

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

JULIANA DA SILVA HORTA

A REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL

**CURITIBA
2014**

JULIANA DA SILVA HORTA

A REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof. Luiz Taro Oyama

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

JULIANA DA SILVA HORTA

A REPARAÇÃO DE DANOS NA SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Luiz Taro Oyama

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, 30 de junho de 2014.

*Ao Renato, pelo amor,
paciência e compreensão.*

*Aos amigos Bruno, Daniela,
Nathália, Raphael e Suelen, pelo
apoio e companheirismo.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, pela oportunidade de iniciar e completar este curso de pós-graduação.

Agradeço ao Professor Luiz Taro Oyama, pela atenção, orientação, paciência e pela disposição em me receber e ajudar.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. BREVE HISTÓRICO	9
2.1 DA RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO PENAL E A AÇÃO CIVIL	11
3. EFEITOS DA CONDENAÇÃO	13
3.1 EFEITOS SECUNDÁRIOS EXTRAPENAIIS GENÉRICOS.....	14
3.2 EFEITOS SECUNDÁRIOS EXTRAPENAIIS ESPECÍFICOS.....	15
4. DA REPARAÇÃO DE DANOS COMO EFEITO GENÉRICO DA CONDENAÇÃO	16
4.1 AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	18
4.2 RESPONSÁVEL CIVIL E A SENTENÇA CONDENATÓRIA.....	21
4.3 EFEITOS CIVIS DA ABSOLVIÇÃO PENAL E EXCLUDENTES DE ILICITUDE.....	23
4.4 DA SENTENÇA CONCESSIVA DE PERDÃO JUDICIAL E DA REVISÃO CRIMINAL	28
5. DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/2008	29
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E OBJETIVO.....	29
5.2 NATUREZA E RETROATIVIDADE.....	32
5.3 DOS PONTOS CONTROVERTIDOS.....	35
5.3.1 Fixação do valor mínimo na sentença penal ex officio	36
5.3.2 Do dano moral	42
6. CONCLUSÃO	44
7. BIBLIOGRAFIA	46

RESUMO

O trabalho em elaboração tratará, de maneira clara e objetiva, da fixação da reparação de danos à vítima na sentença penal condenatória, das consequências da inovação processual trazida com a reforma do Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008, bem como das implicações que trouxe ao devido processo penal e às garantias constitucionais do acusado, tudo com vistas a oferecer uma resposta mais célere e eficaz à vítima.

Palavras-chave: dano; reparação do dano; sentença pena condenatória; ação civil *ex delicto*; reparação civil; dano moral;

1. INTRODUÇÃO

Nosso ordenamento criminal, seguindo a ótica dos Estados democráticos, possui atuação fragmentária no sistema normativo, de modo que só passa a se ocupar de uma conduta considerada ilícita quando a sanção prevista pelos demais ramos cíveis não é suficiente como resposta para fins de manutenção ou restauração dos padrões mínimos de harmonia. Com efeito, toda conduta tipificada como ilícito criminal é, igualmente, um ilícito de ordem civil, de modo que, além da sanção penal, cabe a imposição, quando há a ocorrência de dano, do dever de ressarcimento dos prejuízos dele decorrentes.

Dessarte, tal imposição pode ser verificada tanto no Código Penal (art. 91, inc. I), como no Código de Processo Penal (art. 63) - consubstanciada na ação civil *ex delicto* - que estabelecem, respectivamente, que a sentença condenatória torna certo o dever de indenizar e se apresenta como título executivo para fins de cobrança do valor na esfera cível.

Nesse contexto, a Lei 11. 719 de 2008, promoveu importantes reformas no Código de Processo Penal, dentre as quais a alteração do inc. IV, do art. 387, que trouxe o dever de fixar-se, na sentença condenatória criminal, um *quantum* mínimo a título reparatório dos danos advindos do ilícito penal. É, portanto, verdadeiro efeito da sentença, refletindo uma fase de maior preocupação coma vítima, que por muito tempo não teve tratamento e atenção devidos por parte do poder estatal.

No entanto, com a referida mudança, muitas questões vieram à tona, inquietando os operadores do direito e incitando dúvidas quanto à sua validade, principalmente no momento de sua efetiva aplicação aos casos concretos.

Com isso em mente, tratar-se-á adiante da fixação da reparação de danos à vítima na sentença penal condenatória e as disposições que a regulamentam, bem como das consequências e problemas surgidos com a inovação processual de 2008 e suas implicações na rotina prática dos tribunais e nas garantias constitucionais do acusado – tudo com vistas a oferecer resposta mais célere e eficaz à vítima.

2. BREVE HISTÓRICO

O sujeito que comete um delito tipificado na lei penal, dentro do exercício de sua vontade e liberdade de ação, não raro, acaba por acarretar repercussões para além do campo penal, a título de dano, determinando um direito à reparação em favor da vítima ao mesmo tempo nas esferas penal e civil.

Inicialmente, cumpre fazer um breve panorama acerca do papel da vítima no âmbito do processo penal bem como da origem da reparação patrimonial e sua introdução na legislação.

O projeto de reforma do Código de Processo Penal (PL n 1º 156 de 2009) traz uma delimitação conceitual da figura da vítima, definindo-a:

“Considera-se ‘vítima’ a pessoa que suporta os efeitos da ação criminosa, consumada ou tentada, dolosa ou culposa, vindo a sofrer, conforme a natureza e as circunstâncias do crime, ameaças ou danos físicos, psicológicos, morais, patrimoniais ou quaisquer outras violações de seus direitos fundamentais.”¹

O papel da vítima no processo penal passou por várias fases. Inicialmente, temos o protagonismo, no qual a iniciativa de punição era de sua competência exclusiva, numa verdadeira vingança privada onde a reparação podia até mesmo ser comprada mediante pagamento à vítima, na chamada clemência remunerada². Nesse contexto, surge a Lei de Talião (“olho por olho”), adotada por legislações mais antigas como o Código de Hamurabi, determinando reação proporcional ao mal praticado - numa tentativa de humanização da sanção criminal, dando tratamento igualitário a infrator e vítima.

Posteriormente, tem-se a fase de neutralização ou ostracismo, em que o Estado assume o papel central na persecução penal, passando a vítima a um plano secundário.³

¹ Artigo 88 do Projeto de Lei nº 156 de 2009 - Senado Federal (anteprojeto de reforma para o Código de Processo Penal)

² NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Reformas do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 283.

³ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32-56.

Hodiernamente, fala-se em redescoberta ou redescobrimento da vítima e, via de consequência, no aumento da preocupação com a reparação do dano no âmbito do processo penal, configurando-se em consenso o dever de indenizar o sujeito passivo do crime.

No Brasil, a lei penal de 1830 (Código Criminal do Império) já dispunha a respeito da reparação de danos, tratando inclusive de sua liquidação. O artigo 22 do diploma em referência denotava a relevância do tema: “*A satisfação será sempre a mais completa que for possível, sendo, no caso de dúvida, a favor do ofendido*”. Já segundo o artigo 31⁴, a satisfação da reparação do dano só poderia se dar após o trânsito e julgado da condenação do criminoso por sentença no juízo penal, à exceção de caso de ausência do delinquente, de seu falecimento ou quando o ofendido preferisse a ação civil. Tal artigo consagra a adoção do *sistema de adesão facultativa*, no qual uma única ação tem por objetivo aplicar a sanção e determinar a reparação do dano, caso haja a possibilidade de fazê-lo.⁵

De forma diversa, o Código do Processo Criminal de 1832 adotou o *sistema da adesão obrigatória*, apreciando-se, no próprio processo penal, a existência e extensão do dano⁶.

A Lei 261 de 03 de dezembro de 1841, que promoveu a reforma do processo penal do império, extinguiu o sistema de adesão – tanto obrigatório quanto facultativo – introduzindo o princípio da independência das ações civil e penal.

No âmbito do Direito Penal, tem-se que já o primeiro Código Penal da República, de 1890, previa a reparação de dano, que dependia de execução no juízo civil.

Com isso em linha de conta, e em consonância com a anteriormente mencionada ideia de ‘redescobrimento da vítima’, destaca-se o trato e preocupação da Lei Penal em vigência com a matéria em tela, através de diversas disposições, a saber: a reparação do dano possibilita a concessão de sursis especial (art. 78, §2º,

⁴ Art. 31. A satisfação não terá lugar antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado. Exceptua-se: 1º O caso da ausência do delinquente, em que se poderá demandar, e haver a satisfação por meio de acção civil. 2º O caso, em que o delinquente tiver fallecido depois da pronuncia, no qual poderá haver-se dos herdeiros a satisfação por meio de acção civil. 3º O caso, em que o offendido preferir o usar da acção civil contra o delinquente. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm)

⁵ ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000, p. 55

⁶ Art. 338. A mesma sentença que condemnar o réo na pena, o condemnará na reparação da injuria, e prejuizos, que se liquidarão no Fôro commum, se tal liquidação fôr necessaria. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-29-11-1832.htm>

CP); é condição para o livramento condicional (art. 83, IV, CP) e para a reabilitação (art. 94, III, CP); configura causa de diminuição (art. 16, CP) ou atenuante (art. 65, III, b, CP) conforme o momento em que é promovida e é causa de extinção da punibilidade no delito de peculato culposo (art. 312, §2º, CP). Outrossim, verifica-se tal aspecto na legislação penal e processual penal, a exemplo da Lei 9099/95 (Juizados Especiais), que prevê nos arts. 72-75 a composição dos danos civis como fase prévia e prejudicial à persecução penal; do Código de Trânsito Brasileiro, que prevê em seu art. 297 multa reparatória penal em favor da vítima; da Lei 9605/98, que traz a reparação do dano ambiental como condição para a transação (art. 26); da Lei 9714/98, que alterou o art. 45, §1º, do CP, para contemplar a vítima como destinatária da pena de prestação pecuniária e, por fim, no âmbito do direito penal tributário, temos a reparação do dano com o pagamento do tributo devido e seus acessórios como causa de extinção da punibilidade (art. 9º, Lei 10684/03).

Por derradeiro, cabe sublinhar que o delito é fato sujeito a efeitos jurídicos em diversas esferas, fazendo surgir a necessidade de disciplina e coordenação dos juízos envolvidos, de modo a evitar decisões contraditórias.

