

Ação civil ex delicto

Rômulo de Andrade Moreira*

1. O Direito de Punir e a Pretensão Punitiva¹

Com a evolução da humanidade, o homem sentiu a necessidade de abolir a vingança privada e a autodefesa, passando para o Estado a função de dirimir os conflitos na sociedade. Antes disso, o ofendido buscava a reparação (**lato sensu**) do dano e a punição agindo diretamente sobre o ofensor.

Com o surgimento da jurisdição, passou o Estado, então, a deter com exclusividade o direito de punir alguém pela prática de um determinado fato delituoso. O **jus puniendi** despontou como uma decorrência indeclinável da própria soberania estatal, não dependendo, sequer, da prática do delito, pois é um direito genérico e abstratamente considerado.

Com a prática efetiva do ilícito penal, porém, aparece a pretensão punitiva estatal que exige, portanto e ao contrário do direito de punir, a concreção da conduta delituosa.

O **jus puniendi**, como se disse, traduz, em verdade, uma das facetas da soberania do Estado, que monopolizou a administração da Justiça criminal, responsabilizando-se pela aplicação das sanções penais e, mais, desautorizando a vingança privada: é o seu poder de império. O Estado, como interessado primeiro na paz social, trouxe para si o direito de punir todo aquele que incidir em um tipo penal, direito que se concretiza com a prática delituosa (pretensão punitiva).

Assim, iniciada a execução de uma infração penal, o **jus puniendi**, que sempre esteve à disposição do Estado, transforma-se em **jus puniendi in concreto**, é dizer, na pretensão punitiva, dando ensejo a que se exercite o direito de ação, ora através do Ministério Público (nas ações penais públicas), ora, excepcionalmente, através do próprio ofendido, agora como substituto processual (nas ações penais de iniciativa privada).

2. A Vítima no Processo Penal

O ofendido pelo crime, sujeito passivo da relação jurídico-penal, normalmente não integra a relação jurídico-processual penal, salvo nas ações penais de iniciativa privada quando poderá, em nome próprio, interpor a ação penal, oferecendo uma queixa-crime².

Já nas ações penais públicas (a grande maioria), porém, a vítima desempenha um papel absolutamente secundário. Mesmo que se habilite como assistente de acusação, ainda assim, tem suas atividades bastante reduzidas, não podendo sequer interpor todos os recursos previstos na legislação processual (veja-se o art. 271 do Código de Processo

Penal).³

Na verdade, é fato inconteste que a vítima não ocupa na ciência criminal um papel de relevo, ao contrário do que ocorreu no início da civilização quando “*teve relevante papel na punição dos autores de crimes*”.⁴ García-Pablos, por exemplo, informa que “*o abandono da vítima do delito é um fato incontestável que se manifesta em todos os âmbitos (...). O Direito Penal contemporâneo – advertem diversos autores – acha-se unilateralmente voltado para a pessoa do infrator, relegando a vítima a uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do Direito Civil material e processual*”.⁵

A própria legislação processual penal relega a vítima a um plano desimportante, inclusive pela “*falta de mención de disposiciones expresas en los respectivos ordenamientos que provean medidas para salvaguardar aquellos valores ultrajados*”.⁶

O que ocorre é que a lide penal⁷ se consubstancia, basicamente, no conflito entre a pretensão punitiva do Estado e a pretensão à liberdade do acusado (**status libertatis**). Neste contexto, a vítima não é considerada como um sujeito de direitos, mas *como mero objeto ou pretexto da investigação*.⁸

É bem verdade que entre nós, com o surgimento da Lei nº. 9.099/95, privilegiou-se o sujeito passivo do crime, dando-se extrema importância à reparação civil dos danos (arts. 72 e 89, § 1º., I), chegando a se eleger como um dos objetivos da lei *a reparação dos danos sofridos pela vítima* (art. 62, **in fine**).

De toda forma, ainda há um grande caminho a percorrer quando se trata de se estabelecer exatamente o papel da vítima no processo penal. Como dizem os italianos Michele Corra e Danilo Riponti, “*la storia della giustizia penale quasi coincide con il progressivo declino dell’influenza della vittima sulla reazione sociale allá criminalità*”.⁹

3. A Pretensão Civil

A consumação de uma infração penal não acarreta, tão-somente, o aparecimento da pretensão punitiva do Estado. Com o crime poderá vir a surgir, também, a pretensão individual de ressarcimento do dano causado à vítima.

Assim, a princípio, ao lado da pretensão punitiva, de regra (pois nem toda ação delituosa é necessariamente ressarcível) a prática da infração penal dá ensejo ao direito de alguém a ser indenizado civilmente pelo dano provocado. Entre nós esta norma vinha expressa no art. 159 do anterior Código Civil:

“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

O novo Código Civil, nos seus arts. 186 e 187, além de repetir a disposição supra, ampliou-a para prever, expressamente a possibilidade do dano moral, o que já era aceito pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Atento a isto, Vitu já ponderava:

*“En matière pénale, l’infraction donne naissance à deux actions: ‘l’action pour l’application des peines’ et ‘l’action en réparation du dommage causé’, ou encore l’action publique et l’action civile”.*¹⁰

Na verdade, é bom advertir que o direito à ação penal não surge apenas quando do cometimento do delito. Como se sabe, a ação penal é um direito subjetivo público e abstrato e, como tal, *“precede ao delito, é a este anterior. O que decorre do crime é a pretensão punitiva. O direito de agir para pôr em movimento os órgãos da jurisdição penal, o Ministério Público o possui em abstrato, pela só razão de não ser auto-executável o direito de punir”*.¹¹

Com o crime surge, sim, a pretensão punitiva e o **jus accusationis**. Pode ocorrer, por outro lado, que da prática delituosa, por não ter acarretado um dano, não decorra qualquer pretensão civil, pois *“infrações penais há que originam tão-somente a pretensão punitiva, como ocorre, por exemplo, em certos casos de tentativa branca, no crime impossível, nos crimes contra a paz pública, em alguns crimes contra a administração da justiça”*.¹²

Rogério Lauria Tucci ensina:

