

**UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO**

Luma Eccel

**(INTER)DEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE
ANÁLISE DIANTE DA TEORIA GERAL DO PROCESSO**

**Carazinho
2012**

Luma Eccel

**(INTER)DEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE
ANÁLISE DIANTE DA TEORIA GERAL DO PROCESSO**

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação do professor Me. Gabriel Antinolfi Divan.

**Carazinho
2012**

*Dedico este trabalho aos meus pais, Lisa e Zeca, pelo
apoio incondicional às minhas escolhas.*

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, que acreditaram e insistiram em mim quando nem eu mesma acreditava, que suportaram meus momentos de angústia e mau humor, com muita paciência, permitindo, através de suporte fraterno e financeiro, que eu tivesse condições de chegar nesse estágio da minha vida.

À minha irmã, Julia, por colorir minha vida e, principalmente, por ter compreendido prematuramente as ausências da mana e a necessidade do silêncio em casa, afinal, foram inúmeros dias e finais de semana abdicando de brincadeiras para dar lugar aos estudos.

À toda minha grande família, tios, tias, primos... Obrigada por se preocuparem comigo e me amarem tanto.

Às minhas queridas amigas, que foram pacientes com minhas ausências, cúmplices das minhas incertezas, me incentivando e me alegrando sempre.

Aos meus colegas, por colocarem um pouco de diversão nesta árdua rotina. Ficarão as lembranças desses momentos e a certeza de muitas amizades que seguirão adiante!

Ao meu orientador, professor Gabriel, pelo incentivo e pela confiança depositados neste trabalho, pelas valiosas sugestões e críticas que o aprimoraram. E aos demais professores do curso, pelos conhecimentos transmitidos e as preocupações conosco.

Enfim, a todos àqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para o meu êxito. A todos eles, devo muito mais do que estas simples palavras aqui escritas.

*“Povos livres, lembrai-vos desta máxima: A liberdade
pode ser conquistada, mas nunca recuperada.”*

Jean Jacques Rousseau

RESUMO

A presente pesquisa analisa se a intercomunicação das jurisdições civil e criminal possibilita a interferência na competência, partindo da ideia de que a divisão em diversos órgãos especializados tem por fim dar a melhor solução às diferentes espécies de conflitos, sendo que estabelecer uma total independência entre as instâncias gera polêmica entre as doutrinas e, conseqüentemente, relevância no mundo jurídico. Assim, procura-se abordar a respeito das principais diferenças e similitudes de ambas as instâncias, focando, principalmente, na função do processo, pretensão, princípios e garantias, no dever violado, e na responsabilidade. Para tanto, se faz necessário uma breve análise acerca da teoria geral do processo, a qual visa afirmar que os institutos teóricos de todos os processos são em maioria comuns. Toda essa temática é desenvolvida com vistas a responder o problema, inicialmente, proposto. Além disso, a pesquisa recorre-se ao método hipotético-dedutivo de abordagem e promove-se uma análise a respeito dos exemplos em que se visualizam possibilidades de tangência entre as jurisdições civil e penal, como a questão da indenização paga pelo ofensor à vítima, os efeitos da sentença condenatória na esfera cível, e o novo paradigma do processo penal trazido pela Lei 9.099/95 que regula os juizados especiais criminais e adota preceitos semelhantes à justiça negociada, com a possibilidade de composição civil dos danos e transação penal.

Palavras-Chave: Comunicação entre instâncias. Juizado especial criminal. Jurisdição. Pretensão Processual. Processo Penal. Responsabilidade civil decorrente de sentença criminal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 ESTRUTURA PROCESSUAL CIVIL E PENAL E SUAS PRINCIPAIS DISTINÇÕES EMBASADAS NA INSTRUMENTALIDADE, PRETENSÃO JURÍDICA E GARANTIAS	9
2.1 O CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO CIVIL E DO PROCESSO PENAL.....	9
2.2 A PRETENSÃO DAS PARTES E O PODER DO ESTADO	15
2.3 GARANTIAS PROCESSUAIS COMO IDEAIS DEMOCRÁTICOS NO ESTADO DE DIREITO E SUAS PARTICULARIDADES NOS DIFERENTES RAMOS	24
3 DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL TENDO EM VISTA A FORMA JURÍDICA QUE IMPÕE O DEVER VIOLADO PELO AGENTE.....	32
3.1 INDEPENDÊNCIA DAS AÇÕES CIVIS E PENAS NO DIREITO BRASILEIRO	32
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL: OS INTERESSES LESADOS	38
3.3 A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO PENAL E OS CASOS DE FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA PENAL.....	46
4 JURISDIÇÕES TANGENTES: O EXEMPLO DA LEI 9.099/95	53
4.1 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: AVANÇOS E RETROCESSOS	53
4.2 CRÍTICA À JUSTIÇA NEGOCIADA NA ESFERA PENAL: UMA INOVAÇÃO REVOLUCIONÁRIA OU PERIGOSO RETROCESSO?	60
4.3 A SUPERAÇÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO	68
5 CONCLUSÃO	78
REFERÊNCIAS.....	82

1 INTRODUÇÃO

Estando a vingança privada banida do Estado Democrático de Direito, o processo passou a desempenhar importante missão enquanto instrumento de limitação do poder estatal. No entanto, o conceito de processo ainda é tema controvertido, haja vista os diferentes conflitos que possam aparecer. Assim, para resolver as diferentes espécies de conflitos que possam surgir, estabeleceu-se a divisão em diversos órgãos especializados.

Embora autônomos, cada ramo de direito em especial mantém afinidades com os demais ramos, com eles relacionando-se. Com vistas à essas relações, o foco do presente trabalho engloba as possibilidades de tangência entre as jurisdições civil e penal, através de possíveis eficácias reflexivas nas resoluções dos conflitos penal e civil contíguos. Para tanto, serão discutidos os principais exemplos dessa intercomunicação, em especial à reparação civil e sua possibilidade de resolver também a questão penal, visualizada no âmbito do juizado especial criminal.

Para tanto, será abordado as principais diferenças e similitudes de ambas as instâncias, embasadas na problemática causada pela teoria geral do processo, que busca pacificar os institutos processuais tentando moldá-los ao processo penal, o qual possui diversas particularidades.

Todas essas questões, seguramente, demandam um estudo aprofundado da matéria, uma vez que não se trata de tema pacífico na doutrina.

Diante disso, no primeiro capítulo, abordar-se-á a função do processo e as principais diferenças de causa de pedir no processo civil e no processo penal, bem como o conteúdo dessas pretensões. O que torna indispensável explicar e conceituar a pretensão, e se seria esse o objeto da relação processual. Traçar-se-á, ainda, a respeito da importância dos princípios como guias auxiliares para solucionar eventuais problemas no processo, iniciando pelos princípios constitucionais em geral e passando para alguns princípios que regem o direito processual, ressaltando as principais diferenças nas esferas civil e penal.

No segundo capítulo, passar-se-á pelo estudo da comunicação das jurisdições civil e criminal e como se diferenciam em relação ao dever violado e da responsabilidade que este causa em cada esfera, o que se torna imperioso à compreensão do objeto de pesquisa do presente trabalho. Desta forma, será possível perceber que um mesmo fato pode ter

repercussão nas várias searas do direito, demonstrando a relatividade da independência das instâncias. Nesse norte, relevante a questão da indenização, instituto do processo civil, no âmbito do processo penal, eis que mistura os interesses e finalidades de cada processo, trazendo ao processo penal um instrumento de tutela dos interesses privados.

O terceiro capítulo analisa, primeiramente, os principais institutos trazidos pela Lei 9099/95, pois é no Juizado Especial Criminal que se perceberá melhor a crise de identidade do processo penal, eis que possibilitou grandes modificações, como a adoção de preceitos que se assemelham à justiça negociada. Ou seja, trata-se de perigosa alternativa na medida que aponta para uma privatização do processo penal, que como será analisado em momento oportuno, é incompatível com a essência, finalidade, e caráter estatal da pena.

Por fim, diante de toda problemática envolvida, e dos elementos que constituem diferenças insuperáveis entre o processo civil e o processo penal expostos na presente pesquisa, serão estudados, ainda, os motivos da necessidade de uma adoção de teoria geral para cada instância, eis que a teoria geral do processo não se aplica na sua integralidade ao processo penal.

Para a realização da pesquisa científica se utilizou do método hipotético-dedutivo. Este método delimita mais, pois parte de um problema, ao qual se oferece uma espécie de solução provisória, uma teoria-tentativa, passando-se depois a criticar a solução, com vista à eliminação do erro, dando surgimento a novos problemas. A escolha deste método se dá pelo motivo de que o assunto a ser abordado no trabalho em tela possui mais de um posicionamento. Deste modo, vai se buscar na pesquisa um posicionamento uno, por serem as hipóteses antagônicas, a qual resultará em uma resposta mais próxima com o que se vê hoje na prática.

Quanto ao método procedimental, se utilizou do bibliográfico e documental, mediante a análise de livros, documentos e artigos em relação ao objeto da pesquisa.

2 ESTRUTURA PROCESSUAL CIVIL E PENAL E SUAS PRINCIPAIS DISTINÇÕES EMBASADAS NA INSTRUMENTALIDADE, PRETENSÃO JURÍDICA E GARANTIAS

O direito, apesar de considerado uno, é dividido em ramos autônomos com finalidade apenas didática. Entretanto, as finalidades de cada esfera são distintas, de modo que se sustentam em pilares próprios, os quais serão enfatizados ao decorrer do presente capítulo.

O trabalho iniciará tratando da diferença das instrumentalidades processuais, pois como se verá, os processos civil e penal possuem funções distintas. Assim, exige-se tratamento diferenciado para ambas as esferas, de forma que a essencialidade do processo para se buscar uma pretensão, bem como o conteúdo desta pretensão jurídica, serão amplamente discutidos.

Ao final do capítulo, abordar-se-á como se dá um julgamento adequado, valendo-se dos princípios constitucionais e infraconstitucionais como ferramentas indispensáveis ao direito processual para regular a atividade jurisdicional.

2.1 O CARÁTER INSTRUMENTAL DO PROCESSO CIVIL E DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, interessante se faz definir e compreender a função do processo, bem como ressaltar as principais distinções entre os sistemas civil e penal, interligados pela base do direito processual. A partir de uma análise dessa base processual, se buscará compreender como princípios e normas agem sobre as pessoas que atuam no processo, sobre as relações que mantém, e sobre o procedimento que coordena essa atividade processual, relacionando e destacando as principais diferenças entre os ramos de direito que serão aqui especificados.

O processo fora por muito tempo confundido com procedimento, sendo definido como uma sucessão de atos, enquanto a relação jurídica entre seus sujeitos era simplesmente ignorada. Tão somente a partir do século XX é que a perspectiva teleológica do processo começou a prevalecer, superando o tecnicismo. Cândido Rangel Dinamarco destacou três fases metodológicas na história do processo civil: uma sincrética, uma autonomista ou conceitual, e, por fim, uma teleológica ou instrumentalista. Esta última superou o modo de

encarar o processo por um prisma puramente jurídico, pois a partir deste momento começou a se dar mais importância aos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, abrindo caminho para o realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual e ao valor do acesso à justiça, ou seja, à instrumentalidade do processo.¹

O Estado, através de sua atividade jurídica, é responsável pelo bem estar da sociedade e seus indivíduos e, estando o bem estar turbado pelos conflitos existentes entre as pessoas, ele se utiliza do sistema processual para eliminar os conflitos e devolver à sociedade a paz desejada.² Assim, visualizando o processo no sentido exposto, pode-se encará-lo como um instrumento a serviço da paz social.

Nesta senda, observa Aury Lopes Júnior que “o processo passou a desempenhar uma missão fundamental numa sociedade democrática, enquanto instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais”.³ Portanto, para efetivar o sentido de instrumento em busca da paz social, o processo visa efetivar as garantias fundamentais.

Para José Eduardo Carreira Alvim, “o conceito de *processo*, como instrumento de composição de litígios, é uno, pouco importando que a lide a ser composta seja de natureza penal ou extrapenal”.⁴ (grifo do autor). Assim, compreende-se que, para o referido autor, o conceito de processo é um só, apesar dos diferentes âmbitos do direito em que o conflito possa aparecer.

Cabe ressaltar que o processo se trata de uma relação jurídica processual em que são envolvidas três pessoas: autor, juiz, e réu, e sabe-se que existe uma variedade de procedimentos, contudo, reconhecer essa variedade não significa que seja possível enfraquecer a tese unitarista, haja vista que a diversidade de procedimentos existe mesmo no processo civil, que se divide em ordinário, sumário e especial. Assim, tem-se que a ideia de processo é teleológica, justificando-se pelo seu fim.⁵

Portanto, quando se fala em teoria do processo, não se restringe o pensamento apenas em processo como conjunto de atos e fatos, pois envolve também a iniciativa de praticá-los, o

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 726-731.

² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 51.

³ LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Fundamentos da instrumentalidade Constitucional. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

⁴ ALVIM, J. E, Carreira. **Teoria geral do processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 44.

⁵ ALVIM, **Teoria geral do processo**, p. 44.

modo como são praticados e o objeto que se visa alcançar com o desempenho da atividade.⁶ Ou seja, o sistema de se aplicar o direito, seja ele penal ou civil a casos concretos, é denominado processo, sendo também o conjunto de atos e fatos do procedimento.

No entanto, cumpre salientar que a elaboração de uma teoria geral do processo não quer assinalar a absoluta identidade entre o processo civil e o processo penal, mas acentuar que os pilares do ordenamento processual são comuns aos dois tipos de processo, assim como muitos institutos. Conceitos como *ação*, *jurisdição* e *processo*, constituem o arcabouço de todo sistema processual, sem distinção de ramo.⁷ Reforça-se a ideia, então, de que apesar de ramos diferentes, o processo civil e o processo penal encontram-se interligados pela mesma base: o direito processual.

Como bem observa José Eduardo Carreira Alvim, com toda propriedade, que: “Absoluta identidade nem poderia haver entre o processo civil e o processo penal, porque aquele é informado por determinados princípios que não informam este, e vice-versa. Mas, esta circunstância não obsta a elaboração de uma *teoria geral do processo*”.⁸ (grifo do autor). Deste modo, o autor ressalta a existência de uma ciência única, com estudos dedicados a institutos comuns tanto para o processo civil como para o processo penal, denominado de teoria geral do processo, contudo, sem que se leve à falsa ideia de que a identidade entre os dois processos seja idêntica, haja vista a existência de, por exemplo, princípios informadores distintos, os quais serão estudados ao final deste capítulo.

Essa complexa diversidade de espécies de processos é responsável pela desagregação metodológica no estudo de cada um, pela qual se volta à teoria geral do processo, pois sem esta, teria que se estudar cada ramo processual em particular como se fosse isolado dos demais.⁹

Cândido Rangel Dinamarco traz como exemplo ilustrativo da ideia da teoria geral do processo, a coisa julgada, de modo que:

No processo civil, ela é suscetível de infringência pela via da ação rescisória, quer se trate de sentença que acolhera ou rejeitara a demanda. E a ação rescisória ainda é marcada pela excepcionalidade, sendo juridicamente admissível somente nos casos tipificados em lei e pelo biênio nela estabelecido. No criminal, inexistente rescisão de sentença absolutória (a chamada “revisão *pro societate*”) e a condenatória passada

⁶ PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 129.

⁷ ALVIM, **Teoria geral do processo**, p. 48-49.

⁸ ALVIM, **Teoria geral do processo**, p. 48.

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 74.

em julgado é sempre suscetível de revisão, sem limitação temporal e sem aquela estrita tipicidade. Isso já levou a doutrina até a distinguir entre coisa julgada e coisa “soberamente” julgada (aqui, sentenças absolutórias). Levou também à negativa da própria legitimidade científica da teoria geral do processo, na suposição de que a extrema vulnerabilidade da coisa julgada das condenações criminais quebraria a unidade do sistema. Se fosse o caso de considerar desfeita a unidade só por isso, a própria unidade do direito processual penal estaria infringida a partir do momento em que ampla é a revisibilidade da sentença condenatória e nenhuma a da absolutória (ambas criminais). Na realidade, nem uma coisa nem outra.¹⁰

O que o autor pretende ao ilustrar o exemplo acima é fortalecer a ideia de que a teoria geral do processo não visa unificar soluções, mas o raciocínio. Resta compreendido, finalmente, a importância que a doutrina dá em se estudar uma teoria geral antes de adentrar em cada ramo de direito em particular com suas especificidades.

No entanto, o que se observa é que no processo penal, apesar dos abrandamentos humanitários sofridos com o Iluminismo, teve menos progresso que o processo civil, que cresceu cientificamente. Nas últimas décadas é que o processo penal vem tomando feição verdadeiramente científica, através de trabalhos e investigações em nível de direito processual constitucional e teoria geral do processo.¹¹

No âmbito penal, o processo é a única estrutura que se reconhece legítima para a imposição da pena. Isso se justifica pelo Direito Penal ser despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não existe atuação ou realidade concreta fora do processo correspondente.¹² É forte neste sentido a necessidade do processo como instrumento para se alcançar a justiça penal, visto que somente através dele se dá a pena.

Em contrapartida, o processo civil carrega a marca clássica da disponibilidade, apesar do destaque cada vez maior do seu caráter público. As partes detêm a opção de entrar ou não em juízo, recorrer ou desistir do recurso, bem como os fundamentos e os efeitos que se pretende dar ao recurso, etc.¹³ Desta forma, o que se pode extrair até o momento é que o processo penal e o processo civil possuem uma instrumentalidade diversa, haja vista possuírem motivos e finalidades diversas.

Além disso, uma das principais e insuperáveis diferenças entre o direito civil e o direito penal reside na verdade consensuada, que brota da negociação. É ilegítimo pensar em

¹⁰ DINAMARCO, A **instrumentalidade do processo**, p. 86.

¹¹ DINAMARCO, A **instrumentalidade do processo**, p. 82.

¹² LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 3.

¹³ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 178, dez. 2009. p. 220-221.

tal verdade no direito penal, pois nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou fazer falso aquilo que é verdadeiro, nem aceitar uma condenação decidida sem provas, de forma que no direito civil, as partes têm as mãos livres; no Penal devem tê-las atadas.¹⁴

No direito privado os particulares têm a possibilidade de praticar atos e negócios jurídicos de forma que a incidência de normas de direito material é direta. Assim, podem aplicar o direito em sua vida diária sem intervenção de órgãos jurisdicionais, que, via de regra, só são chamados para resolverem eventuais conflitos, como o descumprimento de um acordo.¹⁵ Mais uma vez, se caracteriza a disponibilidade do processo na esfera cível, que só se servirá deste instrumento caso não consiga resolver de outra forma, fora do âmbito processual, enquanto na esfera cível não basta haver um injusto típico, sendo necessário o devido processo legal.

Necessidade essa evidente, pois diferentemente do sistema inquisitório, o procedimento acusatório é o único modo compatível com o verdadeiro processo penal, pois para melhor garantir a defesa do acusado e tutelar sua liberdade, o Estado tornou obrigatória a aplicação do direito penal através do processo.¹⁶ Nisso consiste o sistema acusatório, o qual é adotado hoje, e subordina as partes a uma forma procedimental para alcançarem a pretensão almejada. Estando, desta forma, a vingança privada banida do Estado Democrático de Direito, resta confiar no direito processual penal para solucionar demandas criminais.

Preocupado a serviço do que ou de quem as regras processuais surgiram, Aury Lopes Júnior justifica o nascimento do processo penal:

¹⁴ LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 142.

¹⁵ LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 3.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 10.

[...] evidencia-se o cenário de risco e aceleração que conduz a tirania da urgência no processo penal. Essa nova carga ideológica do processo exige especial atenção, diante da banalização da excepcionalidade. O contraste entre a dinâmica social e a processual exige uma gradativa mudança a partir de uma séria reflexão, obviamente incompatível com o epidérmico e simbólico tratamento de urgência. O processo nasceu para retardar a decisão, na medida em que exige tempo para que o *jogo* ou a *guerra* se desenvolva, segundo as regras estabelecidas pelo próprio espaço democrático. Logo, jamais alcançará a hiperaceleração, o imediatismo característico da virtualidade. Ademais, o juiz interpõe-se no processo numa dimensão espacial, mas principalmente temporal, situando-se entre o passado-crime e o futuro-pena, incumbindo-se a ele (e ao processo) a importante missão de romper com o binômio ação-reação. O processo nasceu para dilatar o tempo da reação, para retardar.¹⁷ (grifo do autor).

Destarte, entende o autor que o processo deve durar de forma que se conheçam os fatos para uma necessária solução, pois não existe justiça imediata. O processo penal surge justamente para acabar com essa ideia de “ação-reação”.

Importante destacar, novamente, que a pena não é a única função do processo penal, que serve ainda de instrumento de garantias dos direitos e liberdades individuais, limitando a atividade estatal, de forma a garantir ao indivíduo direitos constitucionalmente previstos.¹⁸ Em suma, conclui-se que o processo penal é um instrumento que está a serviço do projeto constitucional, em que o direito penal não pode prescindir do processo e a pena sem processo perde sua aplicabilidade.

