

APONTAMENTOS PARA UM ESTUDO SOBRE A REPARAÇÃO DO DANO CAUSADO PELO CRIME E OS MEIOS DE PROMOVÊ-LA EM JUÍZO

José Carlos Barbosa Moreira

1. *Efeitos penais e extrapenais do Crime* — É trivial a observação de que um mesmo e único fato ou comportamento humano pode surtir efeitos vários no mundo do direito. Basta, para tanto, que mais de uma regra jurídica o preveja como suporte de sua incidência, ou como elemento desse suporte. Assim, por exemplo, a morte de determinada pessoa, que de um lado acarreta a abertura da sucessão, com a transmissão imediata do domínio e da posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (Código Civil, art. 1.572), extingue, por outro, a punibilidade de qualquer delito por ela praticado (Código Penal, art. 108, n.º I), produz a suspensão do processo civil em que ela seja parte (Código de Processo Civil, art. 265, n.º I), ou até a respectiva extinção, caso — para usarmos a linguagem legal — seja a ação considerada intransmissível (Código de Processo Civil, art. 267, n.º IX), e assim por diante.

Em se tratando de fato capitulado na lei como delituoso, além da conseqüência mais gritante, que é a de sujeitar o agente à imposição de pena, desde que concorram todos os pressupostos legais, outras podem sobrevir, estranhas ao âmbito criminal. Aqui nos interessam as conseqüências suscetíveis de manifestar-se no plano *civil* — ou antes, uma delas, em particular, como se verá dentro em pouco. Na verdade, concebem-se diversas, já que a prática de crime é relevante para a incidência de mais de uma regra de direito civil: apenas em caráter exemplificativo, mencionem-se a que contempla o roubo e o furto como excludentes da responsabilidade do alienante, a título de evicção (Código Civil, art. 1.117, n.º I); as que fazem revogável a doação, quando o donatário atente contra a vida do doador ou cometa contra ele ofensa física, injúria grave ou calúnia (art. 1.183, n.ºs I, II, III); as que excluem da sucessão os herdeiros ou legatários que houverem praticado homicídio ou tentativa de homicídio contra o autor da herança, ou ainda incorrido em crime contra a sua honra (art. 1.595, n.ºs I e II).

2. *O efeito civil relacionado com o dano* — Não é, porém, de quaisquer efeitos civis do fato delituoso que se tratará no presente trabalho. O campo da nossa pesquisa já ficou, aliás, claramente delimitado pelo respectivo título.

A palavra “dano”, bastante equívoca na linguagem jurídica, nenhuma relação tem aí, convém desde logo advertir, com a conhecida classificação das figuras delituosas em “crimes de dano” e “crimes de perigo”. Não é este o lugar próprio para o exame, ainda que perfunctório, das numerosas e árduas questões que a doutrina penalística tem versado a respeito de tal distinção e do critério em que

ela se funda; nem caberia, sequer, enfrentar uma indagação relevante do ponto de vista penal, *mas só dele*: se em todo e qualquer delito, inclusive nos chamados "crimes de perigo", se deve ou não reconhecer a existência de um *dano*, em sentido lato.

Nada disso vem agora ao caso, pois não é com o dano *criminal*, e sim com o dano *civil*, que se relacionam as nossas cogitações no momento. Mais precisamente, elas concernem àquela particular conseqüência civil do fato delituoso, que consiste na obrigação de reparar o dano por ele causado. Ou, em termos ainda mais exatos: aos modos pelos quais o titular do direito à reparação pode fazê-lo valer, quando o próprio responsável não se disponha a compor voluntariamente o dano.

3. *Crime e dano civil* — Falando-se de "reparação do dano causado pelo crime", surge questão que desde logo cumpre enfrentar. Diz-se que "nem todo crime produz dano apreciável civilmente" (1). Tal afirmação, contudo, poderia ser entendida em dois sentidos distintos: primeiro, o de que certos delitos não produzem *dano algum*, do ponto de vista civil; segundo, o de que não produzem *dano capaz de fazer nascer a obrigação de reparar*. Trata-se de coisas inconfundíveis, e perfeitamente se concebe que uma exista sem a outra; que o ordenamento *exclua* a responsabilidade civil do causador em relação a determinadas espécies de dano (moral, por exemplo), ou ao dano produzido sob certas circunstâncias. Dizer, pois, que pode haver crime sem que a gente fique obrigado à reparação, não importa necessariamente dizer que pode haver crime sem que se configure dano do ponto de vista civil: o dano existiria sempre, ainda que inidôneo para gerar aquela conseqüência.

Deparam-se na doutrina ambas as opiniões: a que sustenta a possibilidade de crime *sem qualquer resultado danoso* (2) e a que, reputando indissociável do crime o dano civil, admite apenas que este possa vir desacompanhado da obrigação de reparar (3). Parece mais

(1) Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, 2ª ed., S. Paulo, 1952, vol. I, t. II, pág. 584.

(2) Vide, entre nós, *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado*, t. 53, Rio de Janeiro, 1966, pág. 103: "O ato pode ser criminoso e incorrer em pena quem o pratique sem que daí resulte dever de indenizar (*falta ao suporte fáctico o elemento do dano*)" (sem grifo no original). Na moderna literatura peninsular, sublinha por exemplo Grimaldi, *L'azione civile nel processo penale*, Nápoles, 1965, págs. 11, 37, 111, o caráter puramente *eventual* de um dano civil conseqüente ao delito. Veja-se, aliás, o texto do art. 185, 2ª alínea, do *Codice penale*: "Ogni resto che abbia cagionato un danno, *patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento...*", onde o trecho destacado manifestamente pressupõe a existência de crimes não produtores de dano (civil).

(3) Cite-se, por todos, Carnelutti, *Il danno e il reato*, Pádua, 1930, págs. 15/6, 25, 65/6.

aderente à realidade o entendimento que reconhece a existência de figuras delituosas a propósito das quais não há cogitar de dano (*tout court*) ao ângulo civil: assim, v.g., o delito consistente em “trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (Lei n.º 6.368, de 21.10.1976, art. 16), ou em “acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem” (Código Penal, art. 341). *A fortiori*, em se tratando de delito meramente *tentado* (art. 12 n.º II): a tentativa de furto, por exemplo, só em casos raros produzirá dano civil (4). Não é unicamente a relação jurídica obrigacional, aí, que tem excluído, a título de exceção, o seu nascimento: o que se nega é o próprio efeito *civilmente danoso* do comportamento *penalmente punível*. Seria inexato dizer apenas que não há dano *suscetível de obrigar à reparação*: a verdade é que, pelo prisma civil, pura e simplesmente *não há dano*.

Tem-se afirmado que a existência ou inexistência de resultado danoso no plano civil depende da natureza privada ou pública do bem jurídico (ou, como preferem dizer alguns, do interesse) cuja proteção constitui a precípua razão de ser da norma incriminadora. No sentir de um clássico monografista da matéria (5) — que, aliás, não distinguia entre *dano* e *dano gerador da obrigação de reparar* —, a exclusão desta última ocorreria quando se violasse norma penal editada “*a tutela di interessi a carattere rigorosamente pubblico*”; mas o autor cuidava de esclarecer que deixava de lado os interesses *também* individuais. A ressalva era indispensável: com efeito, em diversas hipóteses, conquanto a incriminação *primariamente* se ligue à tutela de bem ou interesse público, o fato repercute de modo prejudicial na esfera jurídica privada: é o que acontece, v.g., na corrupção passiva (art. 317), na violência arbitrária (art. 322), no patrocínio infiel (art. 355) e em tantos outros crimes contra a administração pública. Por outro lado, pode suceder que não se configure dano civil

(4) Cf., na doutrina pátria, *Tourinho Filho, Processo Penal*, 19 vol., 3ª ed., Bauru, 1977, pág. 468. Exemplo interessante é o formulado por *Grimaldi, L'azione civ.* ..., pág. 102: se um ladrão, para furtar num pomboal, provoca a fuga de todos os pombos sem conseguir capturar um único sequer, não se poderá falar de crime consumado, porque não chegou a ocorrer a subtração, mas o proprietário sofre dano com a perda das aves. *Carnelutti*, para quem o crime (ainda tentado) *sempre* causaria dano, reconhecia que, às vezes, da tentativa não decorre dano *ressarcível*, e exemplificava: o ladrão é apanhado pelo policial no momento em que estendia a mão para as mercadorias expostas por um vendedor de frutas, sem que chegasse a tocá-las e sem que o proprietário sequer o percebesse (*Il danno e il reato*, pág. 24). Mas é difícil imaginar que *dano* — embora não *ressarcível* — sofre aí o dono das mercadorias.