*“De outra banda, é de todo inaceitável a afirmação no sentido de que do crime nasce a ação penal. Deve ser entendido, pelo contrário, que esta precede àquele, que origina – isso, sim – o poder-dever de punir do Estado, contrastante com o anseio de liberdade do indivíduo integrante da comunhão social.”*¹³

Com tais ressalvas, o certo é que, via de regra, a prática do delito também faz surgir a pretensão da vítima a um ressarcimento pelo respectivo dano. Como escreveu Bettiol, *“o crime ocasiona, portanto, não apenas um dano penal, mas também um dano civil que deve ser reparado. Assim, gravita em torno do crime toda uma série de interesses e de disposições não penais que, por se referirem ao crime, poderiam agrupar-se sob a denominação de ‘direito criminal civil’”*. Este autor, discordando desta última expressão, ressalva que ela foi cunhada por Rocco e acompanhada por Cavallo.¹⁴

Já Pimenta Bueno, o velho Marquês de São Vicente, advertia:

“Todo o crime sujeita o delinqüente a duas condições legais: a sofrer a sanção penal pelo delito que cometeu, e a reparar o mal ou dano que por ele causou”.¹⁵

Comentando o art. 159 do Código Civil revogado, ensina Clóvis:

“Tal como resulta dos termos do art. 159, ato ilícito é a violação do direito ou o dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente”.¹⁶

Quem causar um dano a outrem passa a ter responsabilidade para indenizá-lo, por força da chamada responsabilidade extracontratual ou delitual que se baseia na existência de culpa do agente, *“fonte genérica e abstrata da responsabilidade”*.¹⁷

Para o mestre Orlando Gomes, a responsabilidade delitual é a consequência *“que a lei faz derivar da prática de um ato ilícito, que, por definição, há de ser culposo”*, alertando, com apoio em Josserand, *“que o conceito de risco não expulsou o de culpa, que se conserva com a base normal e geral da responsabilidade”*.¹⁸

“Segundo a regra geral do Código Civil (art. 159), sem a culpa não existe responsabilidade civil por dano superveniente”. (RT, 494:35).

4. Distinção entre ilícito civil e ilícito penal

O ato ilícito é uma conduta contrária ao Direito que traz para o seu transgressor uma determinada sanção jurídica, necessariamente institucionalizada. Se a conduta ilícita, tendo em vista a natureza dos interesses que lesa, acarreta uma sanção de natureza penal (privação da liberdade, através da aplicação das penas de reclusão, detenção ou prisão simples; restrição de direitos; pecuniária e eventual medida de segurança) estamos diante de um ilícito penal, que tem sua origem no Código Penal e em leis penais extravagantes.

Como diz Tornaghi, *“não há entre o delito civil e o delito penal nenhuma diferença intrínseca. A única divergência entre um e outro está exatamente na pena. No direito privado restabelece-se o equilíbrio jurídico, violado pelo ato ilícito, com a reparação do dano; no Direito penal, em teoria pelo menos, com a execução da pena”*.¹⁹

Já o ilícito civil, *que pressupõe a infração de norma que tutela interesse privado*²⁰, acarreta sanções de outra natureza, não penais. O ilícito penal, levando-se em conta os valores por ele atingidos, não admite outra sanção senão a de caráter penal.

Ocorre que determinados fatos (aliás a grande maioria) têm como consequência jurídica uma dupla sanção, uma de natureza penal, outra de natureza civil (esta última por ter também ferido um interesse privado). Por outro lado, as sanções civis têm aspectos visivelmente diversos das sanções penais, como a patrimonialidade, a transmissibilidade e o caráter não afligente.

Como diz Vitu, *“l’action publique a pour objet le prononcé d’une peine ou d’une mesure de défense sociale”, enquanto a ação civil, que tem como objeto a “réparation du dommage cause par une infraction”, “tend à obtenir un dédommagement pécuniaire”*.²¹

Orlando Gomes ensina, por exemplo, que para a caracterização do ilícito civil *“basta que um interesse privado seja atingido em consequência da conduta culposa de alguém. Se do fato material da violação de um dever jurídico resulta dano, o Direito civil está caracterizado”*.²²

Ou, como diz Zaffaroni *el instrumento de la coerción penal es la pena, com a finalidade de cumprir a função del derecho penal, es decir, proveer a la seguridad jurídica, a la seguridad de la co-existencia, previniendo la comisión de nuevas conductas afectantes de bienes jurídicos con una acción resocializadora sobre el autor*.²³

4. Da Responsabilidade Civil e da Responsabilidade Penal

A responsabilidade jurídica pode ser civil ou penal.²⁴

A responsabilidade penal decorre sempre do cometimento do “fato punível”. Sem a prática de um delito, é dizer, de um fato típico, antijurídico e culpável, não há de se falar em responsabilidade penal. E este fato típico tem que estar necessariamente cunhado em uma lei penal (**nulla poena sine lege**).

A responsabilidade civil também pode decorrer da prática delituosa, bastando que o crime

tenha ocasionado um dano, patrimonial ou não.

Ocorre que, enquanto a responsabilidade penal é rigorosamente pessoal, a responsabilidade civil é ampla, atingindo as pessoas que, segundo a lei civil, devam responder pelo fato (art. 943 do novo Código Civil).²⁵ *“A obrigação à restituição é característica e típica sanção civil, porque consiste no restabelecimento do estado de fato que existia antes da prática do delito. A restituição pode dizer respeito às coisas móveis de que o culpado se apoderou ilícitamente, como também às coisas imóveis, através, por exemplo, da remoção das linhas de demarcação após um delito de usurpação. A restituição não diz respeito apenas à coisa, mas se estende também aos seus frutos”.*²⁶

Adverte-se que a responsabilidade objetiva é rechaçada pelo Direito Penal moderno, pois todo crime deve, necessariamente, decorrer de culpa (**lato sensu**): **nullum crimen sine culpa**. Em Direito Civil, como se sabe, admite-se a responsabilidade sem culpa ou objetiva, explicada pela teoria do risco.²⁷