Observa José Frederico Marques, por fim, que o direito processual não é mais um complemento do chamado direito material, pois “o processo tem uma teoria geral, aplicável a todos os seus ramos, e, para fins práticos, está dividido em dois grandes setores: o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal.”¹⁹ Com isso, pretende-se afirmar a autonomia do direito processual, onde o direito processual penal está regido pelos princípios e normas que regem a atuação jurisdicional penal, enquanto o direito processual civil regula a jurisdição não penal.

Diante do exposto, tem-se que o processo penal e o processo civil são divisões do mesmo ramo do ordenamento jurídico, o direito processual, sendo que a diferença entre eles se dá basicamente pela matéria. Assim, para muitos doutrinadores é significativo o uso da teoria geral do processo antes de estudar em separado essas divisões.

¹⁷ LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 34.

¹⁸ LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 38.

¹⁹ MARQUES, **Elementos de direito processual penal**, p. 13.

Todavia, o caráter de instrumentalidade é diferente para os dois ramos, pois na esfera penal só é possível a aplicação de uma pena com a existência do processo, enquanto na esfera cível é possível o alcance de uma satisfação fora do processo, sendo que na maioria das vezes sua utilização só é necessária quando há resistência de uma das partes em cumprir com sua obrigação. Assim, apesar de alguns doutrinadores entenderem que há uma teoria geral “pacífica” para o direito processual, a verdade é que deveria haver uma teoria geral para cada ramo, eis que as instrumentalidades são distintas. Além da instrumentalidade, há, ainda, diversos institutos que diferem os processos civil e penal e colaboram para essa tese dualista, a qual será abordada ao decorrer da pesquisa.

Tendo em vista que para a existência do processo se faz necessária a declaração de vontade da parte interessada, resta analisar a essência dessa pretensão. Desta forma, compreendidas as diferenças entre a instrumentalidade do processo civil e do processo penal, cumpre verificar se o direito potestativo também difere entre essas esferas, se a pretensão será acusatória ou punitiva, e se essa essência é a mesma, assunto do próximo tópico.

2.2 A PRETENSÃO DAS PARTES E O PODER DO ESTADO

Ao decorrer do presente tópico, buscar-se-á demonstrar como a pretensão é considerada categoria essencial ao processo. Para explicar a essência do processo, no entanto, é fundamental a clara individualização entre as principais diferenças de causa de pedir no processo civil e no processo penal, bem como o conteúdo destas pretensões.

Por inúmeras vezes é comum que se use as mesmas palavras com um significado diverso, desta forma, urge o rigor terminológico antes de adentrar ao desenvolvimento teórico que se pretende fazer.

Assim, a partir dos conceitos extraídos por Afrânio Silva Jardim, quando for falado em lide vai significar conflito de interesses qualificado pela pretensão de um sujeito processual e a resistência de outro. De outra banda, a pretensão referirá exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio. No entanto, o conflito de interesses que importa ao presente trabalho é aquele trazido ao processo e moldado pelas partes.²⁰

²⁰ JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 159.

Nas palavras de Nestor Távora, pretensão “é a intenção de subordinar interesse alheio ao próprio. A beleza da busca do que se pretende é o prazer da conquista, que muitas vezes envolve a submissão de um bem jurídico alheio para que prevaleça o nosso”.²¹ Ou seja, pretensão é a exigência de subordinação alheia a um interesse próprio.

Ao tratar da essencialidade da pretensão ao processo, Afrânio Silva Jardim afirma que “rigorosamente, o que se torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação”.²² Impõe-se para a existência do processo, portanto, que alguém vá ao Poder Judiciário pedir que um interesse seu prevaleça em detrimento de outra pessoa.

Assim definido o conceito geral de pretensão, cumpre explicitar a respeito de suas divisões. Primeiramente, importante explanar sobre como nasce para o Estado o direito de punir, bem como diferenciar o conteúdo da sua pretensão e a do autor.

Como se sabe, o Estado tem como uma de suas tarefas essenciais dirigir a conduta dos cidadãos através de normas reguladoras, que impõem determinados deveres para que a convivência em sociedade seja possível. Esse conjunto de normas constitui a vontade exteriorizada do Estado, denominado direito objetivo, informando que é lícito um comportamento que está autorizado ou não está proibido. Essa possibilidade de comportamento autorizado constitui o direito subjetivo do sujeito, que possui essa faculdade ou poder de satisfazer seus interesses tutelados por normas de direito objetivo.²³

No entanto, assim como o direito objetivo possibilita o exercício de atividades lícitas, também serve para limitar as faculdades dos cidadãos. Assim, quem se afasta das normas estabelecidas fica submetido à coação do Estado pelo descumprimento de seus deveres. Para tanto, são necessárias a aplicação e a execução de sanções previstas para as transgressões cometidas, denominadas ilícitos jurídicos.²⁴ Constata-se, portanto, a necessidade de punir aquele que não cumpre com seu dever, desrespeitando direitos alheios e frustrando o objetivo essencial do Estado, caso contrário, de nada serviriam as regras reguladoras da sociedade.

E é assim, através da prática de um fato considerado delituoso que nasce para o Estado o direito de punir, que, conforme José Frederico Marques trata-se do “[...] direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora,

²¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6.ed. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 37.

²² JARDIM, **Direito processual penal**, p. 161.

²³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 23.

²⁴ MIRABETE, **Processo Penal**, p. 23.

contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável”.²⁵ Fala-se aqui em direito penal, em que violada regra que afeta a boa convivência social, cumpre reagir contra seu autor através de sanção, a qual é monopólio do Estado, pois como já visto no subcapítulo anterior, abolida está a vingança privada.

Conforme declara Aury Lopes Júnior, o que determina o conteúdo da pretensão jurídica gravita em torno do poder de punir e da função punitiva do Estado. Quando ocorre um delito, surge o poder de punir, que é exercido contra o autor do injusto penal após reconhecida sua responsabilidade penal no processo.²⁶ Tem-se então que apesar da ocorrência do fato ilícito, o direito de punir somente surge após reconhecida a autoria mediante processo, pois como já fora analisado, a pena não pode prescindir de processo regular, que serve de caminho para tal.

Nota-se que no processo penal, a pretensão punitiva é sempre insatisfeita, pois a pena não pode ser aplicada senão por meio de processo. Ensina, ainda, Afrânio Silva Jardim que:

Em sendo abstrato o direito de ação, urge que não vinculemos o direito (poder-dever) de punir do Estado com a pretensão punitiva. São categorias autônomas e distintas. O poder-dever de punir pode existir sem que a pretensão punitiva tenha sido deduzida em juízo. Por outro lado, casos há em que o autor deduz determinada pretensão punitiva sem que efetivamente tenha o alegado direito de punir, sendo o pedido condenatório julgado improcedente. Destarte, impõe-se diferenciar a existência da pretensão processual da apreciação de ser ela fundada ou não. Pelo exposto, o poder-dever de punir é condição indispensável para o acolhimento (mérito) da pretensão punitiva. Entretanto, esta pode existir independentemente daquele.²⁷

Pelo exposto, importante se faz essa distinção entre o poder-dever do Estado com a pretensão punitiva, haja vista os conceitos serem comumente confundidos. Desta forma, tem-se que o poder de punir do Estado se refere ao mérito da pretensão do autor, sendo este último condicionado ao regular exercício da ação penal. Com este escopo, o poder-dever do Estado pode demonstrar-se presente mesmo sem a pretensão punitiva deduzida em juízo.

Nesta senda, tem-se o processo como satisfação de uma pretensão. Pois o homem, vivendo em sociedade, está suscetível a encontrar-se insatisfeito frente aos demais homens.

²⁵ MARQUES, **Elementos de direito processual penal**, p. 3.

²⁶ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 98.

²⁷ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 163.

Desta insatisfação é que se originam suas reclamações e protestos, que podem manter-se estrito a intimidade do homem, ou extrapolar esse limite. Nesta última hipótese, aquele que está insatisfeito busca tomar atitudes para sua própria satisfação diretamente, podendo haver oposição do outro homem, nascendo assim um verdadeiro conflito intersubjetivo.²⁸

Destarte, a partir da existência de um conflito, surge a necessidade de um mecanismo de controle dessa insatisfação individual frente aos demais membros da sociedade, que na visão de Marco Antonio Marques da Silva:

O processo seria, então, um instrumento de satisfação de pretensões, um instituto jurídico destinado pelo direito para remediar uma reclamação de uma pessoa feita diante de outra pessoa. O ordenamento jurídico ao criar o processo cuida de resolver este problema mediante um mecanismo de satisfação jurídica e não de satisfação sociológica ou social. A ideia de satisfação é também relacionada ao fato do processo ser uma instituição jurídica, portanto, para o direito uma pretensão estará satisfeita quando ela tenha sido examinada pelo juízo e tenha recebido um pronunciamento imperativo, segundo a decisão exarada pelo juízo. Visto por este prisma, aquele que teve denegada sua pretensão jurídica, estará tão satisfeito quanto aquele que obteve sua pretensão acolhida.²⁹

A satisfação sociológica de que trata o autor, nada mais é que aquela reclamação interindividual do indivíduo, que dentro do processo se substitui pela pretensão jurídica, ou seja, a satisfação sociológica do cidadão será analisada e julgada a partir do ordenamento jurídico, e por ele fundamentada. Diante dessa concepção, percebe-se que o processo não existiria se não fosse a pretensão, justificando-se a importância da reclamação feita em juízo. Neste sentido, para o autor, é a pretensão que origina o processo.

Em verdade, casos há em que o conflito de interesses não se faz presente, como bem aponta Afrânio Silva Jardim:

²⁸ SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 116.

²⁹ SILVA, **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**, p. 118.

A regra é que, na grande maioria dos processos, se contém um conflito de interesses. Entretanto, excepcionalmente isso pode não ocorrer, o que já é suficiente para reformular algumas premissas da teoria geral do processo, aceitas de há muito. Ademais, com este posicionamento teórico sobre a pretensão, julgamos resolver, ao menos em parte, a tormentosa questão de bem delimitar a chamada jurisdição voluntária. Se a base do processo não é mais o conflito de interesses ou lide, a sua detecção, por vezes altamente controvertida, passa a ser absolutamente despicieada. Só será procedimento de jurisdição voluntária aquele que não contiver uma pretensão.³⁰

Em outras palavras, não existindo de um sujeito a exigência que seu interesse se sobreponha ao interesse de outro, não se tem processo, mas apenas jurisdição voluntária. Desta forma, no entendimento do autor a base do processo não seria o conflito de interesses, como aponta a teoria geral do processo, mas sim, a pretensão.

Assim colocadas as reflexões, cabe esclarecer se o conteúdo da pretensão no âmbito do processo penal difere-se daquele no âmbito do processo civil. Como aponta Aury Lopes Júnior, um dos maiores erros acerca da pretensão é pensar que o Estado comparece no processo penal através do Ministério Público da mesma forma que o particular no processo civil, como se a exigência punitiva fosse exercida no processo penal da mesma forma que no processo civil atua o titular de um direito privado.³¹ Ou seja, pensar no acusador como credor é errado, apesar de comumente haver confusão entre as duas funções.

Como é sabido, no direito civil, existe a “exigência jurídica”, pois há a possibilidade de se buscar a efetivação de um direito fora do processo civil, e a pretensão só nasce quando há resistência. Assim, o autor no processo civil pede ao juiz a adjudicação de um direito próprio, que só não pôde obtê-lo diante da resistência da outra parte. Por outro lado, no processo penal não há essa “exigência jurídica” que possa ser efetivada fora do processo. O Ministério Público, no âmbito do processo penal, não pede a adjudicação de um direito, haja vista que esse direito de punir não lhe corresponde, está apenas nas mãos do juiz.³² O que se extrai do fundamento de Aury Lopes Júnior, por derradeiro, é que não se pode pensar na pretensão punitiva como objeto do processo penal, como se neste o fenômeno fosse igual ao do processo civil. Enquanto no direito civil há a faculdade de se alcançar a concretização de um direito fora do processo, no direito penal isso não ocorre, pois este só possui realidade concreta através do processo penal. Assim, no direito penal, o Estado realiza seu poder de

³⁰ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 161.

³¹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 98.

³² LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 98-99.

punir não como parte, mas como juiz, já que não existe uma exigência punitiva nas mãos do acusador.

Diante destas razões, se justifica a necessidade do cidadão buscar ter sua reclamação a respeito de um bem da vida frente à outra pessoa atendida através de uma declaração de vontade dirigida ao juiz. Segundo Marco Antonio Marques da Silva, “a petição contida em toda a pretensão processual é sempre uma declaração de vontade que solicita que se faça algo jurídico, isto é, que se operem ou se manejem situações estritamente de direito”.³³ Desta forma, somente através do processo penal se terá a emissão de uma declaração de vontade do juiz ou a realização de conduta física do juiz, pois resta claro que esta possibilidade não há fora do âmbito processual penal, diferentemente do que acontece no direito civil.

Aqui surge a figura da pretensão acusatória, que nada mais é que a afirmação do nascimento de um direito judicial de penar e a solicitação de que exerça esse direito. Contudo, como a pena é uma manifestação da justiça, quem tem esse poder de penar é o próprio Tribunal, ou seja, o direito de penar coincide com o poder judicial de condenar ao culpável e executar a pena. O poder de condenar o culpável consiste num poder potestativo, anterior ao processo e que nasce do delito. Por essas razões, é que se conclui que o conteúdo da pretensão jurídica no processo penal é acusatório, e não punitivo.³⁴ O poder punitivo é, portanto, personificado no juiz, e só ele pode concretamente condenar o culpado e executar a pena. Enquanto ao acusador é atribuído o poder acusatório, em que tem a faculdade de exigir que a justiça penal exerça o poder punitivo. Jamais a pretensão do acusador poderia ser uma pretensão punitiva, pois ele detém apenas o poder de acusar, e não de penar.

Como explica o referido autor: “O poder jurisdicional de condenar o culpado é um direito potestativo no sentido de que necessita de uma sentença condenatória para constituir uma situação nova (de condenado) que permite aplicar a pena ao réu”.³⁵ Ou seja, apenas após a sentença penal condenatória criam-se as condições para o exercício do poder de punir, que corresponde à função do poder jurisdicional.

Conforme Nestor Távora, a ação penal é “[...] o direito público subjetivo de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo ao caso concreto”.³⁶ Demonstrando, deste modo, que resta ao interessado, através do exercício do direito de ação, provocar o Estado no

³³ SILVA, **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**, p. 118.

³⁴ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 99.

³⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 100.

³⁶ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 154.

intuito de ver seu litígio solucionado, pois estando a autotutela banida, ele só será concretizado através da jurisdição.

Noutra dimensão, não cabe ao acusador pedir uma pena em concreto, muito menos negociá-la com o acusado.³⁷ Ao acusador corresponde apenas o poder potestativo, haja vista a pena ser um poder punitivo, que é exclusividade do Estado. Assim, reforça-se a crítica de que a negociação entre as partes na esfera do processo penal é inadmissível, pois o Estado-Juiz, detendo o poder punitivo, deve atuar como interventor necessário, enquanto na esfera cível esse poder de satisfazer uma pretensão pode se dar fora do processo. Em definitivo, a pena está fora do poder das partes.

Nessa linha, no dizer de José Frederico Marques a sanção “[...] importa num acréscimo do direito que tem o Estado relativamente ao indivíduo, de ordenar e coagir, e, portanto, numa diminuição da esfera de liberdade ou *status libertatis*”.³⁸ Sendo possível a aplicação da Lei Penal apenas através de coação indireta, o Estado deve, ainda, confrontá-la com os direitos de liberdade do acusado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, corrobora com o presente pensamento, no sentido de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.³⁹ Desse princípio surge, então, o direito subjetivo de liberdade que possui o cidadão tutelado pela nossa Carta Magna, não podendo ser punido fora dos casos expressamente previstos em lei, sem prescindir um processo.

Com esse limite, se extrai que a atividade penal é fundamentalmente administrativa, porém, pelas restrições que decorrem da pena, o direito de punir não é autoexecutável, e sim de coação indireta.⁴⁰ Significa dizer, portanto, que o conflito de interesses resultante da prática de um fato aparentemente ilícito não pode ser solucionado com a prevalência imediata dos interesses do Estado, submetendo o acusado às sanções previstas na Lei Penal. A aplicação dessa lei só se torna possível através da coação indireta, não podendo ser o acusado punido sem um julgamento adequado.

Para este julgamento adequado, portanto, é que o Estado tornou obrigatória a aplicação do direito penal pelas vias processuais. Para que isso seja possível, os atos processuais estão subordinados a uma forma, de modo que não se coloque em risco a imparcialidade do órgão

³⁷ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 102.

³⁸ MARQUES, **Elementos de direito processual penal**, p. 5-6.

³⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

⁴⁰ MARQUES, **Elementos de direito processual penal**, p. 6-7.

jurisdicional, bem como o direito de punir do Estado seja juntamente focado e debatido com o direito de liberdade do acusado.⁴¹ Resta claro, mais uma vez, a importância do processo como meio de possibilitar as garantias de defesa do acusado, tutelando seu direito de liberdade.

Feito esse esclarecimento, é inegável dizer que junto com a pretensão do acusador, encontra-se a resistência oferecida pela defesa, sendo função do processo condenar ou absolver. A função do processo penal não se limita a aplicar a pena, pois também destina-se a declarar o direito à liberdade do cidadão inocente.⁴² O processo é, portanto, instrumento neutro, em que embora o acusador ofereça todas as provas para condenação, é oportunizado também ao acusado seu direito de defesa. Sendo observada a resistência, e as provas de ambas as partes, o processo tem a finalidade de condenar ou absolver conforme o suporte probatório.

Importante recordar que o fato aparentemente punível, no processo penal, não é objeto processual, mas elemento que integra a pretensão. Isso porque não basta a existência de um fato delituoso para fazer nascer o processo, é imprescindível o exercício de uma pretensão acusatória. No entanto, há de se destacar que a constatação de que o objeto do processo penal é uma pretensão processual, sendo seu elemento objetivo o caso penal, não significa que as partes estejam autorizadas a efetuar uma introdução fragmentária no processo. Diferentemente do processo civil, no processo penal vigora o princípio da indisponibilidade e da indivisibilidade da ação penal pública, de modo que o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia quando o fato narrado na notícia-crime possuir fortes indícios de tipicidade, ilicitude e culpabilidade.⁴³ Em síntese, mesmo com a ocorrência de um caso penal, se não houver sua acusação formalizada, o processo não tem como nascer e se desenvolver, incumbido ao Ministério Público velar pela indisponibilidade e indivisibilidade da ação penal pública.

O que torna indispensável à existência do processo é a pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação.⁴⁴ Percebe-se a desnecessidade de procurar conflitos onde não existem, como casos de pretensões meramente insatisfeitas. Embora o processo vise compor lides, a pretensão é que é indispensável para sua existência. Havendo pretensão, haverá processo e relação jurídica entre seus sujeitos.

⁴¹ MARQUES, **Elementos de direito processual penal**, p. 9.

⁴² LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 89.

⁴³ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 92-93.

⁴⁴ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 161.

Reforça Aury Lopes Júnior, que o processo penal só começa pelo exercício e a admissão de uma ação penal, pública ou privada, sendo o conteúdo do pedido sempre igual. O que se pede é a condenação do acusado pelo fato narrado, por isso o pedido não é elemento essencial da pretensão, haja vista não viger no processo penal o princípio da disponibilidade como no processo civil, mas sim o da indisponibilidade da pretensão junto da indivisibilidade do fato aparentemente punível.⁴⁵

Conclui-se, definitivamente, que no direito civil “a execução pode ser *espontânea*, quando o devedor cumpre voluntariamente a prestação, ou *forçada*, quando o cumprimento da prestação é obtido por meio de prática de atos executivos pelo Estado”.⁴⁶ Sendo assim, não é preciso a intervenção do Estado quando uma obrigação é cumprida voluntariamente, podendo ocorrer a satisfação fora do âmbito processual. Há necessidade desta intervenção, entretanto, quando existe resistência de uma das partes.

Logo, o autor no processo civil pede a adjudicação de um direito próprio, que diante da resistência ele não pôde obter, exigência que já existe antes do processo civil, pois nasce da relação do sujeito como bem da vida. De outra banda, essa exigência jurídica no direito penal só pode ser concretizada dentro do processo penal, nunca fora. O objeto do processo penal é, portanto, a satisfação de pretensões, sendo que a pretensão que está em jogo é a pretensão acusatória contra a resistência do acusado, que deve ser satisfeita em caso de inocência do mesmo. O titular da pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular, sendo que ao acusador corresponde apenas o poder de invocação, pois o Estado é o titular soberano do poder de punir, que será exercido no processo penal através do Juiz.⁴⁷ Nítida se torna a diferença entre a jurisdição civil e a jurisdição penal, onde o titular da pretensão acusatória exige que a justiça penal exerça o poder punitivo e não que se atribua esse poder a ele mesmo ou a um terceiro, como ocorre no processo civil.

