

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Mestrado em Ciências Criminais

MARIANA AZAMBUJA

FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre
2016

MARIANA AZAMBUJA

FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Dissertação de mestrado apresentada no curso de Mestrado em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

Porto Alegre

2016

MARIANA AZAMBUJA

FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Dissertação de mestrado apresentada no curso de Mestrado em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner

Prof. Dr. André Machado Maya

Porto Alegre
2016

Aos meus pais Ruben e Marta pelo apoio
irrestrito sem os quais não chegaria até aqui.
Ao meu irmão Tasso por ter me acompanhado
sempre nessa longa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar aos meus pais por terem sempre me proporcionado o apoio e incentivo nessa longa jornada de realização, por nunca terem medido esforços para que isso fosse possível, mesmo nos dias de angústia e insegurança. Vocês foram e sempre serão minha base e meu porto seguro, obrigada por me transmitirem todos os valores e ideais para eu me tornar a pessoa que sou hoje. Ao meu irmão por ter compartilhado comigo durante anos minhas conquistas e também minhas incertezas, pois no dia que saímos do interior para estudar, ainda muito novos, tu foste essencial nos meus dias e minha companhia sem a qual talvez não teria sido tão fácil.

Ao meu namorado Túlio Medeiros Danoski pelo carinho e compreensão nos momentos em que estive ausente.

Ao meu orientador pelos ensinamentos, sabedoria e dedicação dispensados no auxílio à concretização desta dissertação, obrigada pela prontidão ao longo desses anos pois esteve sempre disposto a me ajudar, me passando a tranquilidade da qual precisava. O que aprendi foi além do processo penal, foste um exemplo de pessoa e de professor a qual quero seguir como inspiração para a minha vida tanto profissional quanto pessoal.

Aos meus colegas que posso chamar de amigos por todos os momentos que passamos durante esses dois anos, meus agradecimentos, sem vocês o mestrado não teria sido o mesmo.

E por fim, aos meus amigos e colegas de profissão Bruna Muller Canez e Caique Ribeiro Galícia, vocês são pessoas especiais e iluminadas, foram meu amparo nos dias difíceis da conciliação entre trabalho e estudo.

RESUMO

Neste estudo buscou-se examinar a fixação de indenização no processo penal, através da modificação que a Lei 11.719/2008 fez no artigo 387, IV, autorizando o juiz ao prolatar sentença condenatória fixar o valor mínimo a título de reparação levando em conta os danos sofridos pelo ofendido. Foi examinado o redescobrimento da vítima no processo penal, e as recomendações a respeito feitas pelos institutos internacionais, como a Organização das Nações Unidas, o Conselho da Europa, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também foram expostos casos em que o Brasil foi condenado perante a CIDH, devendo indenizar as vítimas ou seus representantes legais. Após, foi realizado um estudo da vítima no nosso ordenamento jurídico, no Código de Penal, Código de Processo Penal e no anteprojeto do novo Código de Processo Penal. Em um segundo momento foi feita a reflexão sobre os conceitos de ilícito penal e ilícito civil, bem como a separação dessas duas esferas, e os efeitos que uma esfera pode acarretar em outra, como na ação civil *ex delicto*. Por fim, foram analisado algumas violações que podem ser acarretadas em função da indenização no processo penal, como aos princípios do devido processo legal, da congruência e da ampla defesa e contraditório, também a violação ao objeto do processo penal e seu desvirtuamento.

Palavras-chave: Processo Penal. Fixação de indenização. Violações. Problemas.

ABSTRACT

This study sought to examine the fixing of compensation in criminal proceedings, by modifying the Law 11.719 / 2008 made in Article 387, IV, authorizing the judge to pronouncing condemnatory sentence to fix the minimum amount as compensation taking into account the damage suffered by the victim. The victim's rediscovery was examined in criminal proceedings, and concerning recommendations made by international institutions, such as the United Nations, the Council of Europe, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. They were also exposed cases in which Brazil was condemned by the ICHR and must compensate the victims or their legal representatives. After, a study of the victim was carried out in our legal system, the Criminal Code, Criminal Procedure Code and the draft of the new Code of Criminal Procedure. In a second step was made the reflection on the concepts of criminal offense and civil offense, such as the separation of these two spheres, and the effects that a sphere can cause to another, as in *ex delicto* civil action. Finally, it was analyzed some violations that may be caused about the compensation in the criminal proceedings, as the principles of due to legal process, of congruence and ample defense and contradictory, also the violation of the object of the criminal proceedings and its distortion.

Keywords: Criminal Proceedings. Compensation fixing. Violations. Problems.

RESUMEN

Este estudio trata de examinar la fijación de la indemnización en el proceso penal, mediante la modificación de la Ley 11.719 / 2008 que establece el artículo 387, IV, se autoriza al juez para dictar sentencia al determinar el importe mínimo en concepto de indemnización teniendo en cuenta la el daño sufrido por la víctima. redescubrimiento de la víctima fue examinado en un procedimiento penal, y recomendaciones en relación hecha por instituciones internacionales como las Naciones Unidas, el Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se expusieron los casos en los que Brasil fue condenado con la Comisión y deben compensar a las víctimas o sus representantes legales. Después de una víctima del estudio se llevó a cabo en nuestro sistema legal, el Código Penal, Código de Procedimiento Penal y el proyecto del nuevo Código de Procedimiento Penal. En una segunda etapa se hizo reflexionar sobre el delito de conceptos y delito civil, y la separación de estas dos esferas, y los efectos que una bola puede dar lugar a otro, como en una acción civil ex delicto. Por último, se analizó algunos violaciones que puedan ocurrir debido a los daños en el proceso penal, y los principios del debido proceso, de la congruencia y la defensa amplia y contradictoria, también una violación del objeto del proceso penal y su distorsión.

Palabras clave: Procedimiento Criminal. se fija una indemnización. Violaciones. Problemas.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 REDESCOBERTA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL.....	12
2.1 FASES EVOLUTIVAS	13
2.1.1 Etapa da vingança privada e da justiça privada	13
2.1.2 Período de esquecimento.....	14
2.1.3 Período de redescobrimento	16
2.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS DA VÍTIMA	29
2.2.1 Organização das Nações Unidas	29
2.2.2 Conselho da Europa.....	32
2.2.3 Tribunal Europeu de Direitos do Homem	34
2.2.4 Corte interamericana de direitos humanos.....	37
2.3 A VÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CRIMINAL BRASILEIRO	42
2.3.1 Vítima no Código Penal.....	42
2.3.2 Vítima no Código de Processo Penal.....	43
2.3.3 A vítima no anteprojeto do novo Código de Processo Penal.....	46
3 ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL	49
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	49
3.2 ILÍCITO PENAL.....	49
3.3 ILÍCITO CIVIL.....	53
3.4 DISTINÇÃO ENTRE O ILÍCITO CIVIL E O ILÍCITO PENAL	54
3.5 AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	60
3.6 DIFERENÇA ENTRE DANO MORAL E DANO MATERIAL.....	62
4 VIOLAÇÕES.....	65
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	65
4.2 PRINCÍPIOS VIOLADOS	66
4.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	69
4.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	70
4.5 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA.....	75
4.5.1 Classes de Incongruências	77
4.5.2 Sentença <i>citra petita</i>	78
4.5.3. Sentença <i>extra petita</i>	78
4.5.4 Sentença <i>ultra petita</i>	79

4.6 INDENIZAÇÃO À VÍTIMA E O OBJETO DO PROCESSO PENAL.....	79
4.6.1 Natureza jurídica do processo penal	80
4.6.2 Objeto do processo penal.....	87
4.6.2.1 <i>Teorias sociológicas</i>	88
4.6.1.2 <i>Teorias Jurídicas</i>	88
4.6.1.3 <i>Teoria da Satisfação Jurídica das Pretensões e Resistências</i>	89
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	92
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	96

1 INTRODUÇÃO

A fixação de indenização no processo penal veio de encontro com uma fase em que há uma tendência mundial em reparação às vítimas em que vários institutos internacionais recomendam os países a incentivar e legislar a respeito, numa busca de trazer a vítima a participar do processo.

Diante disso, o Brasil com a lei 11.719 alterou o artigo 387, IV do código de processo penal, prevendo que o juiz criminal, ao proferir sentença condenatória deverá fixar o valor mínimo, considerando os danos sofridos pelo ofendido.

Essa abordagem sobre a fixação de indenização no processo penal faz com que o presente trabalho se enquadre na linha de pesquisa de Sistemas Penais – Contemporâneos do Programa de Pós – Graduação em Ciências Criminais (PPGCRIM) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) porque demanda uma análise de legislações contemporâneas, bem como de discursos políticos- criminais e suas ligações com o objetivo do processo penal.

Por se tratar de uma ampla matéria, o estudo será delimitado sobre o papel da vítima no processo penal, quais influências fizeram com que houvesse uma aglomeração de esferas do direito, e como a indenização pode violar princípios e desvirtuar o objeto do processo penal.

Portanto, o objetivo da pesquisa é uma reflexão acerca da indenização no processo penal e se enquadraria no objeto do processo penal.

Dessa forma, o trabalho se divide em três capítulos. O primeiro capítulo aborda a figura da vítima no processo penal, passando por todas as fases desde a vingança privada, passando pelo período de esquecimento até o redescobrimento. Na fase de redescobrimento é revisto os instrumentos internacionais que editaram legislações específicas em relação à vítima e como isso influenciou na legislação brasileira, também foi analisado esse aumento legislativo em função do expansionismo penal e do punitivismo, e a influência que a mídia teria sobre esse aspecto.

Ainda no primeiro capítulo é enfrentado como a vítima é tratada no código penal, código de processo penal e no novo código de processo penal, demonstrando quais artigos tratam sobre o assunto e se realmente teriam eficácia.

O Segundo capítulo é destinado a uma reflexão sobre a diferenciação das esferas cível e penal, demonstrando a partir de doutrinadores de diferentes opiniões a respeito da diferenciação ou não diferenciação do ilícito penal e do ilícito civil. Também será revisado os casos em que uma sentença absolutória pode gerar efeitos na área cível.

Proceder-se-á então, sobre o cabimento da ação civil *ex delicto* e os seus requisitos, a seguir uma breve diferenciação sobre dano moral e dano material, por ser o objeto da ação indenizatória, porque a partir desta diferenciação pode-se chegar à conclusão de qual natureza será o ressarcimento do ofendido.

Por fim, no terceiro capítulo são analisadas todas as violações que a fixação de indenização pode causar no processo penal, infringindo princípios fundamentais como o devido processo legal e a ampla defesa e contraditório, além do princípio da congruência. Também é trabalhado o desvirtuamento do objeto do processo penal, tanto na visão sob o objeto do processo como fato como da visão do objeto do processo como pretensão.

2 REDESCOBERTA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Conforme visto, até pouco tempo atrás o Estado assumia o papel principal, enquanto a vítima ficava em segundo lugar, o que talvez a Lei 11.719/08 tentou modificar, preocupando-se mais com o ofendido, seguindo a tendência atual.

Segundo Edgard de Moura Bittencourt o conceito de vítima expande-se em vários sentidos:

o conceito de vítima se estende, pois, a vários sentidos: o sentido *originário*, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o *geral*, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o *jurídico-geral*, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; o *jurídico-penal-restrito*, designando o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da normal penal, e, por fim, o sentido *jurídico-penal-amplo*, que abrange o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime.¹

No mesmo contexto define vítima o autor Jaume Solé Riera,

por víctima de um delito puede entenderse aquel sujeto, persona física o jurídica, grupo o colectividad de personas, que padece, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales de la comisión de um delito.²

Ainda, torna-se importante salientar os direitos e o papel da vítima no processo penal, e como se deu ao longo da história, possibilitando uma visão do direito sob outro ângulo.

Para Raffaella da Porciuncula Pallamolla,

debater qual deva ser o papel da vítima no sistema penal, quais são seus direitos e necessidades, implica olhar o direito e processo penal desde outra perspectiva. Significa resgatar alguém que foi esquecido tanto pelo direito quanto pelo processo penal modernos.³

¹ MOURA BITTENCOURT, Edgard. **Vítima**. 2. ed. São Paulo: Universitária de direito LTDA, 1978, p, 79.

² RIERA, Jaume Solé. **La tutela de la víctima em el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1999, p. 21.

³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 46.

A partir desta conceituação é possível termos uma noção de quem é a vítima no direito penal, para uma maior compreensão acerca de suas fases evolutivas ao longo da história, bem como a sua influência nas modificações legislativas recentes.

2.1 FASES EVOLUTIVAS

Para uma maior compreensão acerca deste redescobrimento da vítima, torna-se necessária uma breve análise sobre a sua posição no curso da história.

A vítima tem sido objeto de estudos desde os primórdios. Se analisarmos as legislações antigas, encontraremos várias referências à vítima, como no Código de U-Nammu, na Lei de Eshunna e no Código de Hamurabi, que datam 2000 a.C.⁴

Conforme leciona Antonio Scarance Fernandes, que em relação a vítima na esfera penal, é possível delimitar em três fases evolutivas: a primeira corresponde às etapas da vingança privada e da justiça privada; a segunda é um longo período de esquecimento e por conseguinte vive-se a época de redescobrimento da vítima presente em legislações de diversos países.⁵

2.1.1 Etapa da vingança privada e da justiça privada

Esta primeira fase que abarca a chamada vingança privada, tem por característica o fato de que pertencia à própria vítima cessar com a agressão que havia sofrido, mediante a *revindicta*.

Segundo Ney Fayet Júnior,

constitui para muitos, a primeira manifestação concreta do direito penal, localizada entre os povos de rudimentar desenvolvimento jurídico. Convém anotar-se que o interesse individual sobrepassava ao coletivo, pois os fatores

⁴ Segundo PIEDADE JUNIOR, 1993, p. 21. In: BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3.

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 13.

históricos objetivos ainda não tinham criado as condições para o aparecimento de uma força social que monopolizasse o poder punitivo.⁶

Surge então, a justiça privada, afim de conduzir a *revindicta*, para que se o acusado no percurso fosse considerado inocente, este não seria atingido.

Flaviane de Magalhães Barros assim se manifesta quanto a este controle da justiça privada em relação à vingança privada:

como forma de controlá-la, o modelo de justiça privada tentava estabelecer a proporcionalidade entre a agressão do autor e a retribuição da vítima ou, ainda, buscar a composição do dano entre as partes atingidas por meio da reparação do dano⁷.

A protótipo desta proporcionalidade entre a agressão e o dano sofrido pode ser usado a Lei de Talião, contida em “ÊXODO”. Capítulo XXI, versículos 23 a 25.⁸

Portanto, nesta fase, a pena tinha caráter religioso e retributivo, sendo alcançada tanto pela reparação do dano, quanto pela *revindicta*.

Com a finalidade de haver um maior controle da vingança privada e da preocupação dos Reis com a salvaguarda de seus interesses que, pouco a pouco, a justiça pública foi ganhando os seus contornos.⁹

O surgimento da justiça pública põe fim a vingança privada e a justiça privada, finalizando a era da justiça com as próprias mãos.

2.1.2 Período de esquecimento

A partir da aparição da justiça pública, que deu ao Estado o poder de punir, a vítima foi sendo esquecida, esquecimento este que perdurou desde o Direito

⁶ SOUZA JÚNIOR, Ney Fayet.. **Crime e sociedade**. BITTENCOURT, Cezar Roberto (Org) Curitiba: Juruá, 1999, p. 235.

⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 4.

⁸ Assim indicava: “Mas se resultar uma desgraça, darás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, contusão por contusão”.

⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 5.

Romano, passando pela Idade Média, pela formação dos Estados Nacionais, pelo Iluminismo, chegando até ao século XX.¹⁰

No período de deslembração da vítima, é importante destacar que as primeiras inquietações científicas que surgiram foram em relação ao réu, com a Escola Clássica e o Iluminismo.¹¹

Segundo Antonio Scarance Fernandes,

as primeiras e justas preocupações voltaram-se para o réu, não para a vítima. Com a influência do Iluminismo e da Escola Clássica as penas são humanizadas: repudiam-se os castigos corporais; elimina-se ou se limita bastante a pena de morte; extirpam-se as penas infamantes.¹²

Ainda, lecionam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,

a escola clássica caracteriza-se por ter projectado sobre o problema do crime os ideais filosóficos e o *ethos* político do humanismo racionalista. Pressuposta a racionalidade do homem, haveria apenas que indagar da eventual irracionalidade das estruturas de controlo, nomeadamente da lei. O problema criminológico surgia como necessidade não tanto da elevação do conformismo da lei que haveria que plasmar segundo os direitos naturais do homem.¹³

¹⁰ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 5.

¹¹ Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade citam como anteriores a escola clássica alguns autores, que já estudavam cientificamente o criminoso, como Platão, que em suas palavras: viu o crime como sintoma duma doença cuja causa seria tríplice: as paixões (inveja, ciúme, ambição, cólera), a procura do prazer e a ignorância. Em conformidade, encarava a pena como remédio destinado a libertar o delinquente do mal e que poderia chegar à sua eliminação se aquele se mostrasse refractário ao tratamento – como acentua em AS LEIS. Por seu turno, Aristóteles (Ética e Nicómaco) considerava o criminoso um inimigo da sociedade, que deveria ser castigado tal qual se bate num animal bruto preso ao jugo. A par disto, atribuía na política grande relevo à miséria como causa do crime e fator de revolta. Também S. Tomás, de resto, imputaria à miséria a causa do crime, enquanto Morus consideraria o crime como reflexo da própria sociedade. Refira-se por último, o nome de B. Della Porte, considerado o fundador da fisionomia e autor dum livro justamente intitulado A Fisionomia Humana (1536), no qual – a partir da observação e estudo dos cadáveres de vários criminosos – concluiu pela existência de conexões entre as formas do rosto e o crime, assim abrindo a porta às teorias craneoscópicas ou frenológicas que mais tarde seriam defendidas. DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. **Criminologia o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra: 1997, p. 7.

¹² FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 16.

¹³ DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. **Criminologia o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 7.

Entre os autores clássicos que defendiam a humanização das penas, criticando a tortura e defendendo a integridade do acusado está Beccaria em sua obra *Dei delitti e delle pene*.

Esse esquecimento da vítima pode ser observado tanto no direito penal, no processo penal, quanto na criminologia¹⁴. No direito penal porque em um primeiro momento preocupou-se somente com os bens jurídicos, no processo penal por ocultar a vítima, não protegendo seus direitos, e na criminologia, por tratar somente o delinquente para depois tratar o delito como um fenômeno relacional.¹⁵

2.1.3 Período de redescobrimto

Este período de enaltecimento da vítima tem início com os estudos da criminologia a começar da Escola Positivista, que não mais se preocupa com o delito como era proposto pela Escola Clássica, mas sim pelo delinquente.

Mas foi com o autor italiano Henrique Ferri, que se iniciou a vitimologia, conforme relata:

assim como, porém, o dano privado provém do crime não tanto como <entidade jurídica>, mas principalmente como <facto social>, - isto é, como acção do indivíduo no ambiente social – assim também para ele se verificou que a orientação de objectivismo jurídico seguida pelos clássicos e neo-clássicos o tem feito esquecer quer no exame teórico entre elementos jurídicos do crime quer sobretudo nas conclusões práticas sobre as normas para a sua reparação para proteção da parte lesada pelo crime. Pelo contrário, a Escola Positiva, desde os seus princípios tem vivamente chamado a atenção sobre o dano privado produzido pelo crime e sobre a necessidade de lhe assegurar uma eficaz reparação às vítimas do mesmo crime. Na minha preleção (novembro 1881) sobre o direito de punir como função social (Archivio di antrop. Crim., 1882, fasc. I) pus em relevo que as sanções ameaçadas e aplicadas pelo Estado para a defesa social contra a criminalidade devem ser: preventivas – reparadoras – repressivas –

¹⁴ DOBÓN, M. Carmen Alastuey. **La reparación a la víctima em el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant lo blanch. 2000, p. 35-36. “Quienes han profundizado em el papel que há desempeñado la víctima em la historia, antes de la aparición del Derecho penal, recuerdan que ésta se encontraba situada em el centro de interés em los sistemas primitivos de justicia, basados em la venganza privada, pues em ellos era aquélla o sus alegados los que se encargaban de administrar justicia. Em ordenamentos de raíz germánica existió, además, um sistema de compensaciones (Kompositionensystem) mediante el cual el ofendido, el agresor o sus respectivas familias negociaban entre sí una compensación em dinero o bienes. El nacimiento y desarrollo del derecho penal supone el fin de las formas de justicia privada; pero precisamente lo que constituye el passo más significativo em la historia del Derecho penal, el hecho de que el ius puniendi corresponda exclusivamente al Estado, supone a la vez el comienzo del abandono de la figura de la víctima”.

¹⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 46.

eliminativas. E portanto sustentei que a sanção reparadora (indenização do dano) tem caráter público e é função do Estado como as outras formas de prevenção e reparação do crime.¹⁶

Mesmo já havendo indícios durante os estudos da Escola Positivista, a vítima somente não foi mais excluída, pois ainda não tinha tornado-se protagonista.

