elevados custos à vítima, bem como a dilação do tempo aguardado, devido à onerosidade, lentidão e ineficácia do ordenamento processual civil.³⁰⁷

³⁰⁵ CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73.

³⁰⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

³⁰⁷ GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 168.

Lopes Júnior afirma que tais modelos estão atrelados à idéia de eficiência, por um viés economicista, e que, assim, todas as ações desenvolvidas devem ser eficientes de forma a se alcançar o melhor resultado (para quem?), o qual deve ser visto sob o contexto de exclusão social e penal: um indivíduo excluído socialmente (desviante) deve ser objeto de um efetivo processo em busca de adequado apenamento, o que lhe corresponde a um decreto de exclusão jurídica.

A esse quadro acrescenta-se o fator tempo, e temos, assim, que a eficiência passaria a ser sinônimo de exclusão. Por tudo, Lopes Júnior opõe a crítica de que, mesmo que vivamos em uma sociedade regida pela velocidade, “[...] isso não nos obriga a tolerar o atropelo de direitos e garantias fundamentais [...]”³⁰⁸ A premissa liberal de Estado mínimo se reflete no campo processual, e a intervenção jurisdicional deve ser mínima, também, no fator tempo (duração do processo).³⁰⁹

Adverte o autor os riscos de se querer aplicar tais sistemas como se estivéssemos tratando de um ramo do Direito Privado, indicando que há aqueles que, inclusive, “[...] defendem uma ‘privatização’ do processo penal partindo do Princípio Dispositivo do processo

³⁰⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 135.

³⁰⁹ “O Poder Judiciário brasileiro atravessa uma longa e grave crise. Minado em sua capacidade de regular e solucionar conflitos, este Poder da República dá claros sinais de esgotamento, os quais comprometem o valor das bases democráticas em que se assenta. Nossa história constitucional reflete, em grande parte, a percepção desta crise, sobretudo com a paradigmática Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu profundas mudanças na estrutura do sistema de justiça. A ideia central que tem impulsionado as medidas de solução da crise vem do diagnóstico de uma crise de administração. Nela se baseia a convicção de que a excessiva independência judicial é contraproducente. A culpa é da liberdade de julgar. São produtos dela as súmulas vinculantes e a proibição de declaração de inconstitucionalidade nos órgãos fracionários dos tribunais. Sensível a este diagnóstico, o legislador infraconstitucional empreende reformas justificadas na necessidade de racionalização que acabam por diminuir o nível de garantias do cidadão, e como que atribuir ao excesso de liberdades e de franquias a culpa pelas demandas que se multiplicam de modo exponencial nas diversas cortes e pela eternização dos conflitos. [...] [...] Estas concepções e visões, não é difícil perceber, têm limitações muito claras e produzem resultados escassos. Paradoxalmente, alimentam-se de suas próprias insuficiências e perpetuam-se embaladas pelo refrão da insegurança jurídica e da impunidade. A justiça criminal é particularmente suscetível a este drama. Para ela, convergem aqueles que sofrem, aqueles que causam sofrimento, e aqueles que podem redimir as chagas da sociedade. É um ambiente propício ao desvirtuamento do ideal de Justiça, mercê da funcionalização do Direito com vistas à contenção e à anulação dos indesejados. [...] Na sua origem, a necessidade dos julgamentos sumários e superficiais que se impõem em nome da produtividade e da gestão eficiente. Não por acaso a pressa, a falta de cuidado, a urbanidade no trato cada vez mais rara, para não dizer, ingenuamente, o desaparecimento do sorriso. O homem que aí vai sendo forjado é um não homem, recusado em sua individualidade e em sua existência concreta. Este homem não é apenas o condenado. É também o que julga e o que acusa. Todos, sem exceção, perdem a dimensão humana, pois o sistema é, por natureza, dialético. A Justiça que aí se apresenta é, por igual, uma não justiça. Máquina de moer gente. Cabe, então, perguntar se reformar o Poder Judiciário é o simples exercício gerencial e asséptico com que se tem enfrentado o problema, ou se, além de uma justiça de administração, pode se esperar algo mais. [...]” (EDITORIAL. Crise do poder judiciário. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 217, p. 1, dez., 2010. p. 1, grifo do autor).

civil, esquecendo que o processo penal constitui um sistema com suas *categorias jurídicas próprias* e que tal analogia, além de nociva, é inadequada.”³¹⁰

A adesão civil pode vir a se tornar apenas em um elemento de geração de expectativas com a inserção de uma nova questão no processo penal, na mesma medida em que pode vir a suscitar as mesmas frustrações (ou até maiores) do que as decorrentes de um processo civil outrora sequer ajuizado pela vítima, eis que, em geral, conhecedora das possibilidades de insucesso. Tal elemento pode, ainda, encabeçar uma reversão no propósito da reforma, criando uma espécie de vitimização secundária em segundo plano: os direitos da vítima (processuais e reparatórios) são observados, alcançando-lhe inclusive um título executivo judicial por intermédio da sentença penal condenatória, o qual, entretanto, poderá não ser executado por uma simples questão de insolvência do acusado, senão por outro motivo a esse vinculado.

Por outro lado, abandonam-se os direitos e garantias fundamentais do acusado, principalmente em nome das pretensas eficiência e celeridade processuais, mais tendentes a gerar a exclusão social e penal do sujeito passivo do processo do que atingir os propósitos pregados pela reforma processual.

4.4.2 Um Olhar Sobre o Déficit Procedimental: a Adesão Civil e a (In)Observância de Procedimento como Garantia Fundamental

A falta de uma harmonia sistemática e de procedimento adequado para a obtenção da indenização civil também é, sob nosso ponto de vista, outro entrave a ser enfrentado pelo procedimento novo. Ao longo dos períodos históricos o processo penal adquiriu algumas regras e princípios basilares que, em conjunto, formam suas diretrizes fundamentais na formação dos procedimentos. Não existe, em contrapartida, um chamado “procedimento ideal”, à medida que “[...] o processo penal reflete, em cada época e em cada local, as vicissitudes das ideologias e pensamentos dos sistemas políticos e as formas diferenciadas de expressão do tecido social.”³¹¹

³¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 136

³¹¹ SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 41.

Uma vez notificada a vítima para promover a adesão civil da imputação penal, deverá ela comparecer aos autos para manifestar sua vontade de dar prosseguimento com a pretensão civil no processo penal. Contudo, a forma que se deve dar ao ato não fica nada clara no texto legal, sendo um dos primeiros pontos por nós questionados.

Seguindo a ritualística processual civil, a manifestação da vítima deveria preencher todos os requisitos exigidos para a elaboração de uma petição inicial; e os atos subsequentes, como contestação, réplica, manifestações e recursos inerentes ao processo civil, também deveriam ser garantidos como forma de observação estrita ao devido processo legal e ao contraditório. Não por outro motivo Puente Segura pontua que “[...] *para que tal declaración pueda hacerse en la sentencia penal, es necesario que se ejercite la acción correspondiente en debida forma, esto es, de acuerdo con los principios procesales que regulan el ejercicio de estas acciones de carácter civil.*”³¹² Ou seja, traduz-se de fundamental importância que ao valer-se de sua pretensão civil, o ofendido o faça sempre em cumprimento aos pressupostos legais que autorizam o exercício de tal direito, e ainda em estrita obediência às regras estabelecidas caso a caso.

Isto porque a norma não pode ser interpretada de forma tão rígida que cause situações de forma a obstaculizar o exercício do direito de defesa. Haverá situações em que o próprio imputado possa desejar ofertar uma espécie de *reconvenção penal* (o que seria mais comum em casos de delitos de trânsito) se, desconforme com a acusação, sustenta sua condição de ofendido e demanda a indenização do dano contra aquele que é tido como vítima no processo penal.

Concebido como sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, o procedimento, consoante Fazzalari, deve descrever “[...] uma certa conduta [...] e a qualifica como ‘direito’ ou como ‘obrigação’.”³¹³, e sua estrutura é obtida através de uma série de normas, cada qual a regular uma determinada conduta, “[...] mas que enuncia como pressuposto de sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série.”³¹⁴ É exatamente nesta sucessão que reside a ideia de procedimento, ressalvando-se que o efeito jurídico dele decorrente não está obrigatoriamente ligado a esta complexidade de atos que o compõem, mas sim ao ato final, que é o resultado deste procedimento.³¹⁵

³¹² GONZÁLES-CUÉLLAR, Antonio et al. **Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado**. 16. ed. Madrid: Colex, 1997. p. 83.

³¹³ FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 113.

³¹⁴ Ibid., p. 113-114.

³¹⁵ Ibid., p. 115.

A identificação do procedimento, por sua vez, se dá de acordo com o provimento a que ele põe termo, ou seja, se dá de acordo com o ato a que se destina a concluir; e o seu reconhecimento consiste na apreensão das normas que o constitui.³¹⁶ Assim, a condenação à reparação do dano, concebida como resultado da adesão civil ao processo penal, deve ser precedida de uma série de atos regulados e previstos de forma a assegurar o contraditório, o que aparentemente não está previsto, seja nas normas processuais penais, seja nas normas do Direito Penal ou Direito Civil brasileiros.