2.1 DA RELAÇÃO ENTRE A AÇÃO PENAL E A AÇÃO CIVIL

No que se refere à ação penal e ação civil decorrentes do mesmo fato (mesmo delito), uma análise histórica revela que, no Direito antigo, ambas eram julgadas pelo mesmo pretor no Direito Romano, em processo único, levando-se em conta a unidade da ação lesiva à ordem pública ao interesse privado, tutelada pelos Direitos Penal e Civil, com vistas a promover economia processual. Num momento posterior, as ações, quanto à interação dos referidos juízos, receberam a seguinte classificação: a) *reipersecutórias* – originárias de contratos, tendo como objetivo a devolução da coisa devida ou indenização equivalente a seu valor; b) *penais* – advinham de delitos e a vítima pleiteava a punição por meio de sanção consistente em indenização equivalente ao dobro, triplo ou quádruplo do dano causado; c) *mistas* – quando a vítima pedia, cumulativamente, em ação única, sanção penal de ordem expiatória do corpo do infrator, acrescida de indenização de natureza civil pelo dano causado. Nesse período, aflora a concepção de reparação de dano por

ilícito civil com as ações penais reipersecutórias e mistas que, no entanto, limitavam-se a *numerus clausus* nos termos da previsão legal.⁷

Subsequentemente, no intuito de humanização da reparação de danos, estabeleceu-se que a garantia de seu cumprimento se assegurava no patrimônio do devedor, ressaltando, com isso, a dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, o período moderno surge com o Estado organizando e tomando a direção da ordem social, instituindo o regime oficial de composição legal, no qual a pena de reparação de danos civis assume feição de imposição, no interesse do lesado, passando de convenção voluntária a obrigatória⁸.

Hodiernamente, do ponto de vista da relação entre ação penal e ação civil decorrente do delito, temos os seguintes sistemas:

a) união, caracterizado pela unidade de processo para a punição do culpado e a indenização da vítima; b) separação absoluta ou independência total, em que não há relação entre as ações, salvo a possibilidade da utilização da prova de uma e outra; c) da independência ou separação relativa, em que a competência jurisdicional é diversa, mas o julgamento criminal vincula o civil, em maior ou menor intensidade; d) da adesão, no qual, por razões de economia processual, é outorgada competência ao juiz criminal para decidir sobre a indenização. A adesão poderá ser obrigatória ou facultativa, conforme a vítima seja obrigada ou tenha apenas a faculdade de postular a indenização perante o juízo criminal.⁹

Gustavo Badaró classifica tais sistemas - referentes ao relacionamento entre a ação civil para reparação de danos e a ação penal para punição do autor do crime – em sistema 1) da confusão; 2) da solidariedade; 3) da livre escolha; e 4) da separação. Preleciona ele:

O **sistema da confusão** é mais antigo de todos e o único que existia na antiguidade. Antes do Estado chamar a si a solução dos conflitos, o ofendido buscava a reparação *lato sensu* do dano e a punição por meio da ação direta sobre o ofensor. Por este sistema, a mesma ação visa à imposição de pena e ao ressarcimento. A própria “reparação” não era vista como uma forma de recompor os danos sofridos, mas possuía um caráter penal, repressivo, de um mal que se impõe a alguém pela autoria de um delito. No **sistema da solidariedade** há duas ações distintas, uma penal e outra civil, ambas exercidas no mesmo processo, e diante do juiz criminal. Há, pois, uma cumulação obrigatória de ações, perante o juízo penal. De acordo com o **sistema da livre escolha**, se a parte quiser promover a ação de satisfação do dano na esfera civil, poderá fazê-lo, mas, neste caso, em face da influência que a sentença penal exerce sobre a civil, deverá o juiz

⁷ ABREU E SILVA, Roberto de. *Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010, p. 3.

⁸ ABREU E SILVA, Roberto de. *Sentença Condenatória... Op. cit.*, p. 3-4.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Reformas... Op.cit.*, p. 285.

cível paralisar o andamento da ação até o julgamento definitivo da ação penal, para evitar decisões irreconciliáveis. É permitido cumular as duas ações no processo penal. É uma cumulação facultativa. Finalmente, o **sistema da independência** é aquele em que as duas ações devem ser propostas de maneira independente, uma no juízo penal, outra no cível. A justificativa seriam as diferenças das duas ações, uma que versa sobre direito público, de natureza não patrimonial, e outra, tendo por objeto questão de direito privado, de natureza patrimonial, o que desaconselharia que corressem juntas.¹⁰

O sistema adotado no Brasil é o da separação das instâncias, embora não de forma absoluta (separação relativa ou independência mitigada), pois há influência do juízo penal no juízo civil, nos termos do art. 935 do Código Civil¹¹. Caso a questão da autoria e da materialidade tenham sido categoricamente decididas no juízo criminal, isto faz coisa julgada no juízo civil, segundo o artigo em referência. Da mesma forma, se o magistrado criminal reconhecer a ocorrência de uma causa excludente de ilicitude, não poderá o juiz civil disso se afastar.¹²

É nesse contexto que se insere a determinação de que o juiz, na sentença, fixe o valor mínimo para reparação dos danos causados - ora introduzida no art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal, pela Lei 11.719/08 -, medida informada pela redescoberta da vítima e que vai no sentido do sistema de adesão. O estabelecimento do valor da indenização constitui requisito da sentença, dividindo a doutrina quanto à necessidade de decisão judicial expressa, além de outros pontos controversos, como se estudará adiante.

3. EFEITOS DA CONDENAÇÃO

A sentença penal condenatória transitada em julgado produz ao agente efeitos principais e secundários, estes últimos podendo ainda ser de natureza penal e extrapenal.

Os efeitos principais configuram-se na imposição ao condenado de penas privativa de liberdade, restritivas de direito, multa ou de medida de segurança. Os

¹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p. 136-137.

¹¹ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 230

efeitos secundários de natureza penal podem impor, isolada ou cumulativamente: a) reincidência; b) normalmente, impede o *sursis*; c) em regra, causa revogação do *sursis*; d) causa a revogação do livramento condicional; e) aumenta o prazo de prescrição da pretensão executória; f) interrompe a prescrição da pretensão executória quando caracterizada a reincidência; g) causa a revogação da reabilitação; h) leva à inscrição do nome do condenado no rol de culpados (art. 393,III, CPP); i) pode impedir o direito de apelo em liberdade; j) pode ensejar a comunicação da condenação do Tribunal Regional Eleitoral; etc.¹³

Os efeitos secundários extrapenais, por sua vez, podem abarcar sanções de natureza administrativa, civil, política e trabalhista, podendo ser divididos em genéricos e específicos¹⁴.

3.1 EFEITOS SECUNDÁRIOS EXTRAPENAIIS GENÉRICOS

Também chamados por alguns autores de efeitos secundários automáticos, estão previstos no art. 91, do Código Penal:

Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso. § 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. § 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda.

Fernando Capez entende que tais efeitos “decorrem de qualquer condenação criminal e não precisam ser expressamente declarados na sentença. São, portanto, efeitos automáticos de toda e qualquer condenação”¹⁵. No mesmo sentido entende Ricardo Schmitt, para quem, uma vez que decorrem de expressa disposição legal,

¹³ SILVA, Jorge Vicente. *Manual da sentença penal condenatória: requisitos e nulidades*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 415.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral* : (arts. 1º a 120). 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 440.

¹⁵ Idem.

“os efeitos ocorrem de maneira automática, ou seja, independem de motivação judicial expressa na sentença penal”¹⁶, fazendo ressalva, todavia, à nova redação dada ao art. 387, IV, do CPP, porquanto não vislumbra tratar-se de efeito automático da condenação, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Jorge Vicente Silva¹⁷, de outro modo, aduz que, com exceção da reparação do dano causado pelo crime, há a necessidade de o juiz fundamentar a decisão, nem que seja para, por exemplo, dizer por que entende tratar-se de produto ou instrumento do crime. De sua vez, sendo a obrigação de reparar efeito automático, não precisa ser apontada na sentença, possuindo o julgado qualidade de título executivo judicial, independente de sua indicação como tal, onde os bens constrictos devem responder por este ônus, assim como pelo pagamento da multa e das custas processuais.

3.2 EFEITOS SECUNDÁRIOS EXTRAPENAIS ESPECÍFICOS

Entendidos também como efeitos não automáticos da condenação, encontram previsão no art. 92, do Código Penal, devendo ser devidamente motivados na sentença a fim de que se possa efetivar o seu reconhecimento e aplicação. Vejamos:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

¹⁶ SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 481.

¹⁷ SILVA, Jorge Vicente. *Manual da sentença...* Op. cit., p. 416.

Caberá ao sentenciante motivar a aplicabilidade ou não de algum dos efeitos em questão quando, em tese, for possível a sua incidência. Do contrário, não há necessidade de fazer qualquer menção a respeito. Tal fato, assevera SCHMITT, “reside na necessidade do julgador dar às partes, na hipótese de eventual cabimento de algumas das circunstâncias, o pleno conhecimento das razões que o conduziram a aplicar ou não os efeitos não automáticos previstos em lei”¹⁸. Nesse raciocínio, deve haver fundamentação quando se deixa de promover a incidência de algum deles, desde que, em tese, fosse perfeitamente cabível.

4. DA REPARAÇÃO DE DANOS COMO EFEITO GENÉRICO DA CONDENAÇÃO

Como já mencionado, ainda que as esferas da ilicitude civil e penal sejam distintas, existem situações nas quais a mesma ação ou omissão gera efeitos nos dois âmbitos, podendo até mesmo gerar efeitos no campo administrativo. Trata-se de efeitos civis da sentença penal condenatória, posto que as esferas de ilicitude são relativamente independentes. Isso porque, em diversos casos, o delito gera também uma pretensão de natureza indenizatória, porquanto igualmente configura um ato ilícito para o Direito Civil, nos termos do art. 186, do Código Civil¹⁹.

É o que acontece, por exemplo, com o crime de homicídio culposo decorrente de acidente de trânsito, no qual há reflexos nas esferas criminal, civil e até mesmo administrativa, com a suspensão da habilitação de dirigir veículo automotor (art. 293, Lei 9503/97).