A vítima só é revitalizada a partir da Segunda Grande Guerra, com os primeiros estudos realizados a respeito da Vitimologia.¹⁷

O novo destino da criminologia que foi iniciada pelos americanos, tem como pressuposto básico, a aceitação do caráter normal e funcional do crime e pela adesão à ideia de consenso em torno dos valores que presidem a ordem social, abordado de forma mais explícita por Durkheim em suas obras *A divisão do Trabalho Social* e *O Suicídio*.¹⁸

A respeito das escolas de criminologia americanas, assim se manifesta Jorge Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,

independente das divergências que separam entre si as diferentes escolas de criminologia americana, todas partem, se forma mais ou menos explícita, dum postulado comum: o de que o crime representa uma forma normal de adaptação individual ou colectiva às coordenadas da estrutura social ou cultural. Crime e comportamento conforme derivam, por identidade lógica, das mesmas leis de funcionamento do sistema social. Também o crime representa, a seu modo, a prossecução com sucesso das metas a que se ligam as qualificações materiais e morais do sistema.

A partir desta reviravolta, que insere o crime como um fenômeno habitual da sociedade, conforme ensina Flaviane de Magalhães Barros, esvaziando assim as teorias lombrosianas do *uomo delinquente*, e a preocupação com a prevenção do crime, com seu controle social e com a vítima¹⁹, surgiram autores que passaram a

¹⁶ FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Trad. Luiz de Lemos P'oliveira. São Paulo: Acadêmica, 1931, p. 561-562.

¹⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 6.

¹⁸ DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997, p. 315-316.

¹⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 6.

bradar como um ramo da criminologia a Vitimologia, tais como García-Pablos de Molina e no Brasil Luís Flávio Gomes.

A vitimologia como uma parte autônoma da Criminologia surgiu com Mendelshon em sua obra *New bio-psycho-social horizons: victimology* e por Von Hentig em sua obra *Victimss studies*.

Conforme Edgard de Moura Bittencourt,

na opinião de Paasch, “o verdadeiro fundador da doutrina da vítima, ou vitimologia” é B. Mendelshon, advogado em Jerusalém. Seus trabalhos de sociologia jurídica (1947, 1956 e 1957) põem em destaque a conveniência de estudo da vítima sob diversos ângulos – do Direito Penal, na psicologia e na Psiquiatria. Observa os fenômenos de ordem psicológica e social. No tocante à vítima, como sujeito passivo do crime em sua relação com o criminoso. Examina causas e efeitos, propondo a sistematização de pesquisas e estudos sobre o assunto, subordinados não a um simples departamento da ciência penal, mas à necessidade de se erigirem os conhecimentos e sua metodização sobre o tema, em ciência, unida à Criminologia, sob a denominação de – vitimologia.²⁰

É importante destacar, que em um primeiro momento a vitimologia não estendeu os direitos das vítimas, o que veio a ocorrer somente na década de oitenta. Essa nova criminologia ampliou os direitos, bem como preocupou-se com as necessidades da vítima.

Leciona Elena Larrauri,

pero junto a esta victimología originaria surgió, en la década de los ochenta, una nueva victimología. Podemos, por consiguiente, aventurar que lo que se vislumbra en la década de los ochenta es el resurgir de una (nueva) victimología que se diferencia de la anterior, fundamentalmente, por: su preocupación por las necesidades y derechos de la víctima, y su sensibilidad por no contraponer los derechos de la víctima a los derechos del delincuente.²¹

Após os estudos iniciais sobre a vitimologia, ocorreram vários congressos internacionais, em que debateram o tema, ganhando mais força e novos objetos de pesquisa, podendo-se dizer que assim surgiu o redescobrimento da vítima.

²⁰ BITTENCOURT, Edgar de Moura. **Crime e sociedade**. BITTENCOURT, Cezar Roberto (Org). Curitiba: Juruá, 1999, p. 26.

²¹ LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, Albin et al. **De los delitos y de las víctimas**. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 284.

Pode-se dizer que os movimentos políticos também contribuíram para a vitimologia, como é o caso dos movimentos feministas ocorridos na década de 60 e 70, que foram os que mais chamaram a atenção para a preocupação das vítimas com o sistema penal.²²

Além, dos fatores antes mencionados, pode-se dizer que o redescobrimto da vítima tem uma forte relação com o expansionismo do direito penal.

Com o atual expansionismo do direito penal, segundo Jesús María Silva Sánchez, há um fenômeno denominado identificação social com a vítima do delito, antes mesmo do que com o autor.²³

Por haver esta maior identificação da sociedade em geral com a vítima e não com o autor, é perceptível que o expansionismo do direito penal tende a ter cada vez mais condutas criminalizadoras.

Segundo André Luiz Callegari e Cristina Reindolff da Motta,

a insegurança constante e as notícias diárias acabam por revelar uma nova criminalidade, fatos que se deve a uma sociedade em contínua transformação. As ferramentas pensadas e desenhadas para uma determinada teoria do delito, cujas bases fundem suas raízes nas concepções causal – naturalista do delito, mostram-se incapazes para fazer frente a esta nova criminalidade cujas características se afastam totalmente destes paradigmas. A macrocriminalidade está obtendo respostas do Estado cifradas no expansionismo da intervenção penal, sempre a reboque da realidade.²⁴

Ainda, há a forte relação da mídia frente a este expansionismo, pois vivemos em uma sociedade da informação, que surgiu devido a globalização. Fala-se em

²² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 48, grifo da autora: “*Este movimento político, ressurgido na década de 60 e 70 com a introdução criminal injuries compensation e com o crescimento da segunda onda do movimento feminista- que chamava a atenção para os crimes sexuais e violentos cometidos contra as mulheres -, possuía preocupações em relação às vítimas diferentes das dos primeiros vitimólogos. Preocupavam-se, principalmente, com o tratamento dispensado às vítimas no processo penal.*”

²³ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal**. 3. ed. Buenos Aires: Edisofer S, L: 2011, p. 46.

²⁴ CALLEGARI, André Luis. **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 1.

uma nova Era e realidade, em que o volume avassalador, o baixo custo e o fácil acesso às transmissões faz com que a informação flua a velocidades até então impensáveis e sem qualquer controle, chegando a todos os cantos do planeta e adotando valores políticos, religiosos, sociais, econômicos, etc.²⁵

Ao publicar notícias diárias²⁶ sobre crimes, causa a chamada “síndrome do medo”, e a sociedade acredita ser o direito penal o melhor remédio para saná-las, colocando em sentidos opostos o “senso do bem comum” a pareceres técnicos.

Quanto a isso, José Luis Bolzan de Moraes diz:

com isso podemos construir uma hipótese de análise para esta síndrome do medo, buscando entendê-la não como fenômeno isolado mas, efetivamente, como um conjunto de sinais e sintomas presentes na desconstrução de uma cultura de civilização inaugurada - contida no projeto político - institucional moderno. Uma cultura marcada por identidades as mais diversas, não diluídas em um estilo *fast-food* de ser, muito embora muitas vezes submetidas pelo saber técnico em contraposição a qualquer senso de humanidade.²⁷

Portanto, com o aumento da criminalidade e sua maior expansão através dos meios de comunicação, a sociedade passa a pressionar para que a vítima tenha mais participação no processo penal, refletindo a tendência global.²⁸

²⁵ POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Criminologia e sistemas jurídicos**: penais contemporâneos. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 359.

²⁶ CARNELUTTI, Francesco, em sua obra *As misérias do processo penal*, Trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2012, p. 12, já se manifestava em relação a formação da opinião pública através dos jornais: “*Um pouco em todos os tempos, mas no tempo moderno sempre mais, o processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam boa parte de suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos. Quem as lê, aliás, tem a impressão de que tenhamos muito mais delitos que não boas ações neste mundo. A eles é que os delitos assemelham-se às papoulas que, quando se tem uma em um campo, todas deste se apercebem; e as boas ações se escondem, como as violetas entre as ervas do prado. Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente. E é também esta uma forma de diversão: foge-se da própria vida ocupando-se da dos outros; e a ocupação não é nunca tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto do drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que deliciam o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita frequência, assim, o delito como o relativo ao processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização.*”

²⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Política criminal**: estado e democracia. Org. André Luis Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75.

²⁸ DELMAS-MARTY, Mereille. **Processo penal e direitos do homem**. Barueri: Manole, 2004, p. 81-82. Grifo do autor: *Uma lei em 1986 fortaleceu a situação processual da vítima, atribuindo-lhe, entre outras coisas, uma legitimidade processual. Em termos gerais, a discussão alemã sobre o assunto*

Mas esse movimento do direito penal não ser utilizado em *ultima ratio*, pode ser visto não só como a pressão da sociedade, mas também no direito penal autoritário, utilizado por governos para implantar sua ideologia, como veremos a seguir.

Depois de grandes crises na Europa, surgiram movimentos autoritários, de extrema direita, como em 1922 na Itália e em 1933 na Alemanha, aos quais utilizaram o direito penal como uma ferramenta para poder cometer brutalidades a favor de uma ideologia.

Neste momento, são abolidas todas as garantias e princípios que antes regiam o sistema, o direito passa a servir para um partido único, considerado o partido – estado, que se torna o mandante de como o juiz deve aplicar a lei.

Na aplicação desta lei o juiz não deve seguir o que está escrito, mas sim aplicar o que o líder acredita ser o correto, desligando-o completamente das leis.

O direito penal liberal surge no iluminismo que foi responsável por vários movimentos políticos importantes, dentre eles a revolução francesa. Este modelo vem mostrar a importância de garantias legais para a aplicação do direito, como o princípio da legalidade, a fim de evitar a intervenção do Estado ou da Igreja, que eram os responsáveis pelas punições dessa época.

O direito penal deve ser utilizado segundo este modelo como última intervenção, quando não há mais possibilidades de reparação do bem jurídico atingido, responsabilizando alguém somente depois de provada a autoria e a materialidade do delito.

está de acordo com a discussão internacional quanto à situação da vítima, estando pronta a renunciar à sua neutralização. Mas, por outro lado, é preciso evitar interferências nos direitos da defesa. Daí decorre que o enriquecimento do catálogo das sanções por meio da criação de uma pena compensatória ou a institucionalização das soluções compensatórias ligadas à mediação – projetos de reforma muito discutidos e que em parte já foram antecipados pela prática – teriam repercussões sobre o processo e sobre a própria concepção do direito penal. Aparentemente, a ação civil não é a solução almejada. Apesar de sua clareza processual, ela tem desvantagens: tende a produzir conflitos entre o direito penal e o direito privado; não tem o condão de tornar confiável o condenado; e sobretudo, ela se baseia demasiadamente na iniciativa da vítima, iniciativa da qual, em muitos casos, a vítima gostaria muito de se desembaraçar.

Uma derrota militar, desvalorização monetária, depreciação econômica, receio de revoluções comunistas e conflitos entre cidadãos nutriram na Europa o surgimento de movimentos de extrema direita, que conquistaram o poder na Itália em 1922, liderado por Benito Mussolini, também conhecida como ditadura fascista e na Alemanha em 1933 liderado por Adolf Hitler e o Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores (NSDAP). Ao mesmo tempo Salazar instituiu em Portugal a consituição corporativa e em 1936 o General Franco provoca a revolta contra o governo republicano na Espanha.

O Movimento nacional – socialista, arrebatou o movimento jusliberalista, mas encontrou no direito um forte obstáculo para a tomada do poder, pois este, dava aos cidadãos garantias que o movimento desprezava e desacreditava. Ele sucedeu a república de Weimar que tinha sido instaurada na Alemanha logo após a 1ª Guerra Mundial, e tinha como modelo o parlamentarista democrático

Diferentemente de outros movimentos revolucionários, o nacional – socialismo não trocou um direito por outro, mas sim utilizou o mesmo, fundamentando-o com as suas ideologias a ser seguidas. Para isto foram excluídos os juízes que tinham relação com o modelo antigo e ficaram os que compactuaram à interpretar as leis já existentes segundo o novo modo, sendo o direito um simples instrumento para poder chegar aos objetivos traçados, tendo como base o racismo e o autoritarismo.

O nacional – socialismo tratava desumanamente os indivíduos que pertenciam às raças inferiores, seriam superiores somente os alemães “puros”. Tornava-se evidente o racismo nas Leis de Nuremberg adotados pelo Reichstag sob iniciativa de Adolf Hitler, que tinham como conteúdo:

Art. 1º 1) São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei. 2) Só o procurador pode propor a declaração de nulidade.

Art. 2º - As relações extra-matrimoniais entre Judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado são proibidas.

Art. 3º - Os Judeus são proibidos de terem como criados em sua casa cidadãos de sangue alemão ou aparentado com menos de 45 anos...

Art. 4º - 1) Os Judeus ficam proibidos de içar a bandeira nacional do Reich e de envergarem as cores do Reich. 2) Mas são autorizados a engalanarem-se com as cores judaicas. O exercício dessa autorização é protegido pelo Estado.

Art. 5º - 1) Quem infringir o artigo 1º será condenado a trabalhos forçados. 3) Quem infringir os arts. 3º e 4º será condenado à prisão que poderá ir até um ano e multa, ou a uma ou outra destas duas penas.

Art. 6º - O Ministro do Interior do Reich, com o assentimento do representante do Führer e do Ministro da Justiça, publicarão as disposições jurídicas e administrativas necessárias à aplicação desta lei.

Portanto, era considerado cidadão e tinha direitos somente quem fazia parte do povo, ou seja, a raça superior com sangue alemão, não fazendo parte a raça inferior.

Para o líder conseguir concretizar o Estado totalitário segundo Mario G. Losano

“Ele persegue esse fim usando quatro ferramentas do poder: uma ideologia globalizante, um partido único depositário daquela ideologia; uma figura carismática que, com poderes ditatoriais, guia o partido e também o Estado; um controle monopolista, exercido por um partido único e do Estado, sobre as comunicações de massa, sobre o armamento e sobre todas as organizações, sobretudo a econômicas”.²⁹

Foi o que aconteceu, o Estado na Alemanha não tinha mais o respeito pelo direito, a vontade de Fuhrer era o que seria aplicado para regir as relações. Não era admitido também outro partido e muito menos com ideologias contrárias aquelas impostas pelo nacional – socialismo.

O mais interessante talvez, é que esses regimes autoritários vem à tona por precaver os direitos do povo, afirmando ser a voz ativa deste, mas o povo em nada decide e nem dá opiniões pertencendo somente ao chefe do partido esta atribuição.

Outro modo que se manifestou o autoritarismo foi quando foram criadas leis de exceção suspendendo os direitos fundamentais e sequestrando os bens dos

²⁹ LOSANO, Sistema e estrutura no Direito, SP: Martins Fontes, v. II, 2010

inimigos políticos, que eram os contrários ao Partido Nacional Socialista Alemão dos Trabalhadores (NSDAP) considerado já então o partido – Estado.

O direito penal serviu como um instrumento para por em prática as barbáries impostas pelos regimes autoritários suspendendo os direitos e garantias fundamentais, em um artigo destacam Davi de Paiva Tangerino, Salo de Carvalho e Fabio Roberto D’Avila

“Os princípios reitores do direito penal, tantas vezes denominados de garantias penais, têm como objetivo não só orientar a intervenção, mas delimitar o seu espaço de legitimidade formal e material, circunscrevendo o âmbito de possível atuação político-criminal do Estado, sempre que essa atuação tiver por pressuposto uma intervenção de natureza penal. Resultado de um longo e complexo processo de reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, os princípios reitores do direito penal constituem-se ainda hoje no que de melhor dispomos para destacar as desbotadas cores do “democrático” e do “autoritário” em matéria penal.”³⁰

Diante disso, fica claro porque o autoritarismo acaba com o garantismo, pois sem ele, torna-se possível a aplicação da lei penal como bem entender o líder, segundo suas ideologias sem delimitações a serem respeitadas, podendo as leis se adaptarem segundo a interpretação que o juiz achar mais conveniente ao caso em concreto.

Temos ainda como exemplo desse tempo obscuro do direito penal a doutrina nazista do direito penal da vontade ou do tipo de autor e a stalinista do inimigo do povo.

E, 1926 é restaurada a pena de morte na Itália para crimes políticos, sob o argumento da proteção da vida de Mussolini, que teve o apoio de juristas, sendo mais um exemplo de como o direito penal foi usado como instrumento para concretizar regimes e eliminar quem pudesse ser contra

Para os juízes aplicarem as leis, acima delas existiam os valores elecandos pelo movimento nacional – socialista, que deveriam vir em primeiro lugar.

³⁰ TANGERINO, Davi de Paiva Costa; D’AVILA, Fabio Roberto; CARVALHO, Salo de; O direito penal na “luta contra o terrorismo”, **Sistema Penal e Violência**, Revista eletrônica da faculdade de direito PUCRS, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 1-21, janeiro / junho 2012.

A interpretação da lei substituía a legislação, sem que o juiz, porém, se transformasse ele mesmo em legislador: nesse particular reside a radical diferença em relação ao Movimento do Direito Livre.³¹

O Movimento do Direito Livre surgiu em 1906 na Alemanha, e partia do pressuposto que a lei era unicamente uma fonte do direito, podendo ser superada, o direito então está acima ou até então fora dela, e para o juiz aplicá-la é preciso o sentimento de justiça ao caso, podendo deixar de empregá-la se assim achar justo.

Já no autoritarismo o juiz não pode ter este entendimento do Movimento do Direito Livre, ele tem que aplicar as leis ajustando-as ao entendimento do Estado, não a modificando-as, pois a outros casos convenientes talvez a lei possa ser aplicada como está regida, no caso o legislador então é a vontade do próprio Estado.

Um dos juristas nacional – socialista foi Carl Schmitt, para ele é preciso pensar o direito sob aspectos concretos, um governo para ser capaz de comandar mesmo tem que ter um elemento ditatorial em sua constituição. Teve como principal adversário o judeu Hans Kelsen, ficando claro suas divergências quando Schmitt escreve sobre o guardião da constituição, que seria este o *Reich* enquanto que para Kelsen o guardião seriam pessoas preparadas para exercer este cargo, havendo uma maior imparcialidade nas decisões. Nesta época veio a vencer a teoria de Schmitt, a de Kelsen triunfou somente no momento pós guerra.

Mas notamos esta influência em nossa Constituição Federal, em seu artigo 102 que atribui ao Supremo Tribunal Federal este papel de guardião.

Outro jurista importante deste época foi Karl Larenz, que acreditava que deveria ser feito uma reinterpretação do direito hegeliano, para Hegel o povo tem uma relação jurídica com o Estado não havendo nada acima deste.

Para entendermos o que é o direito penal liberal é importante primeiro entendermos o que é o modelo de estado legal.

³¹ LOSANO, Sistema e estrutura no Direito, SP: Martins Fontes, v. II, 2010, p. 207.

O Estado Legal é quando o direito é superior ao Estado, a este resta uma subordinação, mas quem os cria e reconhece é o próprio Estado. Neste modelo a Constituição é a lei suprema, servindo como uma espécie de limites para a criação de outras leis que estarão abaixo.

A lei no Estado Legal serve como um instrumento, segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho

“Ela não se legitima por um conteúdo de justiça e sim por ser expressão da vontade política do povo. Tal vontade habilitaria o Governo a concretizar o programa, editando as leis necessárias . Essa vontade popular é hoje invocada pelos governos quase sem exceção, como fundamento de seus atos, quer tenha sido ela explicitada numa eleição livre e competitiva, quer não.”³²

Portanto, a lei se legitima pela vontade dos cidadãos e ao Estado cabe a sua criação, neste processo há a politização da lei, onde a finalidade é um bem e a exteriorização da vontade da sociedade. Mas a partir da idéia da politização das leis, surge o problema da proliferação, elas se multiplicam causando certa instabilidade ao Direito Positivo.

Aparece assim, uma depreciação do direito, porque a cada dia são criadas novas leis através de interesses políticos, interferindo demais na vida dos cidadãos, para logo depois serem esquecidas, como o que acontece no direito penal.

No Estado Legal, há princípios que os regem, dentre alguns como o da legalidade, lei ato formal, igualdade, entre outros.

O direito penal liberal surgiu como ciência no iluminismo que foi um movimento cultural na Europa, tendo como centro a França no século XVIII, que era contra os abusos praticados pelo Estado e pela Igreja. Teve como principais filósofos Baruch Spinoza , John Locke, Pierre Bayle, entre outros.

O Iluminismo abasteceu boa parte do intelectualismo de eventos políticos que foram de extrema importância para a constituição do mundo moderno, como a

³² FERREIRA, Manoel Gonçalves; Estado de direito e constituição. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 45-46.

Revolução Francesa, a Constituição polaca de 1791, a Revolução Dezembrista na Rússia em 1825.

Com estes abusos praticados pelo Estado e pela Igreja era preciso um direito penal limitado à algumas garantias, ficando claro a importância de um direito coletivo e não mais individual, era preciso limitar o *ius puniendi* afim de evitar atrocidades como vinham ocorrendo.