(5) *Paoli, Il reato, il risarcimento, la riparazione*, Bolonha, s/d (1924), pág. 99.

apesar de privado o bem jurídico objeto da tutela penal: assim, de ordinário, no caso já lembrado da tentativa de furto (6).

4. *Ilícito penal e ilícito civil* — Por vezes se afirma que a ilicitude penal do fato — ao menos quando esteja em jogo interesse privado — envolve sempre a sua ilicitude civil; ou, em outras palavras, que todo crime é também, necessariamente, um ato ilícito do ponto de vista civil (7). Caso se considere que o dano é inseparável do delito, qualquer dúvida será descabida. Na perspectiva oposta, contudo, a questão se torna mais complexa.

É que, no âmbito mesmo do direito civil, não há unanimidade acerca da pertinência ou não do dano ao próprio conceito de ato ilícito. Segundo corrente doutrinação prestigiosa, em nosso país e alhures, inexistindo dano, não se configura ilícito civil (8); outra, não menos autorizada, vê no dano aspecto puramente acidental do ato ilícito, entendendo que este se caracteriza, na essência, pela simples relação de contradição entre o comportamento e o preceito contido na norma jurídica civil (9). A esta última concepção objetiva-se que uma atividade contrária ao direito, mas da qual não resulte qualquer prejuízo, deve ser considerada irrelevante: seria *praticamente* inútil, e por isso desaconselhável, qualificar de ilícito um ato que não pro-

- (6) "Il danno civile manca (...) sempre che la incriminazione sia in funzione della tutela di un interesse di esclusiva valutazione penale. Ma esso può mancare anche nel caso di concorso di norme quando la norma penale concorra con una norma di diritto pubblico (diritto costituzionale o amministrativo) o sia pure di diritto privato, ma diversa da quelle dalle quali origina una delle tre fattispecie di danno (restituzione, risarcimento, riparazione)" (Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, vol. I, 2ª ed., Milão, 1965, pág. 159; destaques nossos). Um reparo: a oração final entremostra ainda uma vez a falta de distinção nítida entre dano civil e dano civil gerador da obrigação de reparar (*lato sensu*).
- (7) Assim, v.g., Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Nápoles, 1961, vol. I, págs. 479/80; entre nós, Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, 2ª ed., 2ª vol., S. Paulo, 1977, pág. 400: "o fato ilícito penal é, a fortiori, ilícito civil".
- (8) Veja-se a definição de Clóvis Beviláqua, *Direito das Obrigações*, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1921, pág. 211: "Ato ilícito é aquele que, praticado sem direito, causa dano a outrem, seja uma omissão ou uma comissão" (grifamos). Modernamente, no mesmo sentido, entre outros, Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. I, S. Paulo, 1962, pág. 324; Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Parte geral, 2ª ed., S. Paulo, 1969, pág. 249. Na Itália, cf., exemplificativamente, De Ruggiero — Maroi, *Istituzioni di diritto privato*, 8ª ed., Milão — Messina, s/d, vol. II, pág. 480; Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 5ª ed., Pádua, 1960, pág. 184; Carliota — Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, s/d, págs. 28/9, 31; Brastello, *I limiti della responsabilità per danni nel nuovo sistema legislativo italiano*, Nápoles, 1942, págs. 304 e segs. Aliter, na literatura recente, Carbone, *Il fatto dannoso nella responsabilità civile*, Nápoles, 1969, 97 e segs., onde se discute extensamente a questão, com amplas referências bibliográficas em notas (*vide* também as notas 63 a 65, nas págs. 29/31).
- (9) Assinale Ponte de Miranda, *Trata. de Dir. Prlv.*, t. 53, pág. 196, que "o fato ilícito pode ser ilícito absoluto sem causar dano"; e dá o seguinte exemplo: "Entra B na casa de A, sem permissão, mas nenhum prejuízo patrimonial ou não patrimonial resultou de seu ato imprudente".

duza a consequência de obrigar o agente à reparação ⁽¹⁰⁾. Mesmo, porém, que se deixe de lado a conveniência de evitar confusão entre o conceito de *dano* e o *dano reparável* — isto é, entre o gênero e a espécie —, sempre se poderá responder que não se resume na aludida obrigação o rol das consequências previstas na lei civil para a infração do preceito: por exemplo, qualquer ato que importe “grave violação dos deveres do casamento”, ainda quando não acarrete para o infrator a obrigação de reparar, pode servir de base ao pedido de separação judicial (Lei n.º 6.515, de 26.12.1977, art. 5.º, *caput*) ⁽¹¹⁾.

Em tais condições, não bastará na verdade a inexistência de dano para que se exclua *ipso facto* a ocorrência de *ilícito civil*, a par do ilícito *penal*. Poderá haver, além do crime, ilícito civil *sem dano*: é suficiente que o comportamento contrarie preceito *comum* ao direito penal e ao direito civil. Várias são, portanto, as combinações em tese concebíveis: (a) crime sem ilícito civil (exemplo: reingresso de estrangeiro expulso — Código Penal, art. 338); (b) crime com ilícito civil sem dano (exemplo: violação de domicílio, se nenhum prejuízo ocorreu para o proprietário); (c) crime com ilícito civil e dano não produtor da obrigação de reparar (exemplo: injúria, caso o ordenamento não contemple a reparação do dano moral); (d) crime com ilícito civil e dano capaz de gerar tal obrigação (exemplos: homicídio, lesão corporal, furto, apropriação indébita, estelionato, etc.). Dos casos sob *d*, que são os mais freqüentes, cuida, à evidência, a presente investigação. Os restantes deixam de interessar neste contexto; as referências que a eles fizemos, nas precedentes considerações, visavam tão-só a demarcar com precisão a área em que se vai trabalhar.

5. *Espécies de composição do dano* — Temos usado até aqui (e continuaremos a usar, *commoditatis causa*) a palavra “reparação” em sentido lato, para designar qualquer tipo de prestação devida à pessoa a quem o fato delituoso haja causado dano. A doutrina, todavia, identifica mais de uma forma de composição do dano, a reserva para cada qual uma denominação específica ⁽¹²⁾. Assim é que se fala de restituição (*lato sensu*) para indicar a mais singela

(10) Nesse sentido, v. g., Orlando Gomes, *Obrigações*, Rio—S. Paulo, 1961, pág. 347, reconhecendo embora que “não é de boa lógica introduzir a função no conceito”, e “talvez fosse preferível dizer que a produção do dano é, antes, um requisito da responsabilidade, e não do ato ilícito” (grifado no original). Era o que já sugeria Paoli, *Il reato, il risarc., la ripar.*, págs. 166/7, desvinculando do conceito de “ilícito” o de “dano”, para relacioná-lo exclusivamente com a obrigação de reparar.

(11) Fala Pontes de Miranda, *Trat. de Dir. Priv.*, t. 2, 1954, págs. 216 e segs., em “atos ilícitos caducificantes”, para designar “os atos ilícitos que não têm a eficácia de dever indenizativo e importam em perda de direitos, pretensões, ações e exceções”. Tal perda (caducidade) é que constitui, aí, a sanção; serviria de exemplo a perda do pátrio poder (Código Civil, art. 395).