Importa-nos sobremaneira a ressalva anotada por Fazzalari de que “[...] a norma singular, isto é, a disciplina de um único ato, resulta incompleta exatamente porque se trata de ato componente de um procedimento.”³¹⁷ Com efeito, entendemos que o art. 271 do PL 156/2009 ostenta exatamente essa hipótese de norma singular, pois é lançado solitariamente em meio ao procedimento ordinário, de forma a “regular” a adesão civil em nosso processo penal sem, contudo, estabelecer os atos subsequentes para seu adequado andamento, o que, imaginamos, vem a prejudicar toda a sistemática estabelecida para o processo penal.³¹⁸

Conforme Fazzalari, o processo como procedimento é identificado e denominado sempre em função do ato final a que se dispõe, sendo também possível fazê-lo conforme o conteúdo da sequência de atividades na qual o processo consiste.³¹⁹ Ressalta, contudo, que em relação ao *iter procedimental* não é vedada a existência de mais fases que se reportem, cada uma, a um provimento distinto, ou distinguindo-se segundo as atividades que a compõe, e que suas unidades (das fases entre si) permanece assegurada pelo resultado que a conspiram.³²⁰

³¹⁶ “[...] em se falando de ‘normas reguladoras de um procedimento’ – *rectius*: conectadas no procedimento – não se está referindo às normas que disciplinam o procedimento como um objeto inteiro, mas sim a cada norma da seqüência. Somente se, e na medida em que, cada um de tais normas traga elementos de disciplinas comuns a algumas ou todas as outras, o intérprete pode, por meio de sínteses, e para a agilidade da exposição, falar de ‘regra de procedimento’.” (FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.. p. 116, grifo do autor).

³¹⁷ “De fato, a norma singular – que regula um singular ato procedimental – fixa-lhe o conteúdo (isto é, a conduta na qual ele consiste) em relação ao papel que o ato deva desenvolver na série procedimental; coloca-o em um determinado ponto daquela seqüência, entre outros atos, alguns dos quais servem de pressuposto e outros de efeito do ato *de quo*; determina-lhe o tempo de cumprimento sempre em relação ao ato ou aos atos que o precedem e que o sucedem; estabelece-lhe a forma [...], a valoração do ato [...], sempre em vista da função que o ato deve desenvolver na seqüência no qual ele está. Ainda: o regime de validade e eficácia de cada ato do procedimento, e daquele final, depende da regularidade ou irregularidade do ato que o precede e influi sobre a validade e sobre a eficácia do ato e dos atos dependentes que o seguem (compreendido aquele final). Em tudo isso está a confirmação da validade teórica da noção de procedimento e de sua necessidade” (Ibid., p. 116-117).

³¹⁸ Mais uma vez valemo-nos de Fazzalari, para quem “[...] o que importa, para fins de qualificação do ato como ‘procedimental’, é que ele desenvolva um seu importante papel na seqüência do procedimento.” (Ibid., p. 117).

³¹⁹ Para o autor, “[...] dado que tal sequência é destinada a verificar e/ou a pôr em movimento, no contraditório dos interessados, os específicos pressupostos do ato final com o qual a série é destinada a concluir-se, então vale dizer que o discernimento do que seja o processo é feito principalmente dos temas e pelo modo de desenvolvimento do contraditório.” (Ibid., p. 126-127).

³²⁰ Ibid., p. 127.

O processo, antes tido como um todo unitário indivisível, passa a ser explicado não mais como uma única relação jurídica, mas como uma pluralidade de relações jurídicas, ou melhor, uma relação jurídica constituída de diversas situações jurídicas. Contudo, estabelecer a diferença da relação jurídica processual das outras formas de relação jurídica também passou a ser uma tarefa complicada.³²¹

É neste contexto que (res)surge o procedimento como instituto de grande importância para o esclarecimento do direito processual, mormente quando se passa a conceituar o processo, principalmente, como procedimento realizado em contraditório. Essa foi uma das formas que serviu para demonstrar que a unidade do processo é decorrente do procedimento, e não das relações ou situações jurídicas que nele se formam, motivo pelo qual, conforme conclui Scarance Fernandes: “[...] é, enfim, o procedimento que une os atos processuais em face do ato do provimento estatal pretendido pelas partes e preparado pela participação de todos os que atuam no processo.”³²²

Essa visão unitária do procedimento é produzida em decorrência de dois aspectos essenciais: a) o primeiro, de que “[...] os atos singulares que o compõe estão postos pelo legislador de forma sucessiva, um constituindo consequência do precedente e condição necessária do sucessivo” e; b) o segundo, que estão todos os atos dispostos em busca de um mesmo resultado, em que pese aparentemente distintos. Scarance Fernandes esclarece que “[...] a razão da unidade do procedimento está em que todos os seus atos visam a preparar um mesmo ato, dando cada um a sua contribuição para esse fim.”³²³

Não por outra razão que a ideia de modelo, antes ligada ao ato processual, passou a ser referência de procedimento. Independentemente do conceito atribuído ao procedimento, atingiu-se o consenso na doutrina de que “[...] o procedimento forma um modelo unitário composto por atos sucessivos, ou, em outras palavras, constitui uma realidade, uma unidade, de formação sucessiva.”³²⁴ Conforme assevera Scarance Fernandes, “[...] o procedimento apresenta a característica de ser composto de atos ordenados de forma metódica, de maneira que um pressupõe o próximo até o último ato da série, distinguindo-se, por isso, de outras

³²¹ SCARANACE FERNANDES, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28-29.

³²² Ibid., p. 29-30.

³²³ Ibid., p. 31-32.

³²⁴ Ibid., p. 32.

realidades de formação sucessiva.”³²⁵ Tal sistemática exerce influência decisiva na finalidade, na validade e na eficácia de cada ato participante da unidade procedimental.³²⁶

Parece-nos, contudo, que a “adesão” falha nos aspectos apontados, mas principalmente no primeiro, eis que não existe uma “cadeia” sucessiva de atos de forma a regulamentar a reparação do dano dentro do processo penal. O que há, a nosso ver, é simplesmente o abandono de uma norma que tem finalidade flagrantemente distinta daquela a que se destina o processo penal, com um propósito até então inexistente, que amplia o objeto processual.

Tal posicionamento se fundamenta quando buscamos entender as fases do procedimento e sua unidade conceitual, eis que dentro de cada realidade unitária procedimental formam-se conjuntos que têm efeitos intrínsecos e provisórios se comparados ao efeito que se busca em relação ao todo. Cada unidade procedimental carrega consigo uma finalidade própria, que é essencial para se atingir o produto final, o qual só será atingido “[...] após serem alcançados os produtos parciais em cada fase.”³²⁷

À míngua de fases intermediárias, que não mais prevêm nenhuma outra forma de ato processual para estabelecimento da responsabilidade civil decorrente do ilícito, parece-nos que eventual provimento desfavorável resta prejudicado. Giacomolli esclarece que o estabelecimento de uma reparação no processo penal “[...] haverá de ser feita sobre algum sustentáculo probatório carreado ao processo [...]”, mas que “[...] a perspectiva probatória, desde a proposição de meios de prova até sua avaliação, é diferenciada no âmbito criminal e reparatório.” Ensina que existem diferentes pretensões nas aludidas esferas, pois, à medida que na esfera penal busca-se a punição do acusado, a condenação a uma sanção de natureza criminal, o que é feito por meio da busca acusatória em quebrar a presunção de inocência, conferida pela Constituição Federal ao acusado, na esfera cível o objetivo probatório dirige-se

³²⁵ SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 33.

³²⁶ Para Fernandes, “[...] os atos ordenados da cadeia procedimental ligam-se pela unidade do escopo a ser atingido com um provimento jurisdicional pretendido pelas partes e preparado pelo juiz. O objetivo imediato de cada ato tem sua razão de ser no representar um passo em direção ao escopo último, comum a todos os atos. Cada ato tem um efeito próprio, particular, que opera dentro do universo do processo. Porém, esse efeito serve também para fazer com que o processo progrida na direção da sua meta e, por isso, o resultado de cada ato visa a influir direta ou indiretamente no conteúdo do ato final, cujo efeito se projeta para fora do âmbito processual. Cada ato tem seus próprios requisitos, estando, porém, a sua validade condicionada, em certa medida e em certo sentido, à validade do procedimento a que pertence e aos atos anteriores dos quais dependa formal e logicamente.” (SCARANCA FERNANDES, op. cit.).

³²⁷ “Cada um dos estádios de transformação representa uma *conditio sine qua non* em relação ao estágio sucessivo e, ao mesmo tempo, uma condição favorável para a produção da síntese. Há um escopo em cada fase processual, essencial para ser atingido o escopo final.” (Ibid., p. 34, grifo do autor).

em dimensão diversa, o que poderá desvirtuar as regras probatórias criminais, diante dos danos do ofendido.³²⁸

E, neste ponto, a reforma nada prevê para assegurar as condições para que o ofendido se desincumba de seu ônus probatório; refere apenas que a parte civil terá as mesmas faculdades e os mesmo deveres processuais do assistente, além de autonomia recursal quanto à matéria tratada na adesão. Terá a parte civil que comprovar a existência de um dano moral decorrente do delito baseado, se outro meio de prova não houver, apenas na prova testemunhal arrolada pelo Ministério Público – esta voltada a imputar ao acusado a autoria e demonstrar a materialidade do crime em questão –, pois a alteração processual não prevê, por exemplo, o arrolamento de testemunhas para comprovar sua pretensão civil.

Em decorrência da valorização conferida ao procedimento no âmbito do estudo do Direito processual, e principalmente, conforme se verá a seguir, pelo aprofundamento na pesquisa sobre a teoria dos direitos fundamentais, passou-se a considerar o procedimento como verdadeiro elemento legitimador da ação estatal. Alexy, ao tratar dos direitos a ações positivas do estado, ou seja, direitos a prestações em sentido amplo, classifica-os em três grupos, sendo um deles os direitos a organização e procedimento.

Alexy conceitua procedimento como sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado, o qual pode apresentar aspectos procedimentais positivos ou negativos, a depender do método utilizado para a obtenção desse resultado. Prossegue esclarecendo que há duas ordens de direitos procedimentais bem nítidas; umas delas dirigidas ao legislador, tendo por objeto o estabelecimento de determinadas normas procedimentais.³²⁹

Respeitando-se as regras e os princípios fundamentais³³⁰, o aspecto procedimental apresenta uma característica positiva. Em caso contrário, se obtido em desobediência aos preceitos fundamentais, há defeito no modo de vista procedimental e, por consequência, é caracterizado de forma negativa.³³¹

A outra, que ora nos interessa, ostenta a forma de direito fundamental a uma proteção jurídica efetiva, ou seja, direito a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas de procedimento conforme a Constituição. Essa imposição concreta do procedimento

³²⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 110.