Viu-se, portanto, que várias posições doutrinárias procuraram definir o que seria o objeto do processo, sendo citado, por exemplo, o conflito de interesses como possível resposta. Contudo, percebe-se que na atualidade o entendimento majoritário é de que o objeto da relação processual é o pedido contido na petição inicial, ou seja, a pretensão processual. Deve ficar claro, no entanto, que entre o processo penal e o processo civil há uma radical separação no que tange ao conteúdo da pretensão. Isso porque no processo civil o autor alega

⁴⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 95

⁴⁶ DIDIER Jr., Fredie et. al. **Curso de direito processual civil**. Execução. 3.ed. Salvador: Juspodvim, 2011, p. 28.

⁴⁷ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 102.

um direito próprio e pede a adjudicação do mesmo, enquanto no processo penal é solicitado ao Estado para que condene o acusado e execute a pena, pois o acusador só tem o direito de acusar.

Analisando o que foi até agora exposto, fica claro que o processo é utilizado como instrumento a serviço da eficácia de um sistema de garantias, onde o Estado intervém no conflito entre partes, assim, é preciso também limitar esse poder para que nenhuma parte seja injustamente prejudicada. Convém, dessa forma, explanar a respeito dessas garantias mínimas no próximo item a ser trabalhado.

2.3 GARANTIAS PROCESSUAIS COMO IDEAIS DEMOCRÁTICOS NO ESTADO DE DIREITO E SUAS PARTICULARIDADES NOS DIFERENTES RAMOS

Já fora analisado até o momento que o processo civil e o processo penal diferem-se de várias formas, adquirindo foros de ciência autônoma. No entanto, existem princípios gerais que os regulam e os relacionam, cumprindo ao presente estudo demonstrá-los, bem como apontar, quando existentes, as principais distinções para cada ramo processual.

Refere Paulo Roberto de Gouvêa Medina que “a lei processual orienta-se por princípios de duas ordens: os princípios estritamente processuais, que exprimem o sistema a que se filia, e os princípios constitucionais, que preordenam sua elaboração”.⁴⁸ Têm-se, assim, ao lado dos princípios consagrados no Código respectivo, os princípios encontrados na Constituição Federal, que possuem imediata repercussão naqueles.

Mais importante, do ponto de vista de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, é estudar os princípios gerais ou fundamentais de cunho político-ideológico, que constituem as verdadeiras premissas da ciência processual, sendo que muitos deles possuem estatuta constitucional. Por isso, costuma-se falar em um direito constitucional processual, na medida em que não se está diante de um novo ramo de direito ou processo, mas de um conjunto de normas e princípios processuais, considerados de excepcional importância, haja vista serem tratados pelo legislador constitucional.⁴⁹ O direito constitucional processual é responsável, desta forma,

⁴⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 33.

⁴⁹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Teoria geral e processo de conhecimento. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 01, p. 42-43.

pela análise das normas processuais presentes na Constituição e das regras infraconstitucionais à luz dos princípios da Carta Magna. Demonstra-se, ainda, existirem outros princípios fora do âmbito constitucional, no entanto sem a mesma magnitude.

Antes de estudar um a um desses princípios, é importante esclarecer do que se tratam, como devem ser interpretados, e como são aplicados. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

Os princípios são importantes auxiliares no ato do conhecimento, na compreensão global do sistema. São a base do ordenamento jurídico. São as ideias fundamentais e informadoras de qualquer organização jurídica. São os elementos que dão racionalidade e lógica, um sentido de coesão e unidade ao ordenamento jurídico. Dão ao todo um aspecto de coerência, logicidade e ordenação. São instrumentos de construção de um sistema, seu elo de ligação, de coordenação, sua ordem e sua unidade.⁵⁰

A colocação do autor demonstra a importância dos princípios para viabilizar possíveis problemas no processo. São, nesse contexto, ferramentas indispensáveis para compreender o sistema como um todo, pois servem de verdadeiros guias auxiliares quando nasce alguma dúvida ou dificuldade interpretativa. Presente, assim, a utilidade de se estudar os princípios constitucionais em geral, pois muitas vezes insuficientes são as regras contidas em direitos processuais isolados.

Na mesma linha do acima exposto, Patrícia Miranda Pizzol conceitua princípio como um conjunto de ideias ou pensamentos que servem de baliza para a elaboração das normas, em que o legislador ao redigir as leis deve se guiar por tais princípios, pois será considerada inconstitucional a lei que violar o que traz a Constituição Federal. Além disso, os princípios destinam-se também à interpretação e à complementação das normas, pois considerados fontes de direito.⁵¹ A partir dessa ideia, extrai-se a necessidade dos princípios em qualquer que seja o ramo de estudo analisado, pois além de serem a base para a elaboração das normas, destinam-se também à interpretação e complementação destas, onde normalmente possam surgir dúvidas e lacunas que necessitam serem preenchidas.

⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

⁵¹ PIZZOL, Patricia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 37-38.

O direito processual em geral é um dos ramos das ciências jurídicas que encontra-se mais próximo dos preceitos constitucionais, pois regula a atividade jurisdicional. E como a jurisdição é atividade específica de um dos órgãos da soberania nacional, não pode fugir dessa aproximação com os textos constitucionais.⁵² Assim, sendo o direito processual responsável por regulamentar o exercício do Poder Judiciário, que trata de fazer justiça, evidente que não pode se afastar das regras contidas na Constituição Federal, devendo nela se apoiar sempre que necessário.

Aury Lopes Júnior é categórico ao destacar que os princípios gozam de plena eficácia normativa, pois se tratam de verdadeiras “normas”. Ou seja, são frutos de uma generalização sucessiva, constituindo a essência do sistema jurídico.⁵³ Portanto não resta dúvida quanto ao caráter dos princípios gerais, que são normas como todas as outras.

Compreendida a importância dos princípios e garantias, tratar-se-á agora de alguns princípios que regem o direito processual. Dentre eles, pode-se dizer que o mais importante é o princípio do devido processo legal, tendo em vista que os demais geralmente decorrem dele, pois através do devido processo legal ninguém poderá ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade.⁵⁴ Em outras palavras, ninguém será privado de suas garantias sem um processo justo, e, como se verá mais a frente com o estudo dos outros princípios, podem eles ser considerados subprincípios deste.

A relação entre Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais do processo servem para evitar todos os tipos possíveis de arbitrariedade. O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal e se caracteriza por sua amplitude, abrangendo outras tantas garantias. Submete o juiz e as partes à norma processual vigente, bem como busca uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo.⁵⁵ Observa-se a importância do presente princípio, que inclui no seu bojo outras garantias no sentido de proteger o cidadão contra ação arbitrária do Estado, buscando atender a exigência do Estado Democrático de Direito.

Como visto no início deste capítulo, vale lembrar que a instrumentalidade processual é diferente entre os ramos de direito, sendo que o processo penal não pode ser visto com a mesma função do direito privado, pois é despido de coerção direta. Assim, o princípio do devido processo legal está fortemente ligado à pena, pois para ela ser aplicada não só é

⁵² MARQUES, **Elementos de direito processual penal**, p. 77.

⁵³ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 108.

⁵⁴ PIZZOL, **A competência no processo civil**, p. 40.

⁵⁵ SILVA, **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**, p. 16-17.

necessário que exista um injusto típico, mas também que exista previamente um processo justo, posto que, se o processo termina antes de desenvolver-se completamente ou se não se desenvolve de forma válida, não pode ser imposta uma pena.⁵⁶ Nítida a relação entre a pena e o processo, pois não existe a pena sem um devido processo legal, reforçando a ideia do processo penal como caminho da pena.

Sendo o direito de ação penal o de invocar a tutela jurisdicional-penal do Estado, cabe ao Ministério Público propor a ação penal pública e ao ofendido ou seu representante legal a ação privada, no que se denomina princípio da iniciativa das partes, que tem como consequência que o juiz, ao decidir a causa, deve se cingir aos limites do pedido do autor e das exceções deduzidas pela outra parte.⁵⁷ Portanto, reside no âmbito do direito processual penal o princípio da iniciativa das partes, que informa ser direito da parte ofendida a iniciativa de propor uma ação penal, não podendo o juiz supor uma pretensão, nem julgar além do que foi pedido.

A Constituição Federal traz em seu inciso XXXV⁵⁸ do artigo 5º o princípio do acesso à justiça, que quer significar o grau de abertura imposto pela Constituição Federal para o processo civil no sentido de que não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo recorra ao Judiciário para tutelar direito seu. Entidades associativas, representativas, institucionais, também podem pleitear direitos de seus associados ou direitos da coletividade em geral.⁵⁹ Ou seja, a Constituição Federal é repleta de situações em que “abre” o processo civil para o coletivo e para o público.

Não se pode esquecer, ainda, da diferença de conteúdo no que tange ao pedido no processo penal e no processo civil. Tanto ao juiz penal como ao juiz civil cabe dar ao autor o que é seu, mas a diferença está em que no penal é dispor do próprio “ser”, ao passo que no civil é do “ter”.⁶⁰ No processo penal, como se sabe, trata-se da liberdade de quem tem e está na iminência de perder, já perdeu ou pode perder ainda mais, é a própria vida que está em jogo. Enquanto no processo civil o que está em jogo é a propriedade de algo, ou seja, uma relação “coisificada”.

⁵⁶ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 22.

⁵⁷ MIRABETE, **Processo penal**, p. 48-49.

⁵⁸ Art. 5º: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁵⁹ BUENO, **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 140.

⁶⁰ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 33.

Em decorrência do devido processo legal, dá-se às partes os direitos do contraditório e da ampla defesa, garantias previstas no artigo 5º, LV⁶¹, da Constituição Federal. O princípio da contraditório é o que permite, por confrontação de opostos, buscar a verdade. É do contraditório, manifestado no direito à informação, que nasce a possibilidade de exercer a ampla defesa.⁶² O princípio do contraditório é, portanto, garantia constitucional que assegura o direito à ampla defesa do acusado, que deve ser oportunizado à ele sem restrições.

Há uma diferença insuperável entre o contraditório no processo civil e no penal. No processo penal o contraditório deve ser real e efetivo, em que mesmo o réu não querendo se defender, deve fazê-lo. Caso o réu se recuse, deve o juiz nomear um defensor dativo para defendê-lo, assim como se já tiver advogado constituído e a defesa deste ser considerada insuficiente, pode o juiz substituí-lo. Já no processo civil, basta a ciência às partes do que acontece no processo com a oportunidade de defesa, a qual não cabe ao juiz forçá-la. Assim, se a parte no âmbito do processo civil desejar não se defender ou não se manifestar, sofrerá as consequências da sua inércia.⁶³ Destarte, percebe-se a menor amplitude do princípio do contraditório no que tange ao processo civil se comparado com o penal. Isso se explica pelo motivo de que no processo penal está em jogo a liberdade das pessoas, que deve ser amplamente protegida.

Por essa defesa da liberdade do cidadão, é que se tem como princípio reitor do processo penal o da presunção da inocência, expressamente consagrado no artigo 5º, LVII⁶⁴, da Constituição Federal. O reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado, sendo que antes deste marco o acusado é presumivelmente inocente, onde o cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade.⁶⁵ Neste contexto, entende-se que a regra é a liberdade, enquanto o encarceramento, antes da sentença condenatória transitada em julgado, é medida de estrita exceção. Dos princípios constitucionais, o princípio da presunção de inocência, é, sem dúvida, o mais expressivo do processo penal.

Cesare Beccaria, nesta senda, ensinava que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública

⁶¹ Art. 5º: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁶² SILVA, **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**, p. 18.

⁶³ GONÇALVES, **Novo curso de direito processual civil**, p. 47.

⁶⁴ Art. 5º: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁶⁵ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 55.

depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada”.⁶⁶ Por tudo isso, o princípio da presunção de inocência impõe uma garantia de liberdade e de segurança, pois o indivíduo é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica com uma sentença transitada em julgado que o declare culpado.

Já o Código de Processo Civil acolhe o princípio da persuasão racional, em seu artigo 131⁶⁷, onde o juiz deve ler os autos, analisar os elementos colhidos e formar livremente o seu convencimento. Não há uma hierarquia de provas.⁶⁸ O juiz, portanto, analisa livremente as provas, observa o que consta nos autos, mas deve indicar os motivos que formaram seu convencimento ao proferir a sentença.

O princípio do juiz natural, expresso nos incisos XXXVII⁶⁹ e LIII⁷⁰ do artigo 5º da Constituição Federal, é utilizado tanto na esfera cível como na esfera criminal, pois tem como sentido informar que a autoridade judiciária que julgará um determinado caso deverá preexistir ao fato a ser julgado. Significa dizer que é proibido criar, a partir de um fato, um órgão judiciário que tenha competência para julgá-lo, protegendo a imparcialidade do órgão. O princípio do juiz natural diz respeito à identificação do juiz constitucionalmente competente.⁷¹ Destarte, compreende-se que será “juiz natural” aquele que a Constituição indicar como competente, ou permitir que o seja.

O judiciário, no entanto, exerce atividade escalonada, isto é, os órgãos de grau superior reveem as decisões proferidas pelos de grau inferior, através de recurso. Daí consiste o princípio do duplo grau de jurisdição, presente em ambos ramos de direito aqui explanados, não encontrado expressamente na Constituição Federal, mas decorrente do princípio do devido processo legal.⁷² Em outras palavras, é assegurada a possibilidade de revisar decisões judiciais por meio de recursos, onde as decisões proferidas em grau inferior podem ser reapreciadas pelo grau superior.

⁶⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2000, p. 37.

⁶⁷ Art. 131 - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁶⁸ GONÇALVES, **Novo curso de direito processual civil**, p. 57.

⁶⁹ Art. 5º: XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção.

⁷⁰ Art. 5º: LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

⁷¹ BUENO, **Curso sistematizado de direito processual civil**, p. 151-152.

⁷² PIZZOL, **A competência no processo civil**, p. 53.

Há que se falar, também, a respeito do princípio da publicidade, expressamente encontrado na Constituição Federal, em seu artigo 5º inciso LX⁷³, e artigo 93, inciso IX⁷⁴. O presente princípio é tratado como uma das garantias mais importantes do processo, que segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

A publicidade é necessária para que a sociedade possa fiscalizar seus juízes, preservando-se com isso o direito à informação, garantido constitucionalmente. No entanto, muitas vezes, ela pode ser nociva, quando houver interesse público envolvido ou a divulgação puder trazer danos às partes. Por isso, justifica-se a imposição de restrições para que estranhos, em determinadas circunstâncias, tenham acesso ao que se passa no processo.⁷⁵

Neste sentido, a publicidade é direito da sociedade interligado com o direito à informação. Assim todos podem fiscalizar a atividade judiciária, bem como evitar que arbitrariedades ocorram dentro do processo. Contudo, esse direito não é absoluto, pois como explicitado pelo autor acima, essa divulgação pode em alguns casos afetar as partes, devendo ser controlada através de restrições.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal já estabeleciam regras disciplinadoras da publicidade, sendo que as exceções ao princípio foram recepcionadas pela Constituição Federal em vigor.⁷⁶ Os limites reconhecidos por ambos os Códigos foram, portanto, também reconhecidos constitucionalmente, haja vista a importância de evitar que o reconhecimento de determinado ato ou decisão processual venha a prejudicar e causar dano a uma das partes.

Como se viu, o princípio da publicidade tem significativo valor no direito processual, mas essa importância se percebe em especial no processo penal. Isto se deve ao princípio aqui explanado estar profundamente ligado à humanização do processo penal, haja vista se contrapor ao procedimento secreto, característica do sistema inquisitório. O procedimento secreto revela o temor da justiça à crítica do povo, não garantindo ao acusado o direito de

⁷³ Art. 5º: LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.

⁷⁴ Art. 93: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁷⁵ GONÇALVES, **Novo curso de direito processual civil**, p. 53.

⁷⁶ MEDINA, **Direito processual constitucional**, p. 49.

defesa, sendo considerado um regime de censura e irresponsabilidade.⁷⁷ Dessa forma, se percebe a importância deste princípio com caráter especial no processo penal, onde apesar de algumas exceções de sigilo, está superado o sistema inquisitório. Decorre ainda de todo esse avanço os princípios já debatidos aqui, como o direito à ampla defesa e o contraditório.

Diante do exposto, vislumbra-se que a doutrina tem procurado distinguir certos princípios característicos do processo penal e cível, sendo a maioria deles encontrados na Constituição Federal, mas também interligados com outros princípios infraconstitucionais de cada ramo processual.

Finalmente, conclui serem os princípios aqui referidos importantes para a interpretação processual, principalmente os de caráter constitucional, já que as normas estritamente processuais não podem confrontar a Constituição Federal. Como ponto interessante da análise dos princípios, se notou mais visível e marcante essa influência quando se trata de regular a justiça penal, por estar em jogo o mais precioso dos bens jurídicos: a liberdade. Viu-se, ainda, que cada processo possui suas leis próprias, mas que nada mais são que complementos das Leis Constitucionais.

⁷⁷ MIRABETE, **Processo penal**, p. 45.

3 DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL TENDO EM VISTA A FORMA JURÍDICA QUE IMPÕE O DEVER VIOLADO PELO AGENTE

Pontuar-se-á aqui algumas situações emblemáticas desse diálogo jurídico, tão rico e com tantas nuances que não se esgota nas poucas considerações seguintes. É indispensável antecipar algumas noções a respeito da comunicação das jurisdições civil e criminal, e como se diferenciam em questões do dever violado e da responsabilidade que este causa em cada esfera, sem as quais as considerações não teriam consistência.

Neste sentido, este segundo capítulo inicia-se enfrentando a possibilidade ou não de uma tese unitarista do direito, levando em consideração as diferentes áreas de interesse que necessitam proteção. Buscar-se-á responder se existe identidade própria para cada ramo processual e porque se estabeleceu essa divisão em instâncias, bem como se é possível relacionarem-se entre si.

Posteriormente, se faz necessário explicitar a respeito dos fatos ilícitos para uma melhor compreensão a respeito do tema da coordenação de instâncias, abordando as diferenças e similitudes entre o ilícito penal e o ilícito civil. Sendo que a ordem jurídica estabelece deveres para proteger o lícito e reprimir o ilícito, o presente capítulo se dedicará, também, ao tema da responsabilidade.

Por fim, tratar-se-á da regra da impossibilidade de um acordo civil influenciar uma ação penal, utilizando-se como exemplo o caso da renúncia prevista no artigo 304 do Código Penal e parágrafo e, ainda, a possibilidade do juiz criminal fixar um valor mínimo para fins de reparação na própria sentença condenatória.

3.1 INDEPENDÊNCIA DAS AÇÕES CIVIS E PENAS NO DIREITO BRASILEIRO

Nada obsta ao mesmo fato ou complexo de fatos, como ensina a experiência comum, integrar elementos de duas ou mais regras. Conseqüentemente, fundamental se faz a reflexão de tema constante na vida prática forense, contudo pouco discutido na doutrina jurídica: a comunicação entre os diversos ramos do direito. Referir-se-á, em especial, sobre as esferas cível e penal.

A doutrina tem afastado essa reflexão a respeito do diálogo jurídico por dois motivos simples. Primeiro, por se dizer que o direito é uno, e, como referido no capítulo anterior, divide-se em ramos autônomos por uma questão puramente didática, ao passo que sua positivação em Códigos e Leis especializadas é ajustada em conveniências de ordem prática. Segundo, porque aqui prevalecem as chamadas opções de política legislativa, dificultando a formação de uma ontologia pertinente.⁷⁸

O direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em diferentes estruturas normativas. Mas é inegável que, mesmo com todas essas mudanças que acontecem no tempo e no espaço, existam alguns elementos comuns que permitem identificá-los como experiência jurídica, e não religiosa, econômica, artística, etc.⁷⁹ Miguel Reale pretende mostrar que há algo em comum a todos os fatos jurídicos, sem o que não poderia se falar em direito como uma expressão constante da experiência social. Desta forma, se entende que é necessário ter, primeiramente, uma visão unitária e panorâmica dos diversos campos da conduta humana sob regras de direito.

Destarte, os ramos da ciência jurídica, embora autônomos cientificamente, devem estar integrados em um sistema, formar um conjunto harmônico de normas coordenadas em interdependência metódica. Ou seja, o direito objetivo não constitui um conglomerado de preceitos isolados.⁸⁰ Não se encontra um princípio isolado em ciência alguma, como já se discutiu em capítulo anterior. Cada ramo de direito em especial, embora com autonomia indiscutível, mantém afinidades com os demais ramos, com eles relacionando-se.

Nesta senda, observa Sergio Cavalieri Filho, com toda propriedade, que:

⁷⁸ DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito penal e outros ramos do direito. Interdependência, comunicação, encontros e desencontros. Uma visita holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. **Revista Jurídica**, São Paulo: Malheiros, n. 324, out. 2004. p. 89-113.