(12) Vide a respeito, na literatura pátria, a clara lição de Hélio Tornaghi, *Instít.*, 2º vol., págs. 380 e segs., cujas linhas gerais acompanham o nosso texto; entre os Italianos, cf. por todos Carnelutti, *Il danno e il reato*, págs. 32 e segs., onde se chama “*esecuzione*” à restituição.

de todas as formas, consistente no restabelecimento do *status quo* da situação que existia antes do crime. No âmbito da restituição, cabe ainda distinguir uma subespécie, que tem lugar quando o prejuízo reside na privação de alguma coisa que pode ser devolvida a quem a sofreu: é a restituição *stricto sensu*. Mas também se alude à restituição, dando à palavra sentido mais largo, quando se trata de *fazer* algo, tendo a infração consistido precisamente em *omitir-se* aquele que estava obrigado a agir; ou, vice-versa, quando se trata de *desfazer* algo que se fez, faltando ao dever de abstenção.

Não raro, mostra-se inviável ou insuficiente a reprimenda do estado anterior. Então, a título de compensação pelo detrimento que se causou ao *patrimônio* do prejudicado, reconhece-se a este o direito ao *ressarcimento* do dano. Em vez da restituição *in natura*, procede-se à restituição *por equivalente*.

Enfim, o termo *reparação* (em sentido estrito) designará a compensação devida a quem sofreu dano insuscetível de valoração monetária. É o caso típico do *dano moral* — abstraindo-se, é óbvio, da questão de saber se o direito positivo lhe atribui ou não consequência civil: a supor-se que sim, será esta de que agora se trata, e que não visa a restabelecer a integridade patrimonial do prejudicado, porque não foi o seu patrimônio que a infração lesou, nem a prestar-lhe um "equivalente" pecuniário, já que o dano, por hipótese, não se pode aí medir em dinheiro.

6. *As espécies de composição do dano e a pena* — Costuma-se falar de uma gradação e mesmo de uma *hierarquia*, entre as espécies de composição do dano civil, encaradas como formas de sanção, e a pena. Representaria esta o último expediente, ao ângulo da política legislativa, sobretudo como contra-estímulo à infração. O infrator em potencial sujeita-se a ter de proceder à restituição (*lato sensu*), ou pelo menos, conforme o caso, ao ressarcimento ou à reparação (*stricto sensu*). Mas, quando essas cominações possam revelar-se incapazes de surtir o efeito desejado, que se quer assegurar a todo custo, então se recorre à ameaça máxima, a da imposição de pena ⁽¹³⁾.

Há muito de verdadeiro em tal concepção, que não deve levar, porém, a conclusões apressadas, qual seria a de que a pena funciona exclusivamente como *sucedâneo* da sanção civil impraticável ou como *reforço* da sanção civil insuficiente. Quando o preceito é comum ao direito penal e ao direito civil, dando ensejo à violação respectiva a uma cumulação de sanções, é próprio concebê-las como hierarquicamente distribuídas. Mas as normas incriminadoras podem conter preceitos *exclusivos* do direito penal, que, nesse sentido, não é meramente *sancionatório* ⁽¹⁴⁾: basta pensar no delito de omissão

(13) Nesse sentido, extensamente, *Carnelutti, Il danno e il reato*, págs. 32 e segs.; para uma síntese exata, *vide Hélio Tornaghi, Instit.*, 2º vol., pág. 432.

(14) Vale a pena recordar, ao propósito, a brilhante e clássica exposição de *Rocco, L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, in *Opere Giuridiche*, vol. I, Roma, 1932, págs. 60 e segs.

de socorro (Código Penal, art. 135), em que o preceito não é comum a qualquer outro ramo do direito, e por isso mesmo a pena é a *única* sanção cabível. Também pode suceder que seja de direito público — administrativo, por exemplo, como em tantos crimes que são ao mesmo tempo violações de deveres funcionais — o preceito comum ao direito penal; e a sanção extrapenal pode não ter natureza de reparação: consistirá, v.g., na demissão do funcionário, punição administrativa que não se confunde, vale recordar, com a pena acessória de perda de função pública (Código Penal, art. 67, n.º 1). Ainda quando o preceito seja comum ao direito penal e ao direito civil, nem sempre é *reparatória* a sanção civil: não tem essa índole, por exemplo, o direito à separação judicial, que nasce, para o outro cônjuge, da prática de adultério — crime e, simultaneamente, ato que importa grave violação de dever conjugal (Lei n.º 6.515, de 26.12.1977, art. 5.º, *caput*).

O que ficou dito não implica desconhecer as interferências de um sobre outro mecanismo sancionatório, na hipótese de fato ilícito ao duplo ângulo penal e extrapenal. Particularizando: é manifesto que, às vezes, a reparação ocupa lugar preeminente nas considerações de política legislativa que informam o ordenamento positivo; e a tal ponto, que se chega a preexcluir a imposição da pena, sob certas circunstâncias, uma vez reparado o dano: assim, no peculato culposo, antes de sentença condenatória irrecorrível (Código Penal, art. 312, § 3.º). A lei como que promete ao agente deixar de apená-lo se ele a tempo proceder à reparação, o que se traduz, naturalmente, em incentivá-lo a reparar. Aí a pena aparece na verdade como recurso derradeiro, de que se prefere *não* usar, salvo em caso extremo; desempenha, por assim dizer, função *subsidiária*. A reparação basta; só *na sua falta* é que sobrevém a sanção penal.

7. *Posições jurídicas subjetivas relacionadas com a obrigação de compor o dano resultante do crime* — Na relação jurídico penal, assim como o Estado, titular do *ius puniendi*, é sempre o sujeito ativo, sujeito passivo será sempre aquele a quem se imputa a prática do fato delituoso: somente ele, e mais ninguém, poderá sofrer a imposição de pena. Já a sanção civil pode recair sobre outrem: em várias e conhecidas hipóteses, a lei faz responsável pela reparação pessoa distinta daquela que cometeu o crime, ainda que tal responsabilidade *não exclua* a do infrator, mas seja com ela *solidária* (*vide* Código Civil, arts. 1.521 e 1.518, parágrafo único). Aquele que, não tendo praticado a infração, está contudo obrigado a reparar o prejuízo dela resultante costuma chamar-se *responsável civil*: sem embargo de possíveis objeções à sua propriedade técnica, vale registrar que a expressão é usada no art. 64, *caput*, do Código de Processo Penal.

Passemos ao pólo oposto. Abstraindo-se de vacilações terminológicas freqüentes na doutrina penalística, é conveniente distinguir: a) o titular do bem jurídico ou interesse *primariamente* tutelado pela norma incriminadora (sujeito passivo do crime); b) a pessoa direta-

mente atingida pela ação do infrator, e comumente designada como a "vítima" do delito; c) outra pessoa, ou eventualmente outras pessoas, de quem se pode considerar também lesado pela infração algum interesse digno de proteção jurídica. As posições de a e de b confundem-se muitas vezes na mesma pessoa: na lesão corporal (Código Penal, art. 129), titular do bem jurídico penalmente tutelado (a integridade física ou a saúde) e, pois, sujeito passivo do crime é o próprio ser humano que sofreu, de maneira direta, a agressão. Isso, porém, nem sempre acontece: no delito de violência arbitrária (Código Penal, art. 322), o bem jurídico primariamente tutelado pela norma incriminadora é a regularidade do exercício da atividade administrativa, cujo titular (sujeito passivo do crime) é o Estado; mas há outrem que sofre a violência praticada pelo agente.

O direito à reparação do dano pode nascer, e em regra nasce, para o sujeito passivo do crime; este ocupará, na relação jurídica de direito privado, a posição de sujeito ativo (credor). Também ocorre, entretanto, que se atribua tal posição à pessoa diretamente atingida pela ação delituosa, *em conjunto ou não* com o sujeito passivo do crime. E, em determinados casos, titular do direito à reparação será alguém totalmente estranho ao aspecto criminal do fato: alguém que nem é titular do bem jurídico penalmente tutelado, nem sofreu *em si* a ação do infrator. É o que se dá, *v.g.*, no homicídio, em que, à evidência, o crédito pela reparação não tem como sujeito ativo o morto.

