

A CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE APROXIMAÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL E PENAL

José Laurindo de Souza Netto¹

1. Introdução 2. O pensamento sistêmico de Canaris. 3. Matriz Constitucional. 4. O livre convencimento do juiz e os poderes de investigação do juiz. 5. A iniciativa instrutória do juiz. 6. A reparação do dano no processo criminal. 7. A restituição. 8. Medida assecuratória patrimonial no processo criminal. 9. Fenômeno da jurisdicionalização dos conflitos. 10. A evolução do Estado e o processo moderno. 11. Conclusão. 12. Referências

Resumo: A Constituição vem chamada para cumprir uma função crítica, interpretativa e dogmática reconstrutiva do direito processual, configurando-o de forma unitária, assim, como faz com a jurisdição. A convergência sistêmica desencadeada entre o processo penal e o processo civil é identificada como propósito de evitar contradições entre os dois ramos e expandir a efetividade dos direitos em um novo processo, e, sobretudo com um novo juiz, criador não só de normas, mas do próprio direito.

Palavras-Chave: Direito Interprocessual; Convergência Sistêmica; Relações do Processo Penal com o Processo Civil.

Abstract : The Constitution has been called to serve a critical function, and dogmatic reconstructive interpretation of procedural law, setting it in a unified way, so how does

¹ Desembargador – Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor do curso de Mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR).

jurisdiction. The convergence between the process triggered systemic peal and the civil case is identified as a way to avoid contradictions between the two branches and expand the effectiveness of the rights in a new process, and especially with a new judge, creator of standards not only in the own right.

Keywords: Right Interprocess; Systemic Convergence; Relationship with the Prossecution of Civil Procedure.



1. INTRODUÇÃO

Não tem merecido grande atenção por parte dos estudiosos, na moderna doutrina brasileira, a problemática atinente as relações entre processo penal e processo civil.

O tema suscita várias questões de notável relevância teórica e prática, cujo exame não pode ficar limitado ao âmbito necessariamente restrito e compartimentalizado do processo penal ou do processo civil.

Uma perspectiva então, de superação da compreensão setORIZADA dos subsistemas processuais, o presente artigo tem por finalidade identificar a convergência, interpenetração e múltipla complementação entre os dois ramos, fenômeno imposto pela assimilação da matriz constitucional.

Abandona-se as concepções exclusivistas que consideram os processos civis e penais opostos um frente ao outro, para admitir a tendência quem vêem uma complementaridade mútua entre os ramos, sem isolamentos.

A análise das várias hipóteses de interferência, interação, afetação, conexão, prejudicialidade, permite um conhecimento conjunto e uma estrutura explicativa agrupada, viabilizando,

sobretudo, a previsibilidade necessária.

A unidade funcional do processo vem sendo reclamada também para se evitar a duplicidade de instruções processuais e de decisões contraditórias sobre a mesma situação.

A implementação de uma serie de valores constitucionais no sistema processual como um todo, que se encontra em uma mudança permanente tem sido apontada como causa da aproximação dos dois ramos processuais.

Hoje, princípios novos, advindos do processo penal e diferentes dos existentes há poucas décadas, possuem validade e são constitutivos do processo civil. Do mesmo modo o processo penal na sua busca de conformação constitucional com o modelo acusatório, se vê impelido a buscar no direito processual civil, os institutos imprescindíveis a sua satisfatória estruturação, ocorrendo no dizer de Calamandrei o *incivilimento della procedura penale*².

O aumento dos interesses indisponíveis no processo civil cada vez mais “inquisitório” e a tutela dos interesses da vítima no processo penal têm contribuído para a aproximação dos dois ramos.

A superação da dicotomia do direito público e o direito privado, ganha importância na medida em que a função “*judicial no âmbito do processo civil é também um exercício do poder público em prol da comunidade e não simplesmente nas mãos dos particulares*”³.

Por outro lado, a ampliação do acesso à justiça e a própria expansão da litigiosidade confrontadas com as exigências de um Estado Constitucional de Direito e a necessidade urgente de tutela de certos interesses novos, faz emergir um novo processo sincrético, potencializador dos

² FLACH, Noberto. *Convergências e divergências entre o processo civil e o processo penal*. In: OLIVEIRA, C. A. A. (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: 2007, p. 67-86.

³ LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, p. 231.

direitos fundamentais, e, sobretudo uma nova jurisdição.