Resumindo e simplificando, dizem Mazeaud et Mazeaud que a diferença entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal é a distinção entre o Direito Penal e o Direito Civil”.²⁸

5. O Direito Positivo

Em relação às respectivas ações decorrentes do crime (ação civil e ação penal), são conhecidos quatro sistemas, senão vejamos:

- 1) Sistema da confusão: a mesma ação tem como finalidade a imposição de pena e a reparação civil.
- 2) Da solidariedade: apesar de haver duas ações distintas, a penal e a civil, ambas, porém, são aforadas no mesmo juízo (criminal) e em um só processo.
- 3) Da livre escolha ou da interdependência: permite a facultatividade, ou seja, a vítima (ou quem tenha legitimidade ativa) opta entre cumular as duas ações no juízo criminal (em um mesmo processo) ou separar as demandas (em processos diferentes e em juízos diversos).
- 4) Da separação ou da independência: a ação civil só pode ser aforada no juízo cível, assim como a ação penal só o pode no juízo criminal.

O Brasil adotou o sistema da independência ou da separação, ou seja, *“não há comistão nem cumulação, obrigatória ou facultativa. Quem quiser **mover ação civil** terá de fazê-lo na sede civil”.*²⁹

Explicando este sistema, Araken de Assis, anota que *“essa separação de ações denota a consolidação histórica de determinados fatores. Eles são três: primeiro, a individualização dos campos da ilicitude em razão da natureza do interesse infringido; ademais, a dissociação das situações legitimadoras, cabendo a ação proveniente do ilícito, que, porventura, envolva interesse público, a pessoa diversa da vítima; e, por fim, a diversidade de sanções aplicáveis em cada esfera de ilicitude”.*³⁰

Em nosso Código de Processo Penal, a matéria da responsabilidade civil decorrente de crime vem estampada nos arts. 63 a 68 do respectivo código, que tratam da chamada

ação civil **ex delicto** (**actio civilis ex delicto**).

Como já se viu, a ação civil “*que procede do crime, é o direito de demandar a reparação ou satisfação plena do mal causado pelo delito*”.³¹

Entre nós, a ação civil para ressarcimento do dano causado pela infração penal (crime ou contravenção) pode ser interposta antes, durante ou depois da ação penal respectiva; o ofendido (ou os demais legitimados) pode aguardar o desfecho do processo criminal, executando, então, a sentença penal condenatória, ou, se preferir, pode, desde logo, intentar a ação indenizatória no Juízo cível, independentemente do andamento ou mesmo do início da ação criminal. Exige-se, apenas, que a infração penal tenha ocasionado algum dano à vítima, o que não ocorre necessariamente em todos os delitos, como, **v.g.**, o uso de droga, que não acarreta dano algum a ninguém salvo ao próprio usuário.³²

Estas possibilidades resultam claras nos arts. 63 e 64 do Código de Processo Penal:

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

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

Vê-se, portanto, que não se faz necessária uma sentença penal condenatória transitada em julgado para se pretender, no cível, a reparação do dano. O ofendido ou seu representante legal ou seus herdeiros podem, independentemente da ação penal, antecipar-se e pretender, desde logo, o ressarcimento. É evidente que neste último caso não terá o autor um título executivo judicial, representado pela sentença penal condenatória.

Esta possibilidade de se impetrar a ação civil, antes mesmo da ação penal, advém do fato de que ambas as instâncias são independentes (conforme o sistema adotado por nós), nada obstante, como veremos mais adiante, algumas decisões criminais influenciarem decisivamente o julgamento no cível.

O certo, porém, é que a ação penal e a ação civil são autônomas, ainda que a sentença penal seja determinante no cível em relação a determinados aspectos. A autonomia, portanto, não é absoluta, como queria Toullier.

Prevaleceu na doutrina a teoria de Merlin, adotada, inclusive, pelo nosso velho Código Civil, que dispunha no seu artigo 1.525 que:

“A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

Hoje, o novo Código Civil (Lei nº. 10.406/2002) tem idêntica disposição no seu art. 935.

Esta disposição do Código Civil se justifica plenamente, a fim de que se evitem decisões absolutamente discrepantes, em evidente prejuízo para a ordem jurídica. Não seria admissível atestar-se em um processo que alguém praticou um delito e, sob o mesmo sistema jurídico, afirmar-se o contrário em outro processo ou, como bem diz Washington

de Barros Monteiro, “decidir-se na justiça penal que determinado fato ocorreu e depois, na justiça civil, decidir diferentemente que o mesmo não se verificou”.

Para este civilista “repugna conceber que o Estado, em sua unidade, na repressão de um fato reputado como ofensivo da ordem social, decida soberanamente, por um de seus órgãos jurisdicionais, que esse fato constitui crime, que seu autor é passível de pena e o condene a sofrer o castigo legal; e que esse mesmo Estado, prosseguindo na repressão do fato antijurídico, venha a declarar, por outro ramo do Poder Judiciário, que ele não é delituoso, que é perfeitamente lícito, que não acarreta responsabilidade alguma para seu autor, que não está assim adstrito ao dever de compor os danos a que deu causa”.³³

Bem antes, João Monteiro já indagava: “Que papel representaria o Poder Público, se o mesmo crime pudesse existir e não existir, ou se X fosse e não fosse o autor de determinado crime?”.³⁴

Por sua vez, complementando esta relativa independência entre as duas instâncias, o Código de Processo Penal proclama:

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

Este artigo guarda estreita relação com o disposto no art. 160, I e II do nosso antigo Código Civil, **in verbis**:

“Art. 160. Não constituem atos ilícitos:

I – Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido.

II – A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arts. 1.519 e 1.520)”.

Tais disposições estão repetidas no novel estatuto civil, em seu art. 188. A respeito delas, conferir os efeitos previstos nos arts. 929 e 930 também do novo Código Civil.