Ele surge consistido na idéia de servir para proteção de direitos subjetivos e contra a intervenção estatal porque nesta época pertencia ao Estado o papel de defender e arbitrar o direito.

É neste modelo que vem a idéia do direito penal ser utilizado como *ultima ratio*, somente quando realmente necessário, tendo a privação de liberdade quando não há outra maneira de restituir o dano causado ao bem jurídico. Aqui o princípio da legalidade é uma garantia do cidadão.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt

O princípio da legalidade ou da reserva legal constitui uma efetiva limitação ao poder punitivo estatal. Embora constitua hoje um princípio fundamental do Direito Penal, seu reconhecimento constitui um longo processo, com avanços e recuos [...]³³

Por este princípio todas as expressões do corpo do texto da lei tem que ser claras, não podem ser ambíguas, porque se não for assim o cidadão estará desprotegido, caindo na arbitrariedade do Estado, que é o objetivo do Direito Penal Liberal fazer essa defesa.

Há certas leis que tem indeterminações, aceitam várias interpretações, mas devem ser interpretadas conforme os princípios regidos pelo direito penal. Em nosso ordenamento a previsão da legalidade também está presente, em seu artigo 5º.

Depois do princípio da legalidade, surge o princípio da culpabilidade, ao qual remete que só pode ser considerado culpado quem age com culpa ou dolo, trazendo a responsabilidade subjetiva.

³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 11

Se houver estas “brechas” na lei e a desobediência às garantias, e ficar nas mãos do juiz – estado o modo da aplicabilidade, estará ferido o direito dos indivíduos, aos quais ficarão à mercê de entendimentos reducionistas, ficando não muito diferente do direito penal autoritário.

Para a concretização do direito penal e a relevância da sua importância, houveram no mundo a realização de alguns modelos, como o modelo de direito penal liberal e o modelo de direito penal autoritário.

O direito penal autoritário foi aquele nascido de movimentos de extrema direita, como correu na Alemanha o nazismo e na Itália o fascismo, entre outros ocorridos na Europa.

Estes movimentos tiveram uma ascensão por enaltecer que eram a voz do povo, mas ao povo não pertencia ter uma voz ativa, somente seu líder que tinha este poder. Só podia ter um único partido político, ao qual tinha uma ideologia, e intervia em todas as relações privadas do Estado.

Para poder intervir na aplicabilidade do direito tiraram de seus cargos juízes que não eram a favor de proferir decisões coniventes e deixaram os que assim o fariam. Na Alemanha não foram feitas novas leis, mas foram adaptadas segundo a ideologia do partido.

Foram tirados também os direitos dos que não eram de puro sangue, chamada de raça inferior, como por exemplo, tirando os bens destes. Esta época foi marcada por um direito penal, além de autoritário, extremamente racista.

O direito penal liberal teve grande importância na história por colocar em pauta a importância do não intervencionismo do Estado e da Religião na vida dos cidadãos. Ele surge com a finalidade de garantia e proteção aos indivíduos.

Ao referir o princípio da legalidade ele limita o poder do Estado, as leis devem ser elaboradas à partir dessas garantias, ressalta também como o direito penal deve ser utilizado somente se preciso, se antes não foi possível outras tentativas de restituir ou minimizar o dano causado.

Como mencionado, por se tratar de uma tendência atual do expansionismo e explicitado como o direito penal ao longo da história também foi utilizado para modelos de governos autoritários é importante fazermos breves considerações sobre os instrumentos internacionais que tratam sobre a proteção da vítima.

2.2 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS PROTETIVOS DA VÍTIMA

Levando-se em conta que diversas normas foram criadas a partir de resoluções e recomendações de organismos internacionais, torna-se importante um breve estudo de como esses organismos se manifestam no que tange a proteção à vítima.

Os organismos internacionais como a ONU e o Conselho da Europa editaram resoluções e recomendações, para que seus Países-membros possam seguir, a fim de enaltecer o papel das vítimas de delitos, pois é notável que esse problema é claro em todos os países, tanto os que adotam o sistema *commom law* quanto os que adotam o sistema germânico.

Ricardo Seitenfuns difere resoluções e recomendações da seguinte maneira:

a manifestação da vontade da Assembleia Geral se materializará através de resoluções. Elas se contrapõem às decisões emanadas do Conselho de Segurança. Estas últimas são impositivas, e todos os Estados-Membros devem acatá-las. Caso não o fizerem, correrão o risco de sofrer sanções por parte da ONU. A natureza das resoluções oriundas da Assembleia é bastante distinta. Trata-se unicamente de recomendações feitas aos Estados-Membros ou ao Conselho de Segurança, ausente qualquer elemento de constrangimento.³⁴

Feita essa distinção para um maior entendimento, será analisada a contribuição que cada órgão realizou a fim de diminuir o esquecimento da vítima.

2.2.1 Organização das Nações Unidas

³⁴ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141-142.

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi criada dia 24 de outubro de 1945, após o término da segunda guerra mundial a fim de promover a cooperação jurídica internacional.³⁵

Em 1948 foi redigida a Declaração de Direitos do Homem da ONU, trazendo uma série de direitos fundamentais sustentado na dignidade da pessoa humana³⁶. Nessa primeira carta, mesmo que indiretamente, já há uma referência à reparação dos danos à vítima, mas só foi aparecer diretamente no 7º Congresso da Organização das Nações Unidas, no ano de 1985.

Através desse congresso deu-se a recomendação pela Assembleia Geral das Nações Unidas a *declaração dos princípios fundamentais de justiça relativos às vítimas da criminalidade e às vítimas de abuso de poder*, por meio da resolução A/RES/40/34³⁷, aprovada por todos os estados – membros.

³⁵ REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309-310. “Primeiro na Sociedade das Nações (1919 – 1939), depois na Organização das Nações Unidas (1945), somaram-se o alcance universal – a propensão congênita a congregar, um dia, a generalidade dos Estados Soberanos, como hoje a ONU de fato congrega – e a finalidade política. No âmbito da ONU, como de sua antecessora, a cooperação econômica, cultural e científica são propósitos periféricos. Seu objetivo precípua – frustrado para a SDN, com a eclosão da segunda grande guerra – é preservar a paz entre as nações, fomentando a solução pacífica de conflitos e proporcionando meios idôneos de segurança coletiva”.

³⁶ Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do homem;

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do homem através de um regime de direito, para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações;

Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declararam resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla;

Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais;

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso...”

³⁷ Conforme consta na recomendação: A Assembleia Geral, lembrando que o Sexto Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do crime e o Tratamento dos Delinquentes recomendou que as Nações Unidas devam prosseguir o seu trabalho presente no desenvolvimento de diretrizes e normas relativas ao abuso de poder econômico e político. Consciente de que milhões de pessoas em todo o mundo sofrem danos como resultado de crime e abuso de poder e que os direitos destas vítimas não tenham sido devidamente reconhecidos. Reconhecendo que as vítimas de crime e as vítimas de abuso de poder, e também frequentemente seus familiares, testemunhas e outras pessoas que lhes

Importante destacar alguns itens presentes na referida recomendação, pois é evidente a preocupação da ONU em relação às vítimas de crimes.

No item 1, é afirmado a necessidade de adotar tanto em âmbito nacional, quanto em âmbito internacional medidas que visem garantir o reconhecimento universal e eficaz dos direitos das vítimas da criminalidade ou abuso de poder.

No item 2 é salientado a necessidade de encorajar os Estados membros a desenvolver esforços feitos com esse objetivo, sem prejudicar o direito dos suspeitos ou criminosos.

Conforme o item 3 é adotado a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de crime e Abuso de Poder, anexo à presente resolução, que é projetado para ajudar os governos e à comunidade internacional nos seus esforços no sentido de proporcionar assistência às vítimas de crime e vítimas de abuso de poder.

Já no item 4 é solicitado aos estados – membros, medidas necessárias para diminuir a vitimização através de medidas de assistência social, saúde e para a prevenção criminal.

Mesmo sendo aprovada por maioria unânime dos estados – membros, esta resolução não surtiu efeitos imediatos nas legislações dos estados, tendo em vista que surgiram as Resoluções 1989/57 e 1990/22 do Conselho Econômico e Social que solicitaram ao Secretário Geral da ONU que acompanhasse as políticas e as investigações em relação à situação da vítima com o objetivo de aplicar de fato a Resolução 40/34.

Ainda, em setembro de 1990 em Havana, Cuba, surge a Resolução do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, aos quais destacam-se os itens 3 e 4.

O item 3 recomenda os Estados membros a tomarem em consideração e a respeitarem a Declaração dos Princípios de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e do Abuso de Poder no quadro das respectivas legislações e prática nacionais;

O item 4 convida igualmente os Estados membros a submeterem os Princípios Básicos à atenção dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e de outros membros do poder executivo, de magistrados, advogados, órgãos legislativos e do público em geral.

Diante dessas resoluções e recomendações da ONU é possível notar sua influência na Lei 11.690/09³⁸ e na Lei 11.719/08 as quais tentaram dar maior atenção e proteção à vítima e também à reparação dos danos.

2.2.2 Conselho da Europa

O conselho da Europa foi fundado em 05 de maio de 1949, é a instituição mais antiga europeia em funcionamento, e tem como propósito a defesa dos direitos humanos, do estado de direito e da democracia.³⁹

³⁹ O Conselho da Europa preconiza a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, a liberdade de reunião, a igualdade, e a proteção das minorias. Tem lançado campanhas sobre temas como a proteção das crianças, o discurso do ódio na internet e os direitos dos Roma, a minoria mais importante na Europa. O Conselho da Europa ajuda os Estados-membros a lutar contra a corrupção e o terrorismo e a conduzir as reformas judiciais necessárias. O seu grupo de peritos constitucionais, conhecidos pelo nome de Comissão de Veneza, oferece aconselhamento jurídico a países de todo o mundo. O Conselho da Europa promove os direitos humanos através de convenções internacionais, tais como a Convenção para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica e a Convenção sobre o Cibercrime. Acompanha o progresso dos Estados-membros nestas áreas e apresenta recomendações por intermédio de órgãos de monitorização especializados e independentes. Presentemente, não há um único Estado-membro do Conselho da Europa que aplique a pena de morte. Texto extraído do site: <<http://www.coe.int/pt/web/about-us/values>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Preocupada com a criminalidade, foi criado um Comitê Europeu para os problemas criminais no ano de 1956. Mesmo tendo as primeiras resoluções editadas em 1962, a vítima criminal só foi inserida nos anos 70.

Algumas medidas empregadas pelo Conselho da Europa se destacam, entre elas:

- resolução (77) 27, de 28 de setembro de 1977: gerou uma contribuição ínfima a figura do papel da vítima, pois comprovou aos estados – membros a necessidade de adotar medidas para indenizar as vítimas de delitos. Mas foi reconhecido que na maioria dos casos, os infratores não são conhecidos ou não dispõem de bens para o ressarcimento, neste caso, deve o Estado adotar medidas para a efetivação.

A convenção europeia, diferentemente, adotou a reparação da vítima sob outro ângulo em 24 de novembro de 1983, entende que a indenização serve como um meio de diminuir o conflito entre ofendido e ofensor.

Portanto, o Conselho da Europa conclui pelos princípios da solidariedade social e da equidade, que pode intervir em seus Estados – membros para assegurar a indenização à vítima.

- recomendação R (85) 11: adotada pelo Comitê dos Ministros em 10 de julho de 1985, versa sobre a posição da vítima, tanto na esfera penal, quanto na esfera processual penal, recomendando que seus estados – membros estudem sobre a possibilidade dos sistemas de mediação e conciliação.

- recomendação R (87) 21: traz à tona o reconhecimento da problematização da vitimização, pois traz consequências aos cidadãos, recomendando que os estados incentivem experiências aos sistemas de mediação, tanto a nível nacional quanto local e avaliem seus resultados.

A mais recente regulamentação do Conselho da Europa no que diz respeito à vítima no processo penal, é a Decisão – Quadro do Conselho de 15 de março de

2001, em que traz o estatuto da vítima no processo penal e aborda aspectos relevantes, dos arts. 2º ao 19º, entre eles: respeito e reconhecimento, audição e apresentação de provas, direito de receber informações, garantias de comunicação, assistência específica à vítima, despesas da vítima resultantes da participação no processo penal, direito à proteção, direito à indenização no âmbito do processo penal, mediação penal no âmbito do processo penal, vítimas residentes em outro Estado – membro, cooperação entre Estados – membros, serviços especializados e organizações de apoio às vítimas, formação profissional das pessoas com intervenção no processo ou em contato com a vítima, condições práticas relativas à situação da vítima no processo, âmbito de aplicação territorial, execução, e por fim avaliação dos Estados – membros para a transmissão para o direito nacional.

Foram expostas algumas resoluções que mostram o comprometimento do Conselho da Europa em relação às vítimas de delitos, pois é de longa data que há o estudo sobre a melhor forma de tratamento para com as vítimas.

2.2.3 Tribunal Europeu de Direitos do Homem

O Tribunal Europeu de Direitos do homem foi estabelecido em 1959, e tem sua sede na cidade de Estrasburgo na França. Seu principal objetivo é o de verificar o respeito aos princípios elencados pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, tendo 47 estados – membros, aos quais devem se submeter às suas decisões.⁴⁰

Inicialmente, três instituições eram responsáveis por fazer cumprir compromissos assumidos pelos estados: a Comissão Europeia dos Direitos do Homem, o tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa. No ano de 1998, através do protocolo nº11, a Comissão Europeia dos Direitos do Homem e o Tribunal dos Direitos do Homem foram substituídas por um único Tribunal.⁴¹

⁴⁰ Dados retirados do site: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁴¹ Dados retirados do site: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

Com o número crescente de processos e de países - membros, esta foi se adaptando, bem como modificando sua estrutura, a fim de exaurir o aumento da demanda de processos.

Para ter início um processo perante este Tribunal, é necessário que tenha sido esgotado todas as instâncias internas, através de uma denúncia estatal ou até mesmo de uma denúncia particular contra um estado – membro que tenha infringido os Direitos Fundamentais estabelecidos pela Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Alguns direitos fundamentais expostos pela CEDH, como o direito à liberdade e segurança, à vida, a um processo equitativo, proibição da discriminação, mostra o forte vínculo desses direitos fundamentais para com a vítima, pois esta tem acesso à justiça e pode participar do processo, e se comprovado, os responsáveis serão punidos.

Dispõe o art. 32 da CEDH, que o Tribunal abrange toda a competência quanto à aplicação e interpretação da convenção e seus protocolos.

Conforme Luciano Feldens,

a reiterada jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) aponta no sentido de que os Estados têm obrigações positivas voltadas a garantir, perante ataques de terceiros (particulares), o efetivo respeito aos direitos consagrados no Convênio Europeu de Direitos Humanos (CEDH), de 04/11/1950. No que toca ao direito à vida, por exemplo, consagrado no art. 2º do CEDH, a Corte Europeia definiu com clareza que ‘os Estados têm o dever primordial de assegurar o direito à vida, estabelecendo uma legislação penal tendente a dissuadir a prática de atentados às pessoas, a qual encontre apoio em um mecanismo de prevenção, repressão e sanção de agressões dessa natureza’ [*Osman vs. The United Kingdom* (87/1997/871/1083), Strasbourg, 28/10/1998].⁴²

Pode-se dizer que a maioria das sanções que são impostas pelo TEDH aos estados – membros, são as reparações aos danos causados.

Conforme Thomas Francisco Silveira de Araujo Santos:

⁴² FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 106.

e juntamente com a ideia de direitos humanos, nasce a ideia de responsabilização internacional dos Estados que violam tais direitos e o dever de reparar tais violações. Consequentemente a reparação torna-se um direito do indivíduo lesado pela conduta do Estado, devendo então, adaptar-se agora a realidade da relação entre indivíduo e estado. Dessa forma, a reparação é ao mesmo tempo, um direito a ser exercido pela vítima e um dever à ser cumprido pelo Estado quando da sua responsabilização internacional, um direito humano reconhecido como tal pelo direito internacional e uma das bases da teoria da responsabilização internacional”.⁴³

Ainda, quanto às reparações pode-se dizer que estas não são apenas indenizações, há outras formas como por exemplo a garantia da não repetição ou a cessação do ilícito, levando-se em conta que nem sempre a reparação pecuniária pode ser suficientemente capaz de reparar um dano.⁴⁴

Quando ao múnus processual que o estado possui, pode-se dar como exemplo o caso em que o TEDH condenou a Eslovênia, em 09 de abril de 2009, a indenizar os pais de uma vítima que faleceu por negligência médica. Alegaram os autores que houve uma violação de seus direitos dispostos nos artigos 2, 3, 6, 13 e 14 da Convenção pela incapacidade da Eslovênia em estabelecer responsabilidade relativas ao óbito. Em sua decisão o TEDH afirmou que o Estado tem o dever de investigar acerca da possibilidade de se entrar com uma ação cível ou penal, ainda, manifestou violação ao direito à vida previsto no art. 2º do CEDH ao qual foi auferido.⁴⁵

No julgado o TEDH fez a menção sobre seu entendimento em vários julgados em relação ao art. 2º da CEDH:

como ha dicho el Tribunal en diversas ocasiones, la obligación procesal derivada del artículo 2 impone a los Estados la instauración de un sistema judicial eficaz e independiente capaz, en caso de fallecimiento de un

⁴³ SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. **As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 66-67.

⁴⁴ Segundo SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. **As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p 64-65: “Em suma, a regra é que a reparação integral é sempre a melhor opção para fazer cessar as consequências do ilícito, sendo outras formas de reparação, como a indenização, por exemplo, possíveis substitutos à *restitutio in integrum* quando esta não puder ser implementada. Depreende-se da leitura da decisão da CPJI ‘que o dever de reparação é o complemento indispensável do descumprimento de uma obrigação nova adicional que se soma à obrigação primária de respeito a determinada norma cuja violação é o ilícito internacional’”.

⁴⁵ Caso SILIH Vs. ESLOVÊNIA, julgado em 09 de abril de 2009. Sentença disponível no site <http://icam.es/docs/web3/doc/ASUNTO_SILIH_ESLOVENIA.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

individuo que se encuentre bajo la responsabilidad de profesionales de la sanidad, ya sea del sector público o privado, de establecer la causa del fallecimiento y de obligar a los eventuales responsables a responder de sus actos (véase, entre otros, Calvelli y Ciglio, anteriormente citado § 49, y Powell c. Reino Unido (dec.), nº 45305/99, TEDH 2000-V.⁴⁶

Outro importante caso se passou em 1985 na Holanda, onde uma jovem de dezesseis anos, deficiente mental, e seu pai, ingressaram com uma ação no TEDH por seus agressores a molestarem sexualmente, absolvidos em razão de que a representação deve ser feita pela vítima, pois a lei holandesa possuía uma lacuna, não prevendo o caso de a vítima ser deficiente mental. Nesse caso o TEDH entendeu que somente a lei civil não daria conta dessa situação, então seria necessária a criação de uma lei penal a fim de evitar novos casos semelhantes.

Diante dos julgados citados, torna-se visível a importância do TEDH e como este fiscaliza o respeito aos direitos fundamentais elencados, e como estão sendo aplicados, fazendo com que haja um fortalecimento das vítimas nas legislações dos estados – membros, para que não sejam tratadas com omissão e displicência por parte destes.

2.2.4 Corte interamericana de direitos humanos

Em novembro de 1969 foi realizada em San José de Costa Rica a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Nesta conferência, os delegados dos Estados – membros da Organização dos Estados Americanos redigiu a Convenção Americana de Direitos Humanos, que passou a entrar em vigor na data de 18 de julho de 1978, até a data vinte nações americanas aderiram os ratificaram à Convenção⁴⁷.

⁴⁶ “Como o Tribunal já disse em várias ocasiões, a obrigação processual nos termos do artigo 2 impõe aos Estados a criação de um sistema judicial eficaz e independente, capaz, em caso de morte de um indivíduo que está sob a responsabilidade dos profissionais de saúde, tanto no sector público ou privado, para estabelecer a causa da morte e para forçar qualquer responsável para responder por suas ações (ver, entre outros, Calvelli e Ciglio, já referido § 49, e Powell v. Reino Unido (dec.), No. 45305/99, ECHR 2000-V.” Tradução livre. Caso SILIH Vs. ESLOVÊNIA, julgado em 09 de abril de 2009. Sentença disponível no site <http://icam.es/docs/web3/doc/ASUNTO_SILIH_ESLOVENIA.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

⁴⁷ História retirada do site: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem por objetivo apoiar o sistema interamericano de proteção internacional aos direitos humanos. Atualmente, o presidente da CIDH é um brasileiro, que assumiu no dia 15 de fevereiro de 2016.

Acerca de sua importância, assim se manifesta o autor Thomas Francisco Silveira de Araujo Santos:

Desde que foi criada, em 1979, a CIDH tornou-se o principal órgão do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, tendo já proferido mais de uma centena de decisões relativas a exceções preliminares, competência, mérito, reparações e interpretações de sentença. De todas as questões, as que assumem maior importância no contexto do presente trabalho são, obviamente, as decisões concernentes às reparações por violações de direitos humanos, pois a CIDH tem sido pioneira no desenvolvimento e expansão do direito à reparação para as vítimas, notadamente a partir da segunda metade da década de 1990, quando suas decisões transcenderam as formas mais comuns de reparação, como a indenização, e passaram a abarcar inclusive categorias novas de dano e reparações⁴⁸.

O Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. As principais condenações em relação à violação aos direitos fundamentais às vítimas são as do caso Damião Ximenes Lopes, o caso Garibaldi e o caso Maria da Penha Maia Fernandes.

No caso Ximenes Lopes⁴⁹, houve uma reclamação à CIDH baseada na violação aos direitos humanos de Damião Ximenes Lopes. Ximenes Lopes foi internado em uma casa psiquiátrica no município de Sobral – CE, através do sistema único de saúde, e lá recebeu tratamento desumano e degradante por parte dos funcionários do hospital, veio a falecer posteriormente neste mesmo estabelecimento, sem investigação alguma sobre a causa pelos órgãos responsáveis.

Na sentença proferida, a CIDH condenou o Brasil, pois ficou provado que foram violados os direitos fundamentais à vida e à integridade física de Damião, além das garantias judiciais e a proteção judicial aos familiares da vítima. Ainda, o

⁴⁸ SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. **As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011, p. 90.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes**: sentença de julho de 2006, Costa Rica, CIDH. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

Brasil foi condenado a investigar e responsabilizar os envolvidos e a indenizar os familiares.

No caso Garibaldi⁵⁰ foram debatidos os deveres previstos nos arts. 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõem acerca das garantias judiciais e proteção judicial, respectivamente.

A vítima era integralmente do Movimento sem-terra (MST), e foi assassinada no dia 27 de novembro de 1998, por homens encapuzados que invadiram o acampamento onde este se encontrava. Em maio de 2004, o Ministério Público requereu o arquivamento do inquérito, mesmo após inúmeras diligências, aceito pelo juízo criminal. Após levado a CIDH, no ano de 2009 o Brasil foi condenado por violação aos artigos antes mencionados, determinando uma eficaz investigação, punindo os responsáveis pelo homicídio, e também foi fixado uma indenização para a família de Garibaldi.

Recentemente, o Ministério Público estadual, interpôs recurso especial, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nos autos do HC nº 825907-6⁵¹.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ximenes Lopes**: sentença de julho de 2006, Costa Rica, CIDH. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2015.

⁵¹ Conforme decisão: "HABEAS CORPUS". HOMICÍDIO QUALIFICADO. ART. 121, § 2º, IV DO CP. DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL E OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS F O R M A L E S U B S T A N C I A L M E N T E N O V A S . CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. - A pretensão de trancamento da ação penal exige que se verifique se houve alteração do panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento do inquérito policial (STJ, RHC 18.561, DJ de 1º/8/2006), a autorizar o oferecimento da denúncia criminal contra o ora paciente, ou seja, se foi produzida prova formal e substancialmente nova, amparada em fatos anteriormente desconhecidos, que tenha idoneidade para alterar o juízo precedente proferido sobre a desnecessidade da persecução penal (cfme. Tourinho Filho, Código de Processo Penal Comentado, vol. 1, 4ª Ed., Saraiva, 1999, p. 89/90). - Para tal finalidade, é necessário verificar se as "novas provas" constituem base empírica apta para alterar o conjunto probatório existente por ocasião do pedido de arquivamento de modo a suportar, com justa causa, o oferecimento de denúncia, pois, como tem decidido o colendo Supremo Tribunal Federal, "As "novas provas" serão aquelas capazes de autorização do início da ação penal, com alteração do conjunto acolhido no arquivamento (RTJ 91/831; 32/35; 63/620; 40/111, 47/53; 188/200; 185/970; 186/624)" (Roberto Rosas, Direito Sumular, 13ª edição, Editora Malheiros, 2006, pág. 267). - Desse modo, em que pese tenham alguns dos assentados reconhecido o paciente dentre as pessoas que invadiram o acampamento do MST no dia dos fatos (cfme. declarações contidas no inquérito antes do arquivamento), tendo o Dr. Promotor de Justiça apresentado argumentos que, a par destes reconhecimentos, conduziram à conclusão de que não se produziram elementos para esclarecer a autoria delitiva e tendo requerido o arquivamento do respectivo Inquérito Policial, o que foi acolhido pela MMª Juíza de Direito, a posterior instauração de

Com fulcro no artigo 18⁵² do Código de Processo Penal e na súmula 524⁵³ do STF, o “parquet” requereu o desarquivamento dos autos, sustentando o aparecimento de novas provas. O juiz competente deferiu o pedido.

Após forem feitas as diligências solicitadas pelo Ministério Público, entre elas a oitiva das testemunhas que antes não haviam sido escutadas, foi oferecida denúncia contra o proprietário da fazenda à qual ocorreu o crime. Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante a Corte local, ensejando o trancamento da ação penal, sob o argumento de que esta só se deu continuidade em razão da pressão exercida pelos organismos internacionais através de um processo penal eivado de vícios e contrário às legislações vigentes.

A ordem foi concedida no Tribunal por maioria, sob o argumento de que as provas não seriam de fato novas. Daí então o recurso especial interposto pelo Ministério Público ao qual foi provido, cassando o acórdão objurgado e permitindo o prosseguimento da ação penal em desfavor do recorrido.

Outro emblemático caso é o de Maria da Penha Maia Fernandes, em que a vítima sofreu dupla tentativa de homicídio por parte de seu marido, e mesmo após duas condenações no Tribunal do Júri do Ceará, passados mais de 15 anos, ainda não havia uma decisão definitiva do processo. Diante dessa demora, o Brasil foi responsabilizado pela CIDH por omissão, negligência e tolerância, recomendando reformas na legislação penal afim de evitar os casos de violência doméstica.

persecução penal contra o indiciado só poderia ocorrer se tivessem surgido "novas provas" capazes de modificar o panorama probatório anterior, o que não ocorreu, como se demonstrou pela análise dos novos elementos colhidos após o desarquivamento. - Não havendo, no caso, a produção de "novas provas" que modificassem a matéria de fato e autorizassem o oferecimento de denúncia em desfavor do paciente, é de rigor que se reconheça estar sofrendo constrangimento ilegal. - O oferecimento de denúncia, com fundamento em base empírica existente em inquérito policial arquivado, a pedido do Ministério Público, constitui constrangimento ilegal e viola o princípio constitucional da segurança jurídica, pois, se assim não for, o investigado, a qualquer momento, antes de consumado o prazo prescricional, poderá ser submetido a processo penal, independentemente de novas provas, o que é inadmissível, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal e do enunciado da Súmula 524 do egrégio Supremo Tribunal Federal. (fls. 734-736).

⁵² Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

⁵³ Súmula 524 do STF: Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.

No dia 22 de setembro de 2006 é promulgada no Brasil a lei 11.340⁵⁴ visando aumentar o rigor referente a punições sobre crimes domésticos, e no dia seguinte o primeiro agressor foi preso no Estado do Rio de Janeiro por tentar estrangular sua ex esposa.

Diante dos casos ora citados, fica claro a atuação do CIDH, em proteger os direitos fundamentais das vítimas, e criar a responsabilização aos seus Estados – membros, a fim de que possam ser diminuídas. Além disso, também é perceptível o retorno da vítima ao processo penal como centro das atenções.

⁵⁴ Disposições preliminares: Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do [§ 8º do art. 226 da Constituição Federal](#), da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar; Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social; Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária; § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão; § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput; Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

2.3 A VÍTIMA NO ORDENAMENTO JURÍDICO CRIMINAL BRASILEIRO

Seguindo a tendência mundial, como explicitado anteriormente, o Brasil também realizou alterações legislativas a fim de chamar a vítima a participar do processo e de conferir-lhe direitos.

2.3.1 Vítima no Código Penal

No código penal, é encontrada a vítima no art. 59⁵⁵, que na fixação da pena será levado em conta o seu comportamento. Também no art. 65, inc. III, c, *in fine*⁵⁶, art. 61, I⁵⁷.

Através destes artigos citados, pode-se notar que estes servem somente para fixação de pena, de atenuantes ou agravantes, mas nenhum leva em consideração a pessoa da vítima.

Contudo, no art. 91, I é previsto que torna certo a obrigação de indenização no que corresponde ao dano causado pelo crime, mas nem se quer aproxima-se de um direito da vítima, mas sim, apenas um ônus ao ofensor.

Todavia, mesmo com a alteração legislativa do código de processo penal trazidas pela lei nº 11.719/08, determinando a fixação da reparação dos danos sofridos pelo ofendido na sentença condenatória, essa possibilidade já era configurada no código penal, no caso da aplicação da pena de prestação pecuniária prevista no artigo 45, § do código penal, sendo uma forma de pena restritiva de direitos.

Segundo o artigo,

⁵⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

⁵⁶ Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;

⁵⁷ Art. 61 –“ São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime...”

[...] prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

Nota-se neste caso, a prestação pecuniária como uma figura de apenamento, uma prestação pecuniária, com o intuito de proporcionar uma antecipação de reparação pelos danos à vítima, mas importante ressaltar que aqui é uma condenação criminal, que deve surtir os efeitos ao ofensor, e não um direito que a vítima tem, portanto, o direito das vítimas são de ordem processual penal, e não de ordem penal, conforme será conferido após.

Dessa forma, o Código Penal utiliza uma das formas de apenamento (prestação pecuniária) para possibilitar uma antecipação da reparação de danos à vítima, o que demonstra uma pequena preocupação do Direito Penal com a figura da vítima. Salienta-se que não se trata de um direito da vítima, mas, sim, de efeitos da condenação criminal a serem suportados pelo condenado, que podem ser revertidos, de acordo com o entendimento do magistrado, para a vítima. Por esse motivo, pode-se falar que os direitos das vítimas criminais não são de ordem penal, mas, sim, de ordem processual penal, conforme se passa a desenvolver.

2.3.2 Vítima no Código de Processo Penal

No Código de Processo Penal, os direitos da vítima tornam-se mais claros e consistentes, pois é mais notável essa tendência através da modificação do art. 387, IV⁵⁸ do CPP, através da Lei 11.719 de 2008, em que permite ao juiz criminal fixar valores pelos danos causados pelo ofendido.

Segundo Aury Lopes Jr.:

[...] de forma híbrida, o legislador brasileiro permite cumular, frente ao juiz criminal, uma pretensão acusatória e outra indenizatória. Condenando o réu, deverá o juiz fixar um valor mínimo para fins de reparação dos danos causados pela infração, sendo que essa reparação feita na esfera penal não impede que a vítima busque, na esfera cível, um

⁵⁸ 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

montante maior, posto que o fixado na sentença penal é considerado um “valor mínimo” da indenização⁵⁹.

Esta Lei objetivou uma economia processual, que ao invés do ofendido buscar a reparação do dano diretamente no cível, o juiz já dá em sua sentença criminal, fazendo tudo em um único processo, porém, para esta fixação de valor mínimo não foi adotado critério algum a ser seguido, e se o ofendido achar que deva receber um valor maior terá que procurar a esfera cível do mesmo jeito, porquanto não fazendo economia processual alguma. Algumas críticas quanto a esta modificação serão expostas a seguir, no que concerne aos tipos de danos, material ou moral, e quanto às principais violações em que podem ser resultadas.

Ainda, há demais casos em que a vítima surge no processo penal, são eles:

- na fase pré- processual, porque na maioria dos casos uma investigação criminal acontece pelo registro efetuado pela vítima⁶⁰, ainda podendo contribuir com testemunhas e pedir diligências⁶¹;

- no art. 201, parágrafo 2º que prevê que a vítima seja notificada acerca do ingresso ou saída do ofensor da prisão; art. 201, parágrafo 5º que possibilita o

⁵⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 437.

⁶⁰ Conforme BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 75: “Cabe ressaltar a importância da correta atuação daqueles que serão os primeiros a entrar em contato com a vítima, como policiais que atuam nas atividades repressoras ou, ainda, aqueles que trabalham em serviços de saúde, como médicos e enfermeiros, ou mesmo, em serviços sociais, para que prestem um atendimento digno à vítima que minimize o impacto do crime, bem como auxilie para que o fato não ingresse nas estatísticas das cifras ocultas em virtude da ineficiência da atuação estatal ou, mesmo, da falta de confiabilidade. A este respeito, vem sendo felicitada a atuação de organizações da sociedade civil que prestam auxílio a vítimas de crimes violentos, que oferecem serviços de proteção a vítimas de violência doméstica, ou, ainda, que compõem os conselhos tutelares que atuam na proteção da criança e do adolescente em situação de risco. Estas organizações vêm prestando importante serviço de assistência imediata e, mesmo, de esclarecimento sobre os direitos das vítimas, preparando-as para a vivência das situações próprias da fase investigativa do processo”.

⁶¹ Acerca da investigação preliminar, LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 41, grifo do autor: “Considera a investigação preliminar como uma fase preparatória, um procedimento prévio e preparatório do processo penal, sem que seja, por si mesma, um processo penal. Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional. Destarte, podemos classificar o inquérito policial como um procedimento administrativo pré-processual, pois é levado a cabo pela Polícia Judiciária, um órgão vinculado à administração – Poder Executivo – e que por isso desenvolve tarefas de natureza administrativa”

encaminhamento do ofendido para atendimento multidisciplinar; nos casos de ação penal privada através da queixa - crime⁶²;

- o direito de representação da vítima previsto no art. 38;

- queixa-crime subsidiária da ação penal pública incondicionada⁶³, conforme art. 29;

- e por fim, o assistente de acusação, previsto no art. 268⁶⁴.

As atuais reformas do código de processo penal, mesmo com o intuito de fazer com que a vítima participe do processo, não são realmente efetivas, teria de

⁶² BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal**: as fases administrativas e judicial da persecução penal. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010, p. 108, “a persecução penal mediante queixa é exceção no direito brasileiro, voltada aos casos em que a ofensa é tênue, o interesse pela punibilidade interesse predominantemente pelo ofendido ou, ainda, naqueles casos em que embora graves, a publicidade do processo potencialize riscos de dano ao nome, à honra, ou à intimidade do ofendido. Por isso a lei deixa ao seu critério, a definição sobre a instauração ou não da ação penal. É muito fácil a identificação no Código Penal dos delitos de ação de iniciativa privada. É suficiente conferir se, após a definição típica, existe ou não a clássica fórmula: ‘procede-se mediante queixa’. Se o resultado dessa conferência for afirmativo, isso significará que a legitimidade ativa para a causa será exclusivamente do ofendido ou de quem seja seu representante [...]”

⁶³ Ensina BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95-96: “a previsão da vítima como agente controlador da acusação advém da disposição do Código de Processo Penal, posteriormente erigida a direito fundamental, pelo art. 5º da Constituição da República, que prevê a possibilidade de a vítima iniciar o processo penal, na hipótese de crime de iniciativa oficial, quando o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. Trata-se da denominada ‘queixa subsidiária’, ou ‘ação penal privada subsidiária da pública’. É importante salientar que no Estado Democrático de Direito qualquer atuação do poder estatal, seja na esfera legislativa, administrativa ou, mesmo, no âmbito das decisões judiciais, demanda alguma forma de controle, seja interno ou externo. A queixa subsidiária permite à vítima, seu representante legal ou seus sucessores, controlar a negligência do Ministério Público, que não ofereceu no prazo legal a denúncia em crime de iniciativa pública ou, mesmo, que a fez menor, ou seja, omitindo algum fato criminoso ou algum dos agentes”.

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. 2, p. 43-44. O autor faz uma crítica ao instituto do assistente à acusação: “A principal crítica que se faz à figura do assistente da acusação brota exatamente do interesse que lhe motiva: sentimento de vingança e interesse econômico privado. O sentimento de vingança gera uma contaminação que em nada contribui para um processo penal equilibrado e ético. Essa afirmativa não significa qualquer menoscabo ou desprezo pela figura da vítima, todo o oposto. Apenas queremos chamar a atenção para o fato de que um processo penal com tal dose de contaminação é um grave retrocesso que dificulta a serena administração da justiça. Noutra dimensão, o interesse econômico deve ser satisfeito com plenitude, mas não no processo penal. A mistura de pretensões (acusatória e indenizatória) gera uma grave confusão lógica e, principalmente, um hibridismo bastante perigoso e problemático, que pode conduzir a ‘condenações penais disfarçadas de absolvições fáticas’, ou seja, condena-se alguém na esfera penal a uma pena irrisória (multa ou restritiva de direitos), muitas vezes por delitos insignificantes, pois no fundo o que se quer satisfazer é a pretensão indenizatória. Isso representa um desvirtuamento completo do sistema jurídico penal para a satisfação de algo que é completamente alheio a sua função. O processo penal não pode ser desvirtuado para ser utilizado a tais fins, por mais legítimos que sejam, pois o instrumento é inadequado”.

haver somente uma real reparação do dano, distanciando qualquer entendimento de que a vítima pode vingar-se, como a possibilidade de recorrer para aumentar a pena do réu, no caso de assistente à acusação, pois assim retornaríamos a época da vingança privada.

2.3.3 A vítima no anteprojeto do novo Código de Processo Penal

O atual código de processo penal foi promulgado no ano de 1941, porém, sofreu inúmeras alterações, tendo em vista que havia em sua essência muitas incompatibilidades com a Constituição Federal de 1988, pois o antigo código era um reflexo da sociedade patriarcal à qual era a do Brasil⁶⁵.

Ante a insuficiência, mesmo com as reformas, o senado determinou a formação de uma comissão de juristas para elaborar o novo código. No anteprojeto, seguindo também o movimento mundial, há um capítulo que dispõe somente sobre os direitos da vítima, dos artigos 88 à 90.

O artigo 88 determina quem é a vítima, pois dispõe que “Considera-se ‘vítima’ a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais”⁶⁶. Como já visto anteriormente, há vários conceitos de vítima, mas a partir de uma leitura é claro que dentro dessa conceituação, vítima é somente a pessoa, e não se expande como no conceito de Edgar de Moura Bittencourt⁶⁷.

No artigo 89 são listados os direitos aos quais são assegurados as vítimas, entre eles: ser tratada com dignidade e respeito, receber imediato atendimento médico e tratamento psicossocial, ser encaminhada para exame de corpo de delito

⁶⁵ Neste sentido, RODRIGUES, Celso, no artigo “O tempo e o direito: patrimonialismo e modernidade na ordem jurídica e política brasileira”, discute no contexto histórico a construção do pensamento político e jurídico brasileiro. RODRIGUES, C. O tempo do direito: patrimonialismo e modernidade na ordem jurídica e política brasileira. **Novos Estudos Jurídicos** (UNIVALI), v. 1, p. 87-120, 2008.

⁶⁶ Art. 88 do projeto do novo CPP. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/matepdf/58503.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

⁶⁷ Conforme a nota de rodapé 01, a qual define o conceito de vítima do autor Edgar Bittencourt.

quando tiver sofrido lesões corporais, reaver nos casos de crimes contra o patrimônio os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, entre outros⁶⁸.

Já no artigo 90⁶⁹ é disposto a legitimidade dos direitos previstos, que além da vítima, pode ser estendido aos familiares e seu representante legal.

Mas a maior problemática a ser abordada no projeto, é o artigo 412, IV, pois este prevê que em caso de sentença condenatória, o juiz arbitrará o valor da condenação cível pelo dano moral, se for o caso, diferentemente do atual artigo 387, IV do CPP que somente prevê a indenização, mas não explana o tipo do dano.

⁶⁸ Art. 89 do projeto do novo CPP. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2015. São direitos assegurados à vítima, entre outros: I – ser tratada com dignidade e respeito condizentes com a sua situação; II – receber imediato atendimento médico e atenção psicossocial; III – ser encaminhada para exame de corpo de delito quando tiver sofrido lesões corporais; IV – reaver, no caso de crimes contra o patrimônio, os objetos e pertences pessoais que lhe foram subtraídos, ressalvados os casos em que a restituição não possa ser efetuada imediatamente em razão da necessidade de exame pericial; V – ser comunicada: a) da prisão ou soltura do suposto autor do crime; b) da conclusão do inquérito policial e do oferecimento da denúncia; c) do eventual arquivamento da investigação, para efeito do disposto no art. 38, §1º; d) da condenação ou absolvição do acusado. VI – obter cópias de peças do inquérito policial e do processo penal, salvo quando, justificadamente, devam permanecer em estrito sigilo; VII – ser orientada quanto ao exercício oportuno do direito de representação, de ação penal subsidiária da pública, de ação civil por danos materiais e morais, da adesão civil à ação penal e da composição dos danos civis para efeito de extinção da punibilidade, nos casos previstos em lei; VIII – prestar declarações em dia diverso do estipulado para a oitiva do suposto autor do crime ou aguardar em local separado até que o procedimento se inicie; IX – ser ouvida antes de outras testemunhas, respeitada a ordem do art. 266. X – peticionar às autoridades públicas a respeito do andamento e deslinde da investigação ou do processo; XI – obter do autor do crime a reparação dos danos causados, assegurada a assistência de defensor público para essa finalidade; XII – intervir no processo penal como assistente do Ministério Público ou como parte civil para o pleito indenizatório; XIII – receber especial proteção do Estado quando, em razão de sua colaboração com a investigação ou processo penal, sofrer coação ou ameaça à sua integridade física, psicológica ou patrimonial, estendendo-se as medidas de proteção ao cônjuge ou companheiro, filhos, familiares e afins, se necessário for; XIV – receber assistência financeira do Poder Público, nas hipóteses e condições específicas fixadas em lei; XV – ser encaminhada a casas de abrigo ou programas de proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar; XVI – obter, por meio de procedimentos simplificados, o valor do prêmio do seguro obrigatório por danos pessoais causados por veículos automotores. §1º É dever de todos o respeito aos direitos previstos nesta Seção, especialmente dos órgãos de segurança pública, do Ministério Público, das autoridades judiciárias, dos órgãos governamentais competentes e dos serviços sociais e de saúde. §2º As comunicações de que trata o inciso V deste artigo serão feitas por via postal ou endereço eletrônico cadastrado e ficarão a cargo da autoridade responsável pelo ato. §3º As autoridades terão o cuidado de preservar o endereço e outros dados pessoais da vítima.