³²⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 419-420

³³⁰ Para o autor, “[...] las normas de procedimiento y organización deben ser de forma tal que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado responda a los derechos fundamentales.” (Ibid., p. 458).

³³¹ Ibid., p. 457.

como direito fundamental dirige-se aos Tribunais, pois trata da necessária aplicação da lei procedimental no caso concreto e de acordo com a Constituição.³³²

O que importa para os parâmetros restritos do presente estudo é a abordagem sobre a classe dos direitos fundamentais como direitos a procedimentos judiciais, ou seja, como direitos a uma proteção jurídica efetiva. Não se pretende mais do que sublinhar a noção de garantia intrínseca ao direito ao procedimento, ou melhor, da relação entre procedimento e garantia de direito materiais do interessado.

Para tanto, prossegue-se na teorização de Alexy pela referência de que há dois modelos diferentes nessa relação que se pretende estabelecer entre procedimento e direitos materiais. Uma delas entende que a correção do resultado depende apenas da observância das normas procedimentais preestabelecidas. Assim é que, tendo sido observado o procedimento, o resultado alcançado é o correto.³³³

Pelo segundo modelo, o procedimento é um meio para se alcançar a correção da decisão na maior medida possível, mas existem pautas de correção independentes do procedimento. Isso porque, a par de direitos fundamentais procedimentais, há direitos fundamentais não-procedimentais. O autor conclui que somente este segundo modelo faz justiça à ideia da teoria dos direitos fundamentais.

No procedimento penal judicial, ainda que tenha sido observada a ritualística estabelecida na norma reguladora do procedimento, o que se terá é uma maior probabilidade de um resultado conforme ao direito fundamental. E é nesse aspecto que o direito fundamental exige a observância do procedimento como meio para a proteção dos direitos fundamentais, mas esse aumento de probabilidade não pode significar uma renúncia ao exame judicial da conformidade material do resultado do procedimento com as garantias constitucionais.³³⁴

Neste caso, relacionado à aplicação das normas, significa o direito fundamental a que sejam observadas concretamente as normas procedimentais penais estabelecidas pela legislação ordinária, bem como a necessária interpretação dessas normas de acordo com os direitos fundamentais procedimentais estabelecidos constitucionalmente. Mas, além disso, há direitos fundamentais que não se relacionam com o procedimento, e que servirão também para controlar a legitimidade do resultado final do julgamento. De qualquer forma, importa ficar destacada a ideia conclusiva do exposto até então no sentido de que a doutrina vem

³³² ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 457-458.

³³³ *Ibid.*, p. 472.

³³⁴ *Ibid.*, p. 474.

evoluindo para ver o instituto do procedimento como direito fundamental do interessado, e como um dos fatores de legitimação da decisão judicial.

Este posicionamento é referendado por Scarance Fernandes, na medida em que também entende que o procedimento foi alçado à condição de direito fundamental. Refere que há muito a doutrina especializada entendia o direito ao procedimento como um direito absoluto, já que “[...] as formalidades do processo, em virtude do vínculo desse com a Constituição, eram referidas como ‘as atualidades das garantias constitucionais’.”³³⁵

A partir de então, Scarance Fernandes faz uma leitura do direito ao procedimento no processo penal como direito a um sistema que assegure eficiência com garantismo; exatamente o que está a se buscar nessas linhas. Para tanto, alerta que em relação ao processo penal existem dois direitos fundamentais do indivíduo que devem ser especialmente observados: o direito à liberdade e o direito à segurança; os quais, para a obtenção de um resultado justo, também devem permear os procedimentos. Segundo o autor,

[...] o direito ao procedimento processual penal consiste em direito a um sistema de princípios e regras que, para alcançar um resultado justo, faça atuar as normas do direito repressivo, necessárias para a concretização do direito fundamental à segurança, e assegure ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade.³³⁶

Não podemos deixar de referir a observação postada por Scarance Fernandes quando aprecia a eficiência e a celeridade do sistema penal. Alerta o autor que, ao analisar a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal português, há a referência de que um dos objetivos da reforma daquele ordenamento seria justamente “[...] alcançar uma maior celeridade e eficiência na administração da justiça penal”, mas que tal norte, ao contrário do que aparentemente temos no Brasil, contrasta com “[...] uma lógica puramente economicista de produtividade pela produtividade.” Segundo o autor, a realização da justiça será rentabilizada apenas se forem concretizados os fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas e, finalmente, paz jurídica dos cidadãos. Da mesma forma, só será eficiente o procedimento que, além de atingir um resultado justo dentro de um prazo

³³⁵ SCARANACE FERNANDES, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

³³⁶ Ibid., p. 40.

considerado razoável, assegure aos acusados todas as garantias previstas no processo penal regular.³³⁷

4.4.3 O Abandono Definitivo da Paridade de Armas

Espanta-nos também o palco que se forma o processo penal para o oferecimento de acusações de forma excessiva, ante a inclusão de mais uma parte figurando no pólo ativo do procedimento, como é o caso da adesão civil da imputação penal, o que induz, sem sombra de dúvidas, a um desequilíbrio nessa relação pelo evidente reforço na acusação.³³⁸ Todavia, o processo penal compreendido no sistema acusatório pressupõe paridade entre órgão de acusação e de defesa, os quais são detentores dos mesmos instrumentos processuais na busca do convencimento judicial, sobremaneira prejudicado pela inclusão da parte civil. O exercício do *ius accusationis*, como prerrogativa estatal, determina que qualquer participação da vítima no pólo ativo tenha o condão de desvirtuar todo o sistema, baseado no princípio acusatório, além de causar ofensas às garantias processuais (paridade de armas e proporcionalidade).³³⁹

Partindo da consideração de que um delito não causa dano somente sobre a vítima direta, mas que esse se estende e alcança de certo modo a sociedade como um todo, Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso entendem salutar estabelecer a delimitação do conceito de prejudicado para determinar com precisão a titularidade da ação civil no processo penal. Para tanto, consideram os seguintes pontos: a) o sujeito passivo do dano (ofendido pelo delito) é o titular do interesse lesionado direta e indiretamente pelo fato criminoso e, portanto, também o titular da ação reparatória; b) o delito pode também vir a prejudicar

³³⁷ Por outro lado, o que se verifica é que “A situação do processo penal brasileiro, na atualidade, é instável e perturbadora, em face da necessidade de sua vinculação à Constituição e de sua atuação infrutífera, desastrosa e destruidora dos sujeitos no processo, maquiadora do processo como sistema e aniquiladora dos sujeitos que atuam no processo; aniquiladora do ser que recebe a carga coativa (réu – sanção). Como regra, a situação é mais perturbadora porque o sistema criminal está destinado para incluir nele, negativamente, como sujeito passivo, o excluído pela sociedade, quem é, como regra, o réu do processo criminal. O tratamento recebido pelo sistema e pela potestade jurisdicional, quem deveria amenizar os danos, é de excluído do sistema, como sujeito que ingressa no processo já como culpado. Assim é tratado em todo o processo, ocorrendo uma inversão da presunção. Ademais, não é perfeita, pela própria natureza dos agentes que atuam no processo.” (GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. p. 287.)

³³⁸ GUIDO, Elisabetta. Parte Civile e rimessione del processo: una risalente questione da risolvere in prospettiva di “sistema”. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milán, v. 4, p. 1504-1522, 2006.

diretamente a quem não seja sujeito do interesse protegido pela norma penal, razão pela qual o sujeito passivo do dano e titular da ação civil no processo penal pode vir a ser um familiar do ofendido, ou até mesmo um terceiro; c) prejudicado é somente aquele atingido pelo dano ou prejuízo causado pelo delito, ou seja, em razão da ocorrência do delito, mas não todos os danos sofridos em decorrência do delito.³⁴⁰

Em contrapartida, partindo das constatações acima apresentadas, não são prejudicados pelo delito, dentre outros: a) os titulares de uma ação de repetição ou de regresso, eis que não é ação que nasce por ocorrência do delito, mas sim pela condenação do acusado³⁴¹; b) os partícipes no delito, já que “[...] *la sentencia que absuelve a un procesado no puede contener condena reparatória a su favor y a cargo de los demás procesados condenados*”³⁴²; c) os titulares de um mero direito de crédito frente ao prejudicado direto não são detentores de direito de ação de reparação frente ao culpável, nem em via penal nem em via civil, quando o crime exerça influência no cumprimento de uma obrigação assumida pelo primeiro³⁴³; d) o titular da ação de danos *ex contractu*, quando o fato constitutivo do delito seja o não cumprimento da obrigação que gerou danos a terceiros.³⁴⁴

O art. 77 do PL 156/2009 prevê como legitimadas ativas a propor a adesão civil, além da vítima e seu representante legal (no caso de menoridade ou incapacidade), as pessoas legitimadas a intervir como assistente do Ministério Público (herdeiros da vítima no caso de morte ou ausência), conforme dispõe a legislação civil. A parte civil deverá ainda estar representada judicialmente por advogado, necessidade decorrente do pressuposto processual da capacidade postulatória. Não podendo a vítima constituir advogado, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz, ainda que apenas para o ato de adesão civil à ação penal (§ 2º, art. 81).

É da essência do processo a efetiva participação dos destinatários dos efeitos do seu ato final e a simetria de posições das partes, desenvolvendo de forma equânime as atividades meio que implicarão em um provimento final. Segundo Fazzalari, a isto chamamos de contraditório, elemento inafastável da estrutura dialética do processo. Podemos dizer que o

³³⁹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 86.

³⁴⁰ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 142.

³⁴¹ “[...] *Según esto, no tiene acción civil ni el responsable civil subsidiário ni el obligado a la restitución de la cosa, aunque la haya adquirido por modo legal.*” (VIADA LOPEZ-PUIGCERVER; ARAGONESES ALONSO, loc. cit.).

³⁴² Ibid., p. 143.