Vê-se, portanto, que o sistema adotado pelo Brasil reconhece a independência entre o Juízo cível e o penal, ressaltando, no entanto, que quanto à autoria e à existência do delito prevalece o decidido no crime (art. 935 do novo Código Civil), bem como no que se refere às causas excludentes de ilicitude (art. 23 do Código Penal); exatamente por isso, o parágrafo único do art. 64 “faculta” ao Juiz da ação civil suspender o curso do respectivo processo, até que se decida definitivamente a ação penal.³⁵

Temos, então, que se na ação penal for decidido por sentença transitada em julgado que o réu não cometeu o delito, esta questão não pode ser mais discutida no cível, ou seja, o Juiz da ação civil não poderá decidir contrariamente. O mesmo se diga se a sentença penal absolutória fundamentar-se na inexistência *categórica* do fato ou admitir a licitude da ação pelo reconhecimento de qualquer uma das causas que excluem o crime, previstas no art. 23 do Código Penal.

“Realmente, o conflito entre sentenças que apreciam o mesmo fato, uma negando e a outra afirmando a sua existência, uma recusando a autoria do delito e a outra aceitando-a, criaria uma situação de contundente extravagância. Inclinou-se a doutrina, por isso, para a conclusão de Merlin, negando-lhe os fundamentos. A decisão proferida no Juízo

*criminal tranca o Juízo civil toda vez que declarar inexistente o fato imputado ou disser que o acusado não o praticou. Quando, porém, como bem esclareceu Mendes Pimentel ‘a absolvição criminal teve motivo peculiar ao direito ou ao processo penal, como a inimputabilidade do delinqüente ou a prescrição da ação penal, a sentença criminal não obsta ao pronunciamento civil sobre a reparação do dano’.*³⁶

Observa-se, contudo, que a *inexistência material do fato* deve ser reconhecida *categoricamente*, sob pena de não vincular a decisão cível. Di-lo o art. 66 do Código de Processo Penal:

“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”.

Assim, para fazer coisa julgada na área cível, a sentença penal absolutória deverá fundar-se no art. 386, I do Código de Processo Penal (*O juiz absolverá o réu desde que reconheça estar provada a inexistência do fato*); se o fizer com fulcro no inciso II (*por não haver prova da existência do fato*), admite-se a ação **ex delicto**, podendo o Juiz cível reconhecer a materialidade do crime a partir das provas colhidas neste Juízo. Neste último caso, observa-se que a decisão criminal não foi peremptória quando do decreto absolutório; faltaram provas contundentes em relação à materialidade do delito e, exatamente por isso, restou a via cível para provar a sua existência. Não foi negada a materialidade, mas apenas se declarou a inexistência de provas quanto a ela.

O Código de Processo Penal ainda estabelece (e, a bem da verdade, nem o precisaria) que a decisão penal extintiva da punibilidade não prejudica a ação civil (art. 67, II). É evidente esta outra ressalva, visto que as causas ensejadoras da extinção da punibilidade no campo penal são de natureza diversa do civil. Mesmo quando se trata da prescrição (causa comum às duas ações), os prazos são outros em matéria penal. Outro exemplo: a morte do ofensor impede a propositura ou obstaculiza a continuação de uma ação penal; este mesmo fato, porém, não impossibilita nem macula a pretensão de ressarcimento, que poderá ser proposta contra os respectivos sucessores.

*“É de ponderar, entretanto, que, se a causa extintiva da punibilidade for a prevista no art. 107, VII ou VIII, do CP, a ação civil perderá seu objetivo”.*³⁷

Também não impede a propositura da ação civil a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime (art. 67, III c/c art. 386, III). Assim, **verbi gratia**, um cheque emitido sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, porém pós-datado ou dado como garantia de dívida, pode vir a não constituir um delito (como entendem majoritariamente a doutrina e a jurisprudência pátrias, inclusive o STF), porém certamente constituirá um ilícito civil; ou seja, a decisão judicial/penal que entender pela atipicidade desta conduta não terá o condão de impedir a ação civil, pois o fato poderá vir a ser reconhecido como um ilícito civil e, portanto, indenizável se causou dano. A conduta não se encaixa em um tipo penal, mas se ajusta a um ilícito civil.

O mesmo se diga quando a sentença absolutória fundar-se no art. 386, IV e VI, é dizer, na insuficiência de prova quanto à autoria e para a condenação, respectivamente. Em ambos os casos não houve categórica negação do fato ou da autoria delituosa, pelo que continua o Juiz cível livre para decidir e condenar.

Por fim, o art. 67, I do mesmo código ainda estabelece que a decisão judicial que determinar o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outra peça informativa, não constituirá em impedimento para a propositura da ação civil. Este inciso também soa

lógico, pois tal **decisum** sequer foi proferido em uma ação de conhecimento, sequer houve processo criminal.

Ainda no Código de Processo Penal, encontramos dispositivos relacionados com a mesma matéria, como por exemplo, os arts. 118 a 124, que tratam da restituição de coisa apreendida e arts. 125 a 144 (das medidas assecuratórias); a respeito destes últimos dispositivos, assim comentou Tourinho Filho:

“O CPP prevê, nos arts. 118 a 120, a possibilidade da restituição ao lesado de coisas apreendidas no juízo criminal e até mesmo na fase investigatória que precede a propositura da ação penal. (...)”

“Além disso, admitem-se na sede penal várias medidas cautelares no campo da satisfação do dano. Seqüestro, arresto e hipoteca legal são providências precautórias que podem ser tomadas perante o Juiz penal.(...)”

“Em caso de condenação, os autos desse procedimento incidental (seqüestro, arresto e hipoteca levados a cabo na Justiça penal) serão encaminhados ao cível, para os fins do art. 63 do CPP”³⁸.

Na restituição ocorre, na verdade, uma *execução administrativa independente de qualquer ação judiciária, **come provvedimento di polizia***, nas palavras de Nino Levi.³⁹

Já no Código Penal estabelecem-se diversos efeitos secundários à sentença penal condenatória, alguns de natureza penal e outros de natureza civil, entre os quais o de *tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime* (art. 91, I). Assim, a sentença condenatória, além de aplicar a sanção de natureza penal, funciona como decisão declaratória de *“que houve a prática de um ato ilícito e, conseqüentemente, de um ato que violou direito de outrem. É por esse motivo que a condenação torna ‘certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime’”*.⁴⁰

Ainda no Código Penal, merecem lembrança três outros dispositivos, quais sejam: o art. 16, que trata do *arrepentimento posterior*, segundo o qual a *reparação do dano ou a restituição voluntária da coisa*, até o recebimento da peça acusatória reduz obrigatoriamente a pena a ser aplicada pelo Juiz, desde que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; e o art. 65, III, b, que estabelece uma circunstância atenuante para o acusado que, antes do julgamento, repare o dano.