Esta última situação apresenta certa afinidade com a do responsável civil. O preponente do homicida, por exemplo (Código Civil, art. 1.521, n.º III) e o parente próximo da vítima têm em comum a circunstância de não estarem de modo algum envolvidos no crime, como tal; mas ambos assumem posições jurídicas — passiva, o primeiro; ativa, o segundo — na relação de direito privado oriunda do fato visto como ilícito civil. Observe-se, enfim, que não há confundir a situação do parente próximo da vítima, na hipótese de homicídio, com a daquele que, em razão do parentesco, porventura *suceda, causa mortis*, no crédito surgido *v.g.*, para o sujeito passivo do delito de lesão corporal: aqui, há transmissão (hereditária) da relação jurídica civil, ao passo que lá ela se forma *desde o início* com o parente; não se deve entender que o primitivo credor fosse a *própria vítima*, pois o dano sofrido pelo parente só se configurou no momento da consumação do crime (isto é, da morte), e portanto, o correspondente crédito jamais pertenceu ao patrimônio do defunto (15).

(15) Opinião largamente predominante na doutrina: *vide*, entre outros, De Marsico, *Lezioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Nápoles, 1952, pág. 79; Ranieri, *Manuale di diritto processuale penale*, 2ª ed., Pádua, 1956, pág. 219; Paoli, *Il reato, il risarc., la ripar.*, págs. 83 e segs., espec. 88/9; Grimaldi, *L'azione civ. . . .*, pág. 187; Viada-Aragoneses, *Curso de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Madri, 1974, t. I, pág. 144; Aragoneses, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madri, 1976, págs. 170/1. Contra, Capalozza, *Parte civile, in Noviss. Dig. Ital.*, vol. XII, pág. 476, para quem o direito surge "*nel momento stesso in cui la vittima viene colpita*", bastando, para que ela o adquira, o espaço de tempo, mínimo que seja, entre esse momento e o da morte.

8. *Vias judiciais para a composição do dano* — Pressupondo-se que a prática do fato delituoso haja causado dano, e que este seja apto, segundo o direito material, a gerar para o agente (ou para outra pessoa) a obrigação de compô-lo, surge a questão de saber qual a via própria à efetivação judicial da responsabilidade, quando o devedor omite a prestação. Logo se vê que o conflito de interesse entre o titular do direito à reparação e o obrigado a reparar é perfeitamente distinto da causa penal, e comporta apreciação à luz de normas estranhas ao direito criminal. São matérias em si inconfundíveis, que a rigor só apresentam um traço de união: é que do mesmo fato se originam tanto a pretensão punitiva como a pretensão civil à reparação.

Ora, a generalidade dos ordenamentos contemporâneos estrema o exercício de jurisdição em matéria penal e o exercício da jurisdição em matéria civil, ainda quando, em não poucos casos, possa acontecer que a este ou àquele órgão se confiem atribuições jurisdicionais num campo e noutro. Nasce daí grave problema de política legislativa. Sendo necessário julgar, de um lado, se se deve aplicar pena a quem supostamente praticou certo fato, e de outro se há obrigação de reparar o dano porventura causado pelo agente, cumpre verificar se mais convém fazer proceder *em conjunto* a ambos os julgamentos — abrindo, pois, uma brecha no sistema —, ou reservar a cada um deles o seu lugar próprio, consoante a regra geral.

Muitos são os argumentos invocáveis, no plano de conveniência, quer a favor da primeira, quer da segunda solução. Em prol do julgamento conjunto diz-se, por exemplo, que ele atende à economia processual, porque de ordinário a atividade de instrução relevante para uma das causas também o é para a outra, e assim se evita a inútil repetição de diligências; que, portanto, favorece o interesse do lesado; que preexclui o risco de julgamentos logicamente contraditórios; que torna mais eficiente a repressão, graças à colaboração do ofendido com o órgão estatal incumbido de promovê-lo, pois, embora cada qual persiga objetivo específico, os esforços de um e de outro acabam praticamente por somar-se. A distinção que se costuma fazer entre o exercício da jurisdição em matéria penal e em matéria civil é, afinal, contingente, decorre de razões práticas, deixando intacta a *unidade substancial* dessa função do Estado, cuja natureza não varia de um para outro setor; nada impede, portanto, que o ordenamento a despreze, sempre que nisso houver vantagem.

Em sentido contrário, alega-se que é cada vez maior a necessidade de *especialização* dos órgãos judiciais; que são muito diferentes na função e na estrutura o processo penal e o processo civil; que misturar num só a discussão e a apreciação de causas diversas perturba o andamento do feito; que o processo criminal deve caracterizar-se por uma particular agilidade e rapidez, dificilmente conciliável com as complicações acarretadas pela junção; que esta

destrói o equilíbrio entre as partes, pondo o réu em situação de inferioridade, atacado que se vê por dois flancos e forçado a combater, ao mesmo tempo, pretensões heterogêneas.

Todos esses argumentos, ou quase todos, têm sua dose de verdade — o que significa que uma e outra solução apresenta vantagens e desvantagens. O Código de Processo Penal em vigor optou pela segunda; no momento oportuno se assinalará o modo bastante engenhoso pelo qual sem juntar as duas causas no mesmo processo, tem o direito pátrio ensejado o *aproveitamento*, para fins civis, do resultado obtido no juízo criminal. É um expediente interessante, capaz de facilitar, em boa medida, a efetivação da responsabilidade civil emergente do delito, atendendo assim, ao menos em parte, a um dos principais argumentos invocados pelos partidários do julgamento conjunto.

9. *Princípio de união e princípio da separação* — Conforme ressalta do exposto no item anterior, dois princípios opostos disputam a preferência das modernas legislações processuais. Podemos chamar a um deles *princípio de união*; ao outro, *princípio de separação*. De acordo com o primeiro, apreciam-se e decidem-se em conjunto a causa penal e a causa civil atinente à reparação do dano, consoante o segundo, cada qual é apreciada e decidida em sede própria e específica — sem que se preexclua, vale ressaltar, a possibilidade de recíprocas *interferências*, quer ao ângulo procedimental (*v.g.*, suspensão de um dos processos, em certas circunstâncias, até que o outro chegue ao término), quer mesmo sob a forma de uma *vinculação*, mais ou menos intensa, que se impõe ao julgamento civil, à vista do teor do precedente julgamento penal.

Os ordenamentos que se inspiram no princípio da união não o observam todos com igual rigor. Levado às últimas consequências, ele acarretaria a *obrigatoriedade* do julgamento conjunto das duas causas, ou, em outras palavras, a *impossibilidade* de exercer-se em separado a atividade jurisdicional que tem por objeto a solução do litígio civil. A composição judicial do dano causado pelo crime dependeria assim, *necessariamente*, de um pronunciamento em que se contivesse, também, a decisão da causa criminal. Pode-se (e costuma-se), todavia, recorrer aqui a um temperamento: a lei *permite*, sob determinadas condições, o julgamento da lide civil juntamente com o da penal, *sem* excluir, por outro lado, a eventualidade de pronunciamentos distintos, em processos separados.

Defronta-se neste ponto outra questão relevante. Admitida que seja a união — em caráter necessário ou, como na maioria dos casos, facultativo —, e não estando cumuladas nos mesmos órgãos atribuições relativas a ambas as causas, cabe indagar *a quais* dentre eles se deve confiar o julgamento conjunto: aos que exercem normalmente atividade jurisdicional em matéria civil, ou aos que nor-

malmente a exercem em matéria penal? Razões intuitivas justificam a preferência por estes últimos ⁽¹⁶⁾; e, com efeito, em todos os ordenamentos processuais de que temos notícia, uma vez acolhido o princípio da união, invariavelmente se atribui o julgamento conjunto ao juízo criminal.