³⁴³ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER; ARAGONESES ALONSO, loc. cit.

³⁴⁴ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER; ARAGONESES ALONSO, loc. cit.

processo, então, identifica-se a partir de uma série de normas a que estejam sujeitos os destinatários do provimento final, e que entre eles se realize um contraditório paritário.³⁴⁵

Contudo, a previsão do incremento da acusação pela participação de um advogado orientado a cuidar somente da adesão civil no processo penal supera qualquer limite razoável do que se entende por paridade de armas, e descamba para um manifesto sobrepeso na acusação, a qual se torna flagrantemente desmedida. De um lado teremos a acusação representada, de forma acumulada, pelo Ministério Público, pelo procurador do Assistente da Acusação e, se a vítima ou seu representante assim o quiser, por um advogado constituído especialmente para promover a adesão civil do processo e; de outro, o acusado far-se-á representado pela defesa constituída ou pela Defensoria Pública, com o propósito de rebater as pretensões acusatória e reparatória formuladas no processo. A nosso sentir, o procurador do assistente da acusação e o advogado constituído para a adesão civil não diferem em nada em suas funções processuais, razão pela qual o reforço é evidente.

Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso consideram que em meio a um sistema processual penal puro não existe qualquer fundamento para a intervenção de um ator civil, na medida em que a finalidade do processo penal é tão-somente a de se obter uma declaração da ocorrência de um delito e a imposição de uma pena; e que por tal motivo a responsabilidade civil deve ser exercitada em sua via própria. A admissibilidade de uma parte civil dentro do processo penal se dá unicamente por razões de economia processual.³⁴⁶

Na medida em que o ator civil se limita a exercitar por intermédio da ação penal sua pretensão de ressarcimento, sua atividade processual deve estar limitada a tal conteúdo.³⁴⁷ Outro ponto importante é a colocação de Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso de que os problemas de capacidade, legitimação e postulação da parte civil serão regidos pelas

³⁴⁵ Para o autor, “[...] existe, em resumo, ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” (FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120, grifo do autor).

³⁴⁶ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 144-145.

³⁴⁷ “*La intervención en el sumario se limita a procurar la práctica de diligencias que puedan conducir al mejor éxito de su pretensión, apreciadas discrecionalmente por el juez instructor [...]. En el juicio oral califica la causa, pero refiriéndose únicamente: 1) a la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito o la cosa que haya ser restituida, y; 2) A la persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y al hecho en virtud del cual hubiesen contraído esta responsabilidad [...]. Intervendrán en la proposición y práctica de pruebas, con los mismos derechos procesales que las demás partes; y en el acto de la vista, el defensor del actor civil limitará su informe a los puntos concernientes a la responsabilidad civil [...]*” (Ibid., p. 145).

normas próprias do direito processual civil³⁴⁸, o que, entendemos, pode causar severos transtornos na condução do processo penal.

Por algum tempo questionou-se a constitucionalidade do assistente à acusação no processo penal frente à regra que determinava a privatividade pública da ação penal. A motivação de sua presença no processo penal justificar-se-ia somente pelo seu sentimento de vingança e pelo seu interesse econômico.³⁴⁹

A assistência à acusação é tida, para Pacceli de Oliveira, como uma forma de o particular exercer a fiscalização da atividade do Ministério Público, mesmo em se tratando de ação penal de iniciativa pública já instaurada em Juízo, e que tal atribuição alcança ao particular o direito de “[...] exercer faculdades processuais que o qualificam como *parte*, ao menos sob esse aspecto, quando exercerá funções tipicamente acusatórias, subsidiando a atuação ministerial.”³⁵⁰ Anotação importante é a de que o assistente à acusação somente ingressará com a ação penal já em curso, ou seja, já tendo sido estabelecidos os limites da acusação pelo órgão estatal. É dizer, nas palavras de Pacceli de Oliveira, que “[...] não lhe cabe qualquer participação na formulação da demanda, pois a ação é de natureza pública e de titularidade exclusiva do Ministério Público.”³⁵¹

Com efeito, o fundamento da assertiva formulada reside principalmente no fato de que a titularidade da intervenção penal no contexto de um processo público pertence exclusivamente a um órgão oficial (público), e de que essa titularidade “[...] decorre da necessidade de instituição de um processo informado por um tipo de racionalidade que eleve a função estatal persecutória a um grau de ordenação fundada unicamente na afirmação do Direito, enquanto condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.”³⁵² Ou seja, e esse aspecto muito nos interessa para seguirmos em nosso trabalho, muito embora a deflagração de ilícitos penais tenha a capacidade de gerar uma responsabilidade não penal, resultante da violação de direitos subjetivos individuais, está alheia às funções do Direito Penal a tutela de qualquer sorte de interesses de ordem pessoal e/ou patrimonial, pois o Direito contempla outras vias, que não a penal, dirigidas à recomposição dos danos de

³⁴⁸ VIADA LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 145.

³⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2, p. 38.

³⁵⁰ PACCELI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 101-102.

³⁵¹ “A participação do particular nesse caso, portanto, pode ter início apenas quando já apresentados o *pedido* e a respectiva *causa pretendi*. Embora essa pareça uma afirmação de menor importância, já veremos que dela decorrerão inúmeras conclusões, relevantes a ponto de permitirem a identificação da natureza jurídica da *assistência*, de sua *justificação* e dos limites de sua participação.” (Ibid., p. 102, grifo do autor).

³⁵² PACCELI DE OLIVEIRA, loc. cit.

natureza pessoal.³⁵³ Na expressão de Pacceli de Oliveira: “[...] é dizer, de um único fato poderão resultar conseqüências jurídicas de natureza distintas, embora todas elas se manifestem como resposta do Direito, em razão da contrariedade da conduta a alguma ou algumas de suas normas e pela afetação a bens jurídicos ali assinalados.”³⁵⁴

Por tal fundamento é que o autor acena que o assistente à acusação, no processo penal, além de exercer uma atividade de fiscalização do órgão oficial, estará atuando para defender uma solução judicial em favor do direito subjetivo do ofendido, de forma a assegurar-lhe a promoção da responsabilidade civil do autor do fato. Para Pacceli de Oliveira, este seria o fundamento justificante da assistência no processo penal sem que, para tanto, pudesse se falar em desigualdade de forças: “[...] é precisamente em razão da existência de um interesse *não penal* de um particular, interesse esse que tanto pode derivar de um *direito subjetivo* quanto de outro tipo de vinculação jurídica, que não poderá pensar na desigualdade de forças imposta pelo assistente.”³⁵⁵ Ou seja, e isso bastaria para justificar sua atuação, ao assistente caberia a tutela de interesses não penais a serem sustentados em outra instância, mas em detrimento do mesmo acusado e em decorrência do mesmo fato.³⁵⁶

Este posicionamento também é chancelado por Tucci, que reconhece na atuação do assistente – ainda conhecido como “parte contingente” ou “mero auxiliar” – a existência do interesse em um pronunciamento condenatório voltado para a “[...] obtenção de benefício de outra ordem, relacionado com o fato penalmente relevante que constitui seu objeto (v.g a reparação do dano causado pelo cometimento da infração penal).”³⁵⁷

Assim, a previsão legal existente no PL 156/2009 que determina a inclusão de um advogado da parte civil desvirtua a paridade exigível no processo penal. Se alegadamente o interesse do assistente da acusação no processo penal é embasado na futura responsabilidade civil do agente, porque, então, haveria a necessidade de dois procuradores legitimados a exercer as mesmas atribuições, conforme a regra do art. 82 do PL 156/2009, que outorga à parte civil “as mesmas faculdades e os mesmos deveres processuais do assistente”?

³⁵³ Esta é a expressa previsão do art. 186 do Código Civil, que submete o autor do dano a conseqüências de natureza eminentemente civil.

³⁵⁴ PACCELI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 103.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 106.

³⁵⁶ “Com isso se chega também à conclusão de que as hipóteses de assistência no processo penal estão condicionadas à existência de um interesse jurídico *não-penal* que possa ser *particularizado*, isto é, somente cabível para as infrações penais que produzam danos mensuráveis ao nível do interesse individual.” (PACCELI DE OLIVEIRA, loc. cit., grifo do autor).

³⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 132-133.

Não podemos deixar de referir que o excesso imposto ao acusado ainda agrava-se com a previsão que determina sua condenação ao pagamento de honorários ao advogado constituído pela parte civil ou nomeado pelo juiz, a teor do que prevê o art. 81, §3º do projeto reformista. Trata-se de categoria exclusiva do processo civil – regulada pelo art. 20 e seus parágrafos do Código de Processo Civil – que vem a permear o processo penal, o que somente vem a confirmar a manifesta incompatibilidade da proposição da reforma com o regular andamento do processo penal.

4.4.4 A Omissão dos Prazos Cabíveis à Adesão Civil e o Direito ao Julgamento em Prazo Razoável

A situação projetada também teria algum efeito de retardo no processo penal ante os prazos e atos que são concedidos à parte civil. Esta preocupação aumenta quando se estiver diante de acusado preso.

O projeto reformista nada esclarece quanto aos prazos concedidos à parte civil, o que, diante da previsão de que ela terá as mesmas faculdades do assistente (art. 82 do PL 156/2009), leva-nos a acreditar que terá os mesmos prazos, de forma sucessiva, para opor suas manifestações e retirar os autos do cartório (art. 138 e segs. do PL 156/2009), retardando a solução da controvérsia penal. Tal assertiva resulta na lógica conclusão de que o excesso que pode vir a ser promovido de forma desproporcional pela acusação, e que tal situação pode ser determinante em situações específicas, como no caso de acusados presos ou ainda para a determinação da prescrição penal.