Há, ainda, o disposto nos arts. 43, I, c/c 45, § 1º.: a pena restritiva de direito consubstanciada na prestação pecuniária, que, por sua vez, consiste *no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes, ou a entidade pública ou privada com destinação social do valor compreendido entre 1 a 360 salários mínimos que serão deduzidos do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários*.

Luiz Flávio Gomes ressalta que esta *“prestação pecuniária possui **cunho indenizatório**, seja de danos materiais, seja de danos morais”*.⁴¹

A Lei nº. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, erigiu à categoria de fator extintivo da punibilidade a composição civil dos danos entre o *autor do fato* e a *vítima* nos crimes de ação penal de iniciativa privada e nos de ação pública condicionada à representação. Assim, se o autor do fato, em uma audiência preliminar e antes mesmo de iniciar-se o processo, aceitar reparar o dano causado ao ofendido, será homologado o

respectivo acordo que terá eficácia de título a ser executado no Juízo cível competente (art. 74). Mesmo nos casos de ação penal pública incondicionada, a lei não dispensa a realização dessa audiência preliminar, devendo sempre ser tentada a composição civil dos danos. Neste último caso, apesar de não haver a extinção da punibilidade, o autor do fato no momento oportuno terá direito às diminuições de pena referidas na Parte Geral do Código Penal (arts. 16 e 61, III, b).

Ainda nesta lei há outro dispositivo que privilegia a reparação do dano: o art. 89, que disciplina o instituto da suspensão condicional do processo, estabelecendo como uma das condições legais para o benefício a reparação do dano, *salvo impossibilidade de fazê-lo* (art. 89, § 1º, I). No seu § 3º, se estabelece a obrigatoriedade da revogação da suspensão caso, no curso do respectivo prazo, o beneficiário *não efetue, sem motivo justificado, a reparação do dano*.

Comentando esta lei, *verdadeira revolução no sistema processual-penal brasileiro*, Ada, Magalhães, Scarance e Luiz Flávio ressaltam que a *“preocupação com a vítima é postura que se reflete em toda a lei, que se ocupa da transação civil e da reparação dos danos na suspensão condicional do processo”*.⁴²

Cezar Roberto Bitencourt, no mesmo entendimento, assevera:

*“A Lei 9.099, de 1995, finalmente, dá uma importância extraordinária à **reparação do dano ‘ex delicto’**, que surge como uma obrigação natural decorrente da realização da infração penal, tornando-a prioritária em relação à **composição da pena**. Enfim, uma lei que se preocupa com o **primo pobre da complexa** relação processual criminal, voltando ‘seus olhos míopes, ainda que tardiamente, para a desventurada vítima’”*⁴³

Evidentemente que tanto a composição civil dos danos (art. 74), quanto a reparação do dano na suspensão condicional do processo (art. 89, III, b) não impedem posterior ação civil **ex delicto**. Neste caso, o Juiz ao fixar o valor da indenização deverá abater o que teria sido pago nos Juizados Especiais Criminais.⁴⁴

Na Lei nº. 9.503/97, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, há a penalidade de multa reparatória que *consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do art. 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime. Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado* (art. 297 e seu § 3º).

Depois de observarem que *ao longo do tempo, a legislação penal procurou estimular a reparação do dano à vítima*, Paulo José da Costa Jr. e Maria Elizabeth Queijo aduzem que a multa reparatória *“objetiva a indenização da vítima ou de seus sucessores e não a prevenção do delito e tem natureza civil, embora aplicada pelo Juízo criminal, tanto que se permite o seu desconto no valor da indenização civil do dano (§ 3º do art. 297)”*.⁴⁵

6. Da Legitimidade Ativa

Possuem legitimidade para a ação civil **ex delicto** o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Por ofendido entenda-se quem foi diretamente prejudicado pelo fato delituoso. Se esta vítima não mais existir, legitimam-se os seus herdeiros. Se não tiver capacidade para pleitear, o seu representante legal adquire legitimidade (art. 63, CPP).

O Ministério Público também tem tal legitimidade, como substituto processual, sempre que o titular do direito à reparação do dano for pobre e assim o requerer ao **parquet** (art. 68). Para efeitos processuais penais, considera-se pobre a pessoa *que não puder prover às despesas do processo, sem privar-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento ou da família* (art. 32, § 1º., CPP). Neste caso, segundo anota Tourinho Filho, o Ministério Público age excepcionalmente e “*o faz para melhor tutelar os interesses particulares. É um caso típico de administração pública de interesses privados*”.⁴⁶

É bem verdade que alguns já entendem que não tem mais o Ministério Público esta legitimidade para a ação civil, tendo sido, para eles, revogado pelo Estatuto da Advocacia e da ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº. 8.906/94) o referido art. 68. Dizem, outros, que a existência da Defensoria Pública dispensa esta atuação do **parquet**, tendo em vista o disposto no art. 134 da Constituição Federal, segundo o qual a “*Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º., LXXIV*”.

A nosso ver o art. 68 continua em pleno vigor, nada impedindo que o Ministério Público aja civilmente em defesa da vítima pobre, quando for instado a fazê-lo, mesmo porque assim o permite o art. 129, IX da Constituição Federal.⁴⁷

Mesmo após a Constituição Federal e já em vigência o estatuto da advocacia, assim já decidiram os nossos Tribunais, inclusive o Superior Tribunal de Justiça:

*“Ministério Público – Ação **ex delicto**. Legitimidade **ad causam** – Substituto processual. O Ministério Público tem legitimidade para promover, como substituto processual do necessitado, a ação de indenização **ex delicto**, presumindo-se que a sua intervenção decorra da insuficiência dos serviços de defensoria pública. Precedentes do STF e do STJ. Art. 68 do CPP. Recurso conhecido e provido”.* (STJ – Resp. – Rel. Ruy Rosado de Aguiar – j. 08/10/97 – DJ 09/12/97, p. 64.714).