“A experiência que mantém cada ramo em sua individualidade, tendo o processo penal clara vocação para atuar em relação ao ser, enquanto que o processo civil em relação ao ter, pode ser aproveitada em sua condição de mutualismo, ofertando a cada um, de modo recíproco, a solução para o problema da prestação da atividade jurisdicional, propriamente, garantindo a consecução de um processo justo, eficaz e célere”.⁴

O problema teórico refere-se à probabilidade de concepção de uma teoria válida que compreenda os processos de modo unitário, notadamente para os fins de aumentar a dimensão pragmática de concretização da hipotética programação constitucional.

O pensamento sistêmico de Canaris está presente com o propósito específico de contribuir para composição do conteúdo teleológico do processo civil e penal e suas conexões relevantes, numa tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção dos direitos fundamentais. Claus-Wilhelm Canaris ao estabelecer a regra estrutural da unidade do sistema jurídico, justifica a necessidade de ausência de contradições na ordem jurídica.

2. O PENSAMENTO SISTÊMICO DE CANARIS

Claus-Wilhelm Canaris afirma que todos os conceitos de sistema trazem as idéias de ordenação e de unidade, a noção de ordenação está fundada na realidade, enquanto a de unidade reclama uma consequência da ordenação, à medida que visa *“não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas”*.⁵

⁴ PEGORARO, Paulo Roberto Junior. *A unidade processual e sua compreensão sistêmica*. Dissertação para obtenção do título Mestre em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama: 2010, pg. 107.

⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na*

Para Canaris o pensamento sistemático deve cumprir uma função significativa na ciência do direito, justificando-se pelo conteúdo teleológico, ou seja, a busca de “valores jurídicos mais elevados”.

Após determinar o conceito de sistema nas idéias de “adequação valorativa” e “unidade interior” do direito, define o sistema jurídico como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais”.

Em sua concepção os princípios “*podem entrar em entre si em oposição ou em contradição; eles não têm a pretensão de exclusividade; eles ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas; e eles precisam, para sua realização, de uma concretização através de sub-princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio*”⁶.

Constata-se então a noção de sistema aberto, incompleto, com valores jurídicos fundamentais em constante transformação.

Canaris entende que a idéia de sistema no direito tem relevância prática, pois “*o argumento sistemático é, então, uma forma especial de fundamentação teleológica e, como tal, deve, ser admissível e relevante*”⁷.

A interpretação sistemática situa-se, então como uma extensão da interpretação teleológica, servindo na necessidade de integração de lacunas, com a determinação de valores fundamentais, impostos pelos princípios gerais

Como demonstra Canaris, a unidade interior do sistema jurídico somente pode ser alcançada com recurso aos princípios

Ciência do Direito, tradução AA. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p.12/13

⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução AA. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p.12

⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução AA. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p.146

gerais do direito, pois somente assim “*podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente e reconduzir-se à procurada conexão ‘orgânica’ e só assim se obtém aquele grau de generalização sobre a qual a unidade da ordem jurídica (...) se torna perceptível*”⁸.

A compreensão principiológica constitucional do processo é uma postura teórica dos direitos fundamentais, no momento em que permite a visualização sistêmica e integral de todos os direitos.

3. MATRIZ CONSTITUCIONAL

O ilícito jurídico pode afetar a esfera civil ou penal, dependendo do bem jurídico lesado. A Constituição Federal aponta e direciona o legislador na escolha não só dos tipos criminais como também dos modelos processuais.

O fenômeno da constitucionalização do direito e, dentre estes a tutela das garantias do processo judicial, com a presença cada vez mais marcante de normas processuais na constituição, *transforma o processo* “de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade”⁹.

Ocorreria então uma “*materialização do direito processual, ao condicioná-lo as determinações constitucionais e ao mesmo tempo uma procedimentalização ou desmaterialização do direito constitucional*”¹⁰.

O direito processual constitucional, definido por Dinamarco como “*condensação metodológica e sistemática*

⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução AA. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008, p.77

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p.84

¹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A Dimensão Processual dos Direitos Fundamentais e da Constituição*. Revista de Informação Legislativa: Brasília, nº 37 p.13, Janeiro/Março 1988

dos princípios constitucionais do processo”¹¹, irradia-se no processo civil.

O processo civil então abandona o seu berço privatístico, como instrumento exclusivo de tutela de direito subjetivo individual, para tutelar valores de caráter público. Como destaca Eduardo Cambi “a preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito, manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e lealdade, na repulsa à litigância de má-fé”¹².