O art. 91, inc. I, do Código Penal dispõe como um dos efeitos da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Diante disso, a sentença penal condenatória transitada em julgado representa título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, inc. II, do Código de Processo Civil²⁰, estando legitimado à sua

¹⁸ SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença ...* Op. cit., p. 484.

¹⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁰ Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)

execução o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros, havendo somente a necessidade de liquidação para apuração do *quantum* devido (art. 63, do CPP²¹).

O Ministério Público possui legitimidade extraordinária²² à propositura da ação civil reparatória ou para a execução da sentença penal condenatória, nos termos do art. 68, do Código de Processo Penal²³, desde que o titular do direito seja pessoa pobre e requeira expressamente àquele órgão a adoção de uma das medidas judiciais possíveis. Destarte, há divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de a defensoria pública, legalmente constituída, substituir o *parquet* nesta atuação. VICENTE SILVA²⁴ entende não haver irregularidade ou ilegalidade na atuação da defensoria em tais casos, porquanto sua função é justamente atender àqueles desprovidos de condições econômicas para constituir defensor.

Sobre a matéria, PACELLI explica:

O Ministério Público não detém legitimidade para o ingresso de reparações civis (art. 68, CPP), diante da criação e estruturação das defensorias públicas da União e dos Estados. A se seguir orientação da Suprema Corte, no sentido de que a inconstitucionalidade (*rectius*: a revogação) do art. 68, CPP, seria *progressiva*, a depender do efetivo funcionamento das defensorias públicas nos Estados, poderia o Ministério Público pleitear a reparação civil do dano causado pela infração penal, desde que ingressasse com pedido nesse sentido, na peça acusatória e apenas nos locais onde não houvesse ainda tais instituições (defensorias).²⁵

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu:

“No contexto da Constituição Federal de 1988, a atribuição dada ao Ministério Público para promover a ação civil de reparação de danos *ex delicto*, quando for pobre o titular da pretensão, foi transferida para a Defensoria Pública; porém, se este órgão ainda não foi implementado, nos moldes do art. 134 da Carta Política e da LC 80/94, inviabilizando, assim, a transferência constitucional de atribuições, o art. 68 do Código de Processo

²¹ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

²² Em sentido contrário – SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal*: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2012, p. 295.

²³ Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

²⁴ SILVA, Jorge Vicente. *Manual da sentença...* Op. cit., p. 417.

²⁵ PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. até fevereiro de 2013. São Paulo: Atlas, 2013, p. 798.

Penal, que legitima o *Parquet* para promover pleito indenizatório, será considerado ainda vigente” (RE 147.776-SP, 1ª. T., rel. Sepúlveda Pertence, 19.05.1998, v.u., RT 755/169)

4.1 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

Trata-se de ação ajuizada pelo ofendido, na esfera cível, para obter indenização pelo dano causado pelo delito, quando existente (há crimes que não geram prejuízos, passíveis de indenização, a exemplo dos crimes de perigo).

O Código de Processo Penal disciplina a relação entre a ação civil *ex delicto* e a ação penal. Embora o título sugira o regramento de uma “ação”, na realidade o Código de Processo Penal trata dos efeitos civis da sentença penal condenatória, não regulamentando a lei processual penal a ação a ser proposta no juízo cível, tendo por causa de pedir o fato criminoso.

A análise da denominada ação civil *ex delicto* envolve, como já se percebeu, uma análise interdisciplinar, posto que tem regulação em diferentes diplomas. O Código Penal, no Capítulo VI do Título III, trata dos efeitos da condenação (art. 91 e s.). O Código de Processo Penal dedica o Título IV à Ação Civil (art. 63 e s.). Na esfera civil, o Código de Processo Civil dispõe que a sentença penal condenatória transitada em julgado constitui título executivo judicial (art. 475-N, II). Outrossim, o Código Civil trata da matéria dos atos ilícitos no art. 186 e ss., bem cômodas obrigações de indenizar no art. 927 e s.

O dano pode ser material ou moral, ambos sujeitos a indenização, ainda que cumulativa:

Tem um sentido amplo a reparação do dano provocado pelo crime, implicando não somente restituição da coisa – quando for possível -, mas também pagamento do prejuízo causado, abrangendo os lucros cessantes. Lembremos, ainda, que há prejuízos que não podem ser quantificados em dinheiro, pela falta de correspondência ao patrimônio, merecendo, então, que a indenização se dê pelo dano moral causado.²⁶

Pois bem. Aqui, portanto, transitada em julgado e tornando-se, com isso, definitiva, pode a sentença ser levada ao juízo cível para que a vítima obtenha a reparação do dano, conforme o art. 63, do Código de Processo Penal:

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 237.

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Feito isto, não mais se discutirá se o ressarcimento é devido (*an debeatur*), mas tão somente o quanto é devido pelo réu (*quantum debeatur*). Assim, facilita-se o processo, impedindo o reinício da discussão em torno da culpa, debatendo-se somente o valor da indenização, o que é justo, pois o retorno da discussão a respeito da existência de crime ou não causaria desprestígio da Justiça.²⁷

Nada obstante a predominância do entendimento de que no Código de Processo Penal Brasileiro vigorava o sistema da independência, importa vincar que o art. 63 do CPP (antes da reforma de 2008) sugeria que se adotasse o sistema da solidariedade. Contudo, o art. 64, ao dispor que “*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*”, mostrava claramente que o sistema adotado foi o da independência, embora com a particularidade de a sentença penal já conferir à vítima um título executivo judicial, porém ilíquido. Era, como explicado alhures, um sistema de independência mitigado ou atenuado.

No entretanto, a Lei 11719/2008 trouxe alterações que promoveram uma maior aproximação com o sistema da solidariedade, na medida em que acrescentou o parágrafo único ao art. 63 (“*transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso iv do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido*”), assim como deu nova redação ao inciso IV, do art. 387, prevendo que o juiz, ao proferir sentença condenatória, **fixará um valor mínimo** a título de reparação de danos.

Com isso em linha de conta, a sentença penal condenatória poderá tornar-se título executivo líquido, ainda que parcialmente²⁸. Sobre a questão, NUCCI posiciona-se a favor do sistema da solidariedade:

²⁷ Ibidem, p. 236.

²⁸ Tal procedimento já tinha previsão no caso dos crimes ambientais, posto que o art. 20 da Lei 9605/1998 dispunha que a sentença penal condenatória fixaria um valor mínimo da reparação do dano.

Apesar da consagração da separação, prevalece a justiça penal sobre a civil, quando se tratar da indenização de crime e aquela julgar que inexistiu o fato ou tiver afastado a autoria. É tempo, no entanto, de repensar esse sistema, permitindo-se que o juiz, na esfera penal, possa estabelecer, no mesmo processo onde há a condenação, a indenização civil completa e necessária à vítima. Privilegiar-se-ia a economia processual, protegendo-se com maior eficácia o ofendido e evitando-se que este, cético com a lentidão e o alto custo da Justiça brasileira, prefira o prejuízo à ação civil *ex delicto*.²⁹

Segundo BADARÓ, não há cumulação obrigatória ou facultativa, sendo que a vítima que optar por promover a ação de reparação terá de fazê-lo perante o juízo cível.³⁰ Nesse caso, a Lei Processual Penal concedeu ao juiz a faculdade de suspender o julgamento definitivo da ação civil até que se finde a ação penal (parágrafo único, art. 64, CPP³¹), sem prejuízo da antecipação da tutela (art. 273, CPC). Não há consenso na doutrina a esse respeito, prevalecendo o entendimento de que a suspensão é facultativa.

LOPES JUNIOR³² entende que “*não há que se pensar numa regra absoluta (até porque tudo é relativo, desde Einstein, ainda mais numa sociedade complexa como a nossa...), que imponha um dever de suspender o feito*”. E finaliza afirmando que “*há que se considerar a especificidade de cada caso, a fase processual em que cada um deles se encontra, eventuais prejuízos irreparáveis para a vítima etc*”.

Os que coadunam de ideia contrária argumentam que a suspensão deve ser obrigatória a fim de evitar decisões contraditórias e irreconciliáveis. Nesse sentido:

Por cautela, o parágrafo único do referido artigo preceitua que, proposta a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta até o julgamento definitivo daquela. Pensamos que o melhor caminho será sempre a suspensão da demanda civil, aguardando-se o término da penal, a fim de evitar decisões conflitantes. Seria indesejável que o juiz cível condene alguém a indenizar outrem pela prática de um delito quando, na esfera penal, está-se julgando inexistente o fato, por exemplo.³³

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo...* Op. cit., p. 234.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Processo Penal...* Op. cit., p. 137.

³¹ Art. 64 (...) Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

³² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 406.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo...* Op. cit., p. 238.

Em qualquer caso, a suspensão do processo cível não poderá exceder o prazo de 1 ano, nos termos do art. 265, IV, § 5º, do CPC³⁴.

4.2 RESPONSÁVEL CIVIL E A SENTENÇA CONDENATÓRIA

Questão alvo de debates no campo dos efeitos civis da sentença penal condenatória é a possibilidade de o responsável civil que não tomou parte no processo criminal, sofrer execução civil com base na condenação penal de terceira pessoa.

Há quem sustente que sim, posto que o art. 64 prevê a hipótese de se utilizar o título formado “*contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil*”.

O art. 932, III, do Código Civil dispõe, dentre os casos de responsabilidade civil por atos de terceiros, a responsabilidade do empregador por atos do empregado, quando praticado no exercício da atividade profissional. Nesse caso, o título executivo perante o empregador seria a sentença civil condenatória.

Todavia, não se afigura correto, do prisma do devido processo legal, que aquele que não participou da ação penal sofra uma execução civil com base no título executivo judicial, decorrente da sentença penal condenatória. Assim, a vítima de um ilícito penal praticado pelo empregado de alguém, no exercício de sua função, não pode valer-se da decisão para exigir, no juízo cível, indenização do empregador, devendo a ação ser intentada contra ao próprio autor do delito. Caso prefira ou necessite ingressar contra o patrão, deve mover ação de conhecimento, permitindo, deste modo, a ampla defesa.