“Processo Civil – Substituição Processual – Reparação de dano. Legitimidade do Ministério Público para propor a ação quando a vítima do crime for pobre. CPP, art. 68. A substituição processual e a representação das partes no processo são institutos diversos, bem por isso, a substituição processual prevista no art. 68 do CPP subsiste, a despeito dos textos legais posteriores que conferiram privativamente aos advogados a representação das partes no processo. Recurso Especial não conhecido.” (STJ – Resp. – Ari Pargendler – j. 22/08/96 – DJ 16/09/96, p. 33.711).

“ERESP 232279/SP; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2000/0037203-0. Fonte: DJ DATA:04/08/2003 PG:00205. Relator: Ministro EDSON VIDIGAL. Ementa: DIREITO PROCESSUAL. CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. LEGITIMIDADE. CPP, ART. 68. INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA DECLARADA PELO STF. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. 1. Apesar da Constituição Federal de 1988 ter afastado, dentre as atribuições funcionais do Ministério Público, a defesa dos hipossuficientes, incumbindo-a às Defensorias Públicas (art. 134), o Supremo Tribunal Federal consignou pela inconstitucionalidade progressiva do CPP, art. 68, concluindo que enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista (RE nº 135.328-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01/08/94). 2. Precedentes do STF e do STJ. 3. Embargos rejeitados. Data da Decisão: 01/07/2003. Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL”

Mais recentemente decidiu o STF:

*“Processo penal. Ação civil **ex delicto** (CPP, art. 68). Atuação do Ministério Público onde não existe defensoria pública. Constitucionalidade do art. 68. STF - A QUESTÃO DA “LEI AINDA CONSTITUCIONAL” (TRANSCRIÇÕES) RE 341.717-SP* (INFORMATIVO Nº 272, 10 a 14 de junho de 2002, p. 4, J. 10.06.02). EMENTA: MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68. NORMA AINDA CONSTITUCIONAL. ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE. A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS. SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL. PRECEDENTES. DECISÃO: A controvérsia constitucional objeto deste recurso extraordinário já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, cujo Plenário, ao julgar o RE 135.328-SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, fixou entendimento no sentido de que, enquanto o Estado de São Paulo não instituir e organizar a Defensoria Pública local, tal como previsto na Constituição da República (art. 134), subsistirá, íntegra, na condição de norma ainda constitucional - que configura um transitório estágio intermediário, situado “entre os estados de plena constitucionalidade ou de absoluta inconstitucionalidade” (GILMAR FERREIRA MENDES, “Controle de Constitucionalidade”, p. 21, 1990, Saraiva) -, a regra inscrita no art. 68 do CPP, mesmo que sujeita, em face de modificações supervenientes das circunstâncias de fato, a um processo de progressiva inconstitucionalização, como registra, em lúcida abordagem do tema, a lição de ROGÉRIO FELIPETO (“Reparação do Dano Causado por Crime”, p. 58, item nº. 4.2.1, 2001, DelRey). É que a omissão estatal, no adimplemento de imposições ditadas pela Constituição - à semelhança do que se verifica nas hipóteses em que o legislador comum se abstém, como no caso, de adotar medidas concretizadoras das normas de estruturação orgânica previstas no estatuto fundamental - culmina por fazer instaurar “situações constitucionais imperfeitas” (LENIO LUIZ STRECK, “Jurisdição Constitucional e Hermenêutica”, p. 468-469, item n. 11.4.1.3.2, 2002, Livraria do Advogado Editora), cuja ocorrência justifica “um tratamento diferenciado, não necessariamente reconduzível ao regime da nulidade absoluta” (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 1.022, item n. 3, 5ª ed., 1991, Almedina, Coimbra - grifei), em ordem a obstar o imediato reconhecimento do estado de inconstitucionalidade no qual eventualmente incida o Poder Público, por efeito de violação negativa do texto da Carta Política (RTJ 162/877, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É por essa razão que HUGO NIGRO MAZZILLI (“A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo”, p. 72, item n. 7, nota de rodapé n. 13, 14ª ed., 2002, Saraiva), ao destacar o caráter residual da aplicabilidade do art. 68 do CPP - que versa hipótese de legitimação ativa do Ministério Público, em sede de ação civil - assinala, em observação compatível com a natureza ainda constitucional da mencionada regra processual penal, que “Essa atuação do Ministério Público, hoje, só se admite em caráter subsidiário, até que se viabilize, em cada Estado, a implementação da defensoria pública, nos termos do art. 134, parágrafo único, da CR (...)” (grifei). Daí a exata afirmação feita por TEORI ALBINO ZAVASCKI, eminente Magistrado e Professor (“Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional”, p. 115/116, item n. 5.5, 2001, RT), cuja lição, a propósito do tema ora em exame, põe em evidência o relevo que podem assumir, em nosso sistema jurídico, as transformações supervenientes do estado de fato: Isso explica, também, uma das técnicas de controle de legitimidade intimamente relacionada com a cláusula da manutenção do estado de fato: a da ‘lei ainda constitucional’. O Supremo Tribunal Federal a adotou em vários precedentes (...). Com base nessa orientação e considerando o contexto social verificado à época do julgamento, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a arguição de inconstitucionalidade da norma em*

exame, ficando claro, todavia, que, no futuro, a alteração do status quo poderia ensejar decisão em sentido oposto.´. Cabe referir, por necessário, que esse entendimento tem sido observado em sucessivas decisões proferidas por esta Suprema Corte (RE 196.857-SP (AgRg), Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 208.798-SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES - RE 213.514-SP, Rel. Min. MOREIRA ALVES - RE 229.810-SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - RE 295.740-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), como o demonstra o julgamento do RE 147.776-SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, efetuado pela Colenda Primeira Turma deste Tribunal(RTJ175/309-310): ‘Ministério Público: legitimação para promoção, no juízo cível, do ressarcimento do dano resultante de crime, pobre o titular do direito à reparação: C. Pr. Pen., art. 68, ainda constitucional (cf. RE 135328): processo de inconstitucionalização das leis.