Resta ver de que maneira se abre ensejo ao pronunciamento deste sobre ambas as causas. De ordinário, em obséquio ao princípio de iniciativa de parte (*ne procedat iudex ex officio*), o juízo penal só poderá apreciar a matéria relativa às conseqüências civis do dano se algum legitimado a tanto o provocar. Quando, pois, alguém pretenda obter, no feito criminal, a condenação do responsável à reparação do dano, terá de formular nele o seu pedido, assumindo a condição de *parte* ⁽¹⁷⁾ e introduzindo assim, no objetivo do processo, um novo *thema decidendum*.

Mais raramente, prevê a lei que o juízo original, *sem necessidade* de qualquer pedido desse teor, se pronuncie sobre a obrigação civil acaso decorrente do fato delituoso. Quer isso dizer que o órgão incumbido de julgar a causa penal julga também, de ofício, a matéria referente à reparação do dano. Tal regulamentação comporta ainda duas modalidades: ao juiz do crime pode atribuir-se quer o *dever*, quer a mera *faculdade* de impor ao responsável a sanção civil ⁽¹⁸⁾.

Mas, de uma forma ou de outra, sem dúvida se está diante de fenômeno excepcional: o exercício *oficioso* de atividade jurisdicional, em matéria civil — e habitualmente vista como sujeita ao princípio da *disponibilidade*, no sentido de que o prejudicado pode livremente dispor do seu crédito (e, *a fortiori*, simplesmente deixar de exigí-lo) —, entra decerto em choque com idéias que têm sólidas raízes na tradição jurídica ocidental.

(16) Vide a respeito Hélio Tornaghi, *Instit.*, 2º vol., pág. 393.

(17) “*Partie civile*” chama-lhe o direito francês (*Code de procédure pénale*, art. 85); “*parte civile*” o italiano (*Codice di procedura penale*, art. 23); “*parte civil*” ou “*actor civil*” o espanhol (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, arts. 37, 133, 320 e outros).

(18) Reza o art. 34, *caput*, do Código de Processo Penal português que “o juiz, no caso de condenação, *arbitrará* aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, *ainda que lhe não tenha sido requerida*”. Já no ordenamento russo, de acordo com o disposto no art. 29, 4ª parte, do estatuto processual penal (temos sob os olhos a tradução inglesa feita por Harold J. Berman e James W. Spindler e publicada pela *Harvard University Press*, no volume *Soviet Criminal Law and Procedure — The RSFSR Codes*), se a ação civil não houver sido intentada perante o juízo criminal, *podrá* este, apesar disso, ao julgar a ação penal, decidir também sobre a reparação do dano material acaso resultante do delito. Na Argentina, o art. 29 do Código Penal (que derogou o art. 1096 do Código Civil, onde se consagrava o princípio da separação) reza igualmente que “a sentença condenatória *poderá* ordenar” a reparação civil; mas predomina a tendência a interpretar esse dispositivo como só aplicável quando algum legitimado o requeira ao juiz do crime — excluída, pois, a condenação civil acessória *ex officio*.

10. *Sistema no direito comparado* — Deixando de lado antecedentes mais ou menos remotos, de escasso interesse do presente contexto ⁽¹⁹⁾, vale a pena verificar como se refletem os princípios da união e da separação nos mais importantes ordenamentos processuais dos tempos modernos. Em doutrina têm-se distinguido, ao propósito, quatro sistemas: o da *confusão*, em que uma única ação visa simultaneamente à aplicação da sanção penal e da sanção civil; o da *solidariedade*, em que as duas ações, a penal e a civil, se exercitam cumuladas perante o mesmo órgão; o da *livre escolha*, em que se deixa à opção do legitimado propor a ação civil no processo penal ou fora dele, no juízo próprio; e o da *separação*, em que se veda o exercício da ação civil no processo penal, devendo cada ação ser intentada perante um órgão distinto.

Desde logo se advirta, porém, que a classificação só leva em conta os traços *essenciais* das diversas regulamentações; estas, na verdade, diferem tanto uma das outras, em pontos mais ou menos secundários, e de tal forma temperam, com expedientes variáveis, o rigor dos princípios, que apenas de maneira *aproximativa*, fazendo-se abstração de divergências às vezes relevantes, será lícito agrupá-las em sistemas ⁽²⁰⁾. A isso se acrescenta um dado perturbador, a que já se fez menção: a circunstância de que algumas leis contêm o julgamento *ex officio*, facultativo ou até obrigatório, pelo juízo criminal, da matéria concernente à obrigação de reparar o dano. Ora, aí não se nos afigura muito adequado falar nem de *ação única* com duplo objeto, nem de *cumulação de ações*; o que ocorre é, antes, exercício de atividade jurisdicional *sem ação que o provoque* — no tocante, bem se entende, ao litígio *civil*.

Feitas essas indispensáveis ressalvas, diríamos, quanto ao sistema da confusão, que tem achado escassa receptividade nas legislações modernas. Vigora ele no direito federal mexicano, onde a reparação do dano civil, quando a cargo do *próprio delinqüente*, assume o caráter de sanção *penal*, equiparada à multa, e é exigível de ofício pelo Ministério Público (*Código Penal*, art. 34), sem que se torne parte no processo criminal a pessoa lesada, a quem apenas incumbe ministrar dados ao acusador público (*Código de Procedimientos Penales*, art. 141). Os outros exemplos que se costumam apresentar (*Código italiano de 1913*, art. 430; *Código luso*, art. 34) não correspondem com exatidão, em nosso entendimento, ao modelo conceptual. Não se tem propriamente, aí, uma só ação em que se pleiteia a imposição de pena e, ao mesmo tempo, a condenação

(19) Vide em Grimaldi, *L'azione civ.*, págs. 18 e segs., um resumo da evolução por que passaram, na história do direito europeu, da velha Roma aos dias de hoje, os institutos relacionados com o nosso tema.

(20) Cf. Hélio Tornaghi, *Instít.*, 2º vol., pág. 387, onde se põe em dúvida, com razão, que as classes apontadas cheguem a "constituir realmente sistemas (isto é, conjuntos harmônicos em que os atributos essenciais do todo convêm a cada uma das partes)".

do responsável a reparar (*lato sensu*) o dano. Seria esse o fenômeno, se o autor da ação penal pedisse também a aplicação da sanção civil, como ocorre no México; ou, pelo menos, se a lei considerasse "implícito" semelhante pedido no de imposição de pena (21). Não é tal, porém, o caso: simplesmente, o juízo criminal pronuncia-se *ex officio* sobre a matéria civil, sem que se faça mister, para tanto, que a condenação à reparação (*lato sensu*) do dano seja pleiteada pelo particular ou pelo órgão público de acusação. Preferível, destarte, enxergar em tais julgamentos verdadeiros casos de *jurisdição sem ação* (22).

Convém observar que o Código português não exclui a formulação, no processo-crime, de um "pedido de indenização por perdas e danos": antes o prevê, em termos expressos, no art. 29, permitindo por outro lado, no art. 30, que a ação civil, sob certas circunstâncias, seja proposta em separado, perante o órgão próprio. Poderia inferir-se daí a filiação do direito luso ao sistema de solidariedade, com algumas concessões ao da livre escolha (23). Disso se aproxima, também, o colombiano, onde a regra é a da competência privativa do juízo penal para a ação civil de reparação do dano causado pelo crime, e só por exceção pode esta ser exercida independentemente (*Código de Procedimento Penal*, arts, 24 e 25); mas — à semelhança do que ocorre em Portugal — o titular do direito à reparação a rigor *não precisa* intervir no processo criminal para postulá-lo: nos termos do art. 92 do Código Penal, a sentença condenatória por qualquer infração de que resulte dano civil condenará também os responsáveis, solidariamente, ao ressarcimento dos prejuízos causados. Em sua pureza, o sistema de solidariedade tampouco parece vigorar em qualquer dos ordenamentos contemporâneos.