⁶⁹ Artigo 90 do novo CPP. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/58503.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2015. Os direitos previstos neste Título estendem-se, no que couber, aos familiares próximos ou representante legal, quando a vítima não puder exercê-los diretamente, respeitadas, quanto à capacidade processual e legitimação ativa, as regras atinentes à assistência e à parte civil.

No capítulo 3 será abordado quanto a esta questão de um juiz criminal fixar danos, que é um desvirtuamento do objeto do processo penal, mas mais emblemático ainda, é o artigo determinar o dano moral, pois parte-se do princípio de que isso beira o absurdo, tendo em vista que seria menos problemático a fixação de um dano material se no curso do processo fossem disponibilizadas provas do valor de objetos, por exemplo. O principal questionamento é qual o parâmetro que o juiz irá adotar ao conceder um valor de danos morais, levando-se em conta que seu cotidiano tem demandas diferentes, seria mais plausível que a vítima ou seus familiares buscassem a reparação no juízo cível, como se dava anteriormente. Outra questão é a separação de esferas, trazer ao processo penal o âmbito do processo civil, o que não cabe atualmente.

Por fim, diante da abordagem realizada, deve ser questionado os limites do processo penal, em que os legisladores ao quererem adaptar as regras aos movimentos internacionais, trazendo a vítima ao processo penal, acaba por causar maiores confusões, pois no primeiro momento permite ao juiz criminal fixar um valor mínimo, ao qual não resolve o problema, e após, redige um projeto de novo CPP em que permite a valoração do dano moral, sem que isso possa ser provado em momento algum no processo penal, distanciando-o mais ainda de sua finalidade.

3 ILÍCITO CIVIL E ILÍCITO PENAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como foi visto no primeiro capítulo, a indenização no processo penal surgiu de um grande movimento mundial com o qual se buscou trazer a vítima para participar do processo, com o objetivo de ter seus danos que foram sofridos em razão do crime reparados.

Neste segundo capítulo será abordada a conceituação sobre o ilícito na área civil e na área penal. Ainda, necessária uma reflexão sobre a indenização de natureza moral ou material, bem como a ação *civil ex delicto*.

Importante ressaltar, que não temos como objetivo exaurir a problemática sobre ilicitude penal, mas somente demonstrar o movimento sobre a separação de esferas e como uma pode gerar responsabilidade sobre a outra.

3.2 ILÍCITO PENAL

Ao longo da história das instituições jurídicas houve progressivamente a separação do ilícito penal e do ilícito civil.

Nas legislações mais antigas como no código de Hamurabi e no de Manu havia as penas corporais e o encarceramento, vindo a surgir a reparação do dano somente mais tarde.⁷⁰

⁷⁰ ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 35. Acerca da herança romana: “Duas são as linhas de desenvolvimento da herança romana, portanto, que geraram o imperativo de coordenação entre o penal e o civil. Figura em primeiro lugar o reagrupamento dos ilícitos civis de maior ofensividade dentre os delitos penais e a inclusão, nessa ampla esfera delitual, de novas e perigosas infrações, originadas de emergentes causas políticas, sociais e econômicas. Ademais, a vítima perde a titularidade da ação penal, adquirida pelo representante do grupo ou do poder constituído. Logicamente, a cisão nas situações legitimadoras implica o surgimento automático de demandas independentes, embasadas em causas petendi idêntica – o ilícito – e contudo, assaz diversas no tocante à finalidade. Quando a ação penal, atribuída a todo cidadão, e a ação civil que compete, exclusivamente, ao lesado, se separam e ostentam autonomia, o problema aparece em sua feição atual. E, para resolvê-lo, expedientes de índole antagônica ou de oportunidade se conceberam à luz da história”.

Segundo doutrinadores, foram quatro fases sucessivas em relação à pena a qual a humanidade passou, são elas: vingança privada, composições voluntárias, composições legais e a repressão pelo Estado.

Na primeira fase da vingança privada, como visto no capítulo anterior, a vítima tinha o direito de vingar-se, podendo causar ao culpado o mesmo dano que lhe fora causado, isso é evidente na lei de Talião em que diz: “olho por olho, dente por dente”. A partir da segunda para a última fase, já há o aparecimento da indenização em dinheiro, mas de modo voluntário, até a pena tornar-se pública, ficando reservado ao Estado o poder de punir.

Através da evolução da pena, então surgiu a separação das esferas, cível e penal, e a responsabilização que uma aufere na outra, assim como a discussão sobre a diferença dos ilícitos.

Para Jeschek a antijuricidade penal⁷¹ não se esgota na relação de contrariedade existente entre ação e norma, possuindo também um conteúdo material, que caracteriza a antijuricidade material, representada pela danosidade social, isto é, pela lesão ao bem jurídico tutelado⁷².

Welzel dá o conceito de antijuricidade da seguinte maneira: “a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto (não somente com um a norma isolada)⁷³. Lembra o autor que realizar uma norma proibitiva será sempre antinormativa, mas nem sempre antijurídica, pois o ordenamento jurídico não é composto somente de normas proibitivas, mas nela também contém normas permissivas.

Com a influência do autor Assis Toledo, na reforma de 1984 do código penal, foi adotada a expressão ilícito, abandonando a expressão antijuricidade, muito embora esta é utilizada na maioria dos países europeus.

⁷¹ JESCHEK, Hans – Heirinch. **Tratado del derecho penal**. Granada: Comares, 2003, p. 315. O autor difere a conceituação de antijuricidade e o injusto, ao qual não devem se confundir: “Antijuricidade é a contradição da ação com uma norma jurídica, Injusto é a própria ação valorada antijuridicamente”.

⁷² JESCHEK, Hans – Heirinch. **Tratado del derecho penal**. p. 316. In: MUÑOZ, Conde. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1988, p. 86.

⁷³ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Barcelona: Ariel, 1964, p. 48-49.

O autor C ezar Roberto Bitencourt, cita em sua obra uma corrente minoritária que difere a antijuricidade material e formal:

a essência da antijuricidade deve ser vista, segundo uma corrente minoritária, na viola o de um comportamento do dever de atuar ou de omitir estabelecido por uma norma jurídica. Essa contradi o da a o com o mandamento da norma   qualificada, segundo essa concep o, como antijuricidade formal [...]. A antijuricidade material, por sua vez, se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido, isto  , além da contradi o da conduta praticada com a previsão da norma,   necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado. Essa lesão que consubstancia a antijuricidade material, evidentemente, não deve ser entendida em sentido naturalístico, como causadora de um dano, sensorialmente perceptível, a determinado bem tutelado, mas como ofensa ao valor ideal que a norma jurídica deve proteger⁷⁴.

Mas majoritariamente, a doutrina acredita ser desnecessária essa distin o entre antijuricidade material e antijuricidade formal⁷⁵, um comportamento humano seja contrário   ordem jurídica (formal) não pode deixar de lesar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos (material) tutelados por essa mesma ordem jurídica. Nessas circunstâncias, só se pode falar em uma antijuricidade, aquela que se pretende denominar "material"⁷⁶.

Na acep o de que são inseparáveis a antijuricidade material e formal, também refere-se nesse sentido o autor Jiménez de As a em que assegura que a antijuricidade formal   a tipicidade e antijuricidade material   a própria antijuricidade⁷⁷.

⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 290.

⁷⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 10. Acerca da concep o unitária de antijuricidade: "Há, porém, outra corrente de pensamento, na Alemanha e fora dela, que considera a distin o anteriormente dispensável. E a nosso ver, com razão. Um comportamento humano que se ponha em rela o de antagonismo com a ordem jurídica não pode deixar de lesar ou de expor a perigo de lesão os bens jurídicos tutelados por essa mesma ordem jurídica. Isso leva   conclusão de que a ilicitude, tal como a definimos anteriormente, só pode ser uma só, ou seja, aquela que se quer denominar redundantemente de 'material'."

⁷⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 291.

⁷⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Principios de derecho penal**: la ley y el delito. Buenos Aires: Abeleto – Perrot, 1990, v. 1, p. 278.

Segundo Muñoz Conde o Direito Penal não cria a antijuricidade, senão seleciona, por meio da tipicidade, uma parte dos comportamentos antijurídicos, geralmente os mais graves, combinando-os com uma pena⁷⁸.

Preconiza Welzel que a antijuricidade é a contradição da realização do tipo de uma norma proibitiva com o ordenamento jurídico em seu conjunto⁷⁹, portanto, nesta linha de pensamento um ilícito penal é igualmente ilícito em todas as áreas do direito.

Na mesma linha segue o autor Francisco de Assis Toledo,

do exposto conclui-se que a ilicitude não é um plus superposto à conduta humana nem é algo alojado em normas legais positivas, a espreita de fatos para neles aderir. É antes uma relação, ou melhor, a relação de contrariedade de que se estabelece, no momento mesmo do fato, entre duas coisas distintas: o ordenamento jurídico, de um lado; a conduta humana contraposta, do outro. Assim, se quisermos procurar no ordenamento jurídico a ilicitude, nosso esforço será totalmente em vão; se quisermos investigá-la nos comportamentos humanos, não teremos melhor sorte. Basta, entretanto, que coloquemos uma certa conduta em confronto com a ordem jurídica vigente e logo se estabelecerá, com nitidez, a relação de conformidade ou desconformidade entre a primeira e a segunda. Nessa relação, e só nela, é que iremos identificar a licitude ou ilicitude da conduta em exame.

A consideração sobre essa conduta, por ser lesiva, ou não, ao bem jurídico tutelado pela norma, deve erigir-se, ou não, em um injusto penal, fica, em primeira mão, a cargo do legislador, na elaboração dos tipos penais, e, em momento posterior, de modo mais limitado, transfere-se para o intérprete, com os recursos amplos de que hoje dispõe.

Diante das diversas conceituações sobre o ilícito penal, o que torna-se visível, de que muito embora parte da doutrina a divida em material e formal, e majoritariamente a credita como unitária, não havendo distinção, é de que o ilícito penal muito embora não se restrinja somente ao direito penal, para ser consumado deverá auferir um bem jurídico, ou seja, a regra em si, sendo ela permissiva ou proibitiva.

⁷⁸ MUÑOZ CONDE. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998, p. 85.

⁷⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Barcelona: Ariel, 1964, p. 76.

3.3 ILÍCITO CIVIL

Conforme visto anteriormente algumas conceituações sobre ilícito penal, torna-se necessário também abordar a conceituação de ilicitude civil, para que então possa ser refletido essa diferenciação.

Segundo Maria Helena Diniz,

o ato ilícito (CC, art. 186) é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (CC, art. 927) seja ele moral ou patrimonial (súmula 37 do STJ). Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei⁸⁰.

Ainda, para a doutrina tanto o ilícito civil quanto o penal teriam o mesmo fundamento, porém, o ilícito civil é uma ofensa ao direito privado enquanto que o ilícito penal uma ofensa à sociedade.

Para Orlando Gomes,

[...] para que o ilícito civil se caracterize, é mister que do ato resulte prejuízo para alguém. Se de uma ação contrária ao direito não resulta dano, o *delu civil* não se verifica, consoante o entendimento dos autores que se inspiram no direito romano. Contra essa concepção insurgem-se os partidários da doutrina germânica, para qual o ato não é ilícito somente quando cause dano, mas sempre que expresse determinada conduta, independentemente de qualquer consequência prejudicial a outrem. Por outro lado, ainda que se considere a produção do dano elemento essencial à caracterização do ato ilícito, não se deve confundir fato ilícito com fato danoso. Há fatos que causam prejuízo a outrem, mas não são ilícitos⁸¹.

É importante ressaltar que para se configurar o ilícito civil não basta somente ter o dever de indenizar, pois há casos em que há a obrigação legal de reparação, mesmo que a pessoa que tenha que reparar não tenha cometido o ato ilícito.

Maria Helena Diniz⁸² lista os elementos indispensáveis para que se configure o ato ilícito, são eles:

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 456.

⁸¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 256.

⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 460.

- fato lesivo ou voluntário: aquele causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência causado pelo agente;

- ocorrência de um dano: para que seja pleiteada a indenização é preciso comprovar além do dolo ou culpa, a ocorrência de um dano moral ou material;

- nexos de causalidade entre o dano e o comportamento do agente: é preciso que exista um nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano.

Orlando Gomes⁸³ elenca os pressupostos do ato ilícito como: a lesão de um direito personalíssimo; a lesão de um direito real; a violação de um preceito legal de tutela de certos interesses.

Diante dos conceitos do ilícito civil é possível chegar-se a conclusão de que para a caracterização como ilícito civil é preciso que dele se resulte um dano ou prejuízo em alguém, mesmo que dolosa ou culposamente. Passaremos então a distinção entre eles.

3.4 DISTINÇÃO ENTRE O ILÍCITO CIVIL E O ILÍCITO PENAL

Diversas são as teorias que tentam demonstrar as diferenças entre os ilícitos civil e penal, a maioria da doutrina consente que não há uma diferença ontológica, mas que o legislador a faz pelo critério de oportunidade, cabendo a este indicar as ofensas mais graves, que mais seriamente atentam contra os interesses sociais, reservando para esses a sanção penal.⁸⁴

Conforme Orlando Gomes,

⁸³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 257.

⁸⁴ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 107. "Várias teorias têm sido excogitadas para se traçar uma linha divisória entre o ilícito penal e o civil; porém nenhuma delas satisfaz, nenhuma resistiu às críticas que lhe foram opostas. Realmente, não há distinção ontológica entre o delito penal e o delito civil. A ilicitude é uma só. Em regra devia importar sempre uma pena, porém esta é um mal, não só para o delinquente e para sua família (que por ele sempre paga) como para o próprio Estado, obrigado a gastos e dispêndios".

porque fundados em ideias totalmente diferentes, o delito civil e o delito penal distinguem-se nitidamente. O delito penal consiste na violação de preceito instituído em defesa da sociedade, reprimida com uma pena. O delito civil – ato ilícito – na infração da norma de tutela de interesse privado. A sanção imposta ao transgressor visa a restituir a integridade do direito privado. A sanção imposta ao transgressor visa a restituir a integridade do direito lesado, consistindo no dever de reparar o dano causado. No fundo, a distinção resume-se a uma questão de avaliação. O mesmo fato contrário ao direito pode ser apreciado por dois critérios, próprios da legislação civil e da legislação penal, constituindo simultaneamente crime e ato ilícito.⁸⁵

Nesta concepção não há nenhuma dificuldade em classificar em uma esfera ou outra, pois o direito penal é assentado no princípio *nullum crimen sine lege*, ou seja, os crimes estão previstos taxativamente, não podendo ser crime o que não está previsto, diferentemente do direito civil que para ser configurado, basta que o interesse privado de alguém seja lesado.

O critério para Rocco é de que o ilícito penal produz um perigo social, indireto ou mediato, consistente na possibilidade de que ocorra novos crimes no futuro. Mas nessa convicção não pode ser solucionado o problema de diferenciação, pois há casos no cível que podem trazer perigos para a sociedade, mas com menor intensidade.

Conforme a conceituação de Welzel do ilícito penal, este projeta-se para todo o direito, há casos que um fato ilícito penal não pode deixar de ser igualmente ilícito em outras áreas do direito, pois um ilícito civil, administrativo, etc, não pode ser um ilícito penal⁸⁶.

Francisco Assis de Toledo representa as esferas em um gráfico:

poderíamos representar graficamente essa distinção através de dois círculos concêntricos: o menor, o do injusto penal, mais concentrado de exigências; o maior, o do injusto extrapenal (civil, administrativo, etc), com exigências mais reduzidas para sua configuração. O fato ilícito situado dentro do círculo menor não pode deixar de estar situado também dentro do maior, por localizar-se em uma área comum a ambos os círculos que possuem o mesmo centro. Já o mesmo não ocorre com os fatos ilícitos situados fora da tipificação penal – o círculo menor – mas dentro do círculo

⁸⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 260.

⁸⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 13-14.

maior, na sua faixa periférica e exclusiva. Assim um ilícito civil ou administrativo pode não ser um ilícito penal, mas a recíproca é verdadeira.⁸⁷

Diante do gráfico exemplificativo, é fácil ter um melhor entendimento sobre a separação das esferas⁸⁸, assim, a inexistência de um ilícito civil proclamada em uma sentença, por exemplo, não pode ser reconhecida posteriormente como um ilícito penal, pois uma conduta que é permitida e autorizada civilmente não pode ao mesmo tempo ser proibida e punida na esfera penal⁸⁹.

Mas o contrário não é válido, pode ocorrer um ilícito penal, sem que necessariamente ele seja um ilícito civil, pois partindo da premissa de que o ilícito penal é uma ofensa à sociedade e o ilícito civil a ofensa é a um direito do indivíduo, pode ocorrer casos em que há uma ofensa à sociedade, mas não diretamente a um particular.

Portanto, pode-se chegar à conclusão no plano formal de que o ilícito penal é um fato típico, e o ilícito civil um fato atípico. Enquanto o ilícito civil fere um direito privado, resultando no prejuízo ou dano de alguém, na maioria das vezes ocasionando a obrigação de indenizar; o ilícito penal fere o direito da sociedade, resultando em uma pena ao agressor do direito.

Esgotada a diferenciação entre os ilícitos, passamos então aos casos em que após encerrado o processo penal, a parte interessada pode ou não ingressar com uma ação indenizatória.

⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 14.

⁸⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 433. O autor refere-se à distinção das esferas: "Ainda que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, há situações em que uma mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois (civil ou penal) ou três campos (administrativo). Trata-se de efeitos civis da sentença penal condenatória, posto que as esferas de ilicitude são relativamente independentes. Isso porque, em muitos casos, o delito gera também uma pretensão de natureza indenizatória, pois é igualmente um ato ilícito para o Direito Civil, nos termos do art. 186 do CTB. É o que sucede, por exemplo, com um delito de homicídio doloso ou mesmo culposo. Um mesmo ato é considerado ilícito na esfera penal e civil. E, se estivermos diante de um homicídio culposo ocorrido em uma acidente de trânsito, poderá haver ainda reflexos na esfera administrativa, com a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor (art. 293 da Lei 9.503)"

⁸⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilícitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 14.

No caso de uma sentença declaratória da extinção da punibilidade, não produz nenhum efeito na esfera cível, não constituindo um título executivo, mas não impedirá que seja movida uma nova ação de pretensão indenizatória, conforme dispõe o artigo 67⁹⁰ do código penal.

Há casos em que mesmo o réu absolvido, ainda será possível uma ação de indenização, para isso, é preciso analisar o art. 386 do código de processo penal e incisos.

Se o réu é absolvido com base no art. 386, I que prevê a absolvição no caso de provada inexistência do fato, a vítima não poderá ingressar com a indenizatória, pois o art. 66 do código de processo penal elenca que não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Sendo então reconhecida a inexistência material de que o fato não existiu, não pode o réu ser responsabilizado, não permitindo mais a discussão sobre o fato, a busca aqui é pela coerência, lógica e credibilidade do sistema jurídico, impedindo decisões com tamanha contrariedade⁹¹.

Se a absolvição se deu com base no artigo 386, II, que não houve prova da existência do fato, não podendo ser ensejada uma condenação penal pela insuficiência de provas, pode ser ingressada a ação civil, tendo em vista que uma prova que não pode servir para uma condenação, pode perfeitamente servir para uma responsabilização na esfera cível.

Quanto à absolvição com fulcro no art. 386, III, que ocorre quando o fato não constitui uma infração penal, pode também ser ingressada a ação indenizatória, pois como visto, por se tratar de esferas distintas, o que pode ser um fato atípico no direito penal, pode ser um ato ilícito no direito civil, conforme o art. 67, III, do código de processo penal.

⁹⁰ 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.

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 437.

Quando o réu é absolvido com base no art. 386, IV, ou seja, estar provado que o réu não concorreu para infração penal, não pode a vítima ingressar com ação indenizatória, pelos mesmos argumentos dispostos no caso do art. 386, I do código de processo penal, como alguém pode não ser o autor de um fato para o juiz penal, mas ser o autor para um juiz civil, tratando-se de uma lógica jurídica e credibilidade das decisões judiciais⁹².