É a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que prevê originalmente o direito de que um processo se desenvolva em um prazo razoável, o qual deve ser entendido como o “direito a uma justiça tempestiva”, corolário lógico da cláusula do *due process of law*. Isto nada mais é do que a preocupação com a celeridade dos julgamentos, que busca assegurá-los emprestando-lhes publicidade e agilidade, dentre outras garantias outorgadas pelo devido processo legal.³⁵⁸ Insere-se nesse contexto, e com mais especificidade na esfera penal, a ideia de um processo que transcorra sem dilações indevidas, elemento inafastável da relação que se desenvolve entre o direito ao julgamento e o processo penal. Em nosso estudo é

³⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 17.

relevante o entendimento que “[...] liga o direito ao processo penal em prazo razoável ao direito de ação e de defesa, que deve ter uma dimensão e um conteúdo de efetividade, também em sentido temporal.” Significa dizer que qualquer dilação ou atraso desmotivado que obstem o pronunciamento judicial devem ser enfrentados como uma violação ao direito a tutela jurisdicional.³⁵⁹

Lopes Júnior e Badaró ponderam que existem situações aparentemente semelhantes, “[...] mas que apresentam diversidade de alcance e que levam a consequências diversas.” São elas: a) o direito a um processo de qualquer natureza em prazo razoável ou sem dilações indevidas; b) o direito a um processo exclusivamente penal sem dilações indevidas e; c) direito ao desencarceramento de um acusado cautelarmente segregado em tempo que supere o limite do razoável, sem que seja julgado.³⁶⁰

Ao analisar os Tratados Internacionais que abordam o tema, os autores verificam que a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* (DUDH) nada menciona acerca da temática referente à duração do processo, e que o primeiro diploma a apreciar a questão foi a *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, que estabeleceu o direito de julgamento dentro de um prazo razoável em seu art. 6, § 1º, o qual estaria abrangido por processos de qualquer natureza.³⁶¹ O mesmo texto, entretanto, faz referência exclusiva, em seu art. 5º, §3º, ao âmbito de aplicação dentro do processo penal quando trata dos casos em que o acusado esteja segregado de forma cautelar.³⁶²

Assim, Lopes Júnior e Badaró rematam existir “[...] uma disposição genérica, prevendo o direito a um julgamento no prazo razoável, e uma disposição específica para o processo penal, determinando que a consequência do não julgamento no prazo razoável será o desencarceramento do acusado preso cautelarmente”, e que a previsão do art. 6, § 1º é aplicável a qualquer espécie de processo, independentemente da condição do acusado, se

³⁵⁹ As afirmações são feitas por Lopes Júnior e Badaró, ancorados na doutrina de Viagas Bartolomé e Nicolò Toker (LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 18).

³⁶⁰ Ibid., p. 19-20.

³⁶¹ “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo. quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

³⁶² “Qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgado num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo.”

preso ou solto, ao passo que o art. 5º, §3º aplica-se somente nos processos penais cujo acusado esteja preso de forma cautelar.³⁶³

Outro diploma apreciado pelos autores é o *Pacto de Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, que também estabeleceu a necessidade de julgamento em prazo razoável, pela primeira vez se valendo da expressão julgamento “sem dilações indevidas”. Neste Pacto Internacional foi adotado o direito a um julgamento em prazo razoável, sem dilações indevidas, exclusivamente para o processo penal, sem importar a condição de liberdade que ostenta durante o curso da ação. A diferença, neste caso, é que ao acusado preso é garantido o direito de ser julgado em um prazo razoável, sob pena de ser posto em liberdade. Importa assim pontuar que no *Pacto de Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* não há previsão de julgamento sem dilações indevidas para os processos que não sejam de natureza exclusivamente penal.

A *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* anda no mesmo sentido da *Convenção Européia dos Direitos do Homem*, na medida em que, de um lado estabelece o direito a um julgamento no prazo razoável para qualquer sorte de processo e, de outro, assegura ao acusado preso (no caso de processo penal, portanto) sua colocação em liberdade em situações onde a duração de seu processo se estenda para além do prazo razoável³⁶⁴. Assim, entendemos que a própria atuação do advogado da parte civil do processo penal tende a dilatar de forma indevida o feito, o que encaminhará, de forma indiscutível, severos questionamentos acerca da duração razoável do processo.

Assim, o sistema jurídico brasileiro, após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45 que apenas ratificou o direito fundamental expressamente assegurado nos arts. 7.5 e 8.1 da CADH, consolidando a razoável duração do processo como uma nova exigência a ser seguida, “[...] deve adequar-se a essa nova exigência, revisando seus procedimentos e o próprio ritual judiciário, buscando equilibrar garantia e aceleração. Ao mesmo tempo em que se deve evitar a dilação indevida, não se pode atropelar direitos e garantias fundamentais.”³⁶⁵ Como se vê, a reforma processual que insere a adesão civil nesse contexto, vem em sentido manifestamente oposto às diretrizes que privilegiam um processo sem dilações indevidas.

³⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 21.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 33.

³⁶⁵ LOPES JÚNIOR; BADARÓ, loc. cit.

Ao final, se pretende nada mais do que o direito de uma pessoa a ver o seu processo apreciado pelo Poder Judiciário em um tempo razoável, compatível. Questionamos, neste sentido, o sistema de confusão empregado com a adesão civil, com a unificação dos processos penal e civil e a comunhão de seus prazos e ritos procedimentais, que tendem indubitavelmente a quebrar esse paradigma reconhecidamente fundamental.

A observância do direito a um julgamento sem dilação indevida e em um prazo razoável não parece produzir o mesmo alcance no processo civil como o é no processo penal. A *VI Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América* é expressa em reconhecer o direito a um *juízo pronto e público* em todos os processos criminais, restringido expressamente o âmbito de incidência somente aos processos daquela natureza.

O texto do art. 32 da *Constituição da República Portuguesa*, em que pese não apresente de forma literal a aplicabilidade do direito fundamental somente ao processo penal, após a reforma de 1982 estatuiu ser o acusado presumível inocente até o trânsito em julgado de sua sentença condenatória, e que *deve ser julgado no mais curto prazo*. Lopes Júnior e Badaró concluem que “[...] se o dispositivo em questão restringe o julgamento ‘no mais curto prazo’ àquele que se presume inocente, parece claro que tal direito tem a sua aplicação restrita ao âmbito do processo penal”³⁶⁶, entendimento com o qual não podemos deixar de concordar.

Ainda podemos citar a *Constituição Espanhola* que assegura aos seus cidadãos, em seu art. 24, n.º 2, o direito à informação acerca da acusação e a um processo público *sem dilações indevidas*. Parece-nos, a exemplo das conclusões a que chegaram Lopes Júnior e Badaró em relação ao ordenamento português, que se trata de preceito voltado exclusivamente aos processos de natureza penal, na medida em que estabelece um rol de direitos *aos acusados*, condição usualmente ostentada pelos sujeitos passivos exclusivamente em processos criminais.

A Constituição Federal de 1988 não previu originalmente a garantia do direito a um julgamento em prazo razoável, mas com o advento da Emenda Constitucional n.º 45 esse direito passou a fazer parte do rol de garantias fundamentais. Ao contrário da maioria dos ordenamentos analisados, a garantia constitucional brasileira “[...] é mais ampla do que a garantia genérica ao direito ao processo no prazo razoável, vez que nos tratados

³⁶⁶ A afirmação decorre da conclusão a que chegam os autores de que “a presunção de inocência é garantia que vige somente no processo penal, daí decorrendo que o direito ao julgamento no mais curto prazo não se aplica aos processos não penais” (LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 36).

internacionais, tal garantia é exclusiva dos processos judiciais.” No caso do Brasil, o direito ao julgamento em prazo razoável é aplicável às esferas judiciais e administrativas.³⁶⁷

4.4.5 A Opção pelo Dano Moral

Com base na redação dos artigos 81 a 84 do PL 156/2009, o âmbito da recomposição civil no processo penal será apenas em relação aos danos morais causados pela infração, sem ampliação da matéria de fato constante na denúncia, nos termos e nos limites da imputação penal. Significa que “[...] quando o arbitramento do dano moral depender de prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória ou sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível” (§ ún. do art. 82 do PL 156/2009).

A alteração pretendida é um pouco mais específica que aquela introduzida pela Lei 11.719/2008, a qual determina que havendo danos indenizáveis decorrentes da conduta delituosa, seja ele de qualquer natureza, o magistrado poderá fixar na sentença penal um valor mínimo a título de reparação dos danos causados pela infração criminal. Restringindo a apreciação ao montante dos danos morais decorrentes diretamente do fato delituoso descrito na imputação, o PL nº 156/2009 pretende a adoção do modelo da adesão facultativa, limitada, no entanto, aos danos morais.

É de grande relevância atentar para a classificação dos danos estabelecida por Viada Lopez-Puigcerver e Aragonese Alonso, os quais explicam que, apesar de se muito falar em danos patrimoniais e danos morais, existe uma terceira espécie de dano que não é patrimonial e nem mesmo se restringe ao sofrimento físico ou psíquico (característicos do dano moral), o chamado dano não patrimonial³⁶⁸. Este seria, talvez, o interesse do legislador reformista, o qual acabou não restando muito claro com a redação do projeto, preferindo-se pela aplicação de uma previsão simplista que acaba por causar diversos problemas para os operadores do direito, como sua própria verificação e até mesmo sua quantificação.

³⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 37-38.

³⁶⁸ VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1, p. 206.