O direito processual penal, por sua vez no que diz respeito à concreta conformação jurídico-constitucional é “verdadeiro direito constitucional aplicado”¹³.

No processo penal, a busca da conformação constitucional numa estrutura acusatória, aumenta o poder dispositivo das partes caminhando em direção do que ocorre o processo civil. O sistema acusatório puro é idealmente a forma de organização do processo mais próxima do processo civil entendido como processo de partes.

Na esteira deste modelo, a jurisdição consensual, com seus institutos processuais situados “no espaço do consenso” com autonomia da vontade das partes e função expansiva do

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do processo*, 3ed, São Paulo: Malheiros, 1993, p.24

¹² CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 01, n.6, fev. 2007, p.1-44. Disponível em <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>, acesso em 27/março/2010

¹³ ANDRADA, Manoel da Costa. Síntese de Henkel in, apud: *Sobre as Proibições da Prova no Processo Penal*. Coimbra:Coimbra 1992 p.12

princípio dispositivo, apresenta evidentes conotações de ruptura com a cultura jurídica tradicional, desencadeando um repensamento de princípios tradicionais, inaugurando um novo processo penal, mais próximo daquele civil.

4. O LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ E OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO JUIZ

A necessidade da prova é um princípio jurídico que exige que os fatos juridicamente relevantes sejam demonstrados.

No processo, procura-se reconstruir o acontecimento histórico real dos fatos, muito embora não se exija o descobrimento de verdade absoluta, mas tão somente um grau alto de verossimilhança, que se torne válido como verdade.

O modo de produção da prova dos fatos, regulado pelo direito processual, está condicionado ao procedimento de valoração.

Em uma estrutura processual acusatória, como forma de garantir a dialética, a iniciativa da atividade probatória incumbe preponderantemente às partes, desempenhando o juiz o papel de mediador. Assim, a investigação do juiz possui um caráter supletivo, na implementação de direitos de assistência ao acusado.

No processo penal o sistema acusatório acentua a participação das partes no procedimento de formação das provas. As provas são admitidas por iniciativa das partes e se formam em juízo em paridade de armas. Os casos em que as provas são admitidas de ofício constituem exceção.

As novas diretrizes do processo civil em matéria de prova muito o assemelha ao processo penal. A redução de poderes de investigação judicial no processo penal e o aumento no processo civil fazem com que se acabe a dicotomia entre verdade real e material.

A tradicional concepção do processo civil, como meio de

simples resolução de controvérsias, que prescinde da verdade material, sucumbe diante da assertiva segundo a qual entre as finalidades fundamentais do processo civil está a de descobrir, ou ao menos chegar perto da verdade objetiva, de fazer coincidir, tanto quanto possível a verdade processual com aquela real.

O princípio dispositivo tem sido temperado no processo civil, nos casos em que o interesse público limite ou exclui a autonomia privada. Com a sua mitigação (Art. 130 do Código de Processo Civil), pode se dizer que também no âmbito do processo civil, deve vigorar o princípio da livre investigação da prova em busca da verdade processual.

A distinção entre a verdade real ou substancial da verdade formal, considerada como elemento básico como separação do processo penal e civil não se sustenta. Entretanto, a reconstrução dos fatos apresenta-se complexa, uma vez que efetuada de forma indireta, por meio de uma atividade probatória eivada de manipulação, por isso inexistente uma verdade real seja no processo penal ou civil.

Tanto no processo penal como no processo civil a verdade é aquela obtida através de mecanismos previstos e garantidos na Constituição, na efetivação dos direitos fundamentais e no processo. O alcance da verdade processual funde-se em um modelo unitário.

5. A INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO JUIZ

Na atuação e na interpretação do direito, um papel importante está reservado à valoração técnica do juiz que, embora seja inevitável em ambos os processos, civil e penal, varia em intensidade consoante a matéria da qual se deve ocupar. O juiz no manejo da proporcionalidade derivada do princípio da eficiência da justiça chega até mesmo a calibrar os vários modelos de processamento da causa, em razão das

características.

Nesse sentido, afirma Remo Caponi “*trata-se de uma pluralidade de modelos de processamento de uma sequencia procedimental unitária. A escolha de um modelo de processamento ou outro é confiada ao juiz, com a colaboração das partes, e ingressa entre seus deveres de direção formal do processo*”¹⁴.