Ademais, nesse contexto, o Código de Processo Civil, além de conferir à sentença penal condenatória caráter de título executivo (art. 475-N, II), atribuiu a legitimidade passiva da execução ao devedor “reconhecido como tal no título executivo” (art. 568, I). BADARÓ explica que uma vez que o responsável civil não participa do processo penal e não configura na sentença penal, será parte ilegítima para a execução civil da sentença. Neste caso, realizada a execução em face do

³⁴ Art. 265. Suspende-se o processo: (...) VI - nos demais casos, que este Código regula. (...) § 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo.

responsável civil que não foi parte no processo penal, diante da sistemática do processo de execução resultante das alterações promovidas pela Lei 11232/2005, a defesa do executado se dará através e impugnação, tendo como fundamento a falta de citação no processo – no caso, a ação penal – que deu origem ao título executivo (art.475 –L, I, CPC).³⁵

Sobre o ponto em estudo, NUCCI reputa tais obstáculos ao sistema de separação das jurisdições, sublinhando que se o juiz penal pudesse decidir acerca da responsabilidade civil em conjunto com a penal, no caso do empregador, este poderia ser chamado a integrar a ação penal, assim desejando, tornando possível a condenação a quem efetivamente possa indenizar o dano causado. E arremata:

Para evitar, no entanto, conflitos indesejáveis, a ação de conhecimento, movida na esfera cível, contra o patrão – ou outro responsável civil qualquer – deveria ter estreito âmbito de discussão, pois a culpa do referido responsável civil atualmente é objetiva, não mais se admitindo debate em torno da culpa *in vigilando* (se o patrão exerceu ou não corretamente seu poder de fiscalização sobre o empregado) ou *in eligendo* (se o patrão escolheu bem ou não seu funcionário). Restaria discutir se havia ou não relação de emprego entre o autor do crime (funcionário) e o réu na ação civil (patrão); poder-se-ia, ainda, debater se o empregado estava, no momento do crime, exercendo atividade particular – o que eximiria seu patrão de qualquer responsabilidade. No caso de outros responsáveis (pais, tutores, curadores, donos de hotéis e similares, participantes nos produtos de crime) dever-se-ia observar a mesma estreiteza na discussão da causa cível. Abrindo-se ampla possibilidade de prova e revolvendo-se a culpa do empregado (filho, tutelado, curatelado etc.), pode-se gerar a inconveniente disparidade de decisões.³⁶

No mesmo sentido é o magistério de TOURINHO FILHO:

Se fosse possível a reabertura dessa discussão, haveria possibilidade de decisões contrastantes, criando uma situação de contundente extravagância. Ademais, a balbúrdia seria inominável, uma vez que, por via oblíqua, poderia o juízo cível afrontar o decidido no criminal, tanto mais quanto o art. 935 do Código Civil veda discussão a respeito. Haveria, assim, uma revisão criminal *sui generis*, na primeira instância, e, o que é pior, no juízo cível (...). Desse modo, para que se evitassem situações desastrosas como esta, o legislador teria que optar por uma dessas soluções: a) aquela estampada no art. 935 do Código Civil; e b) permitir a intervenção do responsável civil no processo criminal, à semelhança do que se dá no Direito argentino, Direito italiano (CPP, de 1930 e de 1988), Direito francês, Direito português (CPP de 1988).³⁷

³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Processo Penal...* Op. cit., p. 139.

³⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo...* Op. cit., p. 239.

³⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. v.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 156.

E ainda:

[...] tem prevalecido, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, que o título executivo formado com a sentença penal condenatória confere legitimidade passiva para a ação executiva apenas ao ofensor, ou seja, aquele que foi parte na ação penal. Quanto à apuração da responsabilidade civil indireta (patrão por ato do empregado, a título de exemplo), necessário nova ação civil de conhecimento.³⁸

Admitir, portanto, a execução da sentença penal condenatória contra o responsável civil (no caso aqui exemplificado, o empregador), viola a garantia constitucional do contraditório, porquanto somente quem foi parte, exercendo em plenitude sua defesa, formulando suas alegações, produzindo provas do alegado e influenciando o convencimento do juiz, poderá ser submetido, de forma imutável, aos efeitos da sentença.

4.3 EFEITOS CIVIS DA ABSOLVIÇÃO PENAL E EXCLUDENTES DE ILICITUDE

Sabe-se que a execução exige uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Sem ela, não há se falar em execução, situação na qual se estaria diante de uma sentença penal absolutória ou declaratória da extinção da punibilidade. Desta forma, quanto à produção de efeitos, necessário se faz distingui-las, analisando-se os casos em que, encerrado o processo penal a parte interessada poderia ajuizar ação de execução ou ação de indenização.

A sentença declaratória de extinção da punibilidade não produz efeito na esfera cível, não constituindo um título que lá possa ser executado. No entanto, não impede a pretensão indenizatória, por meio de ação ordinária, como dispõe o art. 67,II, do CPP: “*Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; (...)*”.

Quanto à sentença penal absolutória, a possibilidade de ação indenizatória dependerá do fundamento da absolvição. Vejamos o art. 386, do CPP:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração pena; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir

³⁸ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 75.

prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Pois bem, quando a absolvição for fundamentada no inciso I, não poderá a vítima demandá-lo na esfera cível, em razão do disposto no art. 66, do CPP: “*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*”.

A hipótese de absolvição por estar provada a inexistência do fato refere-se à inexistência no mundo fenomênico, ou seja, o fato não ocorreu no mundo da natureza. Tendo sido decidido no juízo penal pela não ocorrência do fato, não caberá alegação em sede civil, em ação de reparação de dano³⁹. Faz, portanto, coisa julgada cível⁴⁰ – posto que um fato não pode, categoricamente, não existir e existir ao mesmo tempo⁴¹ – incidindo aqui também a parte final do art. 935, do CC: “[...] não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

O objetivo aqui, como sublinha LOPES JUNIOR, “é a busca pela coerência, lógica e credibilidade do sistema jurídico, impedindo decisões com tamanha contrariedade”⁴².

Situação diversa ocorre na hipótese do art. 386, inc. II, na qual não há afirmação categórica na inexistência do fato, mas dúvida, diante da insuficiência de provas a ensejar a condenação na esfera penal, caso em que pode ser perfeitamente válida e suficiente para o processo civil. Isso porque a prova, no processo penal, fora escassa para derrubar os corolários da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, mas é mais do que satisfatória para a procedência do pedido do autor. Não produz, desse modo, coisa julgada cível.

Com relação ao art. 386, inc. III, necessário se ter em conta que nem todo ato danoso atinge um bem jurídico-penal, pois configuram diferentes âmbitos de proteção. Uma conduta penalmente atípica pode constituir um ato ilícito para o Direito Civil, nem que seja a título de dano moral. É o que dispõe o art. 67, III, do CPP: “*Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: III - a sentença*

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Processo Penal...* Op. cit., p. 142.

⁴⁰ O que significa que não poderá ser novamente discutida, pois a decisão é imutável.

⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual...* Op. cit., p. 408

⁴² Idem.

absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.” Não faz, portanto, coisa julgada cível.

Quanto ao art. 386, inc. IV, tem-se situação semelhante àquela do inc. I. A absolvição na ação penal por estar provado que o réu não concorreu para a infração obsta a ação de indenização, pois tal decisão faz coisa julgada na esfera cível, impedindo mais discussão sobre o caso. Não há como um sujeito não ser considerado autor de um crime no processo criminal, mas sê-lo considerado no cível (pelo mesmo fato).

Já o inc. V, do art. 386, traz situação contrária, visto que a questão aqui, mais uma vez, é a prova insuficiente para o juízo penal condenatório, para demonstrar que o réu concorreu para a infração. Assim, diante da fragilidade da prova de autoria/participação, e da exigência probatória do processo penal, tal decisão não impede a pretensão indenizatória civil, não fazendo coisa julgada.

O inciso VI, do art. 386, por sua vez, viabiliza a absolvição pela existência de circunstâncias que excluem o crime ou isentam o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre a sua existência. Nessa hipótese, o art. 65, do CPP, estabelece como regra geral o impedimento da pretensão indenizatória na esfera cível: *“Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”*.

Nesse contexto, o art. 188, do Código Civil, dispõe que *“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, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo”*. A princípio, portanto, reconhecida alguma das excludentes elencadas no art. 23, do Código Penal, não cabe ao juiz civil discutir a respeito. E mais: quanto à pessoa contra quem valeu-se alguém do exercício de direito ou do sujeito contra o qual valeu-se alguém do estrito cumprimento do dever legal, inexistente direito à reparação do dano⁴³.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo...* Op. cit., p. 241.

Todavia, LOPES JUNIOR esclarece que existem duas relevantes exceções a esta regra: a) estado de necessidade agressivo (arts. 929 e 930 do Código Civil⁴⁴) e b) legítima defesa real e *aberratio ictus* (art. 73, do Código Penal⁴⁵). A primeira refere-se:

a uma situação de perigo em que é sacrificado o bem de um terceiro, diverso daquele causador do perigo. Como exemplo de estado de necessidade agressivo, podemos pensar numa situação em que “A”, para defender-se de uma situação de perigo causada por “B”, acaba sacrificando um bem de “C”. Logo, poderá ser absolvido no processo penal e condenado na esfera cível (ação de indenização), tendo, porém, direito regressivo contra “B”.⁴⁶

Já a segunda hipótese

é o caso em que “A” agride injustamente “B”, que para se defender atira e vem a ferir “C”. Nesse caso “B” poderá ser absolvido na esfera penal, mas isso não impede a ação indenizatória a ser ajuizada por “C”, cabendo, em caso de condenação, direito de regresso conta “A”.⁴⁷

Com relação às discriminantes putativas⁴⁸, tem-se que a decisão que as reconhece igualmente não faz coisa julgada na esfera cível, não prejudicando, assim, eventual indenização, porquanto tal figura é essencialmente penal. Isso ocorre porque o art. 65 do CPP não faz referência a elas, não sendo lógica qualquer argumentação no sentido de estender os efeitos da coisa julgada, por analogia.

⁴⁴ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado. Parágrafo único. A mesma ação competirá contra aquele em defesa de quem se causou o dano (art. 188, inciso I).