⁷⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 200. p. 3.

⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43-44.

[...] a segunda parte do próprio art. 935 do Código Civil, reprodução fiel do art. 68 de antiqüíssima Lei de 3 de dezembro de 1841, ao dizer que “não mais se poderá questionar (no Cível) sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no Crime”, deixa claro que não há independência absoluta entre as jurisdições, mas, pelo contrário, certa influência de uma sobre a outra, de tal sorte que a decisão criminal pode até importar preclusão ao pronunciamento da decisão cível.⁸¹

Salienta o autor, deste modo, a relatividade da independência entre as jurisdições, utilizando-se do artigo 935 do Código Civil, que, na sua segunda parte demonstra que há influência da esfera penal na esfera cível, e, portanto não deve ser considerado como absoluta essa independência.

Assim, um mesmo fato pode ter repercussão nas várias searas do direito, em verdadeira múltipla incidência. Tem-se o exemplo da conduta tipificada penalmente que também pode se materializar em ilícito civil, oportunizando à vítima, se identificada, pretensões de cunho indenizatório.⁸²

A repercussão na jurisdição civil do conhecimento antes feito no juízo penal de um ato supostamente ilícito, e a possibilidade do reexame desse fato para efeito de reparação do dano, decorre para Rui Stoco do que se convencionou chamar de independência das instâncias. Entretanto, o autor vê a independência das instâncias e os reflexos que umas possuem nas outras uma questão complexa e de difícil solução. A uma, porque essa independência não é absoluta. A duas, porque a legislação não dá todas as respostas, muito menos uma única solução isenta de erros. A isso se dá profundo trabalho de interpretação.⁸³ Com vista a essas restrições, dúvidas e anseios é que se vem trabalhando na presente pesquisa.

Corroborando com as ideias até aqui expostas, Sergio Cavalieri Filho demonstra que “a divisão em diversos órgãos, ou, mesmo, estruturas orgânicas especializadas, é meramente técnica e tem por fim dar melhor solução às diferentes espécies de lides”.⁸⁴ Portanto, em decorrência dessa unidade da função jurisdicional, não é possível estabelecer uma independência absoluta entre as instâncias.

É que o resguardo e a proteção das pessoas pelo Estado politicamente organizado estabelecem prioridades em cada estamento, dividindo-se de acordo com as áreas de interesse de proteção. Desta sorte, o direito penal preocupa-se com o combate à criminalidade e busca o

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010, p. 541.

⁸² TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 215.

⁸³ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. Doutrina e jurisprudência. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 304.

⁸⁴ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 542.

equilíbrio e a pacificação no relacionamento das pessoas, tendo como objeto imediato a prevenção e repressão dos crimes. Já no âmbito civil, busca-se proteger o relacionamento civil entre as pessoas, a solução dos conflitos de interesses individuais e a convivência pacífica, de modo a punir e impor sanções de natureza restritiva, proibitiva e pecuniária, quando necessário, aos ilícitos civis.⁸⁵ Fica claro, desta forma, que apesar da existência de tese unitarista do direito, há diferentes áreas de interesse que necessitam ser protegidas, e para isso se dar de uma forma mais organizada é que se estabeleceu essa divisão em instâncias.

Há, ainda, a distinção intrínseca entre os dois ramos que inviabilizaria uma construção unitária absoluta. No âmbito do processo civil o juízo está regido exclusivamente por critérios jurídicos puros, na maioria das vezes abstendo a qualidade das pessoas, prescindindo de critérios e apreciações discricionárias, de equidade e ética; ao contrário do processo penal, em que o juiz julga um homem, e por isso deve se inspirar em critérios éticos-sociais.⁸⁶ Fica, deste modo, ressalvada a identidade própria dos respectivos ramos, porém deve-se lembrar que essa simetria não é rigorosa.

Sendo, portanto, a independência das jurisdições uma independência relativa, se faz necessário conceituar e empreender uma prévia distinção entre os fatos ilícitos, possibilitando uma melhor compreensão ao problema da coordenação dos juízos penal e cível.

O homem, como um ser eminentemente social, necessita de certa ordem para que seja possível a convivência em grupos. Como é sabido, essa ordenação pressupõe a existência de restrições que limitam a atividade dos indivíduos componentes dos diversos grupos sociais. Em todo o tempo, por mais rudimentar que seja, sempre se encontrará presente uma norma, uma regra de conduta pautando a atuação do indivíduo, nas suas relações com outros indivíduos.⁸⁷ Tem-se assim, que sempre existiu determinação de limites aos indivíduos, aos quais todos devem obedecer para garantir a organização da sociedade.

Esse exercício é composto por normas objetivas que visam proteger determinados bens jurídicos, cuja tutela merece atenção em certo momento histórico. O direito objetivo determina o que pode ser feito e o que é proibido. Assim, há as atividades lícitas, consoante do direito objetivo, e as atividades ilícitas, que são aquelas que agredem o ordenamento jurídico.⁸⁸

Para Araken de Assis, “o ilícito importa invasão da esfera jurídica alheia – tênue diafragma, segundo metáfora célebre, empregada para assunto de menor importância – sem

⁸⁵ STOCO, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 304.

⁸⁶ SILVA; GOMES, **Teoria geral do processo civil**, p. 39-40.

⁸⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1.

⁸⁸ DEMO, **Revista Jurídica**, p. 90.

consentimento do titular ou autorização do ordenamento”.⁸⁹ Ou seja, é considerado ilícito fato ou evento que agride esfera de direitos que competem à alguém.

Os atos ilícitos, definidos pelo direito positivo, são os atos sancionados pela norma jurídica. Assim, quando a consequência prevista para um ato jurídico é a punição do sujeito que o pratica, então ele, se praticado, é ilícito. As condutas sancionadas pelo ordenamento jurídico são, normalmente, as reprováveis pela sociedade democrática. Em outros termos, a norma jurídica define as condutas permitidas, proibidas e obrigatórias.⁹⁰ Desse modo, pode-se dizer que a norma jurídica acaba indicando o que deve e o que não deve ser feito pelas pessoas ao prescrever uma sanção às condutas reprováveis.

Sendo que à conduta ilícita, corresponde uma sanção, cabe ponderar que uma conduta pode ser qualificada, num só tempo, como ilícito civil e ilícito penal. Neste caso, serão impostas sanções civil e penal, sem ofensa a qualquer princípio que veda a punição do mesmo fato mais de uma vez. Trata-se de sanções de naturezas diversas, e por isso não se compensam.⁹¹ Contudo, posteriormente se verá algumas exceções referentes ao campo da compensação de sanções.

Segundo a maioria dos autores, não há diferença substancial entre o ilícito civil e o ilícito penal. Ambos importam em violação de um dever jurídico, sendo que Sérgio Cavalieri Filho assinala que a principal diferença está no grau de gravidade, onde as condutas humanas que atingem bens sociais de maior relevância são sancionadas pela Lei Penal, ficando para a Lei Civil a repressão das condutas menos graves.⁹² A punição de certos ilícitos, portanto, obedece a razões puramente de conveniência. Assim, para o direito penal é transferido os ilícitos de maior gravidade, enquanto para o direito civil os de menor gravidade, pois não reclama a severidade da pena criminal.

Roberto Luis Luchi Demo especifica o ilícito conforme a natureza do interesse lesado, que, por sua vez, é determinada pela natureza da respectiva sanção prevista no ordenamento jurídico. Com isso, o ilícito civil viola interesses particulares de particulares ou do Estado, que estão legitimados a agir para que a sanção civil seja realizada, de forma amigável ou litigiosa. O ilícito penal é o mais grave, porque viola regras de comportamento de transcendência social e até política.⁹³ Mais uma vez, percebe-se que difícil é a distinção entre os ilícitos penal e civil, sendo que a doutrina majoritária entende que a gravidade da conduta é

⁸⁹ ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

⁹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 372.

⁹¹ DEMO, **Revista Jurídica**, p. 90.

⁹² CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 14.

⁹³ DEMO, **Revista Jurídica**, p. 90-91.

a principal diferença, que conforme aprendido até o momento, a forma de restabelecer o equilíbrio causado pelo dano se dá na esfera cível com a reparação deste, e já na esfera penal com a execução efetiva da pena.

Como diz Sérgio Cavalieri Filho:

A ilicitude – é de todos sabido – não é uma peculiaridade do Direito Penal. Sendo ela, essencialmente, contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, pode ter lugar em qualquer ramo do Direito. Será chamada de ilicitude penal ou civil tendo exclusivamente em vista a norma jurídica que impõe o dever violado pelo agente. No caso de ilícito penal, o agente infringe uma norma penal, de Direito Público; no ilícito civil, a norma violada é de Direito Privado.⁹⁴

Portanto, entende-se o ato ilícito como não exclusivo do campo penal, pois se tratando da contrariedade entre a conduta e a norma jurídica, é cabível em qualquer esfera do direito. Assim, é possível o ilícito civil, que é aquele que pressupõe infração de norma que tutela interesse privado, acarretar sanções de natureza diversa das penais. Já o ilícito penal, leva em conta os valores por ele atingidos e não admite outra sanção, senão a de caráter penal.

O que se percebe é que não deixa o direito processual civil de relacionar-se com o direito penal. Condutas processuais, por vezes, são consideradas ilícitos penais, como o falso testemunho, a falsa perícia e a fraude processual.⁹⁵ Ou seja, pode ocorrer de dentro de um processo civil haver um ilícito considerado penal, e, portando, deverá ser punido pela Lei Penal.

Entretanto, quando diversas sanções tiverem o mesmo beneficiário e forem da mesma espécie na perspectiva deste, é cabível a compensação de sanções. Roberto Luis Luchi Demo traz como exemplos o caso da indenização paga à vítima em virtude de condenação penal a pena restritiva de direitos de prestação pecuniária, prevista no artigo 43⁹⁶, inciso I, do Código Penal, e a indenização decorrente de condenação em ação de reparação civil pelo mesmo fato, por isso que a indenização penal deverá, necessariamente, ser diminuída do montante de eventual indenização civil.⁹⁷

Desse último exemplo, é o que trata o artigo 45, parágrafo 1º, segunda parte, do Código Penal, redação da Lei 9.714/98: “O valor pago será deduzido do montante de eventual

⁹⁴ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 14.

⁹⁵ SILVA; GOMES, **Teoria geral do processo civil**, p. 45.

⁹⁶ Art. 43 - As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - (vetado); IV - prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

⁹⁷ DEMO, **Revista Jurídica**, p. 92.

condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”.⁹⁸ Portanto, reforça-se a ideia da possibilidade de compensação, quando diversas as sanções, haja vista a vedação da cumulação de sanções com mesma natureza no nosso ordenamento jurídico.

Logo, a opinião extraída até o momento, nas palavras de Araken de Assis é de que “na maior parte das vezes, observar-se-á com razão, coincidem os fatos geradores dos delitos civis e penais. Não se invalidam, porém, as extensas discrepâncias apontadas”.⁹⁹ Assim, embora autônomos, como já se sublinhou linhas antes, não deixam de relacionar-se o direito civil e o direito penal.

Evidentemente que outras e grandes diferenças separam esses dois ramos, iniciando pelo bem jurídico protegido e a natureza da sanção, contudo foram mencionadas as similitudes e as diferenças mais apontadas na doutrina, a título de exemplo.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E RESPONSABILIDADE PENAL: OS INTERESSES LESADOS

Tendo a ordem jurídica como principal objetivo proteger o lícito e reprimir o ilícito, afirma Sergio Cavalieri Filho que “para atingir esse desiderato, a ordem jurídica estabelece deveres que, conforme a natureza do direito a que correspondem, podem ser positivos, de dar ou fazer, como negativos, de não fazer ou tolerar alguma coisa”.¹⁰⁰ Entende-se, assim, que criados deveres jurídicos para tutelar a atividade do homem que se comporta de acordo com o direito, e para reprimir a conduta daquele que o contraria.

Compreendido o que se trata o ato ilícito, e se tratando ele de fato gerador da responsabilidade, pois exprime a ideia de dever, se revela indispensável tecer algumas considerações a respeito deste instituto.

A palavra “responsabilidade” possui mais de um significado. Enfatiza Rui Stoco que “tanto pode ser sinônima de diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico”¹⁰¹. Assim, percebe-se a dificuldade que a doutrina tem enfrentado para conceituar a responsabilidade.

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm>. Acesso em: 27. Jul. 2012.

⁹⁹ ASSIS, **Eficácia civil da sentença penal**, p. 25.

¹⁰⁰ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 2.

¹⁰¹ STOCO, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 132.

Resumindo e condensando o entendimento de vários autores pátrios, Maria Helena Diniz assim define a responsabilidade civil:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato e de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito (responsabilidade subjetiva), e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva).¹⁰²

Em suma, responsabilidade refere-se à obrigação de reparar um dano, seja por decorrer de uma culpa, que reina no polo subjetivo, ou de um risco criado, pertencente ao polo objetivo.

Além disso, deve-se esclarecer que a responsabilidade civil é uma instituição, enquanto assecuratória de direitos, e uma consequência e não uma obrigação, pois a obrigação constitui um dever jurídico originário, e a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo ou consequente.¹⁰³ Daí ser possível dizer que quando violado dever jurídico originário e causado prejuízo a terceiro, consequentemente gerará responsabilidade civil.

Neste contexto, é possível afirmar que a responsabilidade é a sombra da obrigação, pois como não há sombra sem corpo físico, também não há responsabilidade sem a correspondente obrigação. Para saber quem é o responsável, portanto, deve-se identificar aquele a quem a Lei imputou a obrigação, haja vista que ninguém é responsabilizado por nada sem ter violado dever jurídico preexistente.¹⁰⁴ Com isso, tem-se que a responsabilidade é a consequência da violação de uma obrigação, restando claro essa importante distinção entre responsabilidade e obrigação.

Importante ressaltar que o Código Civil também traz em seu artigo 389¹⁰⁵ essa distinção entre obrigação e responsabilidade, referindo que se não cumprida a obrigação originária, responde o devedor por perdas e danos, que é a obrigação sucessiva, ou seja, a responsabilidade.¹⁰⁶

¹⁰² DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

¹⁰³ STOCO, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 133.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 2-3.

¹⁰⁵ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁰⁶ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 3.

Sendo a responsabilidade a situação de quem, por ter violado norma ou obrigação, está submetido às consequências decorrentes do seu ato lesivo, pode apresentar-se, quanto à natureza da norma violada, no aspecto civil e no aspecto penal.¹⁰⁷ A responsabilidade jurídica abrange a responsabilidade civil e a criminal, sendo conveniente, assim, assinalar suas semelhanças e diferenças.

Entre os romanos, não havia distinção entre responsabilidade civil e penal. A prestação pecuniária era simplesmente uma pena imposta a quem causasse o dano. Com a Lex Aquila se começou a distinguir levemente as duas responsabilidades, onde, embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.¹⁰⁸

Como já verificado, a ilicitude, como gênero, não é um antecedente obrigatório apenas do direito penal, podendo ter lugar em qualquer ramo do direito, como demonstra Rui Stoco:

O ilícito penal, enquanto ofensa a toda coletividade, porque conduta que contraria as regras de comportamento e de convivência perante a sociedade, conduz à imposição de pena de natureza afliativa, inclusive com possibilidade de privação da liberdade do autor do delito. O ilícito extrapenal ou civil impõe ao autor do dano a obrigação de reparar a própria vítima. Assim, a infringência à norma de Direito Público, que tipifica as condutas puníveis com penas afliativas e restritivas de liberdade, ofendem a sociedade como um todo, enquanto que o ilícito civil viola o Direito Privado e leva ao dever de reparar a pessoa que individualmente sofreu o dano.¹⁰⁹

Como a ilicitude se define pela contrariedade de um ato às normas de um sistema de direito, a responsabilidade, portanto, cinge-se em responsabilidade penal e responsabilidade civil. A responsabilidade penal pressupõe a violação de um ilícito penal, e o dano causado pelo agente repercute na coletividade, diferentemente da responsabilidade civil, que tem como objetivo reestabelecer o equilíbrio individual.

Assim, a ilicitude é chamada de civil ou penal de acordo com a norma jurídica que é violada pelo agente. “Na responsabilidade penal, o agente infringe uma norma penal, de direito público. O interesse lesado é o da sociedade. Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação”.¹¹⁰ Ou seja, a responsabilidade penal é consequência de lesão a uma norma de direito penal que acarreta

¹⁰⁷ DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**, p. 38.

¹⁰⁸ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 455.

¹⁰⁹ STOCO, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 140.

¹¹⁰ GONÇALVES, **Direito civil brasileiro**, p. 456.

em turbacão à ordem social. A responsabilidade civil, por sua vez, é repercussão do dano privado, e tem como interesse restabelecer o que foi alterado com a lesão, de modo que a vítima poderá pedir reparação do prejuízo causado.

Essa reparação do prejuízo causado, oportunidade da responsabilidade civil, é traduzida na recomposição do *statu quo ante*¹¹¹ ou numa importância em dinheiro. Na responsabilidade penal, o lesante deverá suportar a respectiva repressão, pois o direito penal vê, sobretudo, o criminoso; na civil deverá recompor a posição do lesado, indenizando-lhe os danos causados, por vir principalmente em socorro da vítima e de seu interesse, restaurado seu direito violado.¹¹² Em outras palavras, na responsabilidade civil o agente tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, enquanto na responsabilidade penal deve o agente, na sua pessoa, sofrer a aplicação de uma cominação legal.

Note-se que a responsabilidade penal abrange uma área muito restrita, haja vista compreender apenas as pessoas físicas, considerando que, via de regra, as pessoas jurídicas – privadas ou públicas – não são passíveis de apenação no âmbito criminal.¹¹³

Defende Pablo Stolze Gagliano que essa “diferença básica quanto às consequências é decorrente, em verdade, dos sentimentos sociais e humanos que respaldam e fundamentam a responsabilidade jurídica”.¹¹⁴ Ou seja, o que se espera para satisfação social, na responsabilidade penal é que se puna o agente, enquanto na responsabilidade civil o lesado espera a reparação de seu prejuízo.

Ressalte-se, porém, que um mesmo fato pode ensejar as duas responsabilizações. Sendo que as normas de direito penal interessam mais diretamente à sociedade do que exclusivamente ao indivíduo lesado, como acontece no direito privado, quando coincidem as duas ações haverá duas persecuções. Uma persecução em favor da sociedade e outra em favor dos direitos da vítima.¹¹⁵

Para melhor visualizar a caracterização dessa dupla ilicitude, tem-se o exemplo trazido por Sergio Cavalieri Filho, em que “o motorista que, dirigindo com imprudência ou imperícia, acaba por atropelar e matar um pedestre fica sujeito à sanção penal pelo crime de homicídio

¹¹¹ O termo *statu quo ante* é uma expressão em Latim que significa literalmente, "o estado em que as coisas estavam antes". Fonte: STATUS quo ante bellum. In: **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Status_quo_ante_bellum>. Acesso em: 03. Ago. 2012.

¹¹² DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**, p.39-40.

¹¹³ STOCO, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 141.

¹¹⁴ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, **Novo curso de direito civil**, p. 48.

¹¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 22.

culposo e, ainda, obrigado a reparar o dano aos descendentes da vítima”.¹¹⁶ Em tal caso, percebe-se nitidamente que haverá dupla sanção: a penal, de natureza restritiva, e a civil de natureza reparatória.

Impende referir que sem a ocorrência do dano não há o que se falar em responsabilidade civil, que como visto anteriormente, consiste na obrigação do autor de um prejuízo em repará-lo. No âmbito penal, entretanto, o dano pode até ser relevado e, ainda assim, existirá crime e o agente será responsabilizado com sanção penal. Existem figuras típicas penais que não exigem resultado no plano físico, como os chamados crimes de mera conduta e os delitos de perigo.¹¹⁷ Desta forma, sempre que houver ilícito penal, com ou sem dano, haverá responsabilidade penal. Ao contrário do plano civil, que embora haja ilícito sem dano, esse fato não ingressa no âmbito da responsabilidade civil, pois sem o dano não há o que se exigir em termos de reparação.

Ao lado desta regra geral de intercomunicação, os artigos 63 a 68¹¹⁸ do Código de Processo Penal regulam, de maneira específica, as condições desta relação, de modo que:

¹¹⁶ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 14.

¹¹⁷ STOCO, **Tratado de responsabilidade civil**, p. 141.