A adoção do modelo que confia ao juiz a condução do processo, inclusive no que se diz respeito à iniciativa instrutória, traduz uma opção política por uma concepção publicista do processo e pela percepção de sua função social.

Pelo modelo *Adversary System*, existe predominância das partes na produção das provas. No *Inquisitorial System*, ao revés, a mencionada atividade recai de preferência sobre o juiz.

Em tendência de reforma no Brasil, o processo civil busca o *Inquisitorial System* e o processo penal ao contrário o modelo *Adversary System*.

No processo civil, cada vez mais o juiz instrutor tem sido chamado para suprir eventuais lacunas probatórias. No processo penal ao contrário, gestão da prova vem sendo paulatinamente retirada do juiz, com fundamento na necessidade de defesa de sua própria imparcialidade.

No processo civil crescem os casos em que as provas são obtidas *ex officio*, enquanto que no processo penal acentua-se cada vez mais a suplementariedade do juiz, como uma função expansiva entre as partes.

No processo penal não se observa os limites da prova do direito civil, excetuado aqueles que digam respeito ao estado civil das pessoas. Por outro lado, a utilização no juízo penal de provas recolhidas no juízo civil, também é admitida quando as provas forem produzidas no contraditório.

¹⁴ CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. IAP Congresso de Direito Processual – Desafios no novo processo civil e penal, tradução Sérgio Cruz Arenhart, 2010, p.11.

6. A REPARAÇÃO DO DANO NO PROCESSO CRIMINAL

Não raro, o crime causa danos, sendo fato que gera repercussões para fora da esfera penal, implicando um direito à indenização em favor da vítima.

Os sistemas que estabelecem a jurisdição encarregada de julgar a reparação do dano sofrido por crime são basicamente dois, o da união e o da separação, indicando a doutrina subdivisões, que comportariam os sistemas de confusão, da cumulação obrigatória e da cumulação facultativa ou da livre escolha¹⁵.

Pelo sistema da união a resolução sobre o crime e sobre a reparação do dano caberia ao juízo penal, com interposição de uma só ação para as duas pretensões. Já no sistema da separação, existe uma independência entre as jurisdições civil e penal.

José Carlos Barbosa Moreira¹⁶ escreve que a doutrina tem distinguido quatro sistemas. O primeiro deles denominado o sistema da confusão, legitima a aplicação tanto da sanção penal quanto a civil, emergindo simultaneamente de uma única ação. Um outro, o da solidariedade sustenta a cumulação perante ao mesmo órgão judicial de ambas as ações. O terceiro, denominado da livre escolha faculta ao interessado a opção de propor a ação civil o processo penal, ou no juízo cível. O quarto e ultimo o da separação em que existe a proibição do exercício da reparação civil no processo penal, obrigando a que cada ação seja proposta perante uma jurisdição diversa.

O Código de Processo Penal, ainda em vigor, invocando razões de interesse da repressão adotou o principio da separação entre a ação penal e ação civil *ex delicto*, rejeitando

¹⁵ TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*: São Paulo, Saraiva, 1977, v.2

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo*. In: *Temas de Direito Processual* p. 96/116

o instituto da “parte civil” no processo penal.

O Código de Processo Penal regula, em seus artigos 63/68, a ação civil decorrente do delito, prevendo a execução o juízo cível, da sentença criminal transitada em julgado, que é considerada título executivo judicial (Código de Processo Civil, art. 475-N, inc. II).

Não obstante a influencia que a sentença penal possa exercer sobre a jurisdição cível, o artigo 64 do Código de Processo Penal determina que: *“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”*.

As questões decididas no processo penal condicionam a esfera cível, conforme determina os artigos 63 e 65 do Código de Processo Penal¹⁷.

A matéria recebe tratamento não só do Código de Processo Penal, mas também do penal, civil e do processo civil, sendo a responsabilidade civil independentemente da responsabilidade penal.

A eficácia vinculante da sentença penal de condenação não concerne somente ao dispositivo. De acordo com o inciso I do art. 91 do Código Penal, a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, em decisão que é vinculante para efeitos civis (Código Civil, art. 935).