⁴⁵ Erro na execução - Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual...* Op. cit., p. 409.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ “(...) há no art. 24, CP, uma ressalva quanto à impossibilidade de alegação do estado de necessidade para aquele que tem o dever, jurídico, de enfrentar o perigo (§1º, art. 24, CP). Assim, parece-nos, a exclusão do art. 24, CP, foi mera opção técnica, dado que a eventual aplicação do citado art. 24, §1º, e § 2º, CP, implicaria a condenação e não a absolvição do réu. Por isso, limitar-se o dispositivo às hipóteses de efetiva aplicação das aludidas excludentes (estado de necessidade e legítima defesa). De outro lado, acreditamos que também a legítima defesa putativa pode prestar-se à absolvição, mas não, todavia, com fundamento no art. 386, VI, e, sim, como hipótese de erro na discriminante putativa, segundo a qual o agente, supondo existente situação ou circunstância que tornaria legítima a sua ação (legítima defesa putativa, portanto) realiza fato típico (art. 20, § 1º, CP). Se escusável o erro, absolve-se; se inescusável, aplica-se a pena do crime culposo, se previsto em lei.” (PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários...* Op. cit., p. 791)

Finalmente, a absolvição fundada no art. 386, VII, não obsta a propositura da ação indenizatória, por tratar-se, novamente, de questão que se situa no maior nível de exigência probatória no processo penal, de modo que a mesma prova reputada insuficiente para a condenação criminal pode ser mais do que suficiente para a condenação cível.

Há, ainda, um ultimo ponto relevante, que são os casos de absolvição sumária do réu, nos termos do art. 397, do CPP⁴⁹. Mais uma vez, a possibilidade de propositura de ação indenizatória vai depender do fundamento. Com relação ao inciso I (excludente de ilicitude), a regra geral é que faz coisa julgada civil, impedindo a pretensão de reparação, como determina art. 65, do CPP. Nada obstante, aplicam-se aqui as duas exceções supracitadas (estado de necessidade agressivo e legítima defesa real e *aberratio ictus*), podendo, nesses casos, a vítima postular no juízo cível o valor dos danos.

O inciso II, caso em há a presença de alguma excludente de culpabilidade – salvo inimizabilidade - não impede a propositura da ação civil. Os incisos III e IV, igualmente, não obstem a ação indenizatória, conforme determina o art. 67, II e III, do CPP.

Importa inferir, por derradeiro, esclarecimento sobre a vinculação da absolvição e o exercício do contraditório. BADARÓ explica:

no tocante aos limites objetivos, a coisa julgada, normalmente, apenas atinge o dispositivo da sentença (CPC, art. 469). Excepcionalmente, a coisa julgada alcança o que Liebman denominou “eficácia anormal da sentença penal”, isto é “uma eficácia, vinculante para o juiz cível, da decisão proferida pelo juiz penal, sobre algumas questões de fato e de direito, que são comuns ao processo penal e ao conexo processo civil”. É o que ocorre, por exemplo, nos casos em que determinado fundamento absolutório, como a inexistência do fato, impede a propositura da ação civil (CPP, art. 66). O mesmo se diga relativamente à extensão da coisa julgada penal ao campo civil no caso de excludentes de ilicitude (CPP, art. 65).⁵⁰

⁴⁹ Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV - extinta a punibilidade do agente.

⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Processo Penal...* Op. cit., p. 145.

Desta maneira, a ampliação do limite objetivo não pode atingir terceiros que não foram parte do processo, mesmo em casos de “eficácia anormal”, em conformidade com a parêmia constitucional do contraditório (art. 472, CPC).

Impor a imutabilidade da sentença absolutória a quem não participou do processo viola os limites subjetivos da coisa julgada, diante do que a sua extensão, à vítima do delito – como preceituam os artigos 935, parte final, do CC, e 66, do CPP – é incompatível com a garantia constitucional do contraditório.

4.4 DA SENTENÇA CONCESSIVA DE PERDÃO JUDICIAL E DA REVISÃO CRIMINAL

Quanto ao perdão judicial, NUCCI preleciona que se trata de decisão de natureza condenatória, “pois não se perdoa quem é inocente, mas sim aquele que é culpado, embora não mereça sofrer imposição de pena”⁵¹. Pode ser executada como título no cível, portanto. Contudo, está em vigor a súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça, considerando-a meramente declaratória, sem qualquer efeito condenatório. Desta forma, para quem optar por seguir fielmente o disposto na referida súmula, a indenização dependerá de nova discussão acerca da culpa do réu – beneficiário do perdão judicial – na esfera cível.

No caso de decisão condenatória transitada em julgado contra a qual tenha-se ajuizado revisão criminal, e julgada esta procedente, seja com a absolvição do réu ou declaração de nulidade do processo, haverá a extinção do título executivo judicial – consistente na sentença penal condenatória.

Com efeito, tal situação pode ocorrer i) antes do início do cumprimento da sentença; ii) durante o cumprimento da sentença e iii) após o cumprimento da sentença. No primeiro caso, ainda não iniciada a execução, não mais poderá ser pleiteada indenização, pois faltará o título executivo (art. 586, CPC); caso já esteja em curso o cumprimento da sentença, haverá impossibilidade de continuação, devendo o juiz extingui-la por inexigibilidade do título; por derradeiro, se já houve cumprimento da sentença e já foi paga a indenização, caberá pedido de indenização

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo...* Op. cit., p. 236.

contra o Estado – uma vez que não houve processo de conhecimento para apurar a culpa no âmbito cível – que poderá ser feito na própria revisão criminal (art. 630, *caput*, CPP⁵²).

5. DA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/2008

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E OBJETIVO

Do estudado nos capítulos anteriores, vislumbra-se uma crescente preocupação com a vítima do delito, antes “carente” no que tange ao amparo legal necessário à reparação dos danos por ela sofridos. E é nesse contexto de justiça restaurativa que o legislador, através da Lei 11.719/08, trouxe uma significativa mudança para o sistema processual penal, quando estabeleceu como requisito essencial da sentença condenatória, a fixação de valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, tendo em consideração os prejuízos causados ao ofendido – art. 387, IV, do Código de Processo Penal.

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008)
(...)
IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Nosso sistema normativo, como já esclarecido, mesmo antes da alteração advinda com a Lei 11.719/08, previa que a sentença criminal, além de definir a responsabilidade penal, tornava certa, igualmente, a responsabilidade civil. A modificação realizada foi apenas para deixar expresso que, a partir de sua vigência,

⁵² Art. 630. O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos. § 1º Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça. § 2º A indenização não será devida: a) se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder; b) se a acusação houver sido meramente privada.

sendo a sentença criminal condenatória, em seu conteúdo, deve constar, obrigatoriamente, um valor mínimo para o ressarcimento do dano ocasionado. Ou seja, agora se impõe que, em relação à condenação cível, a sentença tenha um mínimo de liquidez. Portanto, a sentença penal que era a esse respeito, ilíquida, agora terá de ser, necessariamente, ao menos em parte, líquida.⁵³

Com efeito, o objetivo da reforma em tela tem como escopo principal a demora em alcançar a vítima indenização, agravada pela necessidade de um processo de liquidação, posto que a sentença penal tinha como característica a total iliquidez. A ideia, como pontua, NUCCI, é de

(...) claramente, tornar mais célere a reparação do dano para o lesado, uma vez que, estando fixado o patamar mínimo do dano, não haverá necessidade de processo civil de liquidação (Exposição de Motivos, Diário da Câmara dos Deputados, 21-03-01, p. 9510). O inc. IV do art. 387 faz menção ao valor *mínimo* e o parágrafo único estabelece que a liquidação *poderá* ser efetuada com base naquele valor, sem prejuízo da liquidação *para a apuração do dano efetivamente sofrido*. Parece claro, então, que o sentido da regra é tornar mais ágil a reparação, mas sem atrasar o andamento da ação penal. Quer dizer, havendo dados nos autos da ação penal que permitam a fixação do valor mínimo do dano, assim se fará.

Tal medida, informada pela redescoberta da vítima, vai no sentido do *sistema de adesão*⁵⁴, devendo ser lido em conjunto com o parágrafo único introduzido no art. 63, que autoriza a execução imediata da sentença condenatória pelo valor fixado, sem necessidade de liquidação⁵⁵. Aqui, há a questão dos limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, como no caso de o juiz aplicar o valor, na sentença penal condenatória, a menor do que o devido à vítima. Nesse caso, poderá ela a) apelar no juízo criminal ou b) propor nova liquidação no juízo cível, sendo apurado o montante do dano efetivamente sofrido.

⁵³ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica...* Op. cit., p. 294.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Reformas...* Op. cit., p. 285.

⁵⁵ Tal sistema já é utilizado por países como Alemanha, França, Itália e Portugal. Segundo ABREU E SILVA, “na legislação desses países, permite-se que a parte civil pleiteie a reparação de danos perpetrados em ilícito criminal, no processo penal ou no processo civil, por sua livre opção. Outorga-se, por meio de lei, competência cível ao juízo criminal para conciliar, homologar acordo ou julgar controvérsia civil, absolvendo ou condenando o acusado à sanção penal e civil, neste caso, arbitrando-se reparação integral dos danos materiais ou morais perpetrados pelo ilícito criminal, se for o caso.” (*in* Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 6-7).

FLAVIANE BARROS⁵⁶ explica que, da análise isolada do art. 387, inciso IV, pareceria que o Brasil modificou seu sistema da separação – entre o processo civil e o criminal – para a cumulação. Contudo, tal modificação não se operou, uma vez que a decisão sobre a indenização é tomada sem pedido prévio sobre a questão, seja do órgão de acusação ou da própria vítima.

Ressalte-se que o valor mínimo da indenização deve ser fixado de ofício pelo juiz, dependendo, desta forma, de decisão judicial expressa, consistindo em requisito da sentença, ao contrário do que acontecia no regime anterior – com o efeito civil de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91, I, CP), para o qual é irrelevante o juiz indicá-lo ou não.

A omissão do valor mínimo não tornará a sentença nula, mas poderá ensejar embargos declaratórios com vistas a saná-la, “devendo o juiz fazer constar o valor mínimo da indenização ou o motivo pelo qual deixa de fazê-lo, como, por exemplo, a inexistência de dano patrimonial ou a falta de informações a respeito”⁵⁷.