O sistema da livre escolha é o mais difundido na Europa continental. Na França, já o seguia o velho *Code d'instruction criminelle* (24), e manteve-o o *Code de procédure pénale* de 1957 (arts. 3.º

(21) Algo assim se depara no direito espanhol: de acordo com o art. 112, 1ª parte, da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, "ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reserva-se expressamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar". Mas a leitura do dispositivo inteiro, e de outros pertinentes, sobretudo o art. 111, revela que não é possível enquadrar o ordenamento hispânico no sistema *puro* da confusão: esta, com efeito, é nele *contingente*, não *necessária*.

(22) *Alfiter, Hélio Tornaghi, Instit...* 2º vol., págs. 389/90, onde, entre outros, se mencionam justamente, como filiados ao sistema da confusão, o velho diploma peninsular e o português.

(23) Não é pacífico em doutrina, porém, que o art. 29 contemple uma verdadeira ação civil exercitável no juízo criminal. *Vide*, em contrário, a opinião de *Figueiredo Dias, Direito Processual Penal*, 1º vol., Coimbra, 1974, págs. 543 e segs. espec. 546.

(24) Sobre o antigo ordenamento francês, no particular, *vide* a clara e minuciosa exposição de *Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3ª ed., Paris, 1947, págs. 641 e segs.

e 4.º). Vigora igualmente na Itália (*Codice di procedura penale* de 1930, arts. 23 e 24), e — não obstante as severas críticas de que tem sido alvo ⁽²⁵⁾ — foi prestigiado, *de iure condendo*, pela Lei n.º 108, de 3-4-1974, que delegou ao Governo poderes para editar novo Código ⁽²⁶⁾. A ele se filiam, ademais, o direito sueco (Código processual, Cap. 22, Secção 1) e suíço *Loi fédérale sur la procédure pénale*, art. 210). Enfim, na Alemanha, que durante muito tempo adotou o sistema da separação, uma reforma levada a cabo em meados deste século ⁽²⁷⁾ introduziu o da livre escolha, embora com acentuadas restrições *Strafprozessordnung*, §§ 403 e segs.). Entre os ordenamentos da América Latina, serve de exemplo o venezuelano (*Código de Enjuiciamiento Criminal*, art. 3.º).

As legislações enquadráveis no sistema da livre escolha, ainda que em mais de um ponto difiram bastante entre si, apresentam uma característica fundamental comum: a *faculdade* que conferem ao

- (25) Tenazmente o combateu, v. g., *Carnelutti*, não só em trabalhos doutrinários (*Principi del processo penale*, Nápoles, 1960, págs. 53/4; *Crisi della giustizia penale*, in "Riv. di dir. proc." vol. XIII, 1958, págs. 337 e segs.; *Primi problemi della riforma del processo penale*, in "Rev. di dir. proc.", vol. XVI, 1961, págs. 525/6), mas também como redator de um esboço de projeto de novo Código Penal, que elaborou em 1962, na qualidade de presidente de uma comissão de juristas nomeada pelo governo italiano (vide a respeito *Pisapia, Relazione introduttiva* ao 6º *Convegno di Studio Enrico de Nicola*, no vol. *Azione civile e processo penale*, Milão, 1971, pág. 3).
- (26) O ponto 17 do art. 2º da lei de delegação refere-se à "*ammissibilità dell'esercizio, nel processo penale, dell'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno cagionato dal reato*"; o texto acha-se publicado em apêndice ao livro de *vallante, Il nuovo processo penale*, Milão, 1975, págs. 382 e e segs. (vide o aludido, ponto 17 na pág. 409). Na verdade, as censuras dirigidas pelos autores italianos ao sistema adotado em seu país antes pareceram endereçar-se, na maioria dos casos, à *maneira* por que a lei disciplina a participação do ofendido no feito penal, do que propriamente ao *princípio* que informa o sistema. *Pisapia, v.g.*, na já citada *Relazione introduttiva (Azione civ. e proc. pen.,* pág. 14), confessa a sua preferência pelo regime da união, embora sublinhe a necessidade, *de lege ferenda*, de "*inserire effettivamente ed efficacemente la parte civile nel processo penale*", retirando-a do lugar de "*cenerentola, ospite appena tollerata*". Para a exposição, em resumo, das tendências manifestadas ao propósito no 6º *Convegno di Studio Enrico de Nicola*, vide a *Relazione di sintesi del dibattito congressuale*, de *Conso*, no vol. cit., págs. 241 e segs.
- (27) No texto em vigor, os dispositivos concernentes à reparação (*lato sensu*) do dano causado ao ofendido ("*Entschädigung des Verletzten*", segundo a rubrica) compõem a Secção Terceira do Quinto Livro da STPO. A mudança de orientação remonta a 29 de maio de 1943, data da Ordenação que tornou possível a cumulação da ação civil com a penal (*Adhäsionsprozess*): vide *Henkel, Strafverfahrensrecht*, 2ª ed., Stuttgart — Berlim X Colônia — Mainz, 1968, pág. 413, nota 1; *Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht*, 13ª ed., Munique, 1975, pág. 349; *Nikisch Zivilprozessrecht*, 2ª ed., Tübingen, 1952, pág. 44; *Schönke, Studien zum Adhäsionsprozess*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milão, 1951, vol. I, pág. 356. Assinalam os autores que a inovação teve fraca repercussão, prática: *Henkel, Strafverfahrensrecht*, pág. e nota cit.; *Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht*, pág. 323; *Baumann, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 2ª ed., Stuttgart — Berlim — Colônia — Mainz, 1972, pág. 15; *Jauernig, Zivilprozessrecht*, 18ª ed., Munique 1977, págs. 10/11; *Geigel-Geigel, Der Haftpflichtprozess*, 7ª ed., Munique — Berlim, 1954, 449.

interessado, com maior ou menor amplitude, de pedir *no processo penal* a reparação do dano resultante do crime; isso, porém, sem prejuízo da possibilidade de exercitar autonomamente a pretensão civil, perante o órgão próprio. A regra básica é, pois, a da opção aberta ao titular do direito: fica à sua discrição intervir no processo-crime, como "parte civil", ou propor em separado, no juízo competente, a ação tendente a fazer reparar (*lato sensu*) o dano (28). Por uma ou por outra via, conforme prefera, ser-lhe-á possível obter a condenação do responsável pelo prejuízo. Desse ponto de vista, mesmo o ordenamento russo encontra lugar no sistema: abstraindo-se da autorização, dada ao juízo penal, de decidir *ex officio* a questão relativa ao dano material causado pelo delito (Código de Processo Penal, art. 29, 4.^a parte), ali também se outorga ao prejudicado a escolha entre intentar a ação civil no processo-crime ou fora dele (art. 29, 1.^a e 6.^a partes).

Observe-se, ainda uma vez, que a permissão de postular no juízo criminal a reparação do dano vem temperada em geral por uma série de ressalvas e limitações. No direito francês, por exemplo, quem já houver intentado ação perante o órgão civil não mais poderá propô-lo no juízo penal, a não ser que, antes de julgado o mérito pelo primeiro, o Ministério Público instaure processo-crime (*Code de procédure pénale*, art. 5.^o). No ordenamento tedesco, pode o órgão criminal, em várias hipóteses, abster-se de apreciar o pedido de reparação do dano, v.g. quando o entender incompatível com o procedimento penal — especialmente quando a atividade probatória indispensável à solução do litígio civil for capaz de retardar a marcha do feito (StPO, §§ 405, 2.^a alínea). Por outro lado, mais de uma lei filiada ao sistema da livre escolha torna obrigatória a suspensão do processo civil, uma vez proposta a ação penal, até o julgamento definitivo desta: assim é na França (*Code de procédure pénale*, art. 4.^o, 2.^a alínea) e na Itália (*Codice di procedura penale*, art. 24, 2.^a alínea).