Com intenção de proteger a vítima a Lei nº 9099/95 (Art. 72 e 75) prevê a composição dos danos civis como fase prévia e prejudicial ao processo condenatório, assim como o Código de Trânsito Brasileiro prevê multa reparatória penal em favor da vítima (Art. 297). A Lei nº 9.605/98 prevê a reparação do dano ambiental como condição para transação e, a Lei nº

¹⁷ Art. 63: *“Transitada em julgada a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para efeito de reparação do dano, o ofendido o representante legal ou seus herdeiros”*.

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

10.684/03, no âmbito do direito penal tributário, prevê a reparação do dano com o pagamento do tributo devido e seus acessórios, como causa de extinção de punibilidade (Art. 9º).

O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, por sua vez determina que o juiz, na sentença, fixe o valor mínimo para a reparação dos danos causados, possibilitando a execução imediata da sentença condenatória, sem necessidade de liquidação (parágrafo único do Art. 63).

O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, faz menção ao valor mínimo e o parágrafo único estabelece que a liquidação poderá ser efetuada com base naquele valor, sem prejuízo, na esfera cível, da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido.

A fixação do valor mínimo é feita de ofício pelo magistrado, independentemente de requerimento por parte da vítima, configurando verdadeira jurisdição sem ação.

Não sendo possível a fixação do valor mínimo desde logo, quando a questão for controvertida ou houver concorrência de culpas (Código Civil, art. 946) a sentença criminal, ainda assim, constituirá título executivo, mas dependente de liquidação no juízo cível.

7. A RESTITUIÇÃO

Uma das formas de reparação do dano é a restituição, que consiste na devolução da própria coisa obtida com o crime. Havendo dúvida a respeito do direito da pessoa que a solicita, instaurar-se-á um processo incidental que será decidido pelo juiz penal. Caso persista a dúvida de quem seja o dono, o juiz penal remeterá as partes ao juízo cível, ficando o bem em poder de algum depositário.

Em relação à restituição são aplicados os dispositivos da legislação civil. O artigo 524 do Código Civil estabelece que “o proprietário tem o direito de reaver seus bens em poder de

quem quer que injustamente a possua". O artigo 1.542 do Código Civil estabelece que se *"a coisa estiver em poder de terceiro, este será obrigado a entregá-la, correndo a indenização pelos bens dos delinqüentes"*.

De um modo geral, a coisa obtida criminalmente, seja por furto, roubo ou qualquer outra forma de esbulho, pode ser restituída quando encontrada em poder do autor, co-autor ou de terceiro.

8. MEDIDA ASSECURATÓRIA PATRIMONIAL NO PROCESSO CRIMINAL

Medidas cautelares reais são as providências tomadas, no processo criminal, para garantir futura indenização ou reparação à vítima da infração penal, pagamento das despesas processuais ou penas pecuniárias ao Estado ou mesmo evitar que o acusado obtenha lucro com a prática criminosa.

A apreensão, o seqüestro, o arresto e a inscrição da hipoteca legal são providências cautelares patrimoniais, no sistema brasileiro que se destinam a garantir a reparação da vítima.

A apreensão é medida cautelar de natureza real que se destina a retirar de determinada pessoa, para atender finalidades processuais ou penais, objetivando assegurar a produção da prova ou ate mesmo a reparação do dano sofrido pela vítima,

O arresto é medida que visa garantir a futura execução civil da sentença condenatória, conforme estabelece o artigo 136 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.435/2006 *"O arresto do imóvel poderá ser decretado de início, revogando-se, porém, se no prazo de 15 (quinze) dias não for promovido o processo de inscrição da hipoteca legal"*.

O depósito e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao regime do processo civil, de acordo com o art. 139

do Código de Processo Civil, com a alteração feita pela Lei nº 11.435/2006.

O sequestro por sua vez, visa resguardar a própria coisa litigiosa, depositada em mãos de terceiros. A hipoteca legal por sua vez, consiste em direito real sobre coisa alheia e incide sobre imóveis e seus acessórios (Art. 810, incisos I e II do Código Civil).

A hipoteca é conferida ao *“ofendido ou aos seus herdeiros sobre o imóvel do delinquente, para a satisfação do dano causado pelo delito”* (Art. 827 do Código Civil).

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, os autos de hipoteca ou arresto serão remetidos ao juízo doível.

De qualquer forma está muito longe de se ter real eficiência das atuais medidas previstas no Código de Processo Penal. A legislação está desatualizada, existindo freqüente aplicação do poder geral de cautela e de analogia em tema de medidas assecuratórias.