No caso da adesão civil, a pretensão há de fundar-se na ocorrência de danos morais decorrentes diretamente do crime. Isso porque o PL 156/2009 somente prevê a possibilidade de fixação de valor para compensar os danos morais no caso de sentença condenatória, conforme redação do § 1º do art. 81. Sabe-se que a existência do direito à indenização moral no âmbito civil não se restringe às hipóteses de ilícitos criminais, podendo decorrer também de atos ou de omissões ilícitas em que intervenha qualquer espécie de culpa. Os pressupostos da responsabilidade civil são diversos da responsabilidade penal, no entanto, para fins de indenização civil no processo penal, e o legislador reformista condiciona-os à condenação.³⁶⁹

A expressão “dano moral” deve ser usada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Pontes de Miranda, à sua época, explicava que dano moral equivale ao dano não patrimonial, sendo o prejuízo que atinge a pessoa e não o patrimônio.³⁷⁰ Por sua vez, Mello da Silva define o dano moral como a ocorrência de lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição à ideia de patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.³⁷¹ Para Medeiros da Fonseca, “[...] dano moral é todo o sofrimento humano resultante de lesão de direitos estranhos ao patrimônio, encarado como complexo de relações jurídicas com valor econômico.”³⁷²

Sílvio Rodrigues destaca que dano moral se dá “[...] quando se trata apenas da reparação de dor causada à vítima, sem reflexo em seu patrimônio. Dano moral é, pois, a dor, a mágoa, a tristeza infringida injustamente a outrem.”³⁷³ Savatier assevera, por sua vez, que o dano moral consiste “[...] em todo sofrimento humano que não resulta de uma perda pecuniária.” Não obstante, e esta ponderação nos interessa, esclarece que as arestas do dano moral são demasiadamente variadas, podendo nascer tanto de um sofrimento físico como de uma dor moral de origem diversa.³⁷⁴

³⁶⁹ Neste ponto, projeto não segue o modelo espanhol, no qual não é exigida condenação como pressuposto de fixação de indenização civil na sentença penal. Nesse sentido: “[...] decisivo para efeitos de fundamentação da pretensão civil é a existência de ato ilícito que, revestindo as características de um delito ou falta, provoque a abertura de um processo penal, ainda quando nesse processo se possa declarar a inexistência de fato punível, sempre que fique provada a existência de ato antijurídico que ocasione a obrigação de indenizar, seja a título de culpa civil ou inclusive de responsabilidade civil objetiva.” (GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999. p. 239, tradução nossa).

³⁷⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 26, p. 30.

³⁷¹ SILVA, Wilson Mello da. **O dano e a sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

³⁷² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Dano moral. In: SANTOS, J. M. de Carvalho dos (Coord.). **Repertório do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 14, p. 242.

³⁷³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4, p. 6.

³⁷⁴ SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. 2, p. 101.

Finalmente, Zannoni consigna que o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, enfim, o complexo que sofre a vítima do efeito danoso, eis que “[...] esses estados de espírito constituem a conseqüência do dano [...]”, e que não é qualquer padecimento que merece a tutela jurídica, mas sim “[...] aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente.” O dano moral, assim, seria dividido em duas distintas categorias: a) o dano moral direto, que consiste na lesão ao interesse que visa “[...] à satisfação de um bem extrapatrimonial, contido nos direitos da personalidade [...]” ou nos atributos da pessoa e; b) o dano moral indireto, que representa a “[...] lesão a um interesse tendente à satisfação de bens jurídicos patrimoniais, que produz depreciação a um bem extrapatrimonial.”³⁷⁵

Contudo, a discussão para se estabelecer a dimensão da norma não se limita a este aspecto e pode ir além, promovendo alcances que talvez sequer tenham sido previstos pelo legislador reformista. Isso porque, não somente sobre a pessoa física que pode recair a indenização pela ocorrência do dano moral, em que pese a reparabilidade do dano moral causado à pessoa jurídica ainda sofra certas restrições na doutrina e na jurisprudência, sobretudo entre os que defendem que a se trata de bem personalíssimo, exclusivo da pessoa natural, e que o dano moral denota dor e sofrimento, atributos exclusivos do ser humano. Venosa³⁷⁶ assinala que em se tratando de pessoa jurídica, o dano moral pode atingir o seu nome e tradição de mercado, e terá sempre repercussão econômica, ainda que indireta.³⁷⁷

Assim, segundo o que apregoa a doutrina, não são somente dor e sofrimento que se traduzem o dano moral, mas, de uma forma mais ampla, também em um desconforto extraordinário na conduta do ofendido e, sob este aspecto, a vítima pode ser tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica. Veja-se que a ampliação do objeto do processo, como já referido, determinará que o ofendido promova a prova no sentido de demonstrar a ocorrência do dano moral exatamente nesses limites, e que esse ônus lhe incumbe de forma exclusiva.

Para os efeitos desse estudo, impende-nos questionar a opção pelo dano moral em detrimento do dano material, esse último mais factível de avaliação pelo magistrado que, em

³⁷⁵ ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 172.

³⁷⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção direito civil; v. 4). p. 278.

³⁷⁷ No mesmo sentido, Cavalieri Filho ensina que a honra possui um aspecto interno ou subjetivo e um aspecto externo e objetivo: a) a honra subjetiva, que diz respeito à conduta humana, sua auto-estima, é própria da pessoa natural; b) a honra externa ou objetiva reflete-se na reputação, no renome ou na imagem social. Essa honra objetiva alcança tanto a pessoa natural como a pessoa jurídica. Uma notícia difamatória pode afetar o bom nome de ambas. Deste modo, toda empresa deve zelar pelo bom nome, em prol de seus negócios. Neste diapasão, a pessoa jurídica é passível de ser vítima de dano moral (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 83).

verdade, deve se preocupar com o objeto penal do processo. É irrefutável, neste contexto, que os danos morais, em comparação aos danos materiais, são danos de difícil avaliação pecuniária, os quais, por sua própria natureza (danos psíquicos, da alma, de afeição da personalidade), são heterogêneos, não podem ser generalizados³⁷⁸ e, o que nos parece pior, de aparente difícil mensuração no processo. Em sentido diametralmente oposto, os danos materiais apresentam-se com uma maior facilidade de constatação, seja através de laudos de avaliação direta ou indireta, seja por intermédio de prova documental (p. ex. no caso de furto ou apropriação indébita, que deixam vestígios por transferência entre contas correntes, e nos casos de Crimes contra a Ordem Tributária, verificáveis pela justaposição entre Declaração de Imposto de Renda e patrimônio), ou até mesmo de outros tipos de elementos colhidos durante a investigação policial ou instrução processual, tudo isso mensurável até mesmo dentro do processo penal.

Certo é que a doutrina civil já assentou que a reparação por dano moral “[...] não é devida a quaisquer carpideiras [...]”, ou seja, não basta encenar quaisquer dores, reclamar qualquer percalço, eis que necessária e inafastável a sua prova, dentro das regras aceitáveis, para que os operadores do direito possam tomá-la a sério, objetivando a reparação do dano moral.³⁷⁹ Por outro lado, não podemos aceitar que se sedimente um entendimento baseado em uma presunção absoluta de que o crime gera o dever de indenizar moralmente por si só, talvez sendo esse um dos grandes perigos a ser produzido pela norma reformista.

Segundo Diniz, a distinção feita entre o conceito de dano moral e dano material não provém da natureza do direito subjetivo lesado, mas dos efeitos da lesão jurídica ou do caráter de sua repercussão sobre o lesado, residindo, preferencialmente, na forma de reparação. Ao passo que nos casos dos danos materiais o ressarcimento tem como fim a reposição da coisa lesionada ao seu *statu quo ante* ou possibilita a aquisição de algo equivalente ao lesado; no caso dos danos morais, entretanto, isto não ocorre.³⁸⁰

³⁷⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção direito civil; v. 4). p. 280.

³⁷⁹ GONÇALVES, Luiz Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1936. v. 12, p. 547.

³⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. **Revista Literária do Direito**, São Paulo, p. 102, jan./fev. 1996.

4.5 EM BUSCA DE SOLUÇÕES PLAUSÍVEIS: O INCIDENTE PROCESSUAL COMO FORMA DE REDUÇÃO DE DANOS

Em que pese não estejamos totalmente de acordo com a forma de adesão oferecida pelo PL 156/2009, parece-nos que sua presença no próximo Código de Processo Penal brasileiro é inevitável, eis que segue tendências internacionais vitimológicas de forma a outorgar aos ofendidos uma reparação pelo mal experimentado com a prática do delito. Não podemos deixar de observar, como muito bem faz Coutinho, que algumas matérias referentes ao projeto global – dentre as quais podemos tranquilamente incluir a intervenção civil no processo penal – ficaram inacabadas, e “[...] haveriam de ter recebido uma maior discussão dado se tratar de temas tormentosos a demandar uma participação mais ampla [...]”³⁸¹

Referida participação viria com a realização de audiências públicas, tal qual previsto na Resolução de criação da Comissão formada no âmbito do Senado Federal para redigir o anteprojeto de reforma global do Código de Processo Penal, as quais se utilizariam dos 03 (três) meses faltantes para o término do ano de 2009 e de alguns locais de referência já pensados para que servissem de suporte às referendadas audiências, onde “[...] seriam ouvidos todos os interessados, razão por que se pensou em uma convocação generalizada e indicação de especialistas para falar em nome das instituições”, para que pudesse a Comissão finalizar o novo modelo “[...] lastreada em um *quorum qualificado* [...]”³⁸² Entretanto, as audiências públicas não ocorreram, e o Presidente do Senado Federal encaminhou o anteprojeto como projeto de sua autoria sem a necessária discussão e participação da sociedade civil.³⁸³

Talvez seja por esta razão que haja por parte de Coutinho o fundado temor de que a impossibilidade de sua execução faça naufragar o novo Código de Processo Penal.³⁸⁴ Teríamos, assim, que pensar em soluções compensatórias, minimizadoras dos danos causados aos destinatários do processo penal, quando eles existirem.

³⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações Pontuais sobre a Reforma Global do CPP. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, p. 16-17, ago. 2010. Edição Especial. p. 16.

³⁸² COUTINHO, lo. cit.

³⁸³ “[...] desde o início do projeto de concepção de um novo Código de Processo Penal, sempre se transmitiu a mensagem de que a obra primeira da Comissão de Juristas seria debatida em nível nacional, entre profissionais, acadêmicos e grupos políticos interessados na matéria, com especial ênfase aos defensores de direitos humanos, para tomar a forma de Projeto de Lei somente a partir do fim dos debates e com a incorporação das principais sugestões.” (PRADO, Geraldo. Os Embargos Infringentes no PL 156/2009. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, p. 12, ago. 2010. Edição Especial. p. 12)

³⁸⁴ COUTINHO, op. cit., p. 16.