Assim, quando o magistrado não puder apontar, de forma precisa, o valor do prejuízo decorrente do ilícito penal, deve, a fim de evitar qualquer perda de direito dos sujeitos que não participaram do processo – tanto vítima quanto acusado, que não tomam parte da discussão no juízo penal -, ressaltar a impossibilidade na sentença. Com isso, o juiz possibilita que a vítima postule sua pretensão por meio de via cível adequada. Sendo o valor fixado a menor, pode a vítima, mesmo não figurando como parte no processo (assistente ou querelante), impugnar a decisão por meio de recurso, ou aguardar para discutir o valor na esfera civil (artigo 63, parágrafo único, CPP). Por outro lado, sendo o valor estipulado exorbitante, poderá o réu recorrer da decisão.⁵⁸

Quanto ao Ministério Público, tem-se que não possui legitimidade para propor recurso da sentença no que se refere ao valor definido a título de indenização à vítima, pelo fato de não representá-la no processo e de não ser afetado pela decisão. Porém, poderá recorrer da decisão no que se refere apenas à arguição de afronta ao princípio do devido processo legal.

⁵⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 116.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Reformas...* Op. cit., p. 285.

⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma...* Op. cit., p. 116-117.

Quanto à impugnação por meio de recurso, MENDONÇA⁵⁹ leciona que a questão da indenização civil deve ser objeto de capítulo próprio da sentença penal condenatória. Para ele, tal medida possui consequências práticas: caso o condenado ou a vítima entendam indevido o valor fixado para a indenização, poderá recorrer deste capítulo em específico, o que não impedirá, todavia, a expedição da guia definitiva de execução da pena quando houver trânsito em julgado do capítulo da sentença que trata da pena. É dizer: se condenado ou vítima não aceitarem o valor estipulado e recorrerem apenas deste capítulo da sentença, os demais capítulos, referentes ao aspecto penal, não precisarão aguardar o resultado final do recurso. Isto é relevante principalmente para fins de prescrição, pois caso o magistrado tenha que aguardar o trânsito em julgado de questão meramente civil para executar o capítulo da pena, haveria incentivo à impunidade, bem como iria de encontro à pretendida celeridade processual.

Por fim, o novo requisito da sentença é aplicável tanto a crimes previstos no CP quanto em leis especiais nada impedindo a sua aplicação também a delitos dotados de procedimentos específicos, de forma subsidiária. Não há necessidade de fixação do valor em questão em caso de condenação por crimes contra a ordem tributária, em razão da falta de interesse de agir. Isso se dá porque, nesse caso, o oferecimento de denúncia pressupõe a conclusão do procedimento administrativo-fiscal tributário e, via de consequência, a liquidez do valor da obrigação, configurando título executivo a partir da inscrição em dívida ativa da União.

5.2 NATUREZA E RETROATIVIDADE

Uma das primeiras questões surgidas após a entrada em vigor desse novo regramento legal refere-se à aplicação da lei no tempo, justamente por causa da discussão sobre a natureza do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

O Superior Tribunal de Justiça, em seus primeiros julgados sobre o tema, manifestou o entendimento de que se trata de norma processual penal, de aplicabilidade imediata, portanto, na sentença condenatória aos processos em

⁵⁹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma...* Op. cit., p. 237.

curso, desde que o julgamento ocorra após a entrada em vigor da Lei 11. 719/08. Vejamos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. ABUSO DE CONFIANÇA. CONFIGURAÇÃO. AGRAVANTE. CRIME COMETIDO CONTRA VÍTIMA COM MAIS DE 60ANOS. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. INCIDÊNCIA. NORMAPROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL EM CURSO. SENTENÇA PROFERIDA APÓS AVIGÊNCIA DA LEI 11.719/2008. RECURSO PROVIDO. (...) VI. A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, publicada em 23 de junho de 2008, entrou em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação. VII. No presente caso, na sentença, proferida em 10/09/2008, isto é, quando já vigente a norma em questão, o Juiz reconheceu a incidência da nova redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, fixando valor para reparação de danos causados pela infração. VIII. A norma de Direito Processual Penal se aplica imediatamente às sentenças proferidas após a sua entrada em vigor. Sendo assim, a norma do art. 387, IV, do CPP deve ser aplicada ao presente caso, em que a sentença condenatória foi proferida quando já vigente a lei que modificou os dispositivos da lei adjetiva penal. IX. Recurso provido, nos termos do voto do Relator. (STJ - REsp: 1208510 RS 2010/0166809-4, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 24/05/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2011)

PROCESSUAL PENAL. INDENIZAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CPP. APLICABILIDADE À AÇÃO PENAL EM CURSO QUANDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA FOR PROFERIDA EM DATA POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. 1. A regra estabelecida pelo art. 387, IV, do Código de Processo Penal, por ser de natureza processual, aplica-se a processos em curso. 2. Inexistindo nos autos elementos que permitam a fixação do valor, mesmo que mínimo, para reparação dos danos causados pela infração, o pedido de indenização civil não pode prosperar, sob pena de cerceamento de defesa. 3. Recurso especial conhecido, mas improvido. (STJ – Resp: 1176708 RS 2010/0010022-7, Relator: Ministro Sebastião Reis Junior, Data de Julgamento: 12/06/2012, T6 – SEXTA TURMA, Data da Publicação: DJe 20/06/2012)

A doutrina, por sua vez, diverge quanto a esse tema, dividindo-se entre os que entendem que a norma seja i) puramente processual ou ii) de natureza híbrida (penal e processual).

Para aqueles que entendem ser de natureza puramente processual penal, posição inicial firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, não haveria razão para falar-se em irretroatividade ou ultra-atividade. Não há conteúdo de ordem material, ou sequer cível. É o entendimento de SILVA JÚNIOR:

Isso porque, como se disse, a condenação quanto ao ressarcimento dos danos já era efeito da sentença penal condenatória, ademais de ser previsto no Código Civil. O que não havia era a exigência, na qualidade de requisito necessário, de que a sentença criminal, quanto à condenação no dever de indenizar, fosse líquida, pelo menos em relação ao valor mínimo. Não há, assim, nenhum empecilho para que, mesmo quanto aos crimes praticados

antes da vigência da Lei nº 11.719, de 2008, a sentença criminal, quando condenatória, fixe o valor mínimo para o ressarcimento dos danos.⁶⁰

PACELLI, igualmente, compreende que, “tratando-se de regra de natureza procedimental, a incidência é imediata, inclusive em relação aos feitos em curso”⁶¹.

Já para os que a concebem como sendo de natureza processual penal material (híbridas), fala-se em ultra-atividade do artigo alterado, não retroagindo a nova lei, porquanto mais gravosa, configurando exceção ao princípio da aplicação imediata da lei processual penal. Para esta corrente, nada obstante o caráter eminentemente processual de um dispositivo legal que estabeleça o conteúdo de uma sentença condenatória, o fato de a lei dispor, dentro dos requisitos da decisão, a questão da reparação do dano – de caráter indubitavelmente de direito material⁶² – torna a regência legal em análise norma processual penal material. É nesse sentido a ensinância de SCHMITT:

É norma jurídica de Direito Processual, pois trata da decisão final a ser proferida em um processo, sem, no entanto, deixar de ser uma norma de Direito Material, visto que também trata de matéria atinente a Direito Penal e Civil e ao próprio Direito Constitucional. Nessas condições, ditas normas não são puramente processuais (ou formais, técnicas), mas processuais penais materiais. Portanto, entendemos que a natureza processual de uma lei não depende do corpo de disposições em que esteja inserida, mas sim de seu conteúdo próprio, razão pela qual o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal terá incidência em relação àqueles agentes que praticaram a infração penal posteriormente à entrada em vigor da Lei nº 11.719/08, atentando-se para o disposto nos artigos 2º e 4º, ambos do Código Penal. Não é apenas o fato de uma norma estar contida em um Código de Processo Penal que a natureza será estritamente processual (e deva ser aplicada a regra do *tempus regit actum*).⁶³

LOPES JUNIOR, da mesma forma, sobre a fixação de valor mínimo a título de reparação de danos, aduz que “somente é cabível tal condenação em relação aos fatos ocorridos após a vigência da Lei 11.719/08 sob pena de ilegal atribuição de efeito retroativo a uma lei mais grave”⁶⁴.

Atualmente, é este o posicionamento majoritário dentro do Superior Tribunal de Justiça:

⁶⁰ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica...* Op. cit., p. 294-295.

⁶¹ PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ...* Op. cit., p. 798.

⁶² Vide art. 5º, XLV, CF; art. 91, CP; arts. 186, 927 e 932, CC.

⁶³ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença...* Op. cit., p. 490-491.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual...* Op. cit., p. 405.

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. IRRETROATIVIDADE. NORMA DE DIREITO MATERIAL. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. 1. A inovação legislativa introduzida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando que na sentença seja fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, ao contemplar norma de direito material mais rigorosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência, como no caso dos autos, em que a conduta delituosa ocorreu em 15/5/2003. 2. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, dada a natureza privada e exclusiva da vítima. 3. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1206635 RS 2010/0159376-0, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 02/10/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2012)

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. 1) ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSO E PACÍFICA DA RESFURTIVA. DESNECESSIDADE. 2) REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. NORMA DE DIREITO MATERIAL. IRRETROATIVIDADE. FIXAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PEDIDO DO OFENDIDO E OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão. É prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. 2. A inovação legislativa introduzida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV, do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitando que na sentença seja fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, ao contemplar norma de direito material mais rigorosa ao réu, não pode ser aplicada a fatos praticados antes de sua vigência, como no caso dos autos, em que a conduta delituosa ocorreu em 9/5/2006. 3. A permissão legal de cumulação de pretensão acusatória com a indenizatória não dispensa a existência de expresso pedido formulado pelo ofendido, dada a natureza privada e exclusiva da vítima. 4. A fixação da reparação civil mínima também não dispensa a participação do réu, sob pena de frontal violação ao seu direito ao contraditório e ampla defesa, na medida em que o autor da infração faz jus à manifestação sobre a pretensão indenizatória, que, se procedente, pesará em seu desfavor. 5. Recurso especial parcialmente provido para retirar da reprimenda a causa de diminuição de pena referente à tentativa. (STJ, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 02/10/2012, T5 - QUINTA TURMA)

Como se verifica o próprio Superior Tribunal de Justiça oscila em seu entendimento sobre a temática em exame.