A decretação de indisponibilidade de bens, a despeito de não estar prevista no Código de Processo Penal tem sido aplicada. As medidas assecuratórias são inócuas, diante da desvalorização dos bens, que é prejudicial não só para a vítima, mas também para o Estado.

Tramitam vários projetos sobre a matéria. Pode-se citar, por exemplo, o PL nº 1318/2007 que permite a perda de bens utilizados em crimes contra o patrimônio, a utilização de bens na persecução penal e a alienação antecipada, de forma semelhante ao previsto na Lei nº 11343/2006; o PL nº 2869/2008 que altera o art. 120 do Código de Processo Penal para determinar, em qualquer fase do processo, a avaliação e encaminhamento a leilão público de coisas, ainda que não sejam deterioráveis, o PL nº 471/2007 que regula a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores dos acusados por crime de formação de quadrilha, o PL nº 4662/2009 e seu apenso nº 5191/2009 que tratam das medidas assecuratórias

patrimoniais.

9. FENÔMENO DA JURISDICIONALIZAÇÃO DOS CONFLITOS

A atuação do poder jurisdicional em decorrência do império do fenômeno da globalização tem assumido relevância nunca antes vista, sendo que as características do tempo que em vivemos vêm modificando substancialmente o papel do direito, sobretudo na perspectiva da sua aplicação judiciária. Nos últimos cinquenta anos, ocorreu uma intensa evolução e profunda transformação no poder jurisdicional. É um fenômeno onipresente, sem fronteiras e nacionalidade, provavelmente conexo à evolução das relações entre o Estado e a sociedade. A importância crescente da justiça, com a explosão dos pedidos, faz com que ela se transforme numa parte cotidiana do processo político. Nunca se fez tanto apelo à justiça e nunca o acesso esteve tão aberto, não parando de se alargar as funções que a democracia confia à justiça, parecendo ser ilimitadas.

À medida que o Poder Público torna-se mais intenso, a justiça descobre, sob a pressão de uma demanda crescente, novos domínios. Não há hoje nenhuma intervenção pública que possa ser subtraída da apreciação do juiz. Onde existe uma lei também existirá um juiz para interpretar e precisar os seus efeitos.

Hodiernamente, o juiz tende assim a se tornar uma espécie de maestro de orquestra, onde sua função consiste não só em resolver os litígios, mas também em encontrar soluções aos problemas que as outras instituições não puderam resolver.

Além de uma função técnica científica, aos juízes se exige uma função axiológica, com a valoração das idéias que iluminam o direito. A sociedade espera da justiça o dever de defender a liberdade, aplacar as tensões sociais, de tutelar o meio ambiente, conter as tendências incoercíveis ao abuso do

poder, de impor penas, de atenuar as diferenças entre os indivíduos, de defender os cidadãos desde o nascimento, casamento, divórcio, morte, etc.

As responsabilidades do juiz revelam-se cada vez mais acrescidas, desencadeando o fenômeno da jurisdicionalização e a crescente influência da justiça na vida cotidiana.

Na sua nova função, o juiz cria o direito, pois, constrói normas que não estão nos códigos. Os juízes se tornam depositários do direito que se torna o que é por eles feito. O pensamento filosófico contemporâneo mais recente mostra a aplicação judiciária do direito, considerando o jurídico essencialmente na perspectiva do judiciário. A idéia do justo só se completa na aplicação da norma ao julgamento.

O julgamento é uma verdadeira norma jurídica, ainda que limitada às partes que estão obrigadas a cumprir. Nesse sentido a função judiciária revela sempre uma versão política. Por isso que o controle da sociedade sobre as razões que fundamentam a decisão judiciária é cada vez mais amplo.

O raciocínio do juiz não é estabelecido por fatores de caráter jurídico e nem delineado pelo direito. Na realidade o verdadeiro problema consiste em individualizar as garantias de aceitabilidade da decisão, não controladas pelo direito.

No dizer de Michele Taruffo “*a adoção de uma ideologia do racional da decisão judiciária (e não só legal) impõe que ele seja visto como logicamente valido e articulado em uma estrutura de argumentação capaz de assegurar sua racionalidade*”¹⁸.

10. A EVOLUÇÃO DO ESTADO E O PROCESSO MODERNO

A convergência processual deriva antes de tudo da

¹⁸ TARUFFO, Michele, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Trad. Cândido Rangel Dinamarco; Curitiba: Ed. IBEJ, pg. 11, 2001

transformação do Estado e da evolução dos próprios conceitos de processo e de jurisdição.