¹¹⁸ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1o e 2o), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

O primeiro artigo estabelece que a sentença penal condenatória transitada em julgado servirá como título executivo na esfera cível. Isto é, terminando o processo penal em condenação, a sentença proferida pelo juiz penal pode ser levada ao juízo cível para que defina o valor da reparação do dano, sem nova discussão sobre os fatos ou sobre a existência de obrigação de reparar (art. 63 do CPP). No entanto, não é necessário esperar a condenação criminal para pleitear a reparação do dano no juízo cível. A ação civil poderá ser proposta no juízo cível, independentemente da esfera penal. Neste caso, estabelece o art. 64 do CPP a possibilidade de suspensão da ação civil de reparação até o julgamento definitivo da ação penal. Isto é, o juiz da ação civil, ao tomar conhecimento da ação penal, pode suspender o procedimento até o término da ação penal. Os demais artigos disciplinam os efeitos da esfera penal face à esfera civil em caso de absolvição.¹¹⁹

Desta forma, a sentença penal condenatória tem força de coisa julgada apenas no que diz respeito ao dever de indenizar, já que o juízo criminal não cuida do valor da indenização. A sentença condenatória, portanto, é um exemplo da intercomunicação entre as instâncias, pois calcado na legislação, ela constitui título executivo.

Há, ainda, o que se falar dos efeitos da esfera penal face à esfera cível em caso de absolvição. Há três hipóteses em que a sentença penal não exclui a responsabilidade civil. A primeira está disposta na segunda parte do artigo 935¹²⁰ do Código Civil, que refere que não se poderá mais questionar sobre a existência do fato, isto é, do crime e suas consequências, ou quem seja seu autor, quando essas questões encontrarem-se decididas no crime. Definitivamente, reconhece-se uma independência relativa entre as instâncias.¹²¹ No que diz respeito à existência do fato e à autoria, portanto, o que for decidido na esfera penal não poderá ser rediscutido na esfera cível.

A segunda hipótese diz respeito à sentença penal absolutória que reconhece a exclusão de ilicitude, ou seja, de acordo com o artigo 65 do Código de Processo Penal, a sentença penal faz coisa julgada no cível quando o agente pratica o fato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Por fim, a terceira hipótese trata da sentença absolutória que nega a responsabilidade do acusado no fato.¹²²

¹¹⁹ MACHADO, Maíra Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 338, 2007.

¹²⁰ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹²¹ DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**, p. 41.

¹²² MACHADO, **Revista brasileira de ciências criminais**, p. 339, 2007.

A respeito desse tema, Pablo Stolze Gagliano entende que “é preciso, contudo, que fique claro que ambos os casos (responsabilidade civil e responsabilidade criminal) decorrem, *a priori*, de um fato juridicamente qualificado como ilícito”.¹²³ Significa dizer que a responsabilidade é consequência de fato não desejado pelo direito, pois praticado em ofensa à ordem jurídica.

Vê-se, então, que a teoria da responsabilidade funda-se, em regra, no ato ilícito, apesar do ordenamento jurídico admitir outras fontes de responsabilidade. A violação jurídica pode consistir em desobediência a um dever previsto na ordem jurídica ou a uma obrigação assumida, como na inexecução de um contrato.¹²⁴

A ideia dominante nessa construção jurídica é a de que todo dano deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo.¹²⁵

Assim sendo, para que ocorra o dever de reparar dano causado a outrem, o agente deverá ser passível de responsabilização. Excluir-se-á a responsabilidade se o lesante for portador de doença mental ou tiver desenvolvimento mental incompleto ou retardado, por exemplo. Entretanto, é necessário esclarecer que a irresponsabilidade criminal não significa sempre irresponsabilidade civil.¹²⁶ Logo, nem sempre quando alguém é irresponsável no campo penal, deixará de ser responsável na esfera cível. Vale lembrar que a responsabilidade penal tem caráter pessoal, enquanto a responsabilidade civil é patrimonial. Portanto, mesmo que o agente não seja responsabilizado criminalmente, pode ocorrer de ter de reparar o dano ou prejuízo causado, objetivando a satisfação individual do lesado.

No sentido de que o mesmo fato pode gerar os dois tipos de responsabilidades e consequências diversas, ensina Paulo Luiz Netto Lôbo:

¹²³ GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, **Novo curso de direito civil**, p. 49.

¹²⁴ DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**, p.40.

¹²⁵ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 548.

¹²⁶ DINIZ, **Curso de direito civil brasileiro**, p.40.

A ação civil pode ser proposta antes, durante ou após a ação penal. O autor do dano será condenado à reparação, no juízo cível, independentemente de ser condenado no juízo criminal. Contudo, a sentença criminal poderá impedir a reparação civil, quando concluir pela inexistência do fato ilícito ou pela absolvição do réu, ou prevalecer sobre a decisão civil quando julgar pela existência do fato e definir quem foi o autor. Se decidir que o ato foi realizado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, fatores que excluem a ilicitude nos âmbitos criminal e civil, persiste, no entanto, a exigência de reparação do dano, mesmo que esses fatos não sejam contrários a direito ou ilícitos.¹²⁷

Destarte, reforça-se a ideia de que a responsabilidade civil não depende da responsabilidade criminal, ou seja, não importa se o autor do dano será condenado no juízo criminal, pois sua responsabilidade de reparar o dano no juízo cível permanece. A esfera cível só será influenciada pela criminal no caso de configurada a inexistência do fato ilícito ou a absolvição do réu, não surgindo a responsabilidade, assim, do réu em reparar o dano.

A regra de que a responsabilidade civil é independente da criminal é estabelecida, ainda, na primeira parte do artigo 935¹²⁸ do Código Civil. Entretanto, como já se anotou em momento oportuno, frequentemente ambas as jurisdições são chamadas a decidir sobre fato que enseja demandas distintas. O atropelamento da vítima, por exemplo, dá lugar a um processo criminal e a uma ação de indenização.¹²⁹ Tem-se aí a polêmica questão da interdependência das jurisdições penal e civil, abordada no item 1.1 do presente capítulo.

Convém ressaltar que, esta norma tem por motivo superior a concepção unitária da jurisdição, que como já se analisou no presente trabalho, é dividida em muitos órgãos. Entretanto, resta claro até o momento que não há independência absoluta entre as jurisdições, mas, pelo contrário, certa influência de uma sobre a outra, como já demonstrado através do artigo 935 do Código Civil em questão.¹³⁰

Ainda que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, viu-se que há situações em que uma mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois campos. Em muitos casos, o delito gera também uma pretensão indenizatória, rompendo com a tradição da separação das esferas cível e penal. Assim, cumpre ressaltar no próximo tópico a respeito dessa possibilidade de indenização civil inserida no âmbito penal.

¹²⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p.159.

¹²⁸ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹²⁹ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 541.

¹³⁰ CAVALIERI FILHO, **Programa de responsabilidade civil**, p. 541.

3.3 A PERDA DO OBJETO DA AÇÃO PENAL E OS CASOS DE FIXAÇÃO DE VALOR INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA PENAL

Fora destacado anteriormente que a regra a respeito das responsabilidades é a de que a responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto, frequentemente ambas as jurisdições são chamadas a decidir sobre fato que enseja demandas distintas.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho, “havendo ilícito penal, há quase sempre um ilícito civil, porque o crime não é somente violação de um bem ou interesse penalmente protegido, mas, também, ilícito civil, como fato injusto que produz dano”.¹³¹ Assim, o ilícito penal constitui quase sempre um ilícito civil, determinando o direito à satisfação do dano.

As indenizações para atos ilícitos estão reguladas no Código Civil de 2002 e devem ser completas. Assim, a exemplo do caso de homicídio, conforme artigo 948¹³² do Código Civil, o ressarcimento deve abranger as despesas com o tratamento médico da vítima, o funeral, o luto da família, e as prestações alimentícias às pessoas a quem dependiam da vítima. A Lei Civil vigente estabelece, ainda, a indenização devida por crimes culposos prevista no artigo 951¹³³ do Código Civil e aos crimes contra honra conforme artigo 953¹³⁴ do referido Código. De um modo geral, a doutrina tem optado também pela reparação do dano moral, principalmente, em face do disposto pelo artigo 5º, V¹³⁵ e X¹³⁶, da Constituição Federal.¹³⁷

¹³¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 211.

¹³² 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.

¹³³ Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida 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.

¹³⁴ Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.

¹³⁵ Art. 5º, V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

¹³⁶ Art. 5º, X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹³⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 812.

É extremamente relevante a questão da indenização paga pelo ofensor à vítima. A regra geral prevista no artigo 104¹³⁸, parágrafo único, do Código Penal é a de que não implica renúncia da queixa o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.¹³⁹

Convém explicar que em se tratando de renúncia, tanto ela pode ser expressa, como pode ser tácita. Conforme Julio Fabbrini Mirabete:

Pode a renúncia ser expressa, devendo constar de declaração assinada pelo ofendido, por seu representante legal ou por procurador com poderes especiais, não obrigatoriamente advogado (art. 50 do CPP). Inexistindo os requisitos legais, a renúncia enunciada pelo ofendido é de ser reconhecida como tácita. A renúncia tácita ocorre quando o ofendido pratica ato incompatível com a vontade de exercer o direito de queixa, devendo tratar-se de atos inequívocos, conscientes e livres, que traduzam uma verdadeira reconciliação, ou o positivo propósito de não exercer o direito de queixa. Não têm relevância, no caso, atos de civilidade, de conveniência social, de subordinação etc. Por expressa disposição em lei não implica renúncia o fato de receber o ofendido indenização do dano causado pelo crime [...].¹⁴⁰

Desta forma, tem-se que mesmo que o ofendido aceite a indenização do agressor, ela não será considerada como renúncia, nem tacitamente, demonstrando a impossibilidade de um acordo civil estancar a ação penal.

Romeu de Almeida Salles Júnior também destaca que, apesar da renúncia tácita ser aquela resultante da prática de atos incompatíveis com o exercício de direito de queixa, segundo usos e costumes locais, níveis sociais dos envolvidos e a razão preponderante no momento, impõe a Lei a ressalva de que inexistirá esta quando o ofendido receber indenização do dano causado pelo crime.¹⁴¹

Entretanto, a renúncia só é possível nos casos de ação penal privada exclusiva. Neste caso, mister diferenciar, ainda que brevemente, ação penal pública e ação penal privada, que nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho:

¹³⁸ Art. 104 - O direito de queixa não pode ser exercido quando renunciado expressa ou tacitamente.

Parágrafo único - Importa renúncia tácita ao direito de queixa a prática de ato incompatível com a vontade de exercê-lo; não a implica, todavia, o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime.

¹³⁹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 375.

¹⁴⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 620.

¹⁴¹ SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 135-136.

A distinção que se faz entre ação penal pública e ação penal privada descansa, única e exclusivamente, na legitimidade para agir. Se é o órgão do Ministério Público quem deve promovê-la, a ação se diz pública. Privada, se a iniciativa couber ao ofendido ou a quem legalmente o represente. Mesmo sendo privada, o direito de punir continua pertencendo ao Estado. Este, apenas, concede ao ofendido ou ao seu representante legal o *jus perseguendi in judicio*. Trata-se de um caso, no campo processual penal, de substituição processual.¹⁴²

Ou seja, o que importa é de quem é a legitimidade para agir. Será pública quando promovida pelo Ministério Público e privada quando couber à vítima exercê-la através de queixa. Percebe-se, ainda, que o direito de punir é sempre do Estado, não importando se a ação for de iniciativa pública ou privada, haja vista que a ação penal é de interesse geral.

Deste modo, a ação privada serve para aquelas infrações penais que ofendem sobremaneira a intimidade da vítima, em que é conferido à ela o exercício do direito de ação. A justificativa é evitar o constrangimento do processo, podendo a vítima optar entre expor a sua intimidade em juízo ou ficar inerte, pois muitas vezes o sofrimento causado pela exposição é maior que a impunidade do criminoso.¹⁴³ A ação privada surge, portanto, para respeitar os interesses da vítima, pois há casos em que o silêncio pode ser melhor para o ofendido à publicidade do processo. Por esse motivo é que o legislador conferiu ao ofendido o direito de ação, que se dá mediante queixa.

Em paralelo à essa sistemática, incidirá na ação privada os princípios da oportunidade e da disponibilidade, que contrapõem-se aos princípios da ação pública, onde via de regra regem o da obrigatoriedade e indisponibilidade. Assim, de acordo com o princípio da oportunidade, a vítima não está obrigada a exercer a ação penal, ficando a seu critério analisar o momento em que fará a acusação, bem como a conveniência de submeter seu caso penal ao processo. E quanto ao princípio da disponibilidade, o ofendido poderá renunciar o direito de ação, desistir do processo, bem como perdoar o réu.¹⁴⁴ Terá, como exemplo, a incidência da renúncia prevista no artigo 104 do Código Penal já estudado no início do presente item.

Pacificada essas considerações, também é importante trazer à presente pesquisa a discussão a respeito da obrigação do juiz criminal, por força do artigo 387, inciso IV¹⁴⁵ do

¹⁴² TOURINHO FILHO, **Manual de processo penal**, p. 170.

¹⁴³ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 163.

¹⁴⁴ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 368.

¹⁴⁵ Art. 387 - O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Código de Processo Penal, de fixar um valor mínimo para reparar os danos causados por uma infração.

Como demonstrado no início do presente item, o ilícito penal quase sempre constitui um ilícito civil. Neste caso, quando o prejuízo sofrido por alguém seja resultado não de um ilícito civil, mas de um ilícito penal, a ação que o prejudicado pode intentar, visando à satisfação do dano é a denominada *actio civilis ex delicto*.¹⁴⁶ Assim, a referida ação tem como objetivo a satisfação do dano produzido pela infração.

A Lei 11.719/2008, indo de encontro com o conceito de separação das esferas, inseriu o seguinte parágrafo único no artigo 63: “Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do artigo 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido”.¹⁴⁷ Ou seja, a reforma levada a cabo pela Lei 11.719/2008 misturou os interesses, possibilitando na própria sentença condenatória penal o juiz fixar valor de indenização.

Segundo Nestor Távora, “a reforma (Lei n. 11.719/08) acabou imprimindo uma nova ótica à figura da vítima, aflorando suas pretensões indenizatórias. A conduta criminosa pode trazer sérias repercussões no patrimônio do ofendido”.¹⁴⁸ Assim, além de aplicar a sanção penal, o juiz criminal deverá também estabelecer a sanção civil correspondente ao dano causado pelo delito.

Fernando da Costa Tourinho Filho entende que o Estado procurou exercer uma verdadeira tutela dos interesses privados atingidos pelo crime, a fim de que a reparação do dano emergente da infração não fosse apenas uma promessa da Lei.¹⁴⁹

Com razão, o artigo 91, I¹⁵⁰, do Código Penal assevera que a sentença condenatória penal torna certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime, sendo título executivo judicial, conforme consta no artigo 475-N, II¹⁵¹ do Código de Processo Civil, carecendo de prévia liquidação.¹⁵²

¹⁴⁶ TOURINHO FILHO, **Manual de processo penal**, p. 210.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 21. Set. 2012.

¹⁴⁸ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 215.

¹⁴⁹ TOURINHO FILHO, **Manual de processo penal**, p. 211.

¹⁵⁰ Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

¹⁵¹ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: II – a sentença penal condenatória transitada em julgado.

¹⁵² TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 215.

Destarte, condenando o réu, deverá o juiz fixar um valor mínimo para fins de reparação dos danos causados pela infração, sendo que esta reparação feita na esfera penal não impede que a vítima busque, na esfera cível, um montante maior.¹⁵³ Posto que o valor fixado na sentença penal, como visto anteriormente, é um valor mínimo, pode a vítima tentar um valor maior na esfera cível.

O que se percebe através da Lei n. 11.719/08, é uma tentativa de adoção do sistema da confusão, onde a pretensão condenatória e indenizatória estariam veiculadas na mesma demanda, pois permite a fixação do valor mínimo da indenização a ser estabelecido na sentença condenatória, considerando-se os danos sofridos pelo ofendido, de sorte que o valor da indenização já estaria certificado, bastando que o legitimado execute o título.¹⁵⁴ De qualquer forma, ao menos a liquidação e a execução não incumbem ao juiz criminal.

No entendimento de Aury Lopes Junior, essa cumulação é uma deformação do processo penal, pois:

Não está justificada pela economia processual e causa uma confusão lógica grave, tendo em vista a natureza completamente distinta 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 judiciária nessa matéria. Desvirtua o processo penal para buscar a satisfação de uma pretensão que é completamente alheia a sua função, estrutura e princípios informadores.¹⁵⁵

O autor, portanto, não considera a reforma trazida pela Lei 11.719/08 justificável, haja vista que misturou os interesses, transformando o processo penal também em um instrumento de tutela de interesses privados. Considera essa cumulação, ainda, uma violação aos princípios do processo penal, pois desvirtua sua função.

O referido autor traz como exemplo dessa errônea privatização do processo penal o caso de alguém condenado a uma insignificante pena de multa quando se pretende, na realidade, uma substancial indenização na esfera cível, utilizando a sentença condenatória como título executivo judicial. Para amparar esse tipo de direito existem vias próprias. Considera exemplos como esse uma condenação penal disfarçada de absolvição de fato.¹⁵⁶ Ou

¹⁵³ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 393.

¹⁵⁴ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 219.

¹⁵⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 393.

¹⁵⁶ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 393.

seja, muitas vezes ocorrem casos em que se busca na esfera penal mais uma responsabilidade civil do que uma responsabilidade penal, quando, na verdade, cada coisa deveria permanecer em seu devido lugar.

Ver-se-á, agora, algumas situações de ressarcimento do dano a ser pleiteado. Pode se dar pela execução no cível da sentença penal condenatória, capitulada no artigo 63¹⁵⁷ do Código de Processo Penal, ou pela própria ação de indenização, que independe de sentença condenatória, e que pode ser proposta paralelamente com a ação penal, conforme os artigos 64 a 67¹⁵⁸ do Código de Processo Penal.

No caso de haver uma sentença condenatória com trânsito em julgado constitui um título executivo judicial na esfera cível, de modo que a parte interessada poderá ajuizar ação de execução na jurisdição civil. Se o valor já vier fixado na sentença penal, haverá uma execução por quantia certa. Caso o valor fixado seja o mínimo, deverá a vítima postular a liquidação da sentença. Em relação à ação ordinária de indenização, poderá o interessado ajuizar antes, durante ou até mesmo depois de findo o processo penal.¹⁵⁹

Há, ainda, uma terceira situação em que se vê essa mistura de interesses, que é o caso da composição dos danos civis no juizado especial criminal, em que o acordo civil gera título executivo no juízo cível.¹⁶⁰ Contudo, tratar-se-á deste tema no próximo capítulo.

Assim, finda-se o presente capítulo com a abordagem da regra geral da impossibilidade de um acordo civil influenciar uma ação penal, trazendo como exemplo o parágrafo único do artigo 104 do Código Penal, em que resta claro que o fato do ofendido receber indenização não implica em renúncia, nem tacitamente. Fala-se em regra geral, pois como se verá no próximo capítulo, há exceção nos crimes de competência dos Juizados.

¹⁵⁷ Art. 63 - Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

¹⁵⁸ Art. 64 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

Parágrafo único - Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

Art. 65 - Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Art. 66 - Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67 - Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

¹⁵⁹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 394.

¹⁶⁰ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 399.

Tratou-se, ainda, do dever do juiz criminal fixar um valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração em sede de sentença condenatória, que como se pôde observar, essa mistura de interesses não é bem quista por muitos doutrinadores, haja vista tratar-se de um desvio de finalidade do processo penal, que dessa forma passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados.

4 JURISDIÇÕES TANGENTES: O EXEMPLO DA LEI 9.099/95

Pretende o presente capítulo analisar os principais institutos trazidos pela Lei 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, ao nosso ordenamento jurídico, com ênfase nas principais críticas trazidas pela doutrina, principalmente no que tange à possibilidade de uma adoção semelhante à justiça negociada dentro da esfera criminal.

Perceberá que relevantes inovações são contempladas pela Lei dos Juizados Especiais, como a dispensa do inquérito policial, a composição penal e civil num mesmo instante processual, transação penal, entre outras, buscando maior celeridade à finalização dos processos. Todavia, na busca dessa celeridade muitas garantias fundamentais podem passar esquecidas.

Antes, contudo, para compreender as considerações que serão trazidas pelo presente capítulo acerca da referida Lei, importa traçar uma breve análise a respeito desse instituto. Fundamental entender a quem veio a Lei 9.099/95, sua finalidade, competência, e, principalmente, se vem atingindo seu objetivo.

4.1 JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL: AVANÇOS E RETROCESSOS

A Lei 9.099/95¹⁶¹ dispôs sobre Juizados Cíveis e Criminais, introduzindo modificações no direito processual brasileiro, tanto civil quanto criminal. No entanto, a análise do presente item ficará restrita ao aspecto criminal, identificando o que sejam as infrações de menor potencial ofensivo, bem como elucidando alguns aspectos relevantes das mudanças trazidas pela Lei em termos de procedimento e de visualização da justiça criminal.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, determinou a criação de:

¹⁶¹ BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 24. Set. 2012.

juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.¹⁶²

Os juizados especiais, portanto, possuem competência no âmbito penal para o processo das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Inicialmente, eram consideradas infrações de menor potencial ofensivo, “as contravenções penais e os crimes a que a Lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a Lei preveja procedimento especial”.¹⁶³ Ou seja, os crimes considerados de menor relevância.