5.3 DOS PONTOS CONTROVERTIDOS

5.3.1 Fixação do valor mínimo na sentença penal *ex officio*

Com a alteração do art. 387, inc. IV, CPP, a fixação do valor mínimo se dará, a teor da lei, de ofício, pelo magistrado, independentemente de requerimento por parte da vítima, sendo irrelevante, aqui, sua vontade, que, nada obstante, poderá ser exercida posteriormente, no momento da execução da sentença criminal para fins de reparação do dano. Desta forma, em se cuidando de interesse privado, o ajuizamento civil ou da ação de execução civil da sentença condenatória penal seguem dependendo da iniciativa da vítima, a não ser que seja pobre, caso em que as ações em questão poderão ser propostas pelo Ministério Público (cf. art. 68, CPP).⁶⁵

Pelo visto, o sistema de reparação não mudou em sua substância com a reforma, pois não inseriu a possibilidade de formulação de pedido de indenização no bojo do processo penal, seja pelo órgão de acusação ou querelante, seja pela vítima. Não sendo a reparação objeto de pedido, inclusive para limitar a atuação jurisdicional – nos termos do princípio da correlação ente o pedido e a sentença – surgem muitas discussões sobre o exercício do contraditório.

Pois bem. Parte da doutrina defende que a fixação do *quantum* indenizatório independe de pedido expresso da parte, sob o argumento de que constitui efeito automático de toda sentença penal condenatória transitada em julgado (art. 91, I, CP), sendo o mesmo raciocínio para o valor da indenização. Haveria um verdadeiro comando legal ao magistrado de fixar esse valor mínimo e que, não tendo elementos suficientes para tanto, deverá mencionar e fundamentar tal impossibilidade (a omissão ensejaria oposição de embargos de declaração). Nessa linha de pensamento, vejamos as seguintes opiniões:

De mais a mais, exigir, para condenação de dano patrimonial, a necessária participação no processo do ofendido, na qualidade de assistente, não se conforta com o ideário da justiça restaurativa. Como se trata de condenação na área civil, cuja responsabilidade é quantificada, em seu valor mínimo, como decorrência do ato ilícito apurado no seu aspecto criminal, o que é imprescindível propriamente é a oportunidade para que seja manifestada a defesa em relação a essa matéria. O princípio da ampla defesa, aqui, é mais restrito do que aquele atinente à matéria criminal.⁶⁶

⁶⁵ NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Reformas...* Op. cit., p. 286.

⁶⁶ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica...* Op. cit., p. 296.

TOURINHO FILHO, do mesmo modo, entende:

Não haverá necessidade de na denúncia ou queixa ser formulado pedido de condenação quanto à satisfação dos danos. Se constitui efeito civil da sentença penal condenatória tornar certa a obrigação de satisfazer o dano causado pela infração (art. 91, I, do CP e art. 63 do CPP), evidente que, se a sentença já fixa, embora minimamente, um valor certo e determinado, nada impede quanto a essa parte uma execução forçada. Não se pode dizer, a nosso juízo, que ao fixar esse mínimo do valor do dano tenha o Juiz penal julgado *ultra petitum*, mesmo porque é efeito de toda sentença penal condenatória transitada em julgado (dês que tenha havido um dano a reparar) tornar certa a obrigação do réu de satisfazê-lo.⁶⁷

Outrossim, MENDONÇA bem resume o posicionamento em tela:

É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou na queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo se aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresso de quem quer que seja. A única modificação que a reforma introduziu foi transmutar o título executivo, que antes era *ilíquido* e agora passa a ser *líquido*, ao menos em parte.⁶⁸

Nada obstante o entendimento de que se trata de efeito automático da sentença, diante do que não há necessidade de pedido prévio, os adeptos desta vertente (incluindo os acima citados) em sua grande maioria pregam ser fundamental a oportunização ao contraditório e à ampla defesa sobre o valor a ser fixado. Isso porque “não pode o magistrado, sem que o réu tenha se manifestado expressamente sobre o valor do dano, condená-lo, pois isto feriria o princípio do devido processo legal”⁶⁹.

PACELLI, por exemplo, entende o valor mínimo de reparação dos danos como mais um dos efeitos específicos da sentença penal condenatória - como acréscimo do quanto previsto no art. 91, I, Código Penal - no ponto que ali se estabelece ser efeito da sentença condenatória tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pela infração penal. Contudo, como nada se previu com relação ao

⁶⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código...* Op. cit., p. 257.

⁶⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma...* Op. cit., p. 232-233.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 233.

procedimento de eventual união de instâncias, surge a questão da ausência de pedido:

O que nos parece inteiramente problemático e insolúvel é o reconhecimento da natureza cível da verba mínima para a condenação criminal. (...) Com efeito, se o valor a ser fixado refere-se à reparação civil, há que se exigir a satisfação, no mínimo, das seguintes exigências (devido processo legal): (a) será preciso a apresentação formal de um pedido de condenação; (b) o referido pedido haverá que ser feito por seu titular (do direito à indenização).⁷⁰

O ideal, portanto, é que o magistrado, ao fixar o valor reparatório, determine que a defesa se manifeste, por meio de seu advogado, desde o início do processo (apresentação da resposta escrita).

Para a corrente doutrinária oposta, tais argumentos não parecem adequados, porquanto desconsideram importantes premissas do sistema acusatório, assim como o princípio da correlação ou congruência. Tal princípio consiste na ideia de imutabilidade absoluta de objeto no processo penal, o qual está essencial e necessariamente ligado à imputação formulada na pretensão processual penal. Essa rigidez advém da própria estrutura do sistema acusatório, no qual o magistrado é considerado mero espectador do processo, sem poderes de gestão sobre a prova e sem a possibilidade de incursão ao elemento objetivo da pretensão acusatória – seja para ampliá-la ou restringi-la. Deve, pois, haver uma identidade entre a decisão do juiz e aquilo que, sob o crivo do contraditório, foi produzido no processo.⁷¹

Nesse sentido:

[...] para que o juiz penal possa fixar um valor mínimo para reparação de danos na sentença, é fundamental que: exista um pedido expresso na inicial acusatória de condenação do réu ao pagamento de um valor mínimo para reparação dos danos causados, sob pena de flagrante violação do princípio da correlação; portanto, não poderá o juiz fixar um valor indenizatório se não houve pedido, sob pena de nulidade por incongruência da sentença; a questão da reparação dos danos deve ser submetida ao contraditório e assegurada a ampla defesa do réu;⁷²

Fala-se ainda em desrespeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, que não se observa apenas pela visão do acusado, mas, também, pela perspectiva da vítima, e a até mesmo para o Ministério Público. Não se olvide que a parte autora

⁷⁰ PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ...* Op. cit., p. 798.

⁷¹ SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença...* Op. cit., p.493.

⁷² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual...* Op. cit., p. 405

do processo penal é o *Parquet*, e não a vítima e seus dependentes, os quais, em regra, não participam do processo penal.

ABREU E SILVA, em obra específica sobre a reparação de danos na sentença condenatória, diz:

No campo do processo penal brasileiro, verifica-se que a Lei nº 11. 719/08 não prevê a ação civil, pedido de adesão da vítima e nem há previsão para formulação da pretensão indenizatória pela parte lesada, ao tempo em que a sentença criminal não dirime a controvérsia civil, situação que, d.m.v., contraria os princípios mais avançados do devido processo legal garantidos no CPC, como: limites objetivo e subjetivo da coisa julgada (artigos 467, 469, I,II e 472 do CPC), na síntese *res inter alios acta* e na Constituição da República de 1988 (direito de ação ou de petição e o princípio do devido processo legal – art. 5º, XXXIV, “a”, e XXXV, LIII e LV). Essa situação possibilitará recursos para os tribunais estaduais e superiores E. STJ e E. STF, tendo como consequência a frustração ou o retardo na efetividade dessa nova lei.⁷³

Assim, para que seja aplicada a reparação do dano, precisa a denúncia estabelecer, ainda que aproximadamente, o *quantum* indenizável, devendo, no decorrer do processo, fazer a parte interessada prova necessária e indispensável que embase sua pretensão de reparação do dano. Para mais, o ajuste da indenização precisa passar pelo crivo da ampla defesa, sob pena de violação da Carta Magna e de toda sistemática do processo vigente. Nesse sentido:

Decerto, é notoriamente ilegal a conduta de arbitramento dos danos, sem que as partes tenham oportunidade para dizer sobre o *quantum* a ser estabelecido. Há violação dos direitos tanto da vítima quanto do acusado, pois da mesma forma que um tem o direito de combater o pleito indenizatório, o outro necessita ter oportunidade de demonstrar o quanto deve receber, e as proporções dos danos experimentados.⁷⁴

Sobre a atuação do Ministério Público, SILVA JÚNIOR afirma não haver necessidade – embora seja recomendável - de se estipular na denúncia o valor da condenação cível mínima:

Isso porque a pretensão acusatória esboçada com o ajuizamento da denúncia abrange, igualmente, a condenação em quantia líquida, pelo menos em seu valor mínimo, dos eventuais prejuízos decorrentes da ação ilícita. A esse respeito, não raro, em processo de responsabilidade civil, a parte autora não traz, na petição inicial, nem muito menos a defesa, na contestação, faz considerações a um valor específico, mas, mesmo assim, nada impede, aliás, tudo recomenda, que o magistrado, tanto quanto

⁷³ ABREU E SILVA, Roberto de. *Sentença Condenatória...* Op. cit., p. 30-31.

⁷⁴ SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença...* Op. cit., p. 493.

possível, prolate sentença líquida. O que o juiz deve é, ao decidir pela admissibilidade da denúncia, sem prejuízo da determinação da citação, se for o caso, determinar a intimação do Ministério Público a fim de que ele, por meio de petição, especifique um valor mínimo para a condenação cível.⁷⁵

A saída plausível, aqui, seria aquela que traz desde o início da persecução criminal o debate acerca da reparação dos danos causados pelo delito. Assim, logo na denúncia o promotor de justiça, assim como o advogado na queixa-crime, deve trazer dentre os pedidos, aquele relacionado ao arbitramento do valor da indenização, relacionando, através das provas existentes, o montante que achar devido.