Ao sistema da separação pertencem as legislações anglo-saxônicas (29) e, como abaixo se verá, a brasileira. Nele, não se confere ao lesado a possibilidade de pleitear a reparação do dano perante outro juízo que não seja o civil. É desconhecido o instituto da "parte civil" no processo criminal, onde apenas se discutirá e decidirá a matéria relacionada com as conseqüências *penais* do fato. Ressalve-

(28) Em observação ainda hoje válida, embora feita: sob o velho *Code d'instruction criminelle*, escrevia *Donnedieu de Vabres, Traité*, pág. 641: "La règle fondamentale, quant à l'action civile, est le droit d'option donné à la personne lésée entre la voie civile et la voie pénale. La victime peut, conformément au droit commun, porter l'action en réparation devant le Tribunal civil; elle peut aussi, si elle le préfère, s'adresser au tribunal répressif" (destaques do original).

(29) Consultem-se, quanto ao direito inglês, *Jackson, The machinery of Justice in England*, Cambridge, 1970, págs. 25/6; no tocante ao norte-americano, *Mayers, L'ordinamento processuale negli Stati Uniti d'America*, trad. ital., Milão, 1967, pág. 16.

se o caso de *restituição* de coisas, que em certas circunstâncias pode ser pleiteada, segundo o direito pátrio, no próximo juízo penal (art. 120 do vigente Código); a separação não é, pois, *absoluta*.

11. *Direito brasileiro* — O Código Criminal do Império, de 1938, após estatuir, no art. 31, *caput*, que a “satisfação” do dano causado pelo delito não ocorreria “antes da condenação do delinqüente por sentença do Juízo criminal, passada em julgado”, abria, nos parágrafos 1.º e 3.º, certas exceções, entre as quais a correspondente ao caso de o ofendido preferir “usar da ação civil contra o delinqüente”. O advento do Código do Processo Criminal, de 1832, marcou o triunfo do princípio da *união*. Salvo se estivesse o infrator ausente do território nacional, ou em lugar não sabido — hipótese em que, tratando-se de crime afiançável, era inadmissível a ação penal, podendo então ser proposta a civil (arts. 233 e 234) —, no próprio processo-crime é que se apreciava a matéria referente às conseqüências civis do fato delituoso. Assim, cumpria ao juiz de direito submeter aos jurados, além dos concernentes à responsabilidade penal do réu, quesitos relativos à obrigação de reparar o dano (art. 269, § 5.º). Rezava ainda o art. 338: “A mesma sentença que condenar o réu na pena o condenará na reparação da injúria e prejuízos, que se liquidarão no Foro comum, se tal liquidação for necessária”.

Durou pouco, todavia, esse regime: a Lei n.º 261, de 3-12-1941, que reformou o processo criminal, viria consagrar o princípio da *separação*. Revogando expressamente o art. 31 do Código Criminal e o § 5.º do art. 269 do Código de Processo Criminal, estabeleceu que a “indenização” teria de ser pedida, em qualquer caso, por ação civil (art. 68).

No período republicano, ao tempo da dualidade de legislações (federal e local) sobre processo, algumas unidades da Federação, como o Estado do Rio de Janeiro (Código Judiciário, art. 697, § 1.º), continuam a adotar o princípio da *separação*, ao passo que noutras, como o Distrito Federal (Código de Processo Penal, arts. 3.º e 61), se instalou o sistema da *livre escolha*, facultando-se a quem pretendesse obter a reparação do dano intervir no processo penal, como “parte civil”. No texto carioca, era visível a influência do velho diploma italiano de 1913, que serviu de modelo, em mais de um dispositivo, ao nosso estatuto.

O Código de Processo Penal de 1941, como é notório, deixou-se guiar também pelo princípio da *separação*. Argumentou-se na Exposição de Motivos: “A invocada conveniência prática da economia de juízo não compensa o desfavor que acarretaria ao interesse da repressão a interferência de questões de caráter patrimonial no curso do processo penal.” Nos termos do art. 64, a “ação para ressarcimento do dano” é intentável, só e sempre, “no juízo cível”,

permitindo-se a este, consoante o parágrafo único, suspender o curso do processo, até o julgamento definitivo da ação penal acaso promovida.

É mérito do Código de 1941 fazer da sentença condenatória proferida no juízo penal *título executivo civil*, permitindo seja ela executada, em sede civil, após o trânsito em julgado, “para o efeito da reparação do dano”, pelo “ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros” (art. 63). Tal disposição, que repercutiu no texto do Código de Processo Civil de 1973 (cujo art. 594, n.º II, arrola expressamente a “sentença penal condenatória transitada em julgado” entre os “títulos executivos judiciais”), não representa, a rigor, uma concessão ao princípio da união: de modo nenhum atribui ao órgão penal competência para condenar *civilmente* ⁽³⁰⁾. Abre, porém, a possibilidade de *aproveitar-se*, para a efetivação de responsabilidade civil, o resultado obtido no processo criminal, com evidente benefício prático para o lesado, que encontra aí um meio de fazer valer o seu direito à reparação sem precisar sofrer os incômodos e despesas inerentes ao processo civil de conhecimento, nem os que teria de suportar se lhe fosse necessário, para conseguir o título executivo, intervir no processo penal como “parte civil”. Em outras palavras: asseguram-se as vantagens do julgamento conjunto evitando-se, ao mesmo tempo, os inconvenientes que se costumam lamentar no regime de acumulação das duas ações. O louvável intuito de facilitar a satisfação do dano levou ainda o legislador de 1941 a estatuir que a execução civil da sentença condenatória penal — como a própria ação civil —, quando pobre o “titular do direito à reparação do dano”, seja promovida, “a seu requerimento, pelo Ministério Público” (art. 67).

Não obstante, é forçoso reconhecer que, na prática judiciária, não se tem trilhado com freqüência a via acima descrita. Pequeno é o número de execuções promovidas no juízo civil com base em sentenças condenatórias penais. O interessado na reparação (*lato sensu*) do dano em regra prefere intentar desde logo, em separado, a ação própria, sem aguardar o pronunciamento da justiça criminal.

12. *Considerações finais* — Reconhecem todos a necessidade de tornar mais segura e mais pronta a reparação (*lato sensu*) do dano causado pelo crime. Não é de hoje, evidentemente, que estudiosos e legisladores se preocupam com o problema. Bem se conhecem as tentativas, brotadas do seio da Escola Positiva, no sentido de equiparar à própria pena, imprimindo-lhes o caráter de medidas *repressivas*, as providências tendentes à satisfação da vítima, em particular o ressarcimento do prejuízo suportado. O próprio Estado deveria, segundo alguns, tomar a iniciativa de promovê-las,

(30) Para uma refutação das opiniões em contrário, vide *Barbosa Moreira, A sentença penal como título executivo civil*, In “Rev. de Dir. Penal”, vol. 4, págs. 43 e segs.

inclusive *adiantando* ao ofendido — para recobrá-la do infrator, mediante a aplicação de penas pecuniárias ou com o produto do trabalho carcerário — a importância a que aquele fizesse jus em consequência da lesão ⁽³¹⁾.

Continua viva, em nossos dias, e até se pode dizer que cresce de intensidade a preocupação com o assunto. O incremento vertiginoso de certos tipos de atividade delituosa — basta pensar nos “crimes de trânsito” ou “delitos de circulação” — tem contribuído para alimentá-la. A cada hora que passa, firma-se a consciência de que, “na luta contra o crime, é preciso reservar maior consideração ao dano sofrido pela vítima” ⁽³²⁾. Sem que se haja necessariamente de aderir a certos exageros positivísticos, indesculpável será ignorar ou minimizar a dimensão *social* do problema. A idéia mesma da reparação a cargo do Estado ressurgiu e ganha terreno, sob nova forma, na medida em que se preconiza a criação de fundos públicos alimentados por um sistema de seguro social, para compensar os prejudicados por fatos delituosos ⁽³³⁾.

A análise de tais propostas excede obviamente os lindes do presente trabalho, quando não a competência do processualista. Aliás, seja qual for o juízo que sobre elas se haja de formular, sem dúvida se afigura bem escassa a probabilidade de, em futuro próximo, vir a realizar-se, no Brasil, uma experiência desse gênero. Nos recentes trabalhos — ao que parece, frustrados — de reforma do nosso processo penal, nenhuma inovação de substância se aventou na matéria de que estamos cuidando.