A problemática por nós enfrentada apontou alguns déficits procedimentais que mereceriam, neste contexto, algumas sugestões para os potenciais danos que surgiriam com a estrita observância da adesão civil ao processo penal na forma do art. 272 do PL 156/2009. Muito embora nossa missão no presente estudo seja tão-somente apontar os problemas identificados com o tema a que nos propusemos a analisar, sem maiores pretensões tomamos a liberdade de indicar algumas opções para reduzir os danos processuais eventualmente causados.

Neste sentido, entendemos que a adesão civil ao processo penal poderia, ao invés de ser processada dentro dos próprios autos do feito principal, se dar mediante um incidente processual, assim como é feita, por exemplo, na restituição das coisas apreendidas. Além de não causar entraves ao regular andamento do feito principal, permitirá que o processo penal transcorra dentro de um *prazo razoável* e sem maiores prejuízos para as partes envolvidas, evitando a confusão que certamente irá se criar com a mistura das categorias do direito processual civil com aquelas próprias do direito processual penal.

A instauração de um incidente para tratar da questão civil referente aos danos permitiria, por exemplo, a utilização das categorias civis de *chamamento ao processo* dos demais responsáveis civis pela composição dos danos causados por uma conduta delituosa, sem que com isso fosse prejudicado o regular andamento do processo penal. Como está no PL 156/2009, tal possibilidade é impensável, a começar pelo fato de se tratar de categoria própria do direito processual civil inaplicável ao processo penal.

A divisão da produção probatória também seria privilegiada com eventual instauração de um incidente, favorecendo-se, assim, os procedimentos próprios previstos para ações civis de cunho reparatório, além da possibilidade, por exemplo, de se arrolar testemunhas para discutir exclusivamente o objeto civil do processo. Isso tudo sem considerar, ainda, a possibilidade de se ofertar um equilíbrio entre a acusação e a defesa: ao passo que à vítima será possibilitada a constituição de um procurador para a promoção da adesão civil, ao denunciado também seria facultada a mesma possibilidade; constituindo-se um defensor que pudesse se preocupar unicamente com o objeto civil do processo/incidente.

CONCLUSÕES

A participação da vítima no processo penal e a relação estabelecida entre ações penal e civil para a satisfação do dano decorrente do delito vêm, cada vez com maior intensidade, travando novas discussões e, na mesma medida, exigindo uma interpretação constitucionalmente coerente. Precedentes históricos admitem que ações penais e civis derivem de todos os delitos, tanto públicos como privados, e que há ações simultâneas para a satisfação do interesse civil da parte (ação civil) e para a satisfação dos interesses públicos (ação penal).

Demonstramos que, quando a justiça privada e a vingança privada deram lugar à Justiça Pública, a vítima acabou sofrendo um processo de neutralização, pois de protagonista na persecução penal passou a ocupar a posição de mera informante das condutas delitivas. Neste período, verificamos a substituição do conceito de reparação do dano por infração penal, na medida em que a lesão sofrida pelo ofendido deixou de ser compreendida como dano e passou a ser tratada como desrespeito ao ordenamento jurídico e ao soberano.

Ficou clara, assim, a distinção entre o direito público, voltado para a inauguração de uma estrutura estatal político-administrativa básica, responsável pela manutenção da coesão e do controle social, e o direito privado, fundado na relação de produção e regido pela sociedade civil ainda em estágio de incipiente organização. Foi a partir daí que o Estado se apropriou do conflito penal, relegando a vítima a um segundo plano.

A partir deste momento, o processo penal, visto como uma relação jurídica tripartida entre Estado, autor e réu, apresentou a expropriação da vítima como sua base justificadora, ao passo que essa relação jurídica de natureza essencialmente pública se desenhava estritamente entre as partes e o juiz, este último visto como um órgão público no exercício da administração da Justiça, através da reciprocidade de direitos e obrigações processuais. E, neste diapasão, verificou-se a necessária separação que se deve reproduzir entre o processo penal e os interesses privados, geralmente de caráter indenizatório e reparatório – essencialmente econômicos.

O estabelecimento da pena criminal surge como o primeiro indicativo do rompimento entre processos penal e civil, seguindo-se pela diferenciação entre o caráter público e privado das pretensões deduzidas em juízo, pela predominância da oficialidade e da legalidade no processo penal e, no processo civil, pela regra da disponibilidade.

A marginalização da vítima passa a existir como resultado de um processo histórico que se relaciona com o aparecimento de um Estado centralizador, e do Direito Penal e da pena como instrumentos para afirmar aquele domínio. Este modelo acusou falhas e colecionou críticas, ao passo que foram identificados fortes sentimentos de insatisfação com a administração da Justiça e, principalmente, um grande descontentamento em relação ao tratamento recebido pelas vítimas no processo penal.

Não por outro motivo, verificamos que, se a base justificadora do processo era exatamente o afastamento da vítima do conflito, passou-se a buscar alternativas para recompor o seu adequado papel sem se negar a legitimidade do Estado na solução dos conflitos. A negativa do papel da vítima no processo penal passou a ser vista como uma negação do Estado Democrático de Direito, já que não reconhecia como parte ou destinatários da norma os sujeitos verdadeiramente afetados pela conduta delituosa.

Ainda hoje existem flagrantes divergências em relação ao papel desempenhado pela vítima dentro da sistemática da justiça criminal e da importância de sua participação nos conflitos para que sejam atendidos seus direitos. Com frequência nos deparamos com a utilização do termo “vitimização secundária”, constantemente empregado para identificar a falta de atenção jurídica e de fornecimento de informações quanto aos direitos que deveriam ser destinadas às vítimas no processo penal, na medida em que estas padecem ao conflito penal pelas condutas dos delinquentes, pela omissão do Estado e pela morosidade processual, o que amplia ainda mais o descrédito institucional.

Deixar ao Direito Civil a busca de indenização pelo ato ilícito faria com que a vítima restasse lesada de forma adicional à ocorrência do delito. Por este motivo, foram apuradas duas distintas categorias de medidas propostas para promover o adequado enfrentamento da problemática.

A primeira é defendida a partir da reforma do Código de Processo Penal e propõe o aumento ou inclusão de medidas de proteção às vítimas de delitos, dentre as quais deve ser destacada a proposta que sustenta o deslocamento da reparação ou compensação dos danos do processo civil para o centro do processo penal, o aumento da utilização de medidas cautelares do processo civil no processo penal e, por último, o aumento da capacidade e qualidade na proteção da vítima, tudo de forma a permitir a resolução da ação civil e da ação penal pelo juiz competente pela causa criminal.

A outra proposta é fundada em uma nova concepção de processo penal e propõe a transformação do processo penal em um processo entre partes alçadas ao mesmo nível, o que conduz à interação entre ofensor e ofendido, e se baseia sempre na busca da conciliação no

processo penal tendo o juiz uma atuação ou voltada para a correção jurídica das resoluções alcançadas ou para a mediação do conflito.

Direcionamos especial preocupação de forma demonstrar que o processo restaurador e o procedimento da Justiça Restaurativa (indicados na segunda proposta) são empregados a partir de um tipo diferente de procedimento do que aquele que é proposto pela reforma do Código de Processo Penal para a reparação do dano. Como o objeto de estudo do trabalho é a reparação do dano *dentro* do processo penal, pareceu-nos importante estabelecer tais diferenças para que, ao final, fosse possível demonstrar aquilo que pensamos ser um desvirtuamento do sistema penal, e, como consequência, uma forma de ofensa aos direitos e às garantias fundamentais outorgados aos cidadãos, principalmente no que diz respeito à observância das regras do jogo processual penal.

Já o primeiro modelo indica a reparação como instrumento político-criminal de resposta ao delito e que se alimenta de uma combinação de motivos que ultrapassam o conceito de ressarcimento à vítima, apresentando-se como uma alternativa híbrida entre a pena e a responsabilidade civil, o que vem a afetar a identidade de ambas, na medida em que também não se relacionam. Para tanto, foi de fundamental importância demonstrar que a sanção penal nenhuma relação guarda com a reparação ou com o ressarcimento, papel que é reservado à aplicação da sanção civil.

Pareceu-nos elementar que os interesses reparatórios são desvirtuados por completo de todo o sistema jurídico-processual penal, na medida em que se buscam fins outros a sua função, estrutura e finalidade, o que vem agravado pela constatação de que falta uma previsão legislativa no Código Penal que regule a relação entre a pena e a reparação do dano.

Tudo isso nada mais é do que um simples reflexo do movimento expansionista penal que busca no recurso legislativo, de forma frequente, uma solução fácil aos problemas apresentados pela sociedade, desconsiderando solenemente aquilo que deveria ser resolvido no plano instrumental. Exemplo de tal constatação é a constante verificação de reformas na legislação de forma a induzir novos tipos penais que representam a agravação daqueles já existentes, seja no Direito Penal substancial, seja no Direito Processual Penal.

Esse movimento de expansão ficou caracterizado por intermédio das reformas recentemente promovidas pela promulgação da Lei 11.719/08 que, em seu art. 387, IV, alterou a concepção de reparação do dano no processo penal até então existente, inovando ao outorgar ao juiz do processo a possibilidade de fixar um valor “mínimo” para a reparação dos danos causados pelo ato ilícito. Mesmo assim, nosso atual Código de Processo Penal se limita a tratar dos efeitos civis da sentença penal sem, contudo, regulamentar a ação que deve ser

proposta no juízo cível tendo como causa de pedir o fato criminoso, pois, quando versa sobre a ação *ex delicto*, o Código de Processo Penal não trata das regras da ação proposta na esfera civilista.