Na concepção de processo no Estado Liberal o direito foi reduzido à lei e a sua validade estava vinculada ao império da fonte de produção, permanecendo a jurisdição impedida de interpretar.

O papel do Estado foi revisto no pós-guerra, diante da incapacidade do liberalismo de atender as questões sociais. As arbitrariedades e discriminações realizadas por leis formalmente válidas impulsionaram o Estado, a identificar na Constituição Federal os princípios fundamentais da ordem jurídica.

Altera-se assim, não só o papel do processo, mas de toda a jurisdição. O processo liberal do século (XIX) consolidou a ótica do contraditório, como um direito subjetivo, potestativo, com o judiciário como mero árbitro, passivo das contendas privadas. O desenvolvimento e a instrução probatória do processo do estafo liberal, dependia exclusivamente das partes.

A necessidade de efetividade induz a modificação do processo, no transcurso do século XX. Os deveres sociais de prestação são exigidos do juiz, que não se restringem a mera produção formal dos direitos.

No Estado Constitucional o processo é constituído pelo contraditório, como elemento de formação de convicção do juiz. Exige-se que as partes se manifestem antes da formação do convencimento do juiz que se dá de forma colaborativa (participativa).

Supera-se a ótica do contraditório, como categoria de comunicação, para a de formação do livre convencimento do juiz.

No Estado constitucional, o direito de ação não é apenas mais visto como um instrumento dos direitos privados, mas como garantia constitucional, garantia de proteção, meio a serviço da realização dos direitos, abrangendo a necessidade de

ressarcimento como garantia da efetividade da tutela do direito (art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal) e como garantia de participação (art. 83 do Código de Defesa do Consumidor e art. 461, parágrafo 5º do Código de Processo Civil).

O novo processo como um direito constitucional fundamental agrega novos aportes teóricos, sob a ótica dos direitos fundamentais. Os pressupostos do Estado contemporâneo exigiram a revisão da concepção do processo, diante da própria transformação do papel atribuído à jurisdição, de realizador dos direitos fundamentais.

O processo, deste novo contexto, é um procedimento justo, adequado a tutela de direitos, mediante princípios constitucionais.

A legitimidade do processo está condicionada a participação. Nesse contexto, exige-se do juiz a tutela da produção da prova em contraditório, com a possibilidade de influência e participação dos sujeitos processuais.

Resgata-se assim, o papel ativo do juiz, com preocupação da realização do contraditório, que é um direito e uma garantia para ele próprio.

O novo processo, no Estado Constitucional, compatível com o processo justo é aquele adequado à realização das tutelas pretendidas, representativo do direito de participação, com a possibilidade concreta das partes influírem no convencimento do juiz, com fundamentação racional das decisões.

11. CONCLUSÕES

O caráter incindível do processo e a unidade do direito processual decorrem da unidade de sentido constitucional e da unidade da jurisdição.

As particularidades existentes entre os diversos processos não devem ser concebidos como antagônicos e excludentes, mas como complementares, percebendo-se entre as duas

categorias de processo, uma implicação recíproca. O processo moderno surge de um sistema jurídico racional fundado em princípios que transcendem ao particularismo.

O processo civil e penal exige para sua operacionalização, uma visão de natureza sistêmica, pois ambos estão compreendidos no complexo normativo. Vários elementos, secundários ou não, de um sistema são emprestados ao outro. A utilização sistêmica e dialética dos processos vem exigida, pela necessidade de um vínculo de essencial coerência para evitar contradições.

A compreensão unitária dos processos implica na superação de diversos padrões que se encontram consolidados na consciência jurídica, mas constitui começo necessário a ser trilhado para adequar a teoria do processo à complexidade da sociedade contemporânea.

A crescente relevância que tem sido atribuída não só a jurisdição constitucional como ao neoprocessualismo e a irreversível constitucionalização do direito privado, tem conduzido a convergência sistêmica dos processos, num trilhar que se nutre da mesma fonte: a matriz constitucional.

O problema da verdade jurídica, questão fundamental da jusfilosofia é ideológico, e por isso se torna peça fundamental do modelo da estrutura sistêmica do processo civil ou penal. A adoção do modelo traduz uma opção política por uma concepção mais ou menos publicista do processo.

As medidas assecuratórias do seqüestro, arresto e hipoteca legal poderiam ser substituídas por uma decretação de indisponibilidade de bens.

O inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, ao determinar que o juiz na sentença penal fixe o valor mínimo para reparação dos danos causados, possibilitando a execução imediata, rompe com o princípio da separação entre ação penal e ação civil *ex delicto*.

A tutela dos direitos substantivos também ocorre no processo penal com a restituição da coisa obtida com o crime,

uma das formas de reparação do dano.

O controle do raciocínio do juiz passa antes de tudo pela busca de otimização sistêmica do processo, apresentando-se como critério de justificação das escolhas efetuadas na decisão.

O processo contemporâneo, deve satisfazer a uma dupla exigência na prática judicial, ambos fatores considerados imprescindíveis à jurisdição racional: a primeira, sistemática, concernente a valorização da coerência do próprio sistema e a segunda pragmática, referente a aceitabilidade das decisões, daí o surgimento dos fenômenos da jurisdicionalização dos conflitos e do ativismo judicial no processo.

A estrutura deste processo moderno suporta o Estado Constitucional, cuja legitimidade reside na crença de que suas decisões são racionais.



12. REFERÊNCIAS:

- ABDConst – Academia Brasileira de Direito Constitucional , IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: 2010.
- ANDRADA, Manoel da Costa. Síntese de Henkel in, apud: *Sobre as Proibições da Prova no Processo Penal*. Coimbra:Coimbra 1992.
- ANGELIS, de Cláudio. *Processo civile e processo penale. “Diretto interprocessuale”*. Itália: UTET Giurica, 2009.
- ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Trad. De Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo, vol. 217, jul/set 1999.

- BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. *Teoria Jurídica e Desenvolvimento*. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>, acesso em 13 nov 2005.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>, acesso em 27 mar 2010.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, tradução AA. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAPONI, Remo. *O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas*. IAP Congresso de Direito Processual – Desafios no novo processo civil e penal, tradução Sérgio Cruz Arenhart, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, nº 175, junho/2007.

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo : Martins Fontes, 1986.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. v. I. Coimbra : Coimbra Editora, 1974.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3ª Ed, São Paulo: Malheiros, 1993.
- DOTTI, René Ariel. *Prefácio ao Código de Processo Penal*. 8ª Ed., Rio de Janeiro : Editora Forense, 1987.
- DWORKING, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FLACH, Noberto. *Convergências e divergências entre o processo civil e o processo penal*. In: OLIVEIRA, C. A. A. (Org.). *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: 2007.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas : Bookseller, 2006.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa*. São Paulo: Editora Atlas, 1989.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2001
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 35 n. 137, jan/mar 1998.
- HABERMANS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Vol. I, trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LATORRE, Angel. *Introdução ao direito*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

- LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. São Paulo : Martins Fontes, 2007.
- MACEDO, Alexandre dos Santos. *Da eficácia preclusiva panprocessual dos efeitos civis da sentença penal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris Ltda., 1989.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em juízo*. In: Temas de Direito Processual.
- OLIVEIRA, Francisco Cardoso. *Jurisdição: Crise, Efetividade e Plenitude Institucional*. Curitiba: 2008.
- PEGORARO, Paulo Roberto Junior. *A unidade processual e sua compreensão sistêmica*. Dissertação para obtenção do título Mestre em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR, Umuarama: 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial. Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- SARAMENTO, Daniel. *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do Interesse Público*. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Ed. Lumes Juris, 2010.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal sistemas & princípios*. Curitiba : Juruá Editora, 2003.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de, PEGORARO, Paulo Roberto Junior. *O neoprocessualismo e a publicização normativa como corolário da unidade processual sistêmica: uma afirmativa da jurisdição constitucional XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – CESUMAR, Maringá: 2009.*
- _____. *A qualificação dos juízes para a formação do convencimento motivado diante da súmula vinculante*. Disponível em

<<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/view/16308/15872>>, acesso em 11 abr 2009.

_____. *A formação de juízes como imperativo ético*. Estado do Paraná, Direito e Justiça. Curitiba, 11 mar. 2007 (a).

_____. *A Súmula Vinculante e o convencimento motivado do juiz*. Gazeta do Povo, Curitiba, 17 mar 2007 (b).

TARUFFO, Michele, *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, Trad. Cândido Rangel Dinamarco; Curitiba: Ed. IBEJ, 2001

TORNAGHI, Helio. *Instituições de processo penal*: São Paulo, Saraiva, 1977, v.2