Mais tarde, no entanto, com a Lei n. 10.259/2001¹⁶⁴, que institui os juizados no âmbito federal, fora ampliada a definição para o quantitativo máximo de dois anos, sem que fosse excepcionado do leque normativo os crimes com rito especial.¹⁶⁵ Deste modo, a definição para infrações de menor potencial ofensivo alterou-se com o advento da Lei dos juizados federais, passando da pena máxima de um ano para pena máxima de dois anos.

Por fim, com a Lei n. 11.313/2006, foi alterada a redação do artigo 61 da Lei 9.099/1995, ficando consolidado o que segue: “consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” Portanto, resta claro que esse novo limite vale tanto para os juizados federais como para os juizados estaduais.¹⁶⁶

Parece relevante, neste ponto, fazer uma breve distinção entre “infração de menor potencial ofensivo” e o chamado “crime de bagatela”, pois

¹⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24. Set. 2012.

¹⁶³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 627.

¹⁶⁴ BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 24. Set. 2012.

¹⁶⁵ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 751.

¹⁶⁶ BRASIL. Lei Nº 11.313, de 28 de junho de 2006. **Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2o da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em: 25. Set. 2012.

ao tratarmos de infração de menor potencial ofensivo, com procedimentos específicos para atendimento de tais infrações, estamos nos voltando para infrações de baixa lesividade, procurando formas de “despenalização” dentro da esfera de uma política criminal. Quando nos referimos a “crime de bagatela”, estamos em nível de atipicidade, declarando como atípica uma conduta infracional por ausência de lesividade, por baixíssima lesividade ou pela falta de proporcionalidade entre a gravidade da conduta e a intervenção estatal.¹⁶⁷

Assim, as infrações de menor potencial ofensivo não se confundem com os crimes de bagatela, haja vista àquelas serem infrações de baixa lesividade com procedimentos específicos, enquanto essas não possuem lesividade, ou possuem em grau baixíssimo, de forma que a intervenção estatal seja desnecessária.

O objetivo do constituinte ao criar o inciso I do artigo 98 da Constituição Federal era dar maior celeridade e menos formalidade aos processos, fornecendo um julgamento rápido, através de um meio simplificado.¹⁶⁸

A regulamentação do dispositivo adveio com a promulgação da Lei n. 9.099/1995 citada anteriormente, instituindo um discurso de despenalização e descarcerização, propiciando o ingresso da justiça criminal consensual no sistema jurídico brasileiro.¹⁶⁹

Nesse norte, o referido estatuto legal constitui um novo sistema processual, de modo que “em vez de optar pela descriminalização, atendendo ao chamado princípio da intervenção mínima do Direito Penal, o legislador preferiu a despenalização, através do processo”.¹⁷⁰ Ou seja, trata-se de Lei que não prevê qualquer providência descriminalizadora, mas sim, adota medidas despenalizadoras, procurando evitar a pena de prisão.

Para Afrânio Silva Jardim, seria o seguinte: “já que o Direito Penal não teve a ousadia de descriminalizar, o Direito Processual Penal, por vias indiretas, para essas infrações de pequena monta, através de determinados institutos, visa à despenalização”.¹⁷¹ Logo, ao invés de optar pela descriminalização, optou pela descriminalização de forma indireta, através do processo. Neste diapasão, não atingiu o objetivo de desafogar o judiciário, muito pelo contrário, como será explanado mais a frente ao decorrer do presente item.

¹⁶⁷ TOVO, Paulo Claudio et. al. **Estudos de direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 59.

¹⁶⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 416.

¹⁶⁹ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 751.

¹⁷⁰ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 23.

¹⁷¹ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 336.

Antes, contudo, há ainda que assinalar a respeito do fim esperado pelos juizados. O Juizado Especial Criminal, como já constava do dispositivo constitucional, e fixado pelo artigo 62¹⁷² da Lei 9.099/1995, tem tríplice finalidade: celeridade, reparação do dano e solução conciliatória. Os princípios que presidem o procedimento sumaríssimo, contidos no artigo 2º¹⁷³ da referida Lei Especial, são os da informalidade, simplicidade, celeridade e economia processual.¹⁷⁴ A partir disso, percebe-se que o Juizado Especial busca maior rapidez possível ao processo, excluindo formalidades desnecessárias, utilizando-se de meios mais simples para a realização do ato.

Nessa senda, reforça Romeu de Almeida Salles Junior:

O princípio da informalidade liga-se ao fato de que o processo não deverá conter qualquer forma solene que se revele inútil. O princípio da oralidade vincula as partes ao diálogo, afastando-as de produção probatória documental sem limitações, tornando claro que o objetivo é a satisfação final em termos de aplicação do Direito e realização da Justiça. A citação pessoal no próprio juizado (art. 66), bem como a intimação por correspondência (art. 67) conferem maior celeridade ao feito, enquanto o princípio da economia processual concentra na mesma audiência número maior de atos processuais que levem as partes ao desfecho do processo.¹⁷⁵

Logo, diante de tais elementos, percebe-se que o objetivo da Lei é agilizar a prestação jurisdicional.

É através desses princípios básicos, mais do que nas regras ou fórmulas que se deve manejar a Lei em exame, de forma que não há lugar ao processualismo judiciário. No entanto, a adoção de tais princípios não pode significar tumulto processual, com a inobservância de regras procedimentais mínimas, em desacordo com o devido processo legal.¹⁷⁶ Portanto, embora a Lei referida contenha objetivos específicos e princípios basilares a serem observados, não se pode esquecer das garantias de um processo penal justo, preservando os princípios fundamentais contidos na Constituição Federal.

¹⁷² Art. 62 - O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

¹⁷³ Art. 2º - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

¹⁷⁴ NORONHA, **Curso de direito processual penal**, p. 418.

¹⁷⁵ SALLES JUNIOR, **Curso completo de direito penal**, p. 490.

¹⁷⁶ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 24.

Sendo assim, repetiu-se esses mesmos critérios para o juizado especial criminal, no artigo 62 da Lei 9.099/95. Outrossim, o referido artigo traz duas inovações, que são: a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade ao infrator.¹⁷⁷ Desse modo, trouxe o artigo 62 da Lei 9.099/1995 objetivos específicos, ressaltando a possibilidade de reparação dos danos sofridos pela vítima e a possibilidade de aceitação de proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade.

Em face disso, “o autor da infração e a vítima são aproximados, visando a uma solução consensuada, com prioridade à reparação dos danos sofridos pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade”.¹⁷⁸ Diante dessa possibilidade de reparação do dano civil sofrido pelo ofendido, no âmbito do juizado especial criminal, se faz necessário análise a respeito dessa novidade, que é, talvez, um dos institutos criados na Lei de maior importância, pois está criando mais controvérsia. Por essa razão, será esse o tema a ser explorado no próximo item do presente trabalho.

Nessa senda, busca-se afastar de uma justiça predominantemente conflitiva e punitiva para abrir espaço a uma justiça criminal de consenso, pedagógica, e de soluções alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade. O papel da autoridade policial, aparentemente, tomou um contorno menos investigativo, pois de acordo com o artigo 69¹⁷⁹ da Lei 9.099/95, ao tomar conhecimento de ocorrência tipificada como infração de menor potencial ofensivo, lavrará termo circunstanciado, encaminhando-o imediatamente ao juizado.¹⁸⁰

Logo, não há que se falar em inquérito policial para crimes de menor potencial ofensivo, a não ser que exista conexão com outro delito que não seja de menor potencial ofensivo, ou se não for conhecido o agressor, quando será instaurado inquérito para apuração de autoria.¹⁸¹

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete, o inquérito tem por objeto “a apuração de fato que configure infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou às providências cautelares”.¹⁸² Ou seja, para propor a ação, é necessário um mínimo de

¹⁷⁷ SALLES JUNIOR, **Curso completo de direito penal**, p. 490.

¹⁷⁸ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 63-64.

¹⁷⁹ Art. 69 - A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

¹⁸⁰ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 41.

¹⁸¹ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 752.

¹⁸² MIRABETE, **Processo penal**, 2005, p. 78.

elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, o que se consegue através do inquérito.

Como consequência do afastamento da necessidade de inquérito policial para apuração de infrações de menor potencial ofensivo, a pessoa apontada como autora da infração, será considerada processada. O inquérito fora substituído pelo termo circunstanciado, que possui a natureza de elemento básico preliminar de identificação da infração e do autor da mesma.¹⁸³

Assim, explica Nestor Távora que,

o termo circunstanciado de ocorrência consiste em uma investigação simplificada, com o resumo das declarações das pessoas envolvidas e das testemunhas, e eventualmente com a juntada de exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios. Objetiva-se, como se infere, coligir elementos que atestem autoria e materialidade delitiva, ainda que de forma sintetizada. Nos autos do termo circunstanciado de ocorrência, o delegado tomará o compromisso do atuado de comparecer ao juizado especial em dia e horário designados previamente.¹⁸⁴

Nesse sentido, embora o termo circunstanciado possua a mesma finalidade do inquérito policial, com ele não se confunde, pois aquele é realizado de maneira menos formal e sem a necessidade de colheita minuciosa de provas. Termo circunstanciado é, portanto, o que dá base ao procedimento no juizado especial criminal.

Entretanto, se traz à discussão algumas questões de ordem prática, decorrentes do que se observa da aplicação da Lei 9099/95, sendo uma delas a adoção do termo circunstanciado, pois estima-se ser um dos maiores defeitos apresentados pela Lei. Perceba-se que é com base nesse termo, sem qualquer investigação prévia, que o Ministério Público formará sua opinião delitiva. Assim, visando dar maior celeridade ao procedimento investigatório, dispensou-se a instauração do inquérito policial para apurar infrações de menor potencial ofensivo.¹⁸⁵

Como visto, os juizados especiais criminais foram inicialmente criados com o intuito de desafogar as varas criminais, retirando delas uma série de infrações de menor potencial ofensivo. Todavia, o que realmente aconteceu foi uma demanda nova e imensa de novas acusações criminais por condutas absolutamente irrelevantes e insignificantes para o direito penal.¹⁸⁶ Nesse viés, percebe-se que os juizados especiais criminais obtiveram fracasso na sua

¹⁸³ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 46.

¹⁸⁴ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 752.

¹⁸⁵ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 25.

¹⁸⁶ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 347.

missão, sendo essa mais uma das críticas abordadas pela doutrina a respeito do referido instituto.

O que em verdade ocorreu, portanto, foi a efetividade da punição de delitos que antes eram alcançados pela prescrição, ampliando sanções sobre uma população de infratores que antes não recebia punição efetiva.¹⁸⁷

Nesse contexto, “essa lei não descriminaliza conduta alguma, nenhuma conduta que era típica deixou de ser típica, não saiu da esfera do proibido do Direito Penal”.¹⁸⁸ Na realidade, o traço marcante é a despenalização, em que propugna-se aplicar sempre que possível pena não privativa de liberdade.

Para Aury Lopes Júnior, os juizados especiais criminais ressuscitaram no imaginário coletivo um rol de condutas absolutamente irrelevantes para a justiça penal. Com isso, exacerbou a crise de identidade do direito penal, e, por consequência, a crise do próprio bem jurídico. Isso se deve pelos atropelos de direitos e garantias fundamentais no processo em nome da informalidade e eficiência. Em geral, os juízes e turmas recursais operam a partir de uma equivocada e inconstitucional lógica de que, se o fato é de menor gravidade, haveria um nível menor de exigência probatória e rigor formal.¹⁸⁹ Nota-se, assim, que é grave essa relativização com que se trata o rol de direitos e garantias mínimas que fundam o devido processo penal quando se está diante de infrações de menor potencial ofensivo.

Além disso, muitas vezes o ofendido registra o fato apenas para preservar eventuais consequências civis, não tendo interesse em que haja uma efetiva perseguição criminal contra o autor da infração. Comumente se vê isso em infrações decorrentes de brigas de família ou nos crimes de dano.¹⁹⁰ Mais uma vez, observa-se o desvirtuamento de finalidades do direito processual penal.

Em se tratando de conduta insignificante sob ponto de vista jurídico-penal, o que deveria ocorrer seria a rejeição da queixa ou da denúncia. As condições da ação também deveriam ser exigidas, pois estão previstas nos juizados especial criminais. Porém, o que acontece é a inobservância desses procedimentos utilizando-se do discurso da informalidade.¹⁹¹

¹⁸⁷ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 751.

¹⁸⁸ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 336.

¹⁸⁹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 347.

¹⁹⁰ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 47.

¹⁹¹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 347.

Conclui-se, portanto, que a Lei 9.099/95 trouxe relevantes alterações para o direito processual brasileiro, buscando novas alternativas substitutivas às medidas restritivas de liberdade. Em que pese a Lei tenha objetivado a celeridade do processo, com um julgamento mais rápido para infrações de menor potencial ofensivo, viu-se vários aspectos negativos como consequência.

Uma dessas consequências foi a previsão de lavratura de termo circunstanciado no lugar de inquérito policial. Outra consequência grave é o atropelo de garantias mínimas com a desculpa de dar celeridade ao processo. O fato da competência da Lei ser restrita aos crimes de menor potencial ofensivo não dispensa a demonstração e análise das condições da ação e observação dos direitos fundamentais. Infelizmente, o que se percebeu foi que na maioria das vezes não há essa observância na prática.

Além disso, há críticas a respeito do desvio de finalidade do processo penal no momento em que os juizados criminais permitem conciliação e transação. Neste contexto, é que se dará maior destaque ao que se refere a tais possibilidades no próximo tópico a ser trabalhado.

4.2 CRÍTICA À JUSTIÇA NEGOCIADA NA ESFERA PENAL: UMA INOVAÇÃO REVOLUCIONÁRIA OU PERIGOSO RETROCESSO?

Conforme já estudado, o processo penal possui várias peculiaridades que o distinguem do processo civil, contudo não são absolutamente independentes, pois há casos em que comumente um possui influência sobre o outro. No entanto, no caso da Lei 9.099/95 é visível o contato entre as duas jurisdições, e não tão somente uma influência, pois é permitido em um mesmo momento decidir o aspecto civil e o aspecto penal, juntos, através de um acordo pecuniário.

Nesse diapasão, cumpre analisar no presente tópico a respeito do campo de negociação previsto pela Lei em questão, como a possibilidade do acordo civil influenciar a ação penal e se tal inovação acarreta em mais uma afronta ao princípio da separação das instâncias.

Antes de adentrar na crítica da eficácia dos juizados, preferiu-se abordá-lo como o primeiro sinal da crise do processo penal. Ademais, outra possibilidade de análise crítica surge a partir desse viés: a de que o processo penal, que muitas vezes não oferece chances de

resolver um problema complexo por sua simplicidade, quando se trata de enfrentar conflitos de baixo potencial ofensivo, parece ser um instrumento desproporcional, inadequado para lidar de forma tão ampla com um conflito de pouca relevância social, e até mesmo penal.¹⁹²

Inicialmente, se tinha a sensação de que o sistema prisional estava falido, sendo necessário alterar o sistema de atendimento às infrações de baixa lesividade para deixar maior esforço de trabalho aos crimes de maior gravidade. Antes da Lei 9.099/95 as infrações menores estavam começando a ser desconsideradas. Procurando dar uma resposta adequada aos anseios da sociedade, o novo modelo de justiça criminal delimita o espaço de consenso, em que a autonomia da vontade é a tônica no recuo voluntário de certas garantias constitucionais no caso de infrações de pequena e média criminalidade, deixando o espaço de conflito para a criminalidade grave.¹⁹³

Entretanto, os modelos de justiça consensuada representam importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, pois com o advento da Lei 9.099/95, cujo campo de incidência foi substancialmente ampliado pela lei dos juizados especiais federais, houve uma inovação revolucionária, na medida em que contribui para a banalização do direito penal. Quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei 9.099/95 vem ressuscitar infrações de mínima relevância social.¹⁹⁴

Na busca da consensualidade, toma relevo o procedimento oral, que realiza-se com informalidade, economia processual e celeridade, procurando sempre que possível a reparação dos danos sofridos pela vítima, bem como a aplicação de pena não restritiva de liberdade.¹⁹⁵ A partir disso, percebe-se uma tendência de deformalização do processo, em que se procura meios alternativos para evitar ou encurtar o processo, rumo à conciliação.

Nesse contexto, surge o equívoco de querer aplicar o sistema negocial, como se estivesse tratando de um direito do ramo privado, esquecendo-se que o processo penal constitui um sistema com suas categorias jurídicas próprias. É a mais completa desvirtuação do juízo contraditório, essencial para a própria existência de processo.¹⁹⁶

Assevera Aury Lopes Júnior, com toda propriedade, que

¹⁹² ACHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 98.

¹⁹³ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 56.

¹⁹⁴ LOPES JR., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 140.

¹⁹⁵ TOVO et. al. **Estudos de direito processual penal**, p. 56.

¹⁹⁶ LOPES JR., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 140.

o que caracteriza o princípio do contraditório é exatamente o confronto claro, público e antagônico entre as partes em igualdade de condições. Essa importante conquista da evolução do Estado de Direito resulta ser a primeira vítima da justiça negociada, que começa por sacrificar o contraditório e acaba por matar a igualdade de armas. Que igualdade pode existir na relação do cidadão suspeito frente à prepotência da acusação, que, ao dispor do poder de negociar, humilha e impõe suas condições e estipula o preço do negócio?¹⁹⁷

Em síntese, a justiça negociada, trazida pela Lei 9.099/95 é vista pelo doutrinador como um retrocesso, em que para buscar um processo mais célere, ou resolver as infrações mesmo sem processo, se está passando por cima de garantias já conquistadas, como o direito ao contraditório.

A Lei em questão trouxe, inclusive, exceção à regra disposta no parágrafo único do artigo 104 do Código Penal, já comentado no item anterior. Foi visto que o recebimento de indenização pelo ofendido, do dano causado pelo crime, não implica em renúncia tácita. Contudo, a Lei 9.099/95, em seu artigo 74, parágrafo único¹⁹⁸, dispõe que quando se tratar de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado, quanto à composição dos danos civis, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.¹⁹⁹ Portanto, quando se estiver diante de crimes de menor potencial ofensivo, a Lei admite que o acordo civil homologado importe em renúncia.

É imperioso afirmar que homologado o acordo para composição dos danos civis, a vítima não poderá mais intentar ação privada ou representar para que seja iniciada a ação penal pública condicionada. No âmbito do Código Penal constata-se uma quebra à regra imposta pelo artigo 104, parágrafo único, com a prevalência do sistema da Lei 9.099/95, na medida em que objetiva recompor à vítima o valor relativo aos danos sofridos.²⁰⁰

Assim, para Nereu José Giacomolli, “o espírito da Lei n. 9.099/95 é, através da composição, evitar os efeitos de uma demanda criminal, não se aplicando a última parte do parágrafo único do artigo 104 do Código Penal à espécie”.²⁰¹ Nota-se, por oportuno, que o

¹⁹⁷ LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 143.

¹⁹⁸ Art. 74 - A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.
Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

¹⁹⁹ MUCCIO, Hidejalma. **Prática de processo penal**. Teoria e modelos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 436.

²⁰⁰ SALLES JUNIOR, **Curso completo de direito penal**, p. 499.

²⁰¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais: Lei 9.099/95**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 85.

legislador buscou evitar demandas criminais consideradas desnecessárias através da possibilidade da composição civil.

Afinal, o acordo homologado referente à composição dos danos civis, acarretando a renúncia ao direito de queixa ou representação, conduz à extinção da punibilidade do autor da infração, como demonstra o artigo 107, inciso V²⁰², do Código Penal.²⁰³

Nesses termos, a composição dos danos oriundos da prática da infração penal é causa de extinção da punibilidade. É uma forma de despenalização ligada às hipóteses de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação.²⁰⁴

É importante assinalar que o artigo 104 do Código Penal não foi revogado com o advento do artigo 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95, pois a questão situa-se em outro nível, no da qualificação jurídica das infrações penais e na esfera de competência do juizado especial criminal. Dessa forma, nos crimes de competência dos juzados o acordo acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação, enquanto nos demais casos segue valendo o artigo 104 do Código Penal.²⁰⁵ Ou seja, a regra geral prevista no artigo 104, parágrafo único, do Código Penal foi excepcionada pelo artigo 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95 nos casos em que excedem a competência do juizado.

Como já analisado, é certo que a reparação do dano é objeto da justiça cível, sendo que a justiça penal tem por escopo investigar os fatos tidos como típicos pelo ordenamento jurídico, aplicando a sanção penal. Entretanto, notou-se que isso não implica que em um mesmo ato se resolvam as questões de cunho reparatório e criminal. Há infrações criminais que não atingem a paz social, sendo a sanção civil suficiente e eficaz ao restabelecimento do equilíbrio social. Nesses casos, possível a composição civil que ocorre entre os envolvidos.²⁰⁶

Essa nova disciplina da Lei 9.099/95 adquire fundamental importância, haja vista que a imensa maioria dos delitos de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação hoje é de competência dos juzados especiais criminais.²⁰⁷

Tem-se, pois, um instituto de natureza penal desvinculado da admissibilidade de culpa e da instauração da ação penal. Importante referir que a proposta de transação ocorre antes da

²⁰² Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada.