Se o caso for de absolvição com base no art. 386, V, que é quando não está comprovado que o réu tenha concorrido para a infração penal, não impede a ação na esfera cível, levando-se em conta que no direito penal a produção probatória tem mais exigências que na esfera cível.

No art. 386, VI, que absolve o réu porque existem circunstâncias que excluem o crime ou isentem o réu de pena, ou mesmo exista fundada dúvida sobre sua existência, é impedida a ação indenizatória, pois o art. 65 do código de processo penal dispõe que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. Mas nestes casos, há duas exceções: no caso de estado de necessidade agressivo (art. 929 e 930 do código civil⁹³) e no caso de legítima defesa real e *aberratio ictus* (art. 73 do código penal⁹⁴).

Enfim, quando o réu é absolvido pelo art. 386, VII, quando não existe provas suficientes para a condenação, não impede a ação indenizatória pelos mesmos

⁹² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 438.

⁹³ Art. 929 do código civil: Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Art. 930 do código civil: No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

⁹⁴ **Erro na execução:** Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código

argumentos expostos anteriormente, a disparidade do nível de exigência entre as esferas cível e penal.

Outro artigo que merece também a reflexão se caberia ou não a ação indenizatória, é no caso de o réu ser absolvido sumariamente pelo art. 397 e seus incisos do código de processo penal.

Conforme dispõe o art. 397, I do código de processo penal: a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato: para esse caso, vale também o que determina o art. 65 do código de processo penal, impedindo a ação, mas também valeriam as exceções ora mencionadas, sejam elas: estado de necessidade agressivo e legítima defesa real e *aberratio ictus*.

No inciso II do art. 397 que prevê a absolvição sumária no caso de existência, manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade. Nesse caso não impede-se a propositura da ação cível.

Segundo o art. 397, III também será absolvido sumariamente quando o fato narrado evidentemente não constitui crime. Esta é uma situação parecida com a prevista no art. 386, III do código de processo penal, portanto, pelos mesmos motivos não impede uma ação indenizatória cível.

Por fim, no art. 397, IV, quando extinta a punibilidade do agente, conforme o art. 67, II do código de processo penal, não é empecilho para a propositura da ação cível.

Ainda, há o caso previsto no artigo 74 da lei 9099, em que diz que 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, portanto, quando homologado a composição dos danos nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, este servirá como título executivo para o juízo cível, não sendo necessária uma ação de conhecimento.

3.5 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

Como foi abordado a separação das esferas civil e penal e quando uma pode gerar um ilícito em ambas ou somente em alguma, torna-se importante explicar o que é a ação *civil ex delicto*.

A ação *civil ex delicto* é uma ação proposta na esfera cível para adquirir uma indenização por um dano causado pelo crime.

Segundo Aury Lopes Junior,

ainda que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, há situações em que uma mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois (civil ou penal) ou três campos (administrativo). Trata-se de efeitos civis da sentença penal condenatória, posto que as esferas de ilicitude são relativamente independentes. Isso porque, em muitos casos, o delito gera também uma pretensão indenizatória, pois é igualmente um ato ilícito para o Direito Civil [...].⁹⁵

Mesmo a legislação prevendo a autonomia entre o penal e o civil, há casos em que um ilícito penal pode gerar uma ação no cível de natureza indenizatória, mas lembrando de que o que pode ser ilícito em uma esfera pode não ser na outra.

Conforme Gustavo Badaró,

com fundamento em um mesmo fato, que se afirma delituoso, cuja prática se imputa a determinada pessoa, podem ser exercidas duas pretensões distintas: a chamada pretensão punitiva, ou seja, a pretensão à imposição de pena cominada em lei, e a pretensão à reparação do dano que o suposto delito haja causado. Há, pois, uma pluri-incidência normativa sobre um fato unitário.⁹⁶

São considerados quatro sistemas sobre o relacionamento entre a ação civil para reparação do dano e a ação penal para a punição do autor do crime⁹⁷:

- sistema da confusão: este era o único sistema existente na antiguidade, antes do Estado tentar resolver os conflitos, o ofendido ia em busca da reparação do

⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 436.

⁹⁶ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 135.

⁹⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 135.

dano por meio de ação direta, portanto, nesse sistema, havia o ressarcimento e a punição em uma única ação.

- sistema da solidariedade: de acordo com esse sistema, há duas ações diferentes, a penal e a civil, mas são exercidas em um único processo.

-sistema da livre escolha: a parte tem a livre escolha se quer promover a reparação do dano na esfera civil ou cumular na esfera penal, é facultada a parte esta escolha.

- sistema da independência: é aquele em que duas ações devem ser propostas de maneira independente, uma no juízo penal, outra no cível. A justificativa seriam as diferenças das duas ações, uma que versa sobre direito público, de natureza não patrimonial, e outra, tendo por objeto questão de direito privado, de natureza patrimonial, o que desaconselharia que corresse juntas.⁹⁸ Antes, preponderava o entendimento de que o Código de Processo Penal optava pelo princípio da independência, mas com o advento da lei 11.719/08, houve uma maior proximidade com o princípio da solidariedade, pois poderá o juiz fixar o valor indenizatório na sentença penal condenatória.

Suscita Gustavo Badaró,

em suma, antes, a sentença penal condenatória sempre gerava um título executivo ilíquido. Com a reforma do CPP de 2008, a sentença penal condenatória poderá gerar um título executivo líquido (se já possível provar todo o dano no processo penal) ou apenas parcialmente líquido (se somente parte dos danos for provada, por exemplo, o dano emergente) deixando para o processo de liquidação civil a parte do dano não liquidada na condenação penal (por exemplo, lucro cessante). Também é possível que a sentença penal continue a ser um título ilíquido, se não for possível, no âmbito criminal, fazer qualquer comprovação estipulação do dano sofrido.⁹⁹

Transitado em julgado o processo na área penal, a sentença condenatória constitui um título executivo que pode ser levado ao cível para que a vítima tenha a reparação do dano, mas não entra mais em discussão se é devido ou não essa

⁹⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 136.

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 137.

reparação, só discute-se quanto ao valor que o réu deve ao ofendido, se o valor que foi fixado pelo juiz é o valor mínimo.

A propositura dessa ação pode ser feita tanto pelo ofendido ou seu representante legal, e na falta destes compete aos herdeiros, pois o código civil permite isso. Quando a ação é intentada contra terceiros na esfera cível, deve-se passar por uma ação de conhecimento. Mas o autor enfrenta essa questão, pois não poderia sair prejudicado quem não participou da infração penal.

O ofendido pode ajuizar a ação no âmbito civil mesmo antes de terminar a ação penal, embora, nessa situação deveria o juiz da ação civil suspender o feito, até a solução advinda pela esfera criminal.

Quando o dano praticado pelo crime não afeta o patrimônio do ofendido, não lhe causa prejuízo algum, que não pode ser quantificado em dinheiro, dá-se a indenização pelo dano moral sofrido pelo ofendido.

Como já visto, há casos em que um ato pode não gerar um ilícito penal, mas pode gerar um efeito civil, ou ao contrário. A doutrina majoritária aponta quatro excludentes de ilicitude, ou seja, casos em que uma sentença é absolutória no penal e não pode ser requerido dano algum no civil. Essas excludentes encontram-se no artigo 23 na parte Geral do Código Penal, são elas: estado de necessidade; legítima defesa; exercício regular de direito; estrito cumprimento do dever legal; quando o juízo penal afirmar que não houve o fato ou que o réu não foi o autor da infração penal.

3.6 DIFERENÇA ENTRE DANO MORAL E DANO MATERIAL

É importante ressaltar a diferenciação entre o dano material e o moral, tendo em vista que o artigo 387, IV do código de processo penal, confere ao juiz criminal já fixá-los na sentença condenatória, mas não especifica de qual dano se trata.

O dano material visa obter uma reparação quanto ao patrimônio perdido, quanto a um bem físico, podendo ser valorado mais facilmente, já no dano moral não há um bem material, visa uma reparação quanto à dor sofrida injustamente pela

vítima, não sendo de natureza econômica, acabando que se torna mais uma punição ao ofensor, porque às vezes o dano moral é irreparável ao ofendido.

É colocado à tona a insuficiência do artigo e seus problemas, mencionando que não prevê procedimento algum para a fixação da reparação dos danos, quem seria o sujeito apto a fazer o requerimento, qual o critério a ser adotado pelo juiz criminal para a apuração de um valor, ao qual não é de sua competência, diferentemente do juiz cível, e muito menos qual o dano é visado para reparação, o moral, material ou ambos, se esses fatores tivessem sido aludidos na nova norma, poderia então ter o resultado almejado e assim concretizado a matéria de fato.¹⁰⁰

O ideal é que então a reparação pudesse ser toda verificada no processo penal, com todos os fatos a ela inerentes constando todas as provas produzidas; estabelecido o critério de fixação de valor para o juiz, não oportunizando nenhuma abertura para outro processo no cível, ou que então, fosse somente de jurisdição do cível, que só a ele competiria julgar esse tipo de ação.

O ofendido não deveria ser incentivado a receber apenas um valor mínimo, mas sim a quantia que satisfaça realmente o dano que lhe foi causado.

O artigo 91, inciso I do Código Penal tem por tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, o legislador preocupa-se com isso e modifica o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, mas ao mesmo tempo não mostra preocupação alguma em elaborar uma norma com todos os critérios a serem adotados, um texto completo para que não gerasse dúvidas quanto a sua aplicação.

O artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, ao estabelecer que o juiz ao proferir sentença condenatória deverá fixar valor mínimo para reparação dos

¹⁰⁰ Nesse sentido, tem decidido O STJ: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. SÚMULA 83/STJ. 1. Não há falar em fixação de valor mínimo de indenização à vítima se o Ministério Público não requereu, tampouco o fez o ofendido, a fixação desse *quantum* no momento do oferecimento da denúncia, sob pena de violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental improvido. Brasil, Supremo Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Especial nº 32.104/RJ. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. 06 de dezembro de 2013.

danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido, fundindo as esferas civil e penal, acaba deixando claro uma afronta a alguns princípios que regem o processo penal, entre eles, a ampla defesa e o contraditório.

Para Aury Lopes Junior,

essa cumulação é uma deformação do processo penal, que passa a ser também um instrumento de tutela de interesses privados. 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 informadores¹⁰¹.

Ao ser estabelecido essa norma, foi preocupação do legislador somente a reparação do dano, e não se competiria ao processo penal julgar matéria de natureza indenizatória, e nem se violaria os princípios processuais, tais como o da ampla defesa e do contraditório.

O próprio artigo desmerece a reparação no âmbito penal, que se for nesta esfera será apenas um valor mínimo, se o ofendido quiser realmente o que acha que merece deve dirigir-se ao cível. Se fosse assegurado às partes apresentar seus fatos, os prejuízos que lhe foram causados através de provas, ou seja, o devido processo legal tornaria possível a fixação de um valor.

Acaba por sair prejudicado também o ofendido, porque este acaba por receber um valor mínimo pela ausência dos princípios informadores do processo penal, às vezes não satisfazendo o dano sofrido, tendo que dirigir-se ao cível para pleitear o que lhe acha devido, enquanto que isso poderia ser resolvido em um único processo, e não ferindo os respectivos princípios, aos quais deveriam estar acima da legislação e servir de base para a criação de normas.

¹⁰¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 437.

Um juiz não terá condições de encontrar o *quantum* é devido ao ofendido sem elementos que constituam o dano, havendo o laudo pericial é uma forma de prova de que realmente o dano material pelo menos foi sofrido, e qual o seu valor.

O que ocorre quando o juiz vai aplicar a artigo é que ele prolata uma sentença *ultra petita*, como será visto no capítulo posterior, que vai além do que foi pedido, porque ele tem que fixar a pena independente do que foi solicitado inicialmente.

O juiz ao condenar o réu à reparação de dano ao ofendido deve ter cuidado para fixar o valor de modo a não prejudicar o réu, pois se ele está autorizado a fixar o valor mínimo, deve ficar no mínimo, se ele fixar acima e o ofendido partir para a esfera civil e pedir mais, o juiz partirá daquele valor condenado no penal, fazendo com que pague mais do que é devido.

4 VIOLAÇÕES

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Código de Processo Penal previa anteriormente a possibilidade do ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, promoverem a execução dos danos sofridos, no juízo cível. Com o advento da Lei 11.719/08, isso foi modificado, prevendo então em seu artigo 387, inciso IV que o juiz, ao proferir sentença condenatória, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Pode-se dizer que esta lei rompe com uma tradição de separação de esferas¹⁰², que ao modificar o artigo 387, inciso IV, insere também o parágrafo único no artigo 63¹⁰³ também do Código de Processo Penal.

¹⁰² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰³ Art. 63, 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 apuração do dano efetivamente sofrido.

O juiz criminal, ao prolatar a sentença, passa a ficar obrigado a fixar um valor mínimo, independente de pedido das partes, e de provas apresentadas, e se o ofendido, não satisfeito com este valor mínimo, pode então ir para a esfera cível para a liquidação do montante que acha justo e que lhe cabe pelo dano sofrido.

4.2 PRINCÍPIOS VIOLADOS

Como antes explicitado, é clara a ofensa ao contraditório e a ampla defesa, tornando-se então necessário um aprofundamento no estudo destes princípios.

Princípio é o instante em que as coisas têm origem, tornando-se imprescindível para a criação das normas jurídicas. Partindo das garantias fundamentais que regem a Constituição Federal e que são formuladas as leis, com uma acepção indispensável, servindo de premissa para novas regras. Portanto, é uma causa primária, não podendo ser contrariada, Paulo Bonavides cita em sua obra Gordillo Cañas que fala sobre esta primariedade:

a Constituição faz transparecer com os princípios uma “superlegalidade material” e se torna, prossegue Gordillo Cañas, simultaneamente, fonte primária do ordenamento e ao mesmo tempo fonte subordinada do mesmo: ao obter esta sua primária expressão reflexa, se declara derivado e subordinado à ordem dos valores socialmente professados¹⁰⁴.

Cada ramo do direito tem seus próprios princípios, não sendo diferente no Processo Penal, que deve passar pelas garantias mínimas, obedecendo aos limites estabelecidos pelos princípios constitucionais para o fundamento e formulação de suas próprias normas.

Torna-se então importante uma distinção entre princípios e regras.

Princípios são normas que tem uma finalidade, para então as regras nascerem a partir desse fim, essas regras nunca podem enfrentar os princípios, pois é a partir deles que o ordenamento jurídico deve ser constituído.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 290.

Eros Roberto Grau cita o sistema que o direito compõe-se, mas refere-se em princípios gerais *de* direito, mas ressalta que não se trata de princípios gerais *do* direito:

O sistema que o direito é compõe-se de:

- [i] princípios explícitos, recolhidos no texto da Constituição ou da lei;
- [ii] princípios implícitos, inferidos como resultado da análise de um ou mais preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional (exemplos: o princípio da motivação do ato administrativo, art. 93, X, da Constituição; o princípio da imparcialidade do juiz, arts 95, parágrafo único, e 5º, XXXVII da Constituição); e
- [iii] princípios gerais do direito, também implícitos, coletados no direito pressuposto, qual o da vedação do enriquecimento sem causa.¹⁰⁵

Dworkin acredita ser mais preciso distinguir princípios e diretrizes, sob o argumento de que profissionais do direito quando discutem sob direitos e obrigações, utilizam pautas que operam como princípios diretrizes mas não como regras. Portanto o autor chama de diretrizes as pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente referidos a algum aspecto econômico, político ou social. Denomina princípios como as pautas que devem ser observadas não porque viabilizem ou assegurem a busca de determinadas situações econômicas, políticas ou sociais, mas sim, porque sua observância corresponde a um imperativo de justiça, de honestidade ou de outra dimensão moral¹⁰⁶.

Para Robert Alexy

Essa primeira parte da tese da diferença dworkiana implica uma segunda. Segundo isso, princípios têm uma dimensão, que regras não têm, uma dimensão do peso (dimensiono f weight), que se mostra em sua conduta de colisão. Quando dois princípios colidem, o princípio com o peso relativamente maior decide, sem que o princípio com o peso relativamente menor, com isso, fique inválido. Em uma ouytra conjuntura de casos, os pesos poderiam ser distribuídos às avessas. Ao contrário, em um conflito entre regras, como ele, por exemplo, existe, quando uma regra ordena algo e uma outra regra proíbe o mesmo, sem que uma das regras estatua uma exceção para com as outras, sempre, pelo menos, uma é inválida. Como será decidido o que vale, é indiferente. Isso poderia ocorrer segundo uma regra “lex posterior derogat legi priori” ou segundo isto, que regra é apoiada por princípios importantes. Decisivo é que essa decisão é uma decisão sobre validade, o que significa, que a regra inválida, de outra forma como um princípio retrocedente, é despedida do ordenamento jurídico.¹⁰⁷

¹⁰⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 155.

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 156

¹⁰⁷ ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2010. P. 141.

Levando em conta a Constituição de Portugal, Canotilho¹⁰⁸ classifica os princípios constitucionais em: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e por fim, princípios – garantia, distinguindo-os um dos outros¹⁰⁹.

José Afonso da Silva¹¹⁰, denomina normas constitucionais de princípio aquelas em que se subdividem as normas constitucionais de eficácia limitada, mas ressalta que é necessário distinguir normas constitucionais de princípios gerais e princípios gerais do direito constitucional.

Uma regra pode ter dois princípios em sua origem, não sendo nula, constatando-se apenas qual é o princípio de maior relevância para tal regra, mas não podem existir duas regras sobre a mesma coisa, tendo de ser alguma delas considerada nula. Os princípios acabam servindo de uma premissa, enquanto as regras são terminativas, elas regulam algo, como a obrigação de fazer ou não fazer algo.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 157. O autor em sua obra explica detalhadamente a diferenciação dos princípios de Canotilho: “a) princípios jurídicos fundamentais, assim entendidos os ‘princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica geral e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional’ (aí os princípios da publicidade dos atos jurídicos; da proibição do excesso – o que importa exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos; o princípio do caesso ao direito e aos tribunais; o princípio da imparcialidade da Administração); b) princípios políticos constitucionalmente conformadores, entendidos como tais os ‘princípios que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte’ (aí os princípios definidores da forma de Estado – onde os princípios da organização econômico – social; os princípios definidores da estrutura do Estado – unitário ou federal, com descentralização local ou autonomia local; os princípios estruturantes do regime político – princípio do Estado de Direito, princípio democrático, princípio republicano, princípio pluralista etc; e os princípios caracterizadores da forma de governo e da organização política em geral – separação e interdependência dos poderes, princípios eleitos etc); c) princípios constitucionais impositivos, entendidos assim princípios constitucionais nos quais “subsumem-se todos os princípios que no âmbito da constituição dirigente impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas”; tais princípios – adverte Canotilho – são muitas vezes designados por ‘preceitos definidores dos fins do Estado’, ‘princípios diretivos fundamentais’ ou ‘noras programáticas, definidoras de fins ou tarefas’ (aí o princípio socialista, o princípio da socialização dos meios de produção etc); d) princípios – garantia, nos quais incluídos ‘outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos’; a eles é ‘atribuída a densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante positiva e negativa’; por se traduzirem no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos, são chamados de ‘princípios em forma de norma jurídica’ (aí o princípio de *nullum crime sine lege* e de *nulla poena sine lege*, o princípio do juiz natural, os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo*).

¹¹⁰ AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade de normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 107-108.

Para Humberto Ávila, o conceito de princípio seria:

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹¹¹.

Os princípios são também os valores que o regramento deve seguir para regular algo, ou seja, a base de todo o ordenamento, e tornam-se importante para a compreensão dessas regras, o que está querendo ser buscado através dela, qual o seu estado ideal e qual a abrangência a ser seguida. Eles acabam tendo também uma função de cercar as regras, até onde elas podem ir e quais as suas funções.

4.3 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Este princípio está mencionado no art. 5º, LIV da Constituição Federal, que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Ensina Alexandre de Moraes:

o devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado – persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).¹¹²

É dada a garantia aos cidadãos de que a liberdade é a regra, sendo a privação da liberdade a exceção, só haverá perda de liberdade depois de um devido processo, respeitando todas as regras estabelecidas em lei, evitando assim, uma ação arbitrária do Estado.

Este princípio é indispensável nas sociedades democráticas contemporâneas, em que esses direitos são assegurados a todos.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70.

¹¹² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105.

Ao decorrer do processo, ele estará submetido às normas vigentes, e assim protegido para um devido andamento e justa sentença, sendo o autor e o réu partes iguais.

4.4 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

A Constituição Federativa do Brasil expõe em seu art. 5º, LV que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, portanto, o princípio do contraditório e da ampla defesa são previstos conjuntamente.