Tanto o Anteprojeto elaborado por *José Frederico Marques* quanto o Projeto definitivo de novo Código guardavam fidelidade ao princípio da separação entre a ação penal e a ação civil, presti-

(31) Como se sabe, em tais idéias inspirou-se o malogrado Projeto *Ferrl* de Código Penal para a Itália (1921). No direito mexicano, o Código Penal federal (art. 29) atribui o caráter de “pena pública” à imposição de reparar o dano, quando haja de suportá-la o próprio criminoso. Nem todos os adeptos do positivismo abraçaram as teses expostas: rejeitou-as, por exemplo, *Florlan* (cf., deste escritor, *Dei reati e delle pene in generale, no Trattato di diritto penale*, 2ª ed., Milão, s/d, vol. I, parte II, págs. 12/4, 291/2). Na doutrina mais recente, *vide* em *Amodio, Le cautele patrimoniali nel processo penale, Milão, 1971*, págs. 269 e segs., cumprida análise e crítica dos princípios positivísticos na matéria, bem como das marcas que, segundo o autor, teriam imprimido no sistema penal e processual penal ainda em vigor na península.

(32) *Anibal Bruno, Direito Penal*, I, t. III, Rio-S. Paulo, 1962, pág. 242.

(33) No volume *Vittime del delitto e solidarietà sociale*, Milão, 1975, encontrará o leitor dados sobre antecedentes legislativos em diversos países (sobretudo nos de *common law*), estudos de vários autores italianos sobre o problema, texto de projeto de lei por eles redigido sob o patrocínio do *Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale*, bem como de leis e projetos estrangeiros — além, é claro, de copiosa bibliografia pertinente à matéria, nas notas de rodapé. A indenização através de fundos públicos foi recomendada pelo XI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste, em setembro de 1974 (*vide* a transcrição das conclusões in “Rev. de Dir. Penal”, vols. 15/16, pág. 87).

giando uma tradição decerto já longa entre nós, mas em contraste com a diretriz de política legislativa preponderante no direito dos povos ocidentais ⁽³⁴⁾.

É realmente difícil, reconheça-se, prever se, na prática judiciária brasileira, as possíveis vantagens de uma recepção, conquanto atenuada, do princípio da união — mediante a adoção do sistema da livre escolha, com restrições — superariam ou não os inconvenientes. A fonte principal das ações civis de reparação (*lato sensu*) do dano são os homicídios e lesões corporais “de trânsito”; ora, à persecução desses crimes, quando culposos — e é o caso de imensa maioria —, determinou a Lei n.º 4.611, de 2-4-1965, que se aplicasse o rito sumário, até então próprio das contravenções. Evidente a preocupação, aliás justificável, de imprimir aí maior celeridade ao processo penal — objetivo para o qual decerto não concorreria a admissão de uma “parte civil”, com a conseqüente ampliação da atividade instrutória e decisória à apuração do *quantum* porventura devido a título de ressarcimento.

Quanto ao expediente de atribuir-se efeito executivo *civil* à sentença penal condenatória, nem o Anteprojeto, nem o Projeto cogitaram, naturalmente, de desprezá-lo; e, mantido o sistema da separação, seria pouco razoável que o fizessem. O Anteprojeto procurou até, de início, facilitar a reparação (*lato sensu*) do dano por essa via, com regras como a que permitia fosse promovida a execução civil nos próprios autos da ação penal, quando competente para ambas o mesmo órgão, e a que sujeitava àquela execução a pessoa apenas civilmente dita responsável. Dessas inovações veio a recuar-se no curso dos trabalhos preparatórios da reforma ⁽³⁵⁾. Ao menos contra a primeira, entretanto, nenhuma objeção séria se pode levantar; já que a elaboração de novo Código de Processo Penal parece haver sido relegada *ad calendas graecas*, a idéia é suscetível de aproveitamento por meio de singelo acréscimo ao texto do Código de Processo Civil, sob a forma de parágrafo ao art. 375, cujo inciso IV trata justamente da competência para a execução civil de sentença penal condenatória.

A exeqüibilidade da sentença penal condenatória em face do “responsável civil”, para o fim de reparação (*lato sensu*) do dano,

(34) Vide as observações críticas feitas ao Projeto por Pisanl, em conferência pronunciada em S. Paulo e publicada, sob o título *A reparação às vítimas de crime no projeto brasileiro e nas tendências jurídicas contemporâneas*, in “Justitia”, vol. 86, págs. 35 e segs. Também o XI Congresso Internacional de Direito Penal, de 1974, manifestou-se favoravelmente à cumulabilidade das duas ações perante o juízo penal, sob a forma do sistema da livre escolha (in “Rev. de Dir. Penal”, vol. 15/6, pág. 88).

(35) Os dispositivos, que constavam do Anteprojeto, segundo o texto revisto e publicado no *Diário Oficial da União*, Seção I, Parte I, Suplemento ao nº 118, de 29-6-1970 (arts. 803, § 1º, e 804, nºs I e II, respectivamente), já não figuravam na versão estampada no mesmo órgão, Suplemento ao nº 88, de 10-5-1974, nem foram restabelecidos no Projeto definitivo (Projeto de lei nº 633, de 1975, in “Diário do Congresso Nacional”, Seção I, Suplemento A ao nº 061 de 13-6-1975).

já suscita problemas de maior delicadeza. A pessoa a quem se atribui tal responsabilidade tem dois interesses dignos de consideração: um é o de tentar evitar que seja condenado o réu no processo-crime, com o que ficará naturalmente preexcluída qualquer execução; outro é o de, ainda na hipótese de condenação penal do réu, negar a própria responsabilidade no plano civil — matéria não apreciada, é óbvio, pelo juízo criminal. Ao primeiro deles atender-se-ia de maneira cabal se se abrisse ao interessado a possibilidade de participar do processo penal, para coadjuvar a defesa, suprindo-lhe omissões ou deficiências, na qualidade de assistente do réu ⁽³⁶⁾, em simetria com a faculdade que se confere ao lesado, na ação penal pública, de intervir como assistente da acusação (Código de Processo Penal de 1941, art. 268; Anteprojeto *José Frederico Marques*, art. 116, n.º II; Projeto definitivo, art. 115, n.º II); é certo, porém, que algum preço se teria de pagar em termos de simplicidade e rapidez do procedimento. No que tange ao segundo interesse, o modo de preservá-lo consistiria em permitir àquele a quem se irroga a responsabilidade civil contestá-la na execução mesma, ou no procedimento prévio de liquidação da sentença ⁽³⁷⁾. Em contrário poderia objetar-se que tal franquia desnatura o processo executivo — onde, em princípio, já não se exerce atividade puramente cognitiva, como a tendente a apurar a existência ou inexistência de responsabilidade —, e quando nada faz extravasar do âmbito próprio a cognição inerente ao procedimento de liquidação, em regra limitada à fixação do *quantum debeat*. Mas os escrúpulos de dogmática ortodoxa teriam provavelmente de ceder aqui o passo a uma incontornável imposição de justiça.

Outro ponto de que se poderia copitar é a possibilidade de instaurar-se, a título provisório, o processo executivo civil, ou pelo menos de promover-se a liquidação no juízo civil, desde que a condenação criminal, embora não transitada em julgado, já não esteja sujeita a recurso de efeito suspensivo. Se o recurso extraordinário, v.g., não obsta à execução provisória da sentença civil, porque deverá obstar à execução civil, também provisória, da sentença penal?

São questões, todas essas, que devem merecer do legislador mais atenta consideração, quando se retomarem — o que, cedo ou tarde, será inevitável — os trabalhos de reforma do processo penal brasileiro.

(36) Já o observáramos no trab. cit. em a nota 30, pág. 50.

(37) Assim dispunha o Anteprojeto *José Frederico Marques*, art. 804, n.º II, com o aplauso de *Moniz de Aragão*, *Da reparação do dano causado pelo crime*, in "Rev. da da Fac. de Dir. da Univ. Fed. do Paraná", n.º 13, pág. 94.