²⁰³ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 56.

²⁰⁴ SALLES JUNIOR, **Curso completo de direito penal**, p. 499-500.

²⁰⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 375.

²⁰⁶ GIACOMOLLI, **Juizados especiais criminais**, p. 84.

²⁰⁷ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 376.

instauração da ação penal, na audiência preliminar ou antes do recebimento da denúncia ou queixa.²⁰⁸ A Lei apresenta, por isso, características que lhe são peculiares.

A composição de danos civis, no procedimento da Lei 9.099/95, tem início com o esclarecimento do juiz sobre a possibilidade de reparação, prosseguindo com a conciliação orientada pelo magistrado, conforme artigos 72²⁰⁹ e 73²¹⁰ da Lei. Em caso positivo, a composição será reduzida a escrito, devidamente homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, que terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente.²¹¹

Logo, nos crimes de competência do juizado especial criminal, o acordo homologado, além de gerar um título executivo judicial, acarreta a renúncia do direito de queixa ou de representação. Comumente se vê exemplos dessa situação em acidentes de trânsito com a produção de lesões culposas. Se anteriormente a indenização não implicava renúncia, agora conduz a ela quando homologada em juízo. E se a composição dos danos e pagamentos forem efetuados antes da audiência preliminar, é importante que o causador dos danos faça, juntamente com o recibo, uma renúncia expressa da vítima, evitando discussões posteriores.²¹²

Em princípio, uma vez transitada em julgado a decisão homologatória, o ofendido não poderá mais discutir no âmbito civil a complementação da indenização. Desta forma, a composição civil implica quitação recíproca. Entretanto, poderá ser partida a composição havendo modificação da situação fática existente no momento da composição.²¹³

Nessa senda,

²⁰⁸ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 94.

²⁰⁹ Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

²¹⁰ Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

²¹¹ SALLES JUNIOR, **Curso completo de direito penal**, p. 499.

²¹² LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 376.

²¹³ GIACOMOLLI, **Juizados especiais criminais**, p. 85.

na hipótese de não ser possível aferir-se da exata dimensão do dano, que pode aumentar após a realização da audiência preliminar, surge a possibilidade de uma composição parcial, reservando-se o direito de o lesado pleitear, posteriormente, no juízo cível, a indenização total dos danos.²¹⁴

Diante do exposto, é de ser admitida, portanto, a possibilidade de complementação no juízo cível com o agravamento da situação.

Cumprе destacar, que se não for obtida a composição dos danos, imediatamente, será dada oportunidade ao ofendido para exercer o direito de representação oral que será reduzido a termo. A representação é a manifestação de vontade do ofendido ou de quem legalmente o representa, no sentido de ser instaurado processo contra seu ofensor. Inexitosa a conciliação, e, efetivada a representação da vítima, quando se tratar de ação penal condicionada à representação, caberá ao Ministério Público, antes de passar para a transação, avaliar se é ou não caso de arquivamento.²¹⁵

Em se tratando de crime de ação privada, não obtida a composição de danos civis, e sem possibilidade de conciliação, é prudente que o juiz suspenda a audiência advertindo a vítima da necessidade de oferecer queixa-crime antes do decurso do prazo decadencial, que poderá ser oferecida na própria audiência. Se decorrer tal prazo sem a propositura da queixa, será exarada decisão extintiva de punibilidade do agente. Caso a queixa seja oferecida, segue a designação de audiência com a possibilidade de oferecimento prévio de transação penal pelo Ministério Público, que, se aceita pelo querelado, prejudicada restará a queixa-crime.²¹⁶

Assim, trouxe a Lei 9.099/95 a possibilidade da transação, baseada no princípio da oportunidade. Através dela, é dado ao juiz, por iniciativa ministerial, aplicar de imediato uma pena alternativa ao acusado, encerrando o procedimento.²¹⁷

Para Nereu José Giacomolli, “o novel instituto situa-se, em termos de política criminal, dentro do modelo liberal, em consonância com o movimento de intervenção mínima do Direito Penal, iniciando um verdadeiro processo de despenalização [...]”.²¹⁸ Dessa forma, a Lei trouxe a possibilidade de transação penal visando a diminuição das penas e consequências criminais.

²¹⁴ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 32.

²¹⁵ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 73-75.

²¹⁶ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 754.

²¹⁷ NORONHA, **Curso de direito processual penal**, p. 419.

²¹⁸ GIACOMOLLI, **Juizados especiais criminais**, p. 91.

Em face disso, o legislador, para infrações de menor potencial ofensivo, abranda o princípio da obrigatoriedade da ação pública sendo que, presentes determinados requisitos, o Ministério Público pode oferecer uma proposta de transação penal, possibilitando ao réu uma pena restritiva de direito, uma pena de multa, uma pena não privativa de liberdade, ficando a critério do réu a aceitação.²¹⁹ Assim sendo, nessas hipóteses de infrações de menor potencial ofensivo, o Ministério Público pode oferecer uma pena menor. Ou seja, é uma faculdade do Ministério Público, abrindo mão do exercício da obrigatoriedade da ação penal pública.

Cumprе salientar, ainda, que o juiz não pode propor a transação penal, eis que seria uma afronta à disposição constitucional que confere ao Ministério Público a iniciativa da ação penal pública, prevista no artigo 129, inciso I²²⁰, da Constituição Federal. De qualquer forma, se preenchidos os requisitos legais objetivos e subjetivos para a proposta e não sendo a mesma oferecida, caberá hábeas-cópus para sanar o constrangimento ilegal. Todavia, se o Ministério Público, oportunizada a manifestação, mantiver-se inerte e houver requerimento da parte, o juiz estará agindo por provocação, e poderá propor a transação penal que irá evitar que seja ferido direito do acusado, que é o de ver aplicada medida despenalizadora se presentes as condições previstas em Lei.²²¹

Nessa mesma linha insiste Nereu José Giacomolli, ao afirmar que “o magistrado formulará a proposta de aplicação de medida alternativa quando houver inércia do Ministério Público, no seu não comparecimento ou na recusa imotivada deste.” Embora seja direito constitucional do Ministério Público o exercício do direito de ação, ficando ele inerte, o juiz poderá atuar mediante provocação da parte. Com isso se garante o direito público do acusado.

Os requisitos estão previstos na Lei 9.099/95, sendo que o artigo 76, parágrafo segundo²²², exige a comprovação da circunstância impeditiva da transação penal. Portanto,

²¹⁹ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 337.

²²⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

²²¹ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 101-103.

²²² Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

não basta a mera alegação. Ausente qualquer um dos requisitos, resta impossibilitada a transação penal.²²³

O autor do fato, como já referido, não é obrigado a aceitar a proposta de transação penal, podendo recusá-la, ou até mesmo fazer uma contraproposta. Todavia, deverá ele ser informado de que a transação penal não implica reconhecimento de culpa ou reincidência, nem deixa antecedentes criminais. A única restrição para quem aceita a transação penal é a consistente em não poder aceitar outra transação penal por outro crime pelo prazo de cinco anos.²²⁴

A transação traz como vantagens, ainda, a resposta penal imediata e o fato de se evitar o processo moroso, havendo pouco custo. Por outro lado, tem-se a ausência da contrariedade e o não exercício da ampla defesa.²²⁵

Uma vez aceita a transação penal, o juiz proferirá sentença homologatória condicionada ao cumprimento da proposta fixada. Destarte, se o acusado não cumpre a medida, o oferecimento de denúncia é admitido. Cumprida a transação penal, será proferida sentença de extinção da punibilidade.²²⁶

Por fim, pode-se concluir que o referido estatuto legal constitui um novo sistema processual, com princípios próprios, afastando dos sistemas e regras do Código Penal e do Código Processual Penal. Contudo, em vez de optar pela descriminalização, atendendo ao princípio da intervenção mínima do direito penal, o legislador preferiu a despenalização através do processo.²²⁷

Em síntese, para Aury Lopes Júnior,

²²³ GIACOMOLLI, **Juizados especiais criminais**, p. 96.

²²⁴ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 755.

²²⁵ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 76.

²²⁶ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 756.

²²⁷ TOVO et. al., **Estudos de direito processual penal**, p. 23.

a justiça negociada não faz parte do modelo acusatório e tampouco pode ser considerada como uma exigência do processo penal de partes. Resulta ser uma perigosa *medida alternativa ao processo*, sepultando as diversas garantias obtidas ao longo de séculos de injustiças. Ademais, está intimamente relacionada ao afastamento do Estado imposto pelo modelo neoliberal e também com o movimento da lei e ordem, eis que ressuscitou no imaginário coletivo um rol de condutas que não deveriam ser mais objeto de tutela penal (no caso dos delitos de menor potencial ofensivo). Contribui, assim, para a panpenalização.²²⁸

Assim, quando tudo indicava na direção da descriminalização e despenalização, surge a Lei 9.099/95, dando uma sobrevida desnecessária às pequenas infrações.

Conclui-se, além disso, que embora preceitos semelhantes à justiça negociada, advindos com a Lei 9.099/95, tenham favorecido a celeridade com que são realizados os acordos e com isso finalizados os processos, com uma considerável economia de tempo e direito, ela resulta numa perigosa alternativa na medida em que aponta para a inconveniente privatização do processo penal, completamente incompatível com sua verdadeira finalidade e o caráter estatal da pena.

Além disso, é controverso a homologação do acordo civil acarretar em renúncia ao direito de representação ou de queixa, e respectivamente levar à extinção da punibilidade do autor do fato apenas nos crimes de menor potencial ofensivo, em que a vítima tem o poder de “perdoar” o autor do fato e solucionar brevemente o caso, enquanto nas outras ações penais públicas isso é inadmissível.

Todavia, mister compreender que é inegável que a sociedade hoje seja regida pela velocidade, mas isso não deve ser motivo para tolerar o atropelo de direitos e garantias fundamentais características dos juizados especiais.

4.3 A SUPERACÃO DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

Nesse momento, após vislumbrados casos de intercomunicação das jurisdições, bem como dos desvios de finalidade do processo penal, acentuando diferenças insuperáveis entre os ramos processuais, buscar-se-á analisar criticamente a aplicação da teoria geral do processo ao processo penal.

²²⁸ LOPES Jr., **Introdução crítica ao processo penal**, p. 146.

A disciplina de teoria geral do processo já é uma realidade na maioria das Escolas de Direito, em que trata o ensino do direito processual de forma unitária e integrada, relativamente aos aspectos dogmáticos de institutos comuns a todo direito processual, civil, penal, trabalhista, objetivando agilizar o aprendizado, com um professor ensinando conceitos, dispensando os outros de ensinar a mesma coisa.²²⁹

No entendimento de Julio Fabrini Mirabete, hoje se fala em teoria geral do processo como disciplina para o estudo dos institutos básicos dos dois ramos por ser inegável que relaciona-se o direito processual penal com o direito processual civil por serem ramos do mesmo tronco.²³⁰

Sobre a dogmática processual, tendente a esclarecer se existe apenas uma ciência do direito processual ou duas distintas compostas pelo direito processual civil e direito processual penal, diverge a doutrina, havendo pelo menos duas correntes. Os unitaristas afirmam que o direito processual civil e o direito processual penal são dois ramos distintos de uma mesma ciência, que é a ciência do direito processual, não existindo distinção substancial entre ambos. Os dualistas sustentam, por seu turno, que o direito processual civil e o direito processual penal são substancialmente distintos.²³¹

Para Fernando da Costa Tourinho Filho, o processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só, de modo que

nas suas linhas estruturais, não divergem os Processos Civil e Penal. Muitos institutos de um e outro são idênticos. Que é a ação senão um direito público, subjetivo, qual o de provocar a atuação dos órgãos jurisdicionais? Todas as ações de todos os ramos do Direito Processual não têm um caráter público, dado que se dirigem ao Estado para obter a atuação de seus órgãos jurisdicionais? Assim, quer no Processo Penal, quer no Processo Civil, o conceito de ação é um só. Apenas a natureza da pretensão é que dá, quanto ao conteúdo, um colorido diferente à ação penal e à ação civil.²³²

O autor, portanto, segue uma corrente unitarista, ao sustentar que o conceito de ação é um só, tanto no processo civil quanto no processo penal, sendo a pretensão o único instituto que os difere.

²²⁹ ALVIM, J. E., Carreira. **Teoria geral do processo**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

²³⁰ MIRABETE, **Processo penal**, 2005, p. 32.

²³¹ ALVIM, **Teoria geral do processo**, 2011, p. 31.

²³² TOURINHO FILHO, **Manual de processo penal**, p. 12.

Afrânio Silva Jardim entende, também, que a natureza pública ou privada da pretensão acarreta peculiaridades ao processo penal e ao processo civil, entretanto tais peculiaridades não chegam a afetar a ontologia do processo.²³³

Nesse raciocínio, os institutos processuais só diferem em relação ao conteúdo do processo, seja ele a pretensão punitiva no processo penal, seja ele a pretensão extra-penal no processo civil. Assim, o que individualiza o ramo jurídico denominado direito processual penal é a pretensão punitiva.²³⁴

Por outro lado, seguindo uma corrente dualista, Aury Lopes Júnior ensina que a teoria geral do processo foi criada e desenvolvida para ser aplicada ao processo civil, e é “todo um erro pensar que podem ser transmitidas e aplicadas no processo penal as categorias do processo civil, como se fossem as roupas da irmã mais velha, cujas mangas se dobram, para caber na irmã preterida.”²³⁵ O autor faz uma metáfora utilizando-se da irmã mais velha como sendo o processo civil, e a preterida como processo penal, para enfatizar que o processo penal sempre teve de se contentar com institutos que, na verdade, foram desenvolvidos para o processo civil.

A crítica à teoria geral do processo começa pela tentativa desastrosa de se aplicar ao processo penal a categoria lide como uma condição de ação, pois

se a lide é caracterizada por uma pretensão resistida ou insatisfeita, diz-se, não se pode conceber lide no Processo Penal, à semelhança do que ocorre no cível. Sendo o Estado o titular do direito de punir e o do bem estar social, e sendo este a maior das suas finalidades, quando alguém comete uma infração penal, não é vontade dele infligir a pena ao criminoso, mas, simplesmente, querer que o Juiz aprecie aquele fato e diga se o seu autor merece ou não ser punido. Sustenta-se, então, não haver conflito de interesses, e sim, tão somente, um único interesse: interesse em apurar se o réu merece ou não receber a reprimenda.²³⁶

Consoante já analisado no primeiro capítulo, reforça-se que o processo penal não surge através de um conflito de interesses, mas, conforme refere o autor, através de um único interesse, o de apurar se a sanção merece ou não ser aplicada ao réu.

²³³ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 20.

²³⁴ MIRABETE, **Processo penal**, 2005, p. 30.

²³⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 32.

²³⁶ TOURINHO FILHO, **Manual de processo penal**, p. 8.

Por tais motivos é controvertida a questão sobre a existência de lide no processo penal. A presença de interesses antagônicos seria precipitada, já que a acusação e a defesa estariam em busca do mesmo interesse, que é a realização de justiça. No processo criminal o Ministério Público está preocupado com o justo provimento, ou seja, estaria no mesmo sentido da pretensão defensiva para buscar a adequada aplicação da Lei Penal.²³⁷

Não se pode negar que o processo é uma das formas mais comuns de composição de conflitos de interesses, contudo a lide não lhe é essencial. Em verdade, casos há em que o conflito de interesses não se faz presente e a existência do processo é indiscutível, ou seja, pode o processo ser concebido sem uma efetiva oposição do réu à pretensão do autor.²³⁸

O conflito entre as partes na esfera penal é irrelevante, pois o bem em jogo é indisponível, ao passo que no processo civil, de regra, há poder de disposição das partes em face dos respectivos interesses. Como visto anteriormente, na seara penal há o interesse público prevalente na realização da justiça, o que é contemporizado nas ações de iniciativa privada, onde regem os princípios da oportunidade e disponibilidade.²³⁹ Assim, conclui-se em definitivo que a lide não é condição essencial para o surgimento e desenvolvimento do processo.

Diferente do processo civil, portanto, a lide não é elemento essencial para o nascimento do processo penal, eis que vigora neste ramo o princípio da necessidade do processo penal, também conhecido como princípio da intervenção mínima, que prescreve que as proibições legais de natureza penal, por deterem a potencialidade de lesar o mais valioso de todos os bens jurídicos, somente devem ser editadas quando estritamente necessárias à prevenção do desvio social. Assim, o direito penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade sempre que tal proteção possa ser obtida por outros meios menos lesivos aos direitos individuais.²⁴⁰

No processo penal, no lugar da coisa, pensa-se na liberdade, de quem está na iminência de perder, de recuperá-la, ou perdê-la ainda mais. Não se pode esquecer, ainda, que o processo penal não se constitui processo de partes livres e iguais, como no processo civil, mas uma relação de poder instituída pelo Estado que objetiva descobrir a verdade de fatos criminosos e punir os autores considerados culpados. Desta forma, a ausência de liberdade e a

²³⁷ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 38.

²³⁸ JARDIM, **Direito processual penal**, p. 160-161.

²³⁹ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 38.

²⁴⁰ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 131.

relação de poder instituída são os elementos que constituem uma diferença insuperável entre o processo civil e o processo penal.²⁴¹

Não é complicado entender essa distinção. Na jurisdição penal o Estado visa satisfazer o seu direito de punir o delito. Na jurisdição civil, que serve para tutelar interesses privados, os poderes do juiz estão subordinados à vontade e iniciativa das partes, que são árbitros da tutela dos próprios interesses.²⁴²

Nesta senda, tem-se que o poder dispositivo das partes é muito restringido no processo penal, e grande o poder do juiz. De outra banda, no processo civil é grande o poder dispositivo das partes e mínimo o poder do juiz, dada a diversidade do objeto.²⁴³

Também as categorias denominadas erroneamente de "condições da ação" apresentadas pela teoria geral do processo e aplicadas ao processo civil não podem ser levemente utilizadas no processo penal. De início, as condições da ação podem ser vistas de forma genérica: legitimidade, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido, indicadas no artigo 267, inciso VI²⁴⁴ do Código de Processo Civil, e incorporadas ao processo penal. Atualmente, com o advento da Lei 11.719/2008, o inciso II²⁴⁵ do artigo 395 do Código de Processo Penal passou a tratar das condições da ação. O artigo traz, ainda, a justa causa, trabalhada de forma autônoma no inciso III^{246 247}.

O problema de estudar as condições de ação através da teoria geral do processo está na tentativa de adequar os conceitos ao processo penal, estendendo-os para além de seus limites semânticos. O resultado é uma desnaturação completa, que violenta a matriz conceitual, sem dar uma resposta adequada ao processo penal.²⁴⁸ Diante disso, cumpre analisar cada uma dessas condições.

A legitimidade é a pertinência subjetiva da ação, que só pode ser proposta por quem é titular do interesse que se quer realizar e contra aquele cujo interesse deve ficar subordinado o

²⁴¹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 33.

²⁴² ZILIANI, Ênio Santarelli. Jurisdição penal e civil: integração e conflitos. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 1, jul. 1999, p. 133.

²⁴³ ALVIM, **Teoria geral do processo**, 2011, p. 32.

²⁴⁴ Art. 267 - Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

²⁴⁵ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

²⁴⁶ III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

²⁴⁷ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 147.

²⁴⁸ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 333.

autor.²⁴⁹ Nesse sentido, o conceito de legitimidade é um conceito que pode ser aproveitado, pois se trata de exigir uma vinculação subjetiva para o exercício da ação processual penal.

O conceito de interesse de agir trazido pela teoria geral do processo, “traduz a necessidade da tutela jurisdicional para evitar ameaça ou lesão ao direito; ou a necessidade de se invocar a tutela jurisdicional no caso concreto”.²⁵⁰ Ou seja, trata-se de interesse processual de obtenção do que se pleiteia para satisfação do interesse material.

Entretanto, quanto ao conceito de interesse, trata-se de categoria do processo civil que resulta inaplicável ao processo penal. Isso porque, como já estudado no presente tópico, o processo penal vem marcado pelo princípio da necessidade, algo que o processo civil não exige. Tanto nos crimes de ação penal pública como nos crimes de iniciativa privada, portanto, o interesse é inerente a quem tiver legitimidade para propor a ação, pois não há outra forma de obter e efetivar a punição. De acordo com Aury Lopes Júnior, para ser aplicado no processo penal, o interesse precisa ser completamente desnaturado na sua matriz conceitual.²⁵¹

Vale salientar, ainda, que o interesse de agir está intimamente ligado ao princípio de que não há pena sem processo. Portanto, na medida em que o Estado assume o monopólio da administração da justiça, surge para todos a necessidade de se dirigir ao Estado para pedir a ele providência jurisdicional que se entende devida.²⁵²

Ao que se refere à possibilidade jurídica do pedido, cumpre destacar que o pedido da ação penal, no processo penal de conhecimento, será sempre de condenação, exigindo um comportamento completamente diverso daquele dado pelo processo civil, haja vista não possuir a mesma complexidade. Logo, não satisfaz o conceito civilista de que o pedido deve estar autorizado pelo ordenamento. A doutrina que adota essa estrutura civilista costuma dizer que para o pedido ser juridicamente possível a conduta deve ser: aparentemente criminosa, o que se confunde com a causa de absolvição sumária prevista no artigo 397, inciso II²⁵³ do Código de Processo Penal; não pode estar extinta a punibilidade, causando nova confusão,

²⁴⁹ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 149.