É possível encontrá-los também no art. 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹¹³, no art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹¹⁴ e no art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos.¹¹⁵

¹¹³ Art. 11: I) Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa. II) Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

¹¹⁴ Art. 14: 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, que por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito a controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) de ser informado, sem demora, numa língua que compreende e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) de dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) de ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex-officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. 4. O processo aplicável a jovens que não sejam maiores nos termos da legislação penal em conta a idade dos menos e a importância de promover sua reintegração social. 5. Toda pessoa declarada culpada por um delito terá direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância superior, em conformidade com a lei. 6. Se uma

Alexandre de Moraes conceitua a ampla defesa e contraditório,

por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.¹¹⁶

Compete à ampla defesa a seguridade de que o réu pode trazer para o processo todos os meios de provas lícitas, enquanto o contraditório é a declaração desses direitos para as partes, de que todos os atos do processo terão o direito de contradizer.

Não pode haver um julgamento sem poder dar oportunidade ao acusado do contraditório, pois dar o direito às partes de argumentação, informação, audiência e esgotamento de provas são requisitos fundamentais para que haja a comprovação da verdade, ou seja, uma sentença justa, sem parcialidade tanto para o autor quanto para o réu. Segundo Eduardo Couture, a justiça se serve da dialética porque o

sentença condenatória passada em julgado for posteriormente anulada ou se um indulto for concedido, pela ocorrência ou descoberta de fatos novos que provem cabalmente a existência de erro judicial, a pessoa que sofreu a pena decorrente desse condenação deverá ser indenizada, de acordo com a lei, a menos que fique provado que se lhe pode imputar, total ou parcialmente, a não revelação dos fatos desconhecidos em tempo útil. 7. Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país.

¹¹⁵ Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

¹¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1º a 5ª da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 253.

princípio da contradição é o que permite, por confrontação de opostos, chegar à verdade¹¹⁷.

Quando as coisas mais valiosas do homem estão envolvidas, como a vida, a honra e seus bens, é extremamente necessário que lhe seja dado o direito à resposta para que possa defender-se das acusações que lhe foram atribuídas.

Será também através das defesas cabíveis no processo penal que se consolidará o referido princípio, proporcionando às partes demonstrarem quem está com a razão.

Sobre a distinção dos princípios da ampla defesa e contraditório, ensina o autor Aury Lopes Jr:

a relevância da distinção reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos no sistema de nulidades dos atos processuais. É possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente também ocorra violação do contraditório. A situação inversa é teoricamente possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa.¹¹⁸

O princípio do contraditório governa todos os processos, independente de qual esfera, mas não somente, regem também todos os atos, consequentemente jurisdicional ou não, pode-se dizer que ele tem de estar presente na essência. Para Rosemiro Pereira Leal:

[...] o princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do Processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito – garantia de se manifestarem.¹¹⁹

Partindo da ideia do autor é possível esclarecer que o contraditório não é somente oralidade, ele abre a possibilidade de a parte manter-se em silêncio, não o obriga a falar, mas nunca através de uma subsunção de que este nada teria a dizer

¹¹⁷ COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 66.

¹¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 197.

¹¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004, p. 103.

e não lhe proporcionar o direito à contrarrazão, é preciso que se dê a oportunidade para que então haja o direito de escolha da parte envolvida, através disso é factível a amplitude deste princípio.

Alexandre Morais da Rosa¹²⁰ menciona sobre a manifestação do princípio do contraditório segundo Fazzalari, que se daria em dois instantes: o primeiro com a *informazione* que seria o dever de informar para que se exerçam as posições jurídicas e a *reazione* para que haja uma reação, uma ação. Não poderá haver uma disparidade entre as partes, é necessário sempre a igualdade dos atos para ambos.

Acerca da abrangência do contraditório, que, como já exposto, tem uma vastidão em todo e qualquer ato, entende a doutrina atual, que não somente as partes são destinatárias, mas também o juiz.

O Supremo Tribunal Federal em um agravo regimental em recurso extraordinário manifestou que:

a garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, tem como destinatários os litigantes em processo judicial ou administrativo e não o magistrado que no exercício de sua função jurisdicional, à vista das alegações das partes e das provas colhidas e impugnadas, decide fundamentadamente a lide.¹²¹

Embora esse o entendimento do STF de que somente as partes são as receptoras deste direito, a doutrina acredita que contemporaneamente esse ajuste não cabe mais, que o magistrado deve estar sujeito sim ao contraditório, que muito além de uma ação – reação ele atua diretamente no destino final da ação, cabendo então ao juiz julgar nos limites do que foi proporcionado em debates pelas partes, trazendo a tão almejada segurança jurídica quanto aos atos do Estado.

¹²⁰ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 98.

¹²¹ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO SOB O ARGUMENTO DE QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO DECIDIU A LIDE DEFERINDO PEDIDO DIVERSO DO INVOCADO NA "CAUSA PETENDI". INSUBSISTÊNCIA. **Brasil, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 222.206/SP**. Relator: Ministro MAURÍCIO CORRÊA. 30 de março de 1998.

Tem-se, por exemplo, de autores que confiam nesta posição Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero que proferem:

com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não só de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório.¹²²

Ainda, para o autor Nereu José Giacomolli:

mesmo para os que admitem a atuação *ex officio* do julgador no processo penal, não poderá haver surpresa, de modo que há necessidade de a situação processual ter passado pelo crivo do contraditório. Assim, tanto no aspecto de garantidor do espaço processual contraditório, quanto de submissão de toda matéria ao debate, o contraditório também se destina ao magistrado.¹²³

Ao proporcionar os debates é realizável a democratização do processo, de que todos os atos foram publicados e ao chegar ao fim não haverá surpresa na decisão, ou seja, as partes envolvidas em todos os momentos saberiam de que aquele seria um possível arbítrio, a seu favor ou não.

Quanto a esses deveres de debate, podemos encontrá-los em vários ordenamentos, como no direito português, alemão, francês e italiano.

Mas ao fazer a reflexão sobre os atos contraditórios que devem ser feitos antes de uma efetiva decisão, não se deslegitima os casos de tutela antecipada, pois nesses fatos há uma possível deteriorização do direito pela demora, sendo assim, o juiz concederá um direito antes de proporcionar o contraditório à parte contrária, aparecendo o contraditório chamado diferido ou postergado.

Automaticamente, quando uma das partes é citada haverá uma reação de defender-se, é necessária a publicação dos atos processuais. Não há possibilidade de haver um processo justo sem a presença desses princípios, pois autor e réu têm que estar em igualdade, em um mesmo patamar; e através do andamento do

¹²² SARLET, I. W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 731- 732.

¹²³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 149.

processo, com os fatos por eles apresentados, com direito a argumentação, de apresentação de provas, pode-se então chegar à uma decisão mais justa.

4.5 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

A Lei nº 11.719/08 inseriu ao art. 387 do Código de Processo Penal mais um requisito da sentença em seu inciso IV, que passou a determinar que a sentença proferida fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Problema que há de ser enfrentado quanto a esta fixação de indenização no processo penal, é o princípio da congruência, pois quando é permitido ao juiz a fixação de um valor mínimo, somente na sentença, sem que tenha havido um pedido das partes para isso, há uma clara ofensa a este princípio, pois é necessária uma correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença.

Mesmo que não haja uma regra expressa firmando a obrigação de correlação entre imputação e sentença, nem quanto ao objeto do processo manter-se estático ao longo de toda a ação, o legislador ao prever os requisitos da denúncia e ao prever o aditamento da denúncia tornou certa esta correlação.

O artigo 41¹²⁴ do código de processo penal, em que prevê a denúncia, estipula que deve conter na denúncia o fato, a qualificação do acusado e a classificação do crime, para que o réu tenha conhecimento do que lhe está sendo imputado, sendo o marco inicial da relação processual. Portanto, a denúncia tem a finalidade de delimitar a matéria que será analisada em juízo, evitando assim que haja surpresas para as partes no correr do processo.

Este princípio se encontra vinculado às garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, pois as partes tem o direito de participar e intervir nas

¹²⁴ Art. 41 do CPP: A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

decisões judiciais, garantindo que este só será processado e condenado pelos fatos que tenha conhecimento e que tenha sido devidamente defendido.

O objeto do processo, veiculado já no momento da inicial, com a acusação, deve estar presente de forma inalterada na sentença¹²⁵.

Mas, importante ressaltar que diferentemente da esfera cível, se no curso do processo, surgirem novas provas, é possível que o objeto do processo seja alterado, mas é indispensável que seja oportunizado às partes o direito ao contraditório, a fim de evitar surpresas para a defesa.

Segundo Gustavo Henrique Badaró,

isso não quer dizer que todo o objeto do processo deve permanecer imutável. Identificando o objeto do processo como o objeto da imputação, não significa que todo o fato imputado deva permanecer inalterado, ou que o juiz não possa sentenciar, ainda que considerando algo diverso do que foi imputado. A questão é saber em que medida é possível alterar o objeto do processo, sem que tal mudança viole o contraditório. É possível admitir mudanças no objeto do processo, sem que isso represente uma quebra da regra de correlação entre acusação e sentença, desde que a variação se verifique em um aspecto não relevante do fato imputado.¹²⁶

O contraditório que servirá para delimitar essa mudança do objeto, determinando se o novo fato é ou não relevante para esta alteração.

Quanto ao objeto do processo, seguindo nesta mesma linha, Aury Lopes Junior, enfatiza que em seu entendimento o objeto do processo penal é a pretensão acusatória, e a partir desta corrente, é possível haver a compatibilização com a imutabilidade ao longo da ação¹²⁷.

Mas em relação à discussão quanto ao objeto do processo, iremos adentrar no capítulo terceiro, quando formos tratar de possíveis violações que a fixação de indenização pode causar no processo penal.

¹²⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 99.

¹²⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 100.

¹²⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1121.

O princípio da congruência somente tem legitimidade em um sistema acusatório, em que assegura ao réu os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, e vai além, garante a inércia do juiz, muito embora nosso sistema, com resquícios de sistema inquisitório, permite por exemplo, a prova de ofício do juiz, no artigo 156 do CPP¹²⁸.

Como enfatiza Aury Lopes Junior,

ainda, por imposição do sistema acusatório – constitucional, deve o juiz manter-se em inércia, só atuando quando invocado pelas partes e na medida da invocação. Como já explicamos, a inércia é fundante da jurisdição (*ne procedat iudex ex officio*) e ainda garantidora da eficácia do sistema acusatório, que, por sua vez, assegura o contraditório.¹²⁹

A inércia da jurisdição é essencial, pois ao não ser atendida, acaba com toda a sustentação do sistema acusatório e seus princípios, portanto, quando permitido o juiz atuar *ex officio*, este deverá permitir às partes o contraditório, pois ao tomar conhecimento do resultado do exercício deste poder somente na sentença, as partes não mais terão oportunidade e possibilidade de contradizer, alegando e provando, para poder influir na formação de convencimento do juiz¹³⁰.

4.5.1 Classes de Incongruências

Alguns Tribunais de Justiça e alguns doutrinadores já enfatizaram que o juiz, ao fixar um valor de reparação somente na sentença seria caso de sentenças *ultra* e *extra petita*, diante disso, cabe neste estudo esclarecer as classes de incongruências.

Pedro Aragoneses Alonso, classifica-as em três as classes de incongruências: *citra petita*, *ultra petita* e *extra petita*¹³¹, que são as nomenclaturas mais adotadas pela doutrina em geral.

¹²⁸ Art. 156 CPP: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício.

¹²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1122.

¹³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

¹³¹ ALONSO, Pedro Aragoneses. **Sentencias Congruentes**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 89.

4.5.2 Sentença *citra petita*

Uma sentença é *citra petita* quando o juiz não delibera acerca de um dos acusados na sentença ou não julga uma das imputações feitas ao réu, causando uma omissão.

Aury Lopes Junior¹³² dá exemplos em que se apresenta esta incongruência, como quando o juiz condena o réu sem justificar o afastamento de qualificadoras, ou quando são vários fatos imputados ao réu, absolve ou condena por apenas um deles, sem julgar o restante.

Novamente, é claro a ligação deste instituto com o contraditório e o sistema acusatório, pois havendo recurso, poderá ser anulada¹³³.

A nulidade processual de uma sentença *citra petita* encontra respaldo no artigo 564, III, “m” do Código de Processo Penal, pois o magistrado ao não apreciar na sentença algo que foi imputado na denúncia, semelha-se a insuficiência de decisão judicial.

Portanto, poderá ser considerada uma nulidade absoluta, pois estaria presente uma violação ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, uma vez que infringiria o princípio constitucional do contraditório.

4.5.3. Sentença *extra petita*

Sentença *extra petita* é aquela em que o juiz concede algo diverso do que foi pedido, atuando *ex officio*, assim como na sentença *citra petita*, viola também o princípio do contraditório e o sistema acusatório¹³⁴.

¹³² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1142.

¹³³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 125. O autor deixa claro sua posição, de que aqui quem deverá recorrer desta decisão é o órgão acusador, pois não estaria sendo violado o direito de defesa do réu, havendo o desrespeito ao contraditório em relação ao sujeito ativo e não passivo da relação processual.

Portanto, ocorre a incongruência quando, sem haver um pedido do Ministério Público para o aditamento da denúncia ou queixa, o juiz não respeita o art. 384 do Código de Processo Penal e altera o objeto do processo, sem a presença do contraditório.

4.5.4 Sentença *ultra petita*

Apesar de muitas vezes causar confusão com relação a diferença entre sentença *extra petita* e *ultra petita*, a diferença entre elas é que na sentença *ultra petita* o juiz vai além do que consta na denúncia, mas a outra parte tem congruência com o fato e o pedido. Diferentemente da *extra petita*, em que o juiz não analisa o pedido ou os fatos presentes no processo, decidindo com base em fato diverso.

Com base na definição desta incongruência, é possível verificar que ela está presente no caso da fixação de indenização, pois o juiz, além de analisar os fatos constantes na denúncia ou queixa, ao prolatar a sentença, fixa o valor mínimo, concedendo algo a mais, que não tinha sido pedido pelo ofendido ou pelo órgão acusatório. Mas é importante destacar que o único meio para sanar esta violação, seria de o ofendido ou o representante do Ministério Público fazer o pedido da reparação na peça inicial.

4.6 INDENIZAÇÃO À VÍTIMA E O OBJETO DO PROCESSO PENAL

Para que haja um maior entendimento sobre o objeto do processo penal, é necessária uma reflexão sobre a natureza do processo penal, ou seja, a percepção de toda sua estrutura.

Conforme cita o autor Aury Lopes Junior, questão muito relevante é compreender a natureza jurídica do processo penal, o que ele representa e constitui. Trata-se de abordar a determinação dos vínculos que unem os sujeitos (juiz,

¹³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1142. Aury Lopes Junior vai além, diz que dependendo do caso, também viola o direito de defesa.

acusador e réu), bem como a natureza jurídica de tais vínculos e da estrutura como um todo.¹³⁵

4.6.1 Natureza jurídica do processo penal

Para um entendimento melhor sobre o objeto do processo penal, é necessária uma breve reflexão sobre a natureza jurídica do processo penal.

Aragoneses Alonso¹³⁶, ao explorar a história do processo, aponta diferentes teorias, as quais divide em três grupos. São eles:

Teorias que utilizam categorias de outros ramos do direito:

- Teorias de direito privado: Processo como contrato; Processo como quase contrato; Processo como acordo.

- Teorias de direito público: Processo como relação jurídica (Bülow); Processo como serviço público (Jèze e Duguit); Processo como instituição (Guasp)

- Teorias que utilizam categorias jurídicas próprias: Processo como estado de ligação (Kisch); Processo como situação jurídica (Goldschmidt)

- Teorias mistas: Teoria da vontade vinculatória autárquica da lei (Podeti); Processo como relação que se desenvolve em situações (Alsina); Processo como entidade jurídica complexa (Foschini)

- Teorias de direito privado

As teorias de direito privado foram abandonadas ao final do século XIX, momento em que o processo (tanto o civil quanto o penal) cria uma maior autonomia. No penal quando a pena não é mais uma vingança privada e passa para sê-la uma pena pública.

¹³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹³⁶ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 197.

Teoria do contrato

Segundo essa doutrina, o processo é um autêntico contrato entre as partes, em que as próprias partes fixam os pontos de litígio. A maior crítica a essa posição é que na formação do processo não está a livre vontade das partes, ou seja, a necessidade do acordo não é certa em muitos casos, muito menos sua realização.

Teoria do quase contrato

Essa teoria considera o processo como um quase contrato, em que o processo tem sua potencialidade na vontade tácita ou presumida das partes.

Teoria do acordo

Segundo Sentis Melendo, a teoria contratual que serviu de explicação ao juízo, não pode servir para explicar o processo, pois o contrato e quase contrato consideram pontos de vista civis, e o estado da teoria geral do direito é hoje muito distinto.

Teorias de direito público:

Processo como relação jurídica (Bülow):

Foi através da obra de Bülow *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales* que se instaurou o rompimento do direito material com o direito processual e por consequência as relações jurídicas entre essas duas esferas.

Não é possível afirmar que Bülow criou esta teoria, pois alguns autores já haviam se manifestado, como Bethmann – Hollweg e Búlgaro.

Conforme explicita Aragonese Alonso, em sua obra, Bülow aponta como notas da relação jurídica processual:

1º: Que se trata de uma relação jurídica pública, que os direitos e as obrigações processuais se dão entre os funcionários do Estado e os cidadãos, a função processual se leva a cabo por funcionários públicos e a atividade das partes se tem em conta unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade pública;

2º: Que a relação jurídica processual avança gradualmente e se desenrola passo a passo, o que constitui uma qualidade importante do processo, porque não tem a transcendência que a este carácter evolutivo a que se atribui;

3º: Que não se pode confundir a relação processual com a relação litigiosa. A relação processual só se torna perfeita com a litis contestação; o contrato de direito público, de uma parte, o Tribunal assume a concreta obrigação de decidir e realizar o direito deduzido em juízo, e de outra, as partes são obrigadas a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum.

4º: Que sim, o processo é, portanto, uma relação jurídica, que apresenta na ciência processual análogos problemas que surgem e foram resolvidos nos aspectos das demais relações jurídicas e entre eles a resposta a questão relacionada com os requisitos a que se sujeita o nascimento daquela. A esta necessidade responde o conceito dos pressupostos processuais¹³⁷.

Conforme Aury Lopes Jr,

para Bülow, o processo é uma relação jurídica, de natureza pública, que se estabelece entre as partes (MP e réu) e o juiz, dando origem a uma reciprocidade de direitos e obrigações processuais. Sua natureza pública decorre do fato de o vínculo se dar entre as partes e o órgão público da Administração de Justiça, numa atividade essencialmente pública. Nesse sentido, o processo é uma relação jurídica de direito público, autônoma e independente da relação jurídica de direito material.

No processo penal, representou um avanço no tratamento do imputado, que deixa de ser visto como um mero objeto do processo, para ser tratado como um verdadeiro sujeito, sem direitos subjetivos próprios e, principalmente, que pode exigir que o juiz efetivamente preste a tutela jurisdicional solicitada (como garantidor da eficácia do sistema de garantias previsto na Constituição).¹³⁸

Outra contribuição que a teoria do processo como relação jurídica trouxe, foi a Teoria dos Pressupostos Processuais, que tenta definir os pressupostos de existência e validade do processo. Com a teoria dos pressupostos foi possível desenvolver a teoria sobre as nulidades processuais.

¹³⁷ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 206. (Tradução livre)

¹³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 98.

Posicionamentos de Wach, Hellwig e Kohler

A teoria da relação jurídica foi seguida pela maior parte da doutrina, especialmente a germânica e latina.

Para *Wach*, o processo é uma relação de direito entre as partes interessadas, cujo conteúdo representa deveres e direitos de natureza processual com independência da relação jurídica material, posto que mediante o processo o direito não é somente que vale e adquire uma realidade. Os sujeitos da relação são para *Wach*, o juiz o demandante e o demandado, com o que segue o modelo triangular da posição de *Bülow*, considerando também como direito público.

Hellwig também sustenta a relação jurídica, mas diferentemente de *Bülow*, estabelece a angularidade da relação jurídica. Os direitos e deveres processuais existem entre o demandante e o juiz e entre o demandado e o juiz, mas não entre as partes.

Kohler estabelece que a relação processual se dá somente entre as partes e não entre as partes e o juiz, pois para este autor a colaboração do Tribunal não basta para ser partícipe da relação processual sem que as partes tenham nenhum direito frente ao Juiz e frente ao Estado para obter a tutela jurídica que os Tribunais outorgam por seus deveres de império.¹³⁹

Posição de Chiovenda

Chiovenda estabelece que a relação jurídica processual é uma relação jurídica autônoma e complexa que pertence ao direito público:

Autônoma, enquanto tem vida e condições próprias, independente da ação que é afirmado no processo.

¹³⁹ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 211. (Tradução livre).

Complexa, enquanto não compreende só um direito e obrigação, mas sim um conjunto indefinido de direitos.

Pública, porque deriva de normas que regulam uma atividade de tal caráter.