Atualmente, com a edição do PL 156/2009, verificou-se uma inovação legislativa que cria um objeto eventual ou uma pretensão contingente (adesão civil), de conteúdo não-penal, que autoriza à vítima a buscar a responsabilização simultânea (penal e civil) do acusado, tudo em um mesmo processo e perante um mesmo juiz – o responsável pelo julgamento do caso penal. Trata-se de uma aparente ampliação do objeto do processo penal que agora também insere uma discussão sobre reparação do dano com a inclusão de um dispositivo até então inexistente, que busca que o processo penal crie mecanismos procedimentais de forma a possibilitar que a sentença penal condenatória determine um valor a título de reparação ao dano moral causado pela infração penal.

Entretanto, pareceu-nos que a acumulação de pretensões manifestamente incompatíveis causa uma flagrante degeneração do processo penal, principalmente porque a chamada adesão civil é introduzida sob uma visão “eficientista” que utiliza o processo penal como um instrumento político de defesa social, dotando-a de uma função manifestamente alheia àquela atribuída ao processo. Para a realização do Direito Penal, o processo deve atingir uma dupla função, que inclui a viabilização da aplicação da pena e a sua existência como instrumento de efetivação de garantias de direitos e liberdades individuais, o que não é observado a partir de uma leitura dos dispositivos que regulam a inclusão da parte civil no processo penal.

Questionou-se o fato de ser o objeto do processo penal tão-somente o fato punível, resultado totalmente diverso da forma como se produz e se delimita o objeto do processo civil, ressaltando-se que a finalidade precípua do processo penal está baseada na atuação distinta e exclusiva da ação penal, e que o juiz daquele processo não pode estar obrigado a atender interesses de natureza distinta, sob pena de desvirtuá-lo de seu próprio fim. Também foi por nós questionada a declarada omissão do PL 156/2009 quanto às formas de distribuição da responsabilidade civil, na medida em que esta também tende a recair, até a quantia de sua participação, sobre os terceiros que houverem movidos por fins lucrativos, participado dos efeitos de um delito. A não previsão de divisão da responsabilidade civil no processo penal não só prejudica como também sobrecarrega ainda mais o acusado, na medida em que expressamente afasta do curso do processo eventuais outros envolvidos que também sejam responsáveis civis pela ocorrência de algum dano experimentado pela vítima.

As reformas processuais que pretendem a responsabilização civil dentro do processo penal devem vir acompanhadas de uma sistemática compatível e completa, atendendo todas as necessidades do processo. A falta de uma harmonia sistemática e de procedimento adequado para a obtenção da reparação do dano é um entrave a ser enfrentado pelo procedimento novo.

Tudo isso fundamenta o enorme receio de que haja o abandono dos direitos e garantias fundamentais do acusado, principalmente em nome das pretensas eficiência e celeridade processuais, mais tendentes a gerar a exclusão social e penal do sujeito passivo do processo do que atingir os propósitos pregados pela alteração legislativa.

Além de tudo, o palco que se forma o processo penal para o oferecimento de acusações de forma excessiva, ante a inclusão de mais uma parte figurando no pólo ativo do procedimento, como é o caso da adesão civil da imputação penal, o que induz, sem sombra de dúvidas, a um desequilíbrio nessa relação pelo evidente reforço na acusação. O incremento da acusação pela participação de um advogado orientado a cuidar somente da adesão civil no processo penal supera qualquer limite razoável do que se entende por paridade de armas, e descamba para um manifesto sobrepeso na acusação, a qual se torna flagrantemente desmedida. A figura do advogado constituído para a adesão e o assistente da acusação, a nosso sentir, não diferem em nada em suas funções processuais, razão pela qual o reforço é evidente.

A situação projetada também teria algum efeito de retardo no processo penal ante os prazos e atos que são concedidos à parte civil, e esta preocupação aumenta quando se estiver diante de acusado preso. O fato de que o projeto reformista nada esclarece quanto aos prazos concedidos à parte civil também foi objeto de nossa análise.

Por fim, buscamos apresentar soluções compensatórias, entendendo que a adesão civil ao processo penal poderia, ao invés de ser processada dentro dos próprios autos do feito principal, se dar mediante um incidente processual, pois, além de não causar entraves ao regular andamento do feito principal, permitiria que o processo penal transcorresse dentro de um prazo razoável e sem maiores prejuízos para as partes envolvidas, evitando a confusão que certamente irá se criar com a mistura das categorias do direito processual civil com aquelas próprias do direito processual penal.

REFERÊNCIAS

ABREU E SILVA, Roberto de. Efeitos Cíveis da Sentença Penal. In: NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). **Reformas do Processo Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Instituciones de Derecho Procesal Penal**. Madrid: Rubí, 1976.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. t. 1.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Juarez Cirino dos Santos (trad.). 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. rev., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BRASIL. Senado. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Senado Federal, 2009.

BUSTOS, Juan; LARRAURI, Elena. **Victimología**: presente y futuro (hacia um sistema penal de alternativas). Barcelona: PPU, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones Sobre el Proceso Penal**. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o Processo Penal**. Campinas: Bookseller, 2004.

CARRASCO ANDRINO, Maria del Mar. La Mediación del delincente-víctima: el nuevo concepto de *justicia restauradora* y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). **Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate**, Madrid, n. 34, p. 69-86, mar. 1999. p. 69-86.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias: uma leitura do garantismo penal de luigi ferrajoli no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

CERNICHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Direito Penal na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CHRISTIE, Niels. Los Conflictos como Pertencia. In: MAIER, Julio (Org.). **De los Delictos y de las Víctimas**. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 157-182.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Efetividade do Processo Penal e Golpe de Cena: um problema às reformas processuais penal. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 139-147.

_____. Segurança Pública e o Direito das Víctimas. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidade desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 475-487.

_____. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 16, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Anotações Pontuais sobre a Reforma Global do CPP. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, p. 16-17, ago. 2010. Edição Especial.

CUNHA MARTINS, Rui. **O Ponto Cego do Direito: the brazilians lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. A responsabilidade civil por dano moral. **Revista Literária do Direito**, São Paulo, p. 102, jan./fev. 1996.

EDITORIAL. Crise do poder judiciário. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, n. 217, p. 1, dez., 2010.

FAZZALARI, Élio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRARI, Eduardo Reale. **Código de processo penal: comentários ao projeto de reforma legislativa**. Campinas, SP: Millennium, 2003.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal: parte geral**. Coimbra: Coimbra, 2005. t. 2.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Dano moral. In: SANTOS, J. M. de Carvalho dos (Coord.). **Repertório do Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. v. 14

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história de violência nas prisões**. 34. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

FREDERICO MARQUES, José. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.

GARAPON, Antonie. **Bem Julgar**: ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Reformas (?) do Processo Penal**: considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Exigências e Perspectivas do Processo Penal na Contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos II**. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010. Dados eletrônicos. P. 273-294.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; DOMINGUEZ, Valentín Cortéz. **Derecho Procesal Penal**. 3. ed., ref. e actual. Madrid: Colex, 1999.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios Generales del Proceso**: problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 2001.

_____. **Derecho, Derecho Penal y Proceso**: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GONÇALVES, Luiz Cunha. **Tratado de direito civil em comentário ao Código Civil português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1936. v. 12

GONZÁLES-CUÉLLAR, Antonio et al. **Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley del Jurado**. 16. ed. Madrid: Colex, 1997.

GUIDO, Elisabetta. Parte Civile e rimessione del processo: una risalente questione da risolvere in prospettiva di “sistema”. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milán, v. 4.

LARRAURI, Elena. La Reparación. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Org.). **Penas Alternativas a la Prisión**. Barcelona: Bosch, 1997. p. 168-195.

_____. **Tendencias actuales em la justicia restauradora**. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (Ed.). **SERTA in memoriam Alexandri Baratta**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antigarantista. In: WUDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 99-128.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 2.

LOPES JÚNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAIER, Júlio. **Derecho Procesal Penal**: parte general: sujetos procesales. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redín (Trad.). Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1951. t. 2.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del Proceso Penal: una explicación basada en la razón**. Valência: Tirant lo Blanch, 1997.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PALLAMOLLA, Rafaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PELIKAN, Christa. Diferentes Sistemas, Diferentes Fundamentações Lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no Âmbito da Decisão: Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. P. 73-77;

PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe. **Reparación y Conciliación en el Sistema Penal: apertura de una nueva vía?** Granada: Comares, 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado: parte especial.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1958. t. 22.

_____. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. t. 26.

PRADO, Geraldo. Os Embargos Infringentes no PL 156/2009. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 18, p. 12, ago. 2010. Edição Especial.

REEVES, Helen. Direito das Vítimas de Crime na Europa. In: RELATÓRIO DIKÊ – Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime no âmbito da Decisão – Quadro relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal. Lisboa: APAV, 2003. p. 9-15.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4

ROXIN, Claus. La Reparación en el Sistema Jurídico-Penal de Sanciones. In: JORNADAS sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Madrid: CGPJ, 1993. p. 19-30.

_____. **Passado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal.** 1. ed. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2007.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français.** 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. 2

SCARANCA FERNANDES, Antônio. **Teoria Geral do Procedimento e o procedimento no processo penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Processo Penal Constitucional.** 5. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ivan Luís Marques da. **A reforma processual penal de 2008: lei 11.719, procedimentos penais: lei 11.690/ 2008, provas: lei 11.689/ 2008, júri: comentadas artigo por artigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Wilson Mello da. **O dano e a sua reparação.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La Expansión Del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 2. ed. Bauru: Jalovi, 1975. v. 2.

TUCCI, Rogério de Lauria. **Teoria do Direito Processual Penal**: jurisdição, ação e processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. (Coleção Direito Civil; v. 4).

VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, Carlos; ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4. ed. Madrid: Prensa Castellana. 1974. v. 1

WUDERLICH, Alexandre. A Vítima no Processo Penal: impressões sobre o fracasso da Lei 9.099/95. In: WUDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.) **Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 15-56.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1

ZANNONI, Eduardo. **El daño en la responsabilidad civil**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1987.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tônia Von Acker (trad.). São Paulo: Palas Athena, 2008.