1. A alternativa radical da jurisdição constitucional ortodoxa, entre a constitucionalidade plena e a declaração de inconstitucionalidade ou revogação por inconstitucionalidade da lei com fulminante eficácia *ex tunc*, faz abstração da evidência de que a implementação de uma nova ordem constitucional não é um fato instantâneo, mas um processo, no qual a possibilidade de realização da norma da Constituição - ainda quando teoricamente não se cuide de preceito de eficácia limitada - subordina-se muitas vezes a alterações da realidade fáctica que a viabilizem. 2. No contexto da Constituição de 1988, a atribuição anteriormente dada ao Ministério Público pelo art. 68 C. Pr. Penal - constituindo modalidade de assistência judiciária - deve reputar-se transferida para a Defensoria Pública: essa, porém, para esse fim, só se pode considerar existente, onde e quando organizada, de direito e de fato, nos moldes do art. 134 da própria Constituição e da lei complementar por ela ordenada: até que - na União ou em cada Estado considerado - se implemente essa condição de viabilização da cogitada transferência constitucional de atribuições, o art. 68 C. Pr. Pen. será considerado ainda vigente: é o caso do Estado de São Paulo, como decidiu o plenário no RE 135328.´ (grifei). Todas essas considerações, indissociáveis do exame da presente causa, evidenciam que o acórdão ora recorrido diverge, frontalmente, da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte fixou na matéria em análise. Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, conheço e dou provimento ao presente recurso extraordinário (CPC, art. 557, § 1º-A), em ordem a reconhecer a plena legitimidade ativa do Ministério Público do Estado de São Paulo para propor a ação civil *ex delicto*, nos termos do art. 68 do CPP, invalidando, por isso mesmo, a extinção do processo, sem julgamento de mérito, decretada pelo E. Tribunal de Justiça paulista (fls. 287/291) e restaurando, em consequência, a decisão que procedeu ao saneamento do processo (fls. 229), operando-se, a partir daí, o regular prosseguimento da causa. Publique-se. Brasília, 10 de junho de 2002. Ministro CELSO DE MELLO Relator”

7. Da Legitimidade Passiva

A ação civil **ex delicto** deverá ser proposta contra o autor do delito, seus representantes legais ou seus herdeiros (art. 943 do novo Código Civil).

Neste aspecto reside diferença palmar entre esta ação e a penal, pois na ação penal o sujeito passivo da relação processual só poderá ser, exclusivamente, o autor do delito.

Tal ocorre porque a “responsabilidade civil tem uma função essencialmente indenizatória, ressarcitiva ou reparadora, só acessória ou secundariamente assumindo caráter punitivo, ao invés do que sucede com a responsabilidade criminal, cuja função primordial é de caráter punitivo e preventivo”.⁴⁸

Por fim, atentemos para a lição de Araken de Assis:

“Excepcionando a rígida correspondência entre juízo da execução e juízo da ação, tirante a hipótese de coincidir, numa comarca pequena, o juízo penal e o juízo civil, o art. 575, IV, do CPC permite demandar a execução no ‘juízo cível competente’. Não interessa, aqui, qual a ‘Justiça’ que produziu o título, pois o vínculo se dissolve, exceto no que respeita aos títulos produzidos perante o Juizado Especial (art. 3º., § 1º., da Lei nº. 9.099/95). Assim, a sentença penal condenatória da Justiça Federal se executará perante a Justiça Comum [Estadual, acrescentamos], pois a competência daquela Justiça é especial e residual, não se incluindo tal causa no rol do art. 109 da CF/88.”⁴⁹

Notas de rodapé convertidas em notas de fim

1 Não desconhecemos que parte da doutrina nega a existência do conceito de pretensão no Direito Processual Penal. Por todos, conferir Rogério Lauria Tucci, para quem “*os conceitos de pretensão punitiva, ou, ainda, de pretensão executória, não se adequam ao processo penal, sendo-lhe de todo estranhas*” (Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 36). Na doutrina estrangeira, leia-se Fernando Luso Soares, “O Processo Penal como Jurisdição Voluntária”, Coimbra: Almedina, 1981 (citado nas referências bibliográficas da referida obra do Professor Tucci). Como se evidencia, este autor lusitano chega ao extremo de denominar o processo penal como de jurisdição voluntária, concepção, nas palavras de Tucci, “*de todo inaceitável.*” (p. 46). Tampouco, desconhece-se a reação à existência do conceito carneluttiano de lide no processo penal. Sobre esta matéria, também por todos, veja-se a obra, para nós indispensável, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “A Lide e o Conteúdo do Processo Penal”, Curitiba: Juruá Editora, 1998.

2 A ação penal de iniciativa privada é um caso típico de substituição processual, pois o ofendido, defendendo interesse alheio, “*age em nome próprio e é parte na causa*”, ao contrário do que ocorre nos casos de representação, “*de vez que o representante processual age em nome de outro, de sorte que parte na causa é, na verdade, o representado*” (cfr. Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, Campinas: Bookseller, 1998, p. 301, tradução de Paolo Capitanio).