Ou seja, o dever fundamental que constitui como o esqueleto de toda relação processual é o dever do juiz e de outro órgão jurisdicional de prover as demandas das partes.¹⁴⁰

Posição de Carnelutti

Para Carnelutti, a relação jurídica nasce da combinação de uma obrigação e um direito subjetivo que tem por objeto a prestação de uma atividade para o desenvolvimento do processo, por uma parte há uma obrigação e por outra há um direito, existem no processo tantas relações jurídicas quantos são os conflitos entre o interesse quanto a composição do litígio e os interesses daqueles que devem fornecer os meios para o processo.¹⁴¹

Posição de Rocco

Segundo Rocco, o direito processual objetivo cria diversas relações jurídicas, uma delas consiste no direito exclusivo do Estado de intervir entre os particulares e realizar os interesses privados protegidos pelo direito e o dever correspondente de todos os cidadãos de submeter-se a esse direito do Estado.¹⁴²

Processo como situação jurídica (Goldschmidt)

Como crítica à noção de processo como relação jurídica, Goldschmidt contestou a validade de tal teoria da relação processual e viu no processo simples situação jurídica. Na visão do processualista alemão, o processo representa uma situação jurídica de sujeição a um futuro comando sentencial em que se

¹⁴⁰ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 211. (Tradução livre).

¹⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 1942, p. 279-283.

¹⁴² ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 211. (Tradução livre).

materializam as expectativas dos contendores em relação a um resultado, que pode ser favorável ou desfavorável.

Não há entre autor e réu uma verdadeira relação jurídica geradora de direitos e obrigações recíprocos, de tal modo que um pudesse exigir do outro uma prestação positiva ou negativa.¹⁴³

Saliente-se que, ao mostrar que o direito processual, ao contrário do direito material, caracterizava-se por um estado generalizado de incertezas, nenhuma das partes poderia saber os verdadeiros limites de seus direitos e obrigações. A incerteza é, indiscutivelmente, para esta teoria, a marca essencial da relação processual.

O processo é uma situação, e não uma relação jurídica. Não há, assim, direitos processuais, senão meras expectativas de se obter vantagem. Em verdade, segundo esta teoria, a única relação jurídica que existe é a de direito material que se faz valer no processo, definindo-se ao final e fazendo cessar a incerteza que com ele se instaurou.

Noção de processo como guerra:

quando a guerra estoura, tudo se encontra na ponta da espada; os direitos mais intangíveis se convertem em expectativas, possibilidades e obrigações, e todo direito pode se aniquilar como consequência de não ter aproveitado uma ocasião ou descuidado de uma obrigação; como, pelo contrário, a guerra pode proporcionar ao vencedor o desfrute de um direito que não lhe corresponde.¹⁴⁴

Daí falar-se aqui, não mais em direitos e obrigações processuais, mas, sim, de 'carga' (para a acusação) e 'risco' (para a defesa).

Disso tudo decorrem as ideias de fluidez, movimento e dinâmica do processo, na medida em que se constitui de situações jurídicas complexas, em contraposição à ideia estática (inerte) da teoria da relação jurídica.

¹⁴³ ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

Com isso, há também, por óbvio, o abandono da ideia de segurança jurídica. Em suma: o processo se move num mundo de incerteza; a incerteza é característica (constitutiva) do processo.¹⁴⁵

Processo (penal) como procedimento em contraditório (Fazzalari)

Elio Fazzalari, em 1978, ao construir a teoria do processo como procedimento em contraditório, já se preocupa com o discurso democrático instituído pelas Constituições de sociedades pós-modernas. O processualista partiu do conceito de procedimento para definir a natureza jurídica do processo, mas para isso teve de reelaborar aquele conceito. Procedimento, aqui, é a atividade preparatória do provimento: uma atividade regulada por uma estrutura normativa, composta por uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica.

Procedimento sem norma de comando estrutural é um amontoado de atos não jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia. O procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam, em conexão entre elas, regendo a sequência de seu desenvolvimento.¹⁴⁶

Fazzalari, divergindo do clássico conceito de procedimento, assentou as bases da teoria que concebe o processo como espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes, afastando-se, assim, a ideia de distinção entre processo e procedimento.

Tal teoria teve o mérito de separar cientificamente os conceitos de processo de procedimento, colocando o primeiro como espécie do segundo.

¹⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 102.

¹⁴⁶ ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univale, 2006, p. 221-222. Em outras palavras: procedimento é a estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais numa relação espaço-temporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato consequente e este extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final.

Frise-se que, para o autor, o processo não se define pela mera sequência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento, que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes sob o comando do modelo normativo processual.¹⁴⁷

Quanto aos sujeitos, Fazzalari considerava não só o juiz e seus auxiliares, mas também as partes: autor, réu, os litisconsortes, no processo civil; o Ministério Público, o acusado, “a parte civil” e o responsável civil, no processo penal, etc.¹⁴⁸

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo. O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Fazzalari, aliás, não resume o fenômeno processo apenas no campo do direito processual, mas o elege como instituto de presença obrigatória no Estado Democrático de Direito, nas funções jurisdicional, legislativa e administrativa do Estado.¹⁴⁹

Chega-se, assim, ao processo como espécie de procedimento realizado, através do contraditório, entre os interessados, conceito este que é incompatível com o conceito de relação jurídica, que é o vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infra-ordenação, de sujeição.

4.6.2 Objeto do processo penal

¹⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univale, 2006, p. 221.

¹⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí: Univale, 2006, p. 222.

¹⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. O processo (penal) como procedimento em contraditório. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univale, 2006, p. 222.

Ao ser feita análise da natureza jurídica do processo e se o processo penal tem capacidade para a valoração de danos, surge o questionamento: qual realmente é o objeto do processo penal?

Parte da doutrina liga o objeto do processo penal ao fato, e parte à pretensão.

Há três teorias que examinam o verdadeiro objeto do processo penal, são elas:

4.6.2.1 Teorias sociológicas

Segundo Jaime Guasp¹⁵⁰ o grupo sociológico tem como caráter a busca para todos os substratos de material no processo baseado como um fenômeno natural, ainda, continua o autor, que

as teorias sociológicas arrancam, por definição, do âmbito extrajurídico em que o processo se origina e tratam de fixar em definitivo o conceito de processo a base da missão puramente social que a este se determina.¹⁵¹

O problema que apresenta esta teoria, é que, o fato de haver um conflito entre dois integrantes da sociedade, por si só, não resolve o problema, é necessária uma relação jurídica ou a invocação da tutela jurisdicional através do respectivo instrumento processual.¹⁵²

4.6.1.2 Teorias Jurídicas

Essas teorias, diferentemente das sociológicas, esquecem o fenômeno social, e colocam no centro a figura jurídica pura.

Para a concepção objetiva o processo tutela o próprio direito objetivo, e não os direitos dos particulares, utilizando-se do processo penal para efetuar a sanção. Aury Lopes Junior chama a atenção acerca da compreensão destas teorias que

¹⁵⁰ GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas S.A., 1981, p. 20.

¹⁵¹ GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas S.A., 1981, p. 20.

¹⁵² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140.

além de reducionista, é muito perigosa em tempos de funcionalismo penal e de expansão do *derecho penal del enemigo*, pois pode legitimar esses absurdos fechamentos do sistema e esvaziamentos do valor bem jurídico.¹⁵³

Outra crítica a esta concepção é de que não é possível explicar o objeto do processo penal sob um enfoque puramente jurídico, sendo necessário levar-se em conta também o conflito social, pois esta ótica puramente jurídica não é capaz de suprimir toda a obscuridade que abarca o processo penal.

Ainda, ao avaliar esta teoria, Aury Lopes Junior explica porque o objeto do processo penal não seria o fato:

importante destacar que uma lesão jurídica – ataque a um bem jurídico tutelado – não é suficiente, por si só, para produzir o processo, por sua radical inidoneidade para engendrar o fenômeno processual. Por isso, não é o “caso penal” o objeto do processo, pois ele, sozinho, não é capaz de fazer nascer ou desenvolver o processo. O “caso penal” é fundamental, elemento objetivo e estruturante da acusação, mas que precisa de uma efetiva invocação – declaração petítória – para que o processo nasça e se desenvolva. É necessário que exista a dedução da lesão mediante um instrumento específico: o exercício da acusação frente ao órgão jurisdicional competente.¹⁵⁴

Portanto, sob esta visão, é necessário que haja uma pretensão acusatória para que se desenvolva o processo penal, pois sem este elemento torna-se impossível o seu nascimento.

4.6.1.3 Teoria da Satisfação Jurídica das Pretensões e Resistências

Esta teoria deriva das duas teorias anteriores, aqui a pretensão é o conceito essencial para que se chegue à conclusão do que seria processo, de modo que o objeto do processo penal é uma pretensão processual e a sua função é a satisfação jurídica das pretensões.¹⁵⁵

¹⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

¹⁵⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

¹⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 142.

Para Jaime Guasp¹⁵⁶ a base social do processo se coloca numa reclamação de um indivíduo frente a outros, recebendo um tratamento jurídico como solução. Portanto, a pretensão jurídica é uma reprodução da pretensão social, ainda, segundo o autor:

o processo aparece assim como um instrumento de satisfação de pretensões, uma construção jurídica destinada a remediar, em direito, o problema pleiteado pela reclamação de uma pessoa frente à outra. O ordenamento jurídico trata de resolver este problema mediante um mecanismo de satisfação intersociológica ou social.¹⁵⁷

Então, seguindo a ideia de Jaime Guasp, é possível afirmar que, através do conflito social há a aproximação da sociologia com o direito, em que o direito toma para si o problema sociológico, estabelecendo regras para a resolução dos conflitos. Seguindo esta ideia, complementa Aury Lopes Junior:

o delito é um fenômeno social, exteriorizado pelo ataque aos sentimentos e valores básicos da comunidade e que gera uma reação social. O direito retira a questão do âmbito social em que aparece cravada e cria, no lugar da figura sociológica que suscita o problema, uma forma jurídica específica que pretende refletir aquela.¹⁵⁸

Ainda, quanto à discussão de qual é o objeto do processo penal, há a ideia de Andrés de La Oliva Santos, em que começa descartando a ideia de que a ação é objeto do processo penal, pois ele pode iniciar-se por uma *notitia criminis*, por exemplo, em que não é necessária uma reclamação de um indivíduo perante um fato, portanto, para que nasça o processo penal é preciso que haja um determinado fato com características ou aparência de um delito.¹⁵⁹

Continua o autor, de que não é objeto também, uma pretensão punitiva, pois sem esta pretensão é possível que se desenvolva grande parte do processo, que tem por objeto uma resposta jurídica frente a um fato, ou conduta humana, com aparência delitiva.

¹⁵⁶ GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas S.A., 1981, p. 40.

¹⁵⁷ GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas S.A., 1981, p. 44. Texto original: El proceso aparece así como um instrumento de satisfacción de pretensiones, uma construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante um mecanismo de satisfacción intersociológica o social.

¹⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

¹⁵⁹ SANTOS, Andrés de la Oliva. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces S.A., 2000, p. 196.

Portanto, o objeto do processo penal seria um fato punível, o processo penal deve iniciar-se através de um acontecimento ou um conjunto de fatos que fundem um juízo de probabilidade de que houve uma infração criminal.

Ao fazer esta breve reflexão sobre o objeto do processo penal, em um primeiro momento, é possível chegar à conclusão, de que ao aceitar o objeto, tanto como o fato ou a pretensão, em nenhum desses aspectos é possível encaixar a composição de danos morais ou materiais como sendo um dos objetos do processo penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No encerramento desta dissertação, alguns pontos merecem ser alvo das considerações finais.

Como visto a Lei 11.719/2008 modificou o artigo 387, inciso IV que inseriu na sentença penal uma reparação de âmbito civil, ordenando ao juiz estipular uma reparação de danos com valores mínimos, considerando os danos sofridos pelo ofendido.

Ao longo do estudo foram surgindo inúmeros problemas dos quais a fixação de indenização pode trazer ao processo penal.

Primeiramente como demonstrado, o legislador seguiu a tendência mundial, de trazer a vítima como protagonista, após um longo período de esquecimento, como forma de um chamamento a participação do processo, este período de esquecimento se deu do momento em que a pena partiu a ser pública e não mais privada, pois quando era privada, cabia à vítima e seus familiares o ressarcimento do dano ou a imposição da vingança (vingança privada), mas quando passou às mãos do Estado, a vítima foi esquecida, cabendo somente a este o dever de punir.

Ao tratar o redescobrimento da vítima, foram indicados organismos internacionais que editaram resoluções e recomendações a seus estados – membros, afim de proteger a vítima, mas é claro que esse movimento foi demorado ao longo dos anos tornando forma somente a partir da década de 80 e citamos alguns casos em que o Brasil foi condenado sendo obrigado a indenizar bem como legislar a respeito, como foi o caso da lei 11.340, conhecida como lei Maria da Penha, lei que permite as vítimas de violência doméstica uma maior proteção, mas o Brasil ainda tem muito o que avançar, mesmo embora com a edição desta lei, as mulheres continuam a sofrer violências domésticas e nem todos os estados tem delegacias especializadas no assunto, fatos que devem ainda serem melhorados para um efetivo amparo as vítimas.

Com isso, o legislador brasileiro, seguindo o movimento do protagonismo da vítima, fez uma alteração legislativa a qual não é capaz de sanar o problema, ou seja, permite a vítima uma indenização somente de valor mínimo, como se fosse uma espécie de reconhecimento que um juiz criminal não tem capacidade para isso, pois não é oportunizado durante o processo, provas para valorar o dano, demonstrando a forte influência do momento em que vivemos, o de expansionismo do direito penal, em que este já é utilizado no primeiro momento, usufruindo-se do direito penal como um remédio para sanar todos os problemas da sociedade.

Ainda ao indicar o projeto do novo código de processo penal, no que concerne a respeito da indenização, diz que o juiz criminal poderá fixar os danos de natureza moral, o que beira mais ainda ao absurdo, como um juiz criminal irá ter conhecimento sobre o quantum indenizatório moral, nos casos de crimes contra a vida, por exemplo, qual o valor a fixar?

Porquanto ao analisar a sociedade atual, mesmo com o aumento de leis a criminalidade não diminuiu, pelo contrário, o que também gera uma influência e comoção para este aumento é a expansão das tecnologias e da mídia, pois as notícias chegam rapidamente a todos.

Ainda segue a dúvida, com essas alterações e o aumento de leis, as vítimas realmente começaram a ser reconhecidas? Será que foram capazes de proporcionar a elas a efetiva reparação do dano ou foi somente mais uma modificação sem eficácia nenhuma em nosso sistema?

Ao rever a aplicação do artigo e seu inciso, foi possível demonstrar violações a princípios do processo penal, como o devido processo legal, da congruência e da ampla defesa e contraditório, não oportunizando ao réu a garantia de apresentar sua defesa quanto ao valor fixado, o que em uma sociedade democrática como a nossa é inadmissível, pois nossas garantias estão todas elencadas na Constituição Federal, e esta deve servir de premissa para toda a criação de normas jurídicas. O único meio para sanar essas violações, seria no caso de na peça inicial ter o pedido de reparação (assim haveria congruência entre acusação e sentença), e

oportunizado ao réu no decorrer do processo defender-se à respeito da indenização (ampla defesa e contraditório).

Fica notória também certa confusão que o legislador fez entre as esferas, civil e penal, pois uma é apropriada somente para fixar um valor mínimo, e não o que é realmente devido, enquanto que se o ofendido acha que o valor não foi ressarcido devidamente deve dirigir-se ao cível, esta sim podendo lhe dar uma sentença justa.

Durante o estudo, surgiram outros problemas acerca da aplicação desse artigo, além da falta dos princípios processuais penais, como o critério em que o juiz deve seguir para fixar os valores, se é de natureza material ou moral, pois a este não compete ver qual o montante devido, diferente do juiz da área cível, que é preparado para isso, e tem um código de processo que o conduz, e assim se torna possível a valoração.

Ainda, foi possível demonstrar o desvirtuamento do objeto do processo penal, pois trouxe a este uma competência de uma esfera (cível) que tem por base resolver conflitos privados, diferentemente do processo penal que trata-se de uma esfera pública.

Outro ponto problemático é quanto a ausência de provas no decurso do processo e sua importância, que sem elas torna-se praticamente impossível o juiz conseguir valorar o dano que o ofendido sofreu, pois é através das provas que se torna possível chegar o mais próximo do montante.

Ainda é possível fazer uma abordagem sob outro aspecto, como a legitimidade do Ministério Público em realizar o pedido da indenização, será que ele pode, em nome do ofendido, realizar este pedido, pois como incansavelmente demonstrado o pedido de indenização é de esfera privada.

Conclui-se que com o advento da Lei 11.719/2008 na parte em que modificou o artigo 387, inciso IV do Código do Processo Penal, além de suas violações, foram cometidas falhas, as quais o legislador não se apercebeu, que ao

tentar fazer uma economia processual, fazendo com que juiz penal, ao prolatar sentença condenatória, já deva fixar valor de caráter indenizatório, torna-se impossível, pois o artigo apresenta deficiências, tais como, se a indenização é moral ou material. Portanto, não tendo o artigo todos os requisitos necessários para que seja aplicável, acaba que o ofendido tenha que continuar procurando sua devida reparação no âmbito civil, como se dava anteriormente.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade de normas constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ALBIN, Eser et al. **De los delitos y de las victimas**. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010

ARAGONESES ALONSO, Pedro. **Proceso y derecho Procesal (introduccion)**. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 1997.

ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BERTRAND, Maurice. **A ONU**. Tradução de Guilherme de Freitas Teixeira. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

_____. (Org). **Crime e sociedade**. Curitiba: Juruá, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação penal: as fases administrativas e judicial da persecução penal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 05 out. 2015.

_____. **Código de Processo penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 out. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

CALLEGARI, André Luis. **Política criminal, estado e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Saraiva, 1942.

_____. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antônio Cardinali. Campinas: Bookseller, 2012.

Conselho da Europa. Disponível em: <<http://www.coe.int/>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000, t. 2. Corte interamericana de derechos humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

DELMAS-MARTY, Mereille. **Processo penal e direitos e direitos do homem**. Barueri: Manole, 2004.

DIAS, J. F.; ANDRADE, M. C. **Criminologia o homem delinquente e a sociedade criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1997.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

DOBÓN, M. Carmen Alastuey. **La reparación a la víctima em el marco de las sanciones penales**. Valencia: Tirant lo blanch, 2000.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERREIRA, Manoel Gonçalves; **Estado de direito e constituição**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Tradução de Luiz de Lemos P'oliveira. São Paulo: Acadêmica, 1931.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**. São Paulo: Atlas, 2014

_____. **Reformas (?) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Princípios gerais do processo penal**. Belo Horizonte: Líder, 2002.

_____. **Problemas Jurídicos y Politicos del Proceso Penal**. Buenos Aires: B de F. 1935.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUASP, Jaime. **La Pretensión Procesal**. Madrid: Civitas S.A., 1981.

HERMIDA, Ágata Maria Sanz. **La situación jurídica de la víctima em el processo penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

JESCHEK, Hans – Heirinch. **Tratado del derecho penal**. Granada: ED. Comares, 2003.

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. **Principios de derecho penal: la ley y el delito**. Buenos Aires: Abeleto – Perrot, 1990, v. 1.

LARRAURI, Elena. Victimologia. In: ESER, Albin et al. **De los delitos y de las víctimas**. 1. ed., 2. reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOSANO, **Sistema e estrutura no Direito**, SP: Martins Fontes, v. II, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Política criminal: estado e democracia**. Org. André Luis Callegari. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOURA BITTENCOURT, Edgard. **Vítima**. 2. ed. São Paulo: Universitária de direito LTDA, 1978.

MUÑOZ CONDE. **Teoria geral do delito**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. **Criminologia e sistemas jurídicos: penais contemporâneos**. Org. Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. **La víctima em el sistema penal**. Lima: Grijley, 2006.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIERA, Jaume Solé. **La tutela de la víctima em el processo penal**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1997.

RODRIGUES, Celso. O tempo do direito: patrimonialismo e modernidade na ordem jurídica e política brasileira. **Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, v. 1, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. O processo (penal) como procedimento em contraditório. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí: Univale, 2006.

SANCHEZ, Jesús María Silva. **La expansión del derecho penal**. 3. ed. Buenos Aires: Edisofer S. L, 2011.

SANTOS, Andrés de la Oliva. **Derecho Procesal Penal**. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces S.A., 2000.

SANTOS, Thomas Francisco Silveira de Araujo. **As reparações às vítimas no Tribunal Penal Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

SARLET, I. W.; MITIDIERO, D.; MARINONI, L. G. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das organizações internacionais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; D'AVILA, Fabio Roberto; CARVALHO, Salo de; O direito penal na "luta contra o terrorismo", **Sistema Penal e Violência**, Revista eletrônica da faculdade de direito PUCRS, Porto Alegre, v.4, n.1, p. 1-21, janeiro / junho 2012

TOLEDO, Francisco de Assis. **Ilicitude penal e causas de sua exclusão**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Barcelona: Ariel, 1964.