²⁵⁰ ALVIM, **Teoria geral do processo**, 2011, p. 119.

²⁵¹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 334.

²⁵² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 236.

²⁵³ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade.

agora com o inciso IV²⁵⁴ do artigo 397; ou haver um mínimo de provas para amparar a imputação, que na verdade se entende como justa causa.²⁵⁵

Nas palavras de Aury Lopes Júnior, “o que se verifica é uma indevida expansão dos conceitos do processo civil para (ilusoriamente) atender à especificidade do processo penal”.²⁵⁶ Em suma, o que se percebe é a inadequação dessas categorias do processo civil ao processo penal.

Ademais, são frequentes as erronias e os equívocos praticados quando não se observam a natureza e as peculiaridades do direito processual penal.²⁵⁷ Com base nisso, se faz necessário encontrar dentro do processo penal suas condições próprias de ação, como se fará a seguir.

Para Aury Lopes Júnior, deve-se buscar essas condições da ação dentro do processo penal a partir da análise das causas da rejeição da acusação, de acordo com o revogado artigo 43²⁵⁸ do Código de Processo Penal. A partir daí, se extrai como condições da ação penal a prática de fato aparentemente criminoso, a punibilidade concreta, a legitimidade da parte, e a justa causa. Em que pese a revogação do artigo pela Lei 11.719/08, percebe-se que as condições da ação processual penal permanecem inalteradas.²⁵⁹

Destarte, a ação penal subordina-se a determinadas condições próprias, pois é direito subjetivo público, abstrato e autônomo de pedir ao órgão jurisdicional a atuação da lei penal.²⁶⁰

Quanto à prática de fato aparentemente criminoso, tradicionalmente se pensava que "evidentemente não constituir crime" significava, apenas, atipicidade manifesta. No entanto, esse não é um critério adequado, pois ainda que se possa discutir se crime é fato típico, ilícito e culpável ou injusto típico, ninguém, nunca defendeu que o conceito de crime se resumia à tipicidade. Assim, com a modificação estabelecida pela Lei 11.791/08, a questão deve ser analisada da seguinte forma: se houver provas de que o acusado agiu sob uma causa de

²⁵⁴ IV - extinta a punibilidade do agente.

²⁵⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 335.

²⁵⁶ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 335.

²⁵⁷ DOTTE, René Ariel. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 111.

²⁵⁸ Art. 43 – A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I – o fato narrado evidentemente não constituir crime; II – já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa; III – for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal.

Parágrafo único – Nos casos do nº III, a rejeição da denúncia ou queixa não obstará ao exercício da ação penal, desde que promovida por parte legítima ou satisfeita a condição.

²⁵⁹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 336.

²⁶⁰ ALVIM, **Teoria geral do processo**, 2011, p. 120.

excludente da ilicitude a denúncia ou queixa deve ser rejeitada por falta de condição para o exercício da ação penal, conforme artigo 395, inciso II²⁶¹ do Código de Processo Penal; caso o convencimento do juiz somente seja possível após a resposta do acusado, a decisão será de absolvição sumária, nos moldes do artigo 397 do Código de Processo Penal, já visto anteriormente.²⁶²

A próxima condição para o início do processo penal é a chamada punibilidade concreta, que também figura como causa de absolvição sumária prevista no inciso IV do Código de Processo Penal aos casos em que essa prova somente é produzida após o recebimento da denúncia. Significa dizer que, uma vez detectada a causa de extinção da punibilidade, deverá rejeitar-se a denúncia ou queixa ou absolver o réu sumariamente, de acordo com o momento em que seja reconhecida.²⁶³

Quanto à legitimidade de parte, ensina Nestor Távora que

no pólo ativo deve figurar como regra o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública, ou o particular (querelante), titularizando as ações de iniciativa privada, porém na condição de substituto processual, pleiteando em nome próprio direito alheio (*jus puniendi* pertencente ao Estado). Já no pólo passivo, como solar conclusão, figura o réu, que nas ações de iniciativa privada ganha o adjetivo de querelado.²⁶⁴ (grifo do autor)

Desta forma, nos processos que tenham por objeto a apuração de delitos constantes em denúncia, ou de ação penal de iniciativa pública, o pólo ativo deverá ser ocupado pelo Ministério Público, enquanto nas ações de iniciativa privada, caberá à vítima ou seu representante legal assumir o pólo ativo do processo. Já no pólo passivo, figura o réu, pessoa contra a qual é exercida a pretensão acusatória. Importante referir, ainda, que em hipótese alguma existe substituição processual no processo penal.

Em face do exposto, a imputação deve ser dirigida contra quem praticou o injusto típico, não havendo possibilidade de ser feito um juízo de certeza, mas sim de mera probabilidade, verossimilhança da autoria. A probabilidade da autoria vem dada pelos elementos de convicção que devem acompanhar a denúncia ou queixa. Não existe qualquer

²⁶¹ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.

²⁶² LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 338.

²⁶³ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 338.

²⁶⁴ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 149.

presunção de veracidade no afirmado pelo acusador, até porque iria de encontro à presunção de inocência do réu, princípio já analisado no presente trabalho.²⁶⁵

Por fim, cumpre tratar da justa causa, importante condição da ação processual penal, prevista no artigo 395, inciso III²⁶⁶ do Código de Processo Penal. De acordo com a presente condição, a ação só pode ser validamente exercida se a inicial conter um mínimo obrigatório que indique os indícios de autoria, da materialidade delitiva, e da constatação da ocorrência de infração penal em tese. Todavia, alguns doutrinadores integram a justa causa ao interesse de agir, ou mesmo como requisito ao desenvolvimento do procedimento, e não à propositura da ação.²⁶⁷

No entanto, a justa causa é um verdadeiro ponto de apoio para toda a estrutura da ação processual penal, considerada uma inegável condição da ação penal, constituindo uma condição de garantia contra o abusivo direito de acusar.²⁶⁸

Para além das enumeradas e explicadas anteriormente, existem outras condições que condicionam a propositura da ação penal, chamadas de condições específicas. É dizer, “as condições de procedibilidade e as causas objetivas de punibilidade, albergadas, umas e outras, nos incisos II e III do artigo 395 do CPP”.²⁶⁹ São, pois, condições de procedibilidade a representação e a requisição do Ministro da Justiça nos crimes de ação penal pública condicionada. Além dessas, existem outras condições da ação exigidas pela lei penal ou processual penal, como os exemplos trazidos por Aury Lopes Júnior:

a) poderes especiais e menção ao fato criminoso na procuração que outorga poderes para ajuizar queixa-crime, no termos do art. 44 do CPP; b) a entrada no agente no território nacional, nos casos de extraterritorialidade da lei penal, para atender à exigência contida no art. 7º do Código Penal; c) o trânsito em julgado da sentença anulatória do casamento no crime do art. 236, parágrafo único, do CP; d) prévia autorização da Câmara dos Deputados nos crimes praticados pelo Presidente ou Vice-Presidente da República, bem como pelos Ministros de Estado, no termos do art. 51, I, da Constituição.²⁷⁰

Vale esclarecer que os exemplos trazidos pelo autor não são taxativos, ou seja, poderão estar presentes outras condições dependendo do caso específico.

²⁶⁵ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 341.

²⁶⁶ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

²⁶⁷ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 151.

²⁶⁸ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 342.

²⁶⁹ TÁVORA; ALENCAR, **Curso de direito processual penal**, p. 151.

²⁷⁰ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 346.

Diante de todo exposto, e com base nas diferenças aqui expostas, é chegado o momento de desvelar a diversidade fenomenológica do processo civil e do processo penal, e compreender, definitivamente, que o processo penal possui suas categorias próprias. O processo civil, ao contrário do que sempre se fez, não serve para compreender o que é processo penal: serve para compreender o que não é. Daí porque basta de teoria geral do processo.²⁷¹

Em que pese a grande maioria da doutrina proclamar a necessidade da teoria geral do processo, sustentando a unidade do direito processual, são visíveis as diferenças entre os institutos dos processos civil e penal. Cabe mencionar que grande parte da corrente unitarista é composta por processualistas civis, ou seja, pouco sabem e pouco falam de processo penal.

Nessa linha, o processo penal acaba sendo preterido, tendo de usar as categorias que foram desenvolvidas para o processo civil, em total desrespeito com suas categorias próprias.

Embora a independência entre as duas esferas não seja absoluta, existindo casos em que uma esfera possui o condão de influenciar a outra e que o único caso observado em que as duas jurisdições realmente se encontram é através da Lei 9.099/95, não parece razoável a aplicação de uma teoria geral do processo. Os casos e exemplos aqui expostos são insuficientes para uma teoria geral processual, pois não se aplica na sua integralidade ao processo penal. Deste modo, justo seria uma teoria geral para cada ramo processual, que atenda especificamente e adequadamente as suas necessidades, eis que cada um possui suas peculiaridades e características próprias.

²⁷¹ LOPES Jr., **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, p. 32-33.

5 CONCLUSÃO

O processo penal possui várias peculiaridades que o distinguem do processo civil e tornam árdua a tarefa de enquadrá-lo em uma teoria geral do processo, normalmente aplicável a processos não-penais.

Ao decorrer do presente trabalho, perseguiu-se o escopo de identificar, analisar, e pormenorizar essas diferenças entre os dois ramos processuais em seus aspectos mais relevantes. A começar pela função do processo, em que se percebeu sua necessidade na justiça penal, ao passo que o direito penal é despido de coerção direta, diferente do direito civil. Assim, o Estado tornou obrigatória a aplicação do direito penal através do processo para melhor garantir a defesa do acusado e tutelar sua liberdade, eis que banida está a vingança privada no Estado Democrático de Direito, e, portanto, não existe pena sem processo. Em contrapartida, na esfera cível é completamente possível o alcance de uma satisfação fora do âmbito processual, ressaltando a diferença entre as instrumentalidades dos processos civil e penal.

Tendo em vista que para a existência do processo se faz necessária a declaração de vontade da parte interessada, buscou-se analisar a essência dessa pretensão. Tem-se como conceito geral de pretensão a subordinação do interesse alheio ao próprio, e é através da existência da pretensão manifestada em juízo que surge o processo. No entanto, como no direito civil há a possibilidade de se buscar a efetivação de um direito fora do processo civil, a pretensão só nasce quando há resistência. Já no direito penal, apesar da ocorrência do fato ilícito, o direito de punir somente surge após reconhecida a autoria mediante processo, ressaltando que o processo serve de caminho para a pena. Percebe-se, assim, que no processo penal o poder punitivo é personificado no juiz e só ele pode concretamente condenar o culpado e executar a pena. Como a pena está fora do poder das partes, só cabe ao acusador exigir que a justiça penal exerça o poder punitivo. Diferentemente do processo civil em que as partes possuem a opção de entrar ou não em juízo, no processo penal vigora o princípio da indisponibilidade, de modo que o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia quando o fato possuir fortes indícios de ilicitude, tipicidade, e culpabilidade. Deste modo, resta clara a diferença no que tange ao conteúdo da pretensão no processo civil e no processo penal, isso porque no processo civil o autor alega um direito próprio e pede a adjudicação do mesmo,

enquanto no processo penal é solicitado ao Estado para que condene o acusado e execute a pena, pois o acusador só possui o direito de acusar.

Na sequência, foi verificada a importância dos princípios como guias auxiliares para solucionar possíveis problemas no processo. Sendo o direito processual o responsável por regular o exercício do Poder Judiciário, se fez necessário, inicialmente, estudar as regras contidas na Constituição Federal. Tratou-se o princípio do devido processo legal como o mais importante dos princípios que regem o direito processual, pois ninguém será privado da vida, liberdade, propriedade, sem um processo justo. Além disso, os demais princípios geralmente decorrem deste. Pôde-se vislumbrar, ainda, algumas distinções entre os ramos processuais ao tratar dos princípios. Toma-se como exemplo o princípio do contraditório, em que no processo penal deve ser real e efetivo, mesmo o réu não querendo se defender, deve fazê-lo. Já no processo civil, basta a ciência às partes e não cabe ao juiz forçar a defesa, assim, não se defendendo, o réu sofrerá as consequências da revelia. Por tais motivos, o princípio reitor do processo penal é o da presunção da inocência.

Feitas essas diferenciações introdutórias, trouxe o presente trabalho algumas noções a respeito da comunicação das jurisdições cível e criminal. Indiscutível que um mesmo fato pode ter repercussão nas várias searas do direito. Assim, tratou-se do artigo 935 do Código Civil como o principal exemplo de influência do direito penal no campo cível, ao dizer que não mais se poderá questionar na esfera cível sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas na esfera criminal, deixando claro que não há independência absoluta entre as jurisdições. Como outro exemplo dessa intercomunicação, se tem a sentença penal condenatória, que constitui título executivo e tem força julgada apenas no que diz respeito ao dever de indenizar.

No entanto, para as considerações terem consistência, foi feita uma diferenciação do dever violado e da responsabilidade que este causa em cada ramo processual estudado. Isso porque ato ilícito é fato gerador da responsabilidade, e esta pode apresentar-se, quanto à natureza da norma violada, no aspecto civil e no aspecto penal. Nesse contexto, na responsabilidade civil o agente tem obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, enquanto na responsabilidade penal deve o agente, na sua pessoa, sofrer a aplicação de uma cominação legal.

Assim, percebeu-se que, havendo ilícito penal, há quase sempre um ilícito civil, porque o crime não é somente violação de um bem ou interesse penalmente protegido, mas também ilícito civil, como injusto que produz dano. Neste sentido, foi relevante trazer a

questão da indenização paga pelo ofensor à vítima, sendo que a regra geral prevista no artigo 104, parágrafo único, do Código Penal, diz que não implica renúncia da queixa o fato de receber o ofendido a indenização do dano causado pelo crime. Ou seja, mesmo o autor do fato reparando o dano patrimonial ou moral, o processo continua em andamento.

No que tange à obrigação do juiz criminal fixar um valor mínimo para reparar os danos causados por uma infração, por força do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, há crítica por grande parte da doutrina, que sustenta ser uma tentativa de adoção do sistema da confusão, em que a pretensão condenatória e indenizatória estariam vinculadas na mesma demanda, sendo essa cumulação tratada como deformação do processo penal.

Além disso, foi possível vislumbrar que a Lei 9.099/95 que trata dos juizados especiais, possibilitou o contato das duas jurisdições, possibilitando análise do aspecto civil e do aspecto penal em um mesmo momento. Para entender esse novo paradigma do processo penal, contudo, foi necessário analisar, primeiramente, os principais institutos trazidos pela lei, que tem competência para julgar as infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos. O objetivo da Lei 9.099/95 era da maior celeridade e menos formalidade aos processos, todavia, observou-se que não foi atingido o objetivo de desafogar o judiciário, muito pelo contrário. O que realmente aconteceu foi uma demanda nova e imensa de novas acusações criminais por condutas absolutamente irrelevantes e insignificantes para o processo penal, que antes eram alcançadas pela prescrição. E, ainda, exacerbou a crise de identidade do processo penal, possibilitando a reparação do dano e solução conciliatória, atropelando direitos e garantias fundamentais no processo em nome da informalidade e celeridade.

Um dos seus traços mais marcantes é a tentativa de despenalização, isto é, a lei propugna-se sempre que possível, pela aplicação de pena não privativa de liberdade. Através desse discurso de despenalização, surge o equívoco de querer aplicar o sistema negocial ao processo penal como se estivesse tratando de um direito de ramo privado.

Ademais, no âmbito dos juizados especiais criminais, havendo a composição na ação penal pública condicionada ou na ação penal privada, a homologação do acordo civil acarreta a renúncia ao direito de representação ou de queixa, respectivamente, leva à extinção da punibilidade do autor do fato, exceção à regra disposta no parágrafo único do artigo 104 do Código Penal, fato que gera controvérsias, pois nessa esfera a vítima tem o poder de “perdoar” o autor do fato e solucionar brevemente o caso, enquanto nas outras ações penais públicas isso é inadmissível.

Assim, percebe-se que é possível se resolver também a questão penal através de um instituto contido na esfera cível, ou seja, a reparação. Todavia essa possibilidade de eficácia só é percebida no âmbito do juizado especial criminal. Ou seja, a regra geral é a de que não se pode resolver tanto a questão civil como a questão penal com um acordo pecuniário, “unindo” as jurisdições, pois como visto ao estudar a responsabilidade penal, ela não carece apenas de uma vontade e de um acordo entre as partes.

Embora visível essas possibilidades de intercomunicação, os exemplos aqui expostos demonstraram, ainda, serem insuficientes para uma teoria geral do processo, como analisado no final do último capítulo. Em face às inegáveis peculiaridades e diferenças dos ramos processuais, e tendo em vista que a teoria geral do processo foi desenvolvida para o processo civil, não parece razoável a aplicação de uma teoria geral do processo. Cabe mencionar que grande parte da corrente unitarista é composta por processualistas civis, ou seja, pouco sabem e pouco falam de processo penal.

Destarte, o mais justo seria uma teoria geral para cada ramo processual, que atendam especificamente e adequadamente as suas necessidades, eis que cada um possui suas peculiaridades e características próprias.

Por fim, não se contesta que o processo civil e o processo penal possuem diferenças insuperáveis e que a divisão em diversos órgãos especializados tem por fim dar a melhor solução às diferentes espécies de conflitos. Viu-se que a intercomunicação das jurisdições cível e criminal possibilita a interferência na competência, contudo, nem sempre é possível estabelecer uma total independência entre as instâncias.

Quando essa multiplicidade de efeitos práticos de um ato ilícito torna-se realidade, as duas jurisdições estão prontas para se pronunciarem com independência, nos limites da competência que o ordenamento jurídico lhes reserva. Elas interagem, embora sejam diversas suas aspirações.

Destarte, percebe-se que a regra básica é a repercussão da decisão criminal no juízo cível naquilo que é comum às duas jurisdições, e somente até esse limite.

REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal**: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ALVIM, J. E, Carreira. **Teoria geral do processo**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ALVIM, J. E, Carreira. **Teoria geral do processo**. 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 2.ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 24. Set. 2012.
- BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. **Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm>. Acesso em: 24. Set. 2012.
- BRASIL. Lei Nº 11.313, de 28 de junho de 2006. **Altera os arts. 60 e 61 da Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, e o art. 2o da Lei no 10.259, de 12 de julho de 2001, pertinentes à competência dos Juizados Especiais Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11313.htm>. Acesso em: 25. Set. 2012.
- BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 21. Set. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 24. Set. 2012.
- BRASIL. Lei nº 9.714, de 25 de novembro de 1998. **Altera dispositivos do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9714.htm>. Acesso em: 27. Jul. 2012.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. Teoria geral do direito processual civil. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A “objetivação” no processo civil: as características do processo objetivo no procedimento recursal. **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 178, dez. 2009.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito penal e outros ramos do direito. Interdependência, comunicação, encontros e desencontros. Uma visita holística aos diversos planos do direito a partir do direito penal. **Revista Jurídica**, São Paulo: Malheiros, n. 324, out. 2004.

DIDIER Jr., Fredie et. Al. **Curso de direito processual civil**. Execução. 3.ed. Salvador: Juspodvim, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. Responsabilidade civil. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**. Responsabilidade civil. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados especiais criminais**: Lei 9.099/95. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil**. Teoria geral e processo de conhecimento. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JARDIM, Afranio Silva. **Direito processual penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito das obrigações**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**. Fundamentos da instrumentalidade Constitucional. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade

civil. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, p. 338, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2.ed. Campinas: Millenium, 2000.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MUCCIO, Hidejalma. **Prática de processo penal**. Teoria e modelos. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAIXÃO JÚNIOR, Manuel Galdino da. **Teoria geral do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PIZZOL, Patricia Miranda. **A competência no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. **Curso completo de direito penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à justiça penal e estado democrático de direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio. **Teoria geral do processo civil**. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STATUS quo ante bellum. In: **Wikipédia**, a enciclopédia livre. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Status_quo_ante_bellum. Acesso em: 03. Ago. 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. Doutrina e jurisprudência. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6.ed. Salvador: Juspodvim, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOVO, Paulo Claudio et. al. **Estudos de direito processual penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Responsabilidade civil. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGEL, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZILIANI, Ênio Santarelli. Jurisdição penal e civil: integração e conflitos. **Revista síntese de direito civil e processual civil**, Porto Alegre: Síntese, v.1, n. 1, jul. 1999.