3 Nas ações penais públicas pode também o ofendido interpor queixa-crime subsidiária, na hipótese de desídia do Ministério Público (art. 29 do Código de Processo Penal). Neste caso, cabe *ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal*

4 Antonio Scarance Fernandes, O papel da vítima no processo criminal, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 11

5 Antonio García-Pablos de Molina, Criminologia, São Paulo: RT, 1992, p. 42, tradução de Luiz Flávio Gomes

6 Juan H. Sproviero, La víctima del delito y sus derechos, Buenos Aires: Depalma, p. 24

7 Advirta-se que a expressão “lide” penal é combatida por setores da doutrina, preferindo alguns autores falar em *controvérsia penal, causa penal* ou *caso penal* (a respeito conferir Jacinto Miranda Coutinho, A Lide e o Conteúdo do Processo Penal, Curitiba: Juruá, 1998 e Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, Teoria Geral do Processo, 15ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132

8 García-Pablos, ob. cit., p. 70

- 9 La Vittima nel Sistema Italiano della Giustizia Penale, Padova: CEDAM, 1990, p. 18
- 10 André Vitu, Procédure Pénale, Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 144
- 11 José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, Campinas: Bookseller, 1998, p. 289
- 12 Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, Vol. II, 20^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 3
- 13 Teoria do Direito Processual Penal, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 85.
- 14 Giuseppe Bettiol, Direito Penal, Vol. III, São Paulo: RT, 1976, p. 229.
- 15 José Antonio Pimenta Bueno, Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro, 3^a. ed., Rio de Janeiro: H. Garnier, 1959, p. 73
- 16 Clóvis Bevilacqua, Comentários ao Código Civil, Vol. I, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1949, p. 449
- 17 Orlando Gomes, Obrigações, 1^a. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 377
- 18 idem, ibidem
- 19 Comentários ao Código de Processo Penal, Vol. I, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 125
- 20 Orlando Gomes, ob. cit., p. 350
- 21 André Vitu, ob. cit., p. 164
- 22 idem, p. 351
- 23 Eugenio Raúl Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 63
- 24 Parte da doutrina ainda cita a responsabilidade disciplinar (atribuída exclusivamente ao funcionário público) e a contábil, que não deixam de ser, a nosso ver, espécies da responsabilidade civil.
- 25 Diz a Constituição Federal: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor patrimonial transferido*” (art. 5^o., XLV)
- 26 Giuseppe Bettiol, ob. cit., p. 233
- 27 Para Orlando Gomes, “*o dever de indenizar o dano produzido sem culpa é antes uma **garantia** do que uma **responsabilidade***”. (ob. cit., p. 410)
- 28 Apud Rui Stoco, Responsabilidade Civil e Sua Interpretação Jurisprudencial, São Paulo: RT, 1994, p. 40
- 29 Hélio Tornaghi, ob. cit., p. 116

30 Eficácia Civil da Sentença Penal, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 196

31 José Antonio Pimenta Bueno, ob. cit., p. 73

32 Exatamente por isso inadmissível é a criminalização do uso de entorpecente. Como diz Maria Lúcia Karam, “*a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal, da mesma forma que a autolesão ou a tentativa de suicídio, situa-se na esfera de privacidade de cada um, não podendo o Direito nela intervir (...), pois o Direito não pode punir o autoprejuízo, não pode intervir em condutas que não saiam da esfera individual, que não tenham potencialidade para afetar terceiros*”. (in *De Crimes, Penas e Fantasias*, Rio de Janeiro: LUAM, 1991, p. 128)

33 Curso de Direito Civil, Vol. V, Direito das Obrigações, 2ª. Parte, 27ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 403

34 Apud Fernando da Costa Tourinho Filho, *Processo Penal*, Vol. II, 20ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 28

35 Entendemos que este poder se traduz em verdadeiro dever, ou seja, o Juiz cível, ao invés de poder, deve suspender o curso do processo. Como ensina Maximiliano, “*ater-se aos vocábulos é processo casuístico, retrógrado. Por isso mesmo se não opõe, sem maior exame, **pode a deve, não pode a não deve**. Se, ao invés do processo filológico de exegese, alguém recorre ao sistemático e ao teleológico, atinge, às vezes, resultado diferente: desaparece a antinomia verbal, pode assumir as proporções e o efeito de **deve***”. (cfr. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7ª. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 336). Assim também pensa Tourinho Filho, ao afirmar com propriedade: “*A faculdade que o parágrafo único do art. 64 do CPP concede ao Juiz da ação civil de suspender a instância desta, até que seja definitivamente julgada a ação penal proposta contemporaneamente com aquela, torna-se uma obrigação, pois que o Juiz, velando pelo decoro da Justiça, terá de evitar o conflito de decisões dispares, baseadas em um mesmo fato e na mesma ação antijurídica. E, para evitar essas conseqüências desastrosas, pelo atrito de julgados irreconciliáveis, a faculdade se há de converter em obrigação*”. (cfr. ob. cit., p. 36)

36 Orlando Gomes, ob. cit., p. 352

37 Fernando da Costa Tourinho Filho, ob. cit., p. 47

38 Ob. cit., p. 11

39 **Apud** José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, Vol. III, Campinas: Millennium, 1999, p. 373

40 José Frederico Marques, ob. cit., p. 369

41 *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*, São Paulo: RT, 1999, p. 131

42 Ada Pellegrini Grinover e outros, *Juizados Epeciais Criminais*, 3ª. ed., São Paulo: RT, 1999, p. 35

43 *Novas Penas Alternativas*, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 115

44 Neste sentido vejam-se as disposições contidas na Lei nº. 9.605/98, art. 12; no Código Penal, art.

45, § 1º., in fine e no Código de Trânsito Brasileiro, art. 297, § 3º.

45 Comentários aos crimes do novo Código de Trânsito, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 36

46 Ob. cit., p. 4

47 Sobre o assunto, cfr. Mirabete, Código de Processo Penal Interpretado, 7ª. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 241

48 Antunes Varela, Direito das Obrigações, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 228

49 Manual do Processo de Execução, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 8ª. ed., p. 226

*Promotor de Justiça e Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais do Ministério Público do Estado da Bahia. Ex-Assessor Especial do Procurador-Geral de Justiça e ex-Procurador da Fazenda Estadual. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador-UNIFACS na graduação e na pós-graduação. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Penal e Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, **lato sensu**, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS (Curso coordenado pelo Professor Calmon de Passos). Membro da Association Internationale de Droit Penal e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e ao Movimento Ministério Público Democrático. Autor da obra “Direito Processual Penal”, Rio de Janeiro: Forense. No prelo: “Estudos de Direito Processual Penal”, São Paulo: BH Editora. **E-mail do autor : moreira@e-net.com.br**

Jus Vigilantibus, Vitória. Disponível em: <<http://jusvi.com/>>. Acesso em: 10 jul. 2006.