Ainda, o momento propício ao exercício do contraditório pelo acusado é a defesa preliminar, na qual, como dispõe o art. 396-A, do CPP, poderá alegar tudo que interessa a sua defesa, apresentando documentos e provas.

É este atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. ARTS. 226 E 228 DO CPP. REPARAÇÃO CIVIL MÍNIMA. ART. 387, IV, DO CPP. PEDIDO DO OFENDIDO OU DO ÓRGÃO MINISTERIAL. LEGALIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO PLEITEOU A FIXAÇÃO DE VALOR PARA A REPARAÇÃO DO DANO NA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. RESPEITADA A OPORTUNIDADE DE DEFESA AO RÉU. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 83/STJ. 1. A mais significativa inovação legislativa introduzida pela Lei n. 11.719/2008, que alterou a redação do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, possibilitou que na sentença fosse fixado valor mínimo para a reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido em razão da infração, a contemplar, portanto, norma de direito material mais rigorosa ao réu. 2. Para que seja fixado na sentença o início da reparação civil, com base no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deve haver pedido expresso do ofendido ou do Ministério Público e ser possibilitado o contraditório ao réu, sob pena de violação do princípio da ampla defesa. 3. O acórdão a quo considerou suficientes as provas acerca da identificação dos acusados e determinou, fundamentadamente, a autoria da conduta delituosa. A alteração de tal entendimento implica revolvimento fático-probatório, a atrair a incidência da Súmula 7/STJ. 4. Incidência da Súmula 83/STJ. 5. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 6. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1383261 DF 2013/0163456-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 17/10/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2013)

Com relação ao Supremo Tribunal Federal, embora ainda não haja decisões a respeito do tema, durante o julgamento do “mensalão” (AP 470), teceu o Ministro

⁷⁵ SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica...* Op. cit., p. 295.

Joaquim Barbosa breves considerações no sentido de que a aplicação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal independe de pedido expresso na petição inicial:

FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO - Deixo de fixar “valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração” (CPP, art. 387, IV, na redação dada pela Lei 11.719/2008, c/c o art. 63, parágrafo único), tendo em vista a inexistência de pedido formal nesse sentido, seja pelas pessoas que suportaram o prejuízo, seja pelo Ministério Público Federal (que somente apresentou tal pleito nas alegações finais), o que impossibilitou o exercício do contraditório e da ampla defesa especificamente sobre a fixação desse montante mínimo indenizatório. Nesse sentido, cito, apenas para ilustrar, Guilherme de Souza Nucci: *“admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa”* (Código de processo penal comentado, 11. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 742). Após o trânsito em julgado, dê-se ciência à Justiça Eleitoral e lance-se o nome do réu no rol dos culpados (CPP, art. 393, II).

Infere-se, de todo o exposto, que tal questão merece um acompanhamento mais aprofundado em nível jurisprudencial, aguardando-se melhor definição do entendimento a ser adotado pelos Tribunais Superiores.

Por derradeiro, vale destacar a opinião de alguns autores que acreditam que a solução para que a vítima possa perquirir adequadamente reparação de dano civil na esfera penal – posto que, como já dissemos, não é parte autora da ação penal – seria a adoção do processo de adesão, de *lege ferenda*, com base na experiência legislativa do direito comparado.

O pedido de adesão da vítima à ação penal constituiria instrumento de prevenção de incidentes processuais e de legitimação da ação civil no processo penal brasileiro, objetivando o acesso da vítima à reparação de danos civis causados pelo ilícito criminal. Para isso, outorgar-se-ia, através de lei federal, competência cível ao juiz criminal para proferir condenações civis de danos mediante a adesão da parte civil no processo penal, adesão esta facultativa, mediante pedido expresso.⁷⁶ Assim:

⁷⁶ ABREU E SILVA, Roberto de. *Sentença Condenatória...* Op. cit., p. 56-58.

Parece que para o total sucesso dessa empreitada torna-se necessária uma ampliação dos direitos do assistente no processo (CPP, arts. 268-273), o que pode ser alcançada por uma interpretação que compatibilize essa figura com o novo papel da vítima, ou mesmo – de *lege ferenda* – com a criação da figura do “autor cível”, para que este atenuie – com regulação procedimental própria – com ênfase na demonstração da existência do direito ao ressarcimento e também do valor, seguindo, a título de exemplo, o que ocorre no processo penal argentino: ‘o autor cível terá no processo a intervenção necessária para demonstrar a existência do fato delituoso e dos danos e prejuízos que lhe haja causado, e requerer as medidas cautelares e restituições, reparações e indenizações correspondentes’.⁷⁷

5.3.2 Do dano moral

Outro ponto de debate e divergência refere-se à possibilidade de fixação, a título indenizatório, de dano moral.

Aqueles que não aceitam sua fixação argumentam que, para haver indenização, é preciso que haja prejuízo patrimonial, ou dano que comporte uma reparação pecuniária.⁷⁸

NUCCI entende que não cabe ao juiz criminal a fixação do dano moral, “*muito embora cumuláveis as indenizações (STJ, Súmula 37), mas apenas daquele que esteja informado pelas peças de investigação que instruíram o oferecimento da denúncia, que será apenas o dano material*”.⁷⁹

Na mesma linha é a ensinança de PACELLI, para quem a reparação do dano só pode se dar mediante comprovação nos autos do prejuízo efetivamente causado. Aduz:

Parece-nos que a Lei não se reportou as danos de natureza moral, limitando-se àqueles valores relativos aos danos materiais, de fácil comprovação (do prejuízo) no processo. O arbitramento do dano moral implicaria: (a) a afirmação de tratar-se de verba indenizatória, isto é, de natureza civil; e (b) a necessidade de realização de todo o devido processo penal para a sua imposição, o que não parece ser o caso da citada Lei 11.719/08.⁸⁰

⁷⁷ SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós –reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 397

⁷⁸ ASSIS, Araken de. *Reparação do dano civil e sentença penal*. (opção brasileira). Ensaio Jurídico - O direito em revista, Rio de Janeiro, v. 1, p. 22

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza (org). *Reformas do...* Op. cit., p. 287.

⁸⁰ PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários...* Op. cit., p. 798.

Por outro lado, há quem entenda que o dano a ser reparado não se limita a natureza material, podendo ser inclusive moral e estético.⁸¹

SILVA JÚNIOR afirma que o legislador da nova lei, assim como os legisladores das leis anteriores, não fizeram qualquer distinção entre dano material e moral. Para ele, “nem poderia haver distinção na lei, sob pena de malferição ao que dispõe o inciso X do art. 5º da Constituição, que confere status de direito fundamental o direito a indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”. E arremata: “é mais natural que o pronunciamento criminal se dê, apenas, em relação ao ressarcimento quanto ao dano material. Porém, em alguns casos, como nos crimes contra a honra, a indenização deve ser de ordem moral”.⁸²

Idêntico é o pensamento de MENDONÇA, que complementa, afirmado:

O fato de o magistrado penal não estar acostumado a isso não pode ser fator para a restrição, até porque também inexistia a possibilidade de fixação de um dano quantificável e nem por isto se exclui a aplicação do dispositivo em análise. Ademais, excluir a fixação do dano moral é negar vigência ao dispositivo em análise a uma série de crimes que não trazem qualquer violação material, mas sim predominantemente moral, como nos casos dos crimes contra a honra.⁸³

TOURINHO FILHO⁸⁴, ao comentar sobre o tema, assevera que não enxerga razões para dúvida, posto que antes mesmo da Constituição Federal assegurar, no art. 5º, V, o “direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, e dispor, no inc. X, serem “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, a Suprema Corte já decidia: “A orientação da doutrina e da jurisprudência predominante, inclusive do STF, é a de que os dispositivos do Código Civil que regem a matéria prestam-se à confirmação de que está ínsita na lei civil a ideia do dano moral” (RT, 577/211).

⁸¹ Desse entendimento: SCHMITT, p. 496; SOUZA, p. 399.

⁸² SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica...* Op. cit., p.294.

⁸³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma...* Op. cit., p.236.

⁸⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código...* Op. cit., p. 263-264

6. CONCLUSÃO

O dispositivo que determina a fixação do valor da indenização – art. 387 inc. IV, do CPP - segue em termos claros o posicionamento defendido por Scarance Fernandes, de que a reparação do dano é “de relevância social, constituindo-se providência que extravasa o interesse individual da vítima”.⁸⁵

Nessa perspectiva, a reparação do dano como sanção penal decorre da sua visão como direito da sociedade, e não individual, justificando as mudanças promovidas pela Lei 11.719/08.

A demora em alcançar o ofendido a reparação do dano, agravada pela necessidade de um processo de liquidação - porquanto a sentença tinha como característica a total iliquidez – foram questões cruciais para reforma do art. 387, inc. IV, do Código de Processo Penal.

Nada obstante já houvesse no ordenamento jurídico disciplina sobre o ressarcimento do dano, viabilizado através da ação civil *ex delicto*, o legislador buscou tornar mais célere a resposta judicial tocantemente à responsabilidade civil, sempre com vistas a alcançar a tão sonhada economia processual. O título, que era ilícido, passou a ser líquido, ao menos em parte, na medida em que previu a possibilidade de o juiz fixar um valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito.

Assim, permite-se, atualmente, que a vítima ingresse no juízo cível com um valor pré-fixado pelo juiz criminal. Tal previsão, contudo, não obsta o ajuizamento da ação civil *ex delicto* pelo ofendido ou seus sucessores ou, ainda, da liquidação pela diferença a ser pleiteada.

Em suma, três situações podem ocorrer: 1) Sentença penal condenatória com trânsito em julgado – situação em que a sentença penal constitui um título executivo judicial na esfera cível, nos termos do art. 475-N, inc. II, do CPC, de modo que a parte interessada (vítima do delito ou seu representante legal) poderá ajuizar ação de execução na jurisdição cível. Tal procedimento poderá ser por quantia certa ou, caso o valor fixado seja insuficiente, deverá a vítima postular liquidação da sentença, sem que se discuta novamente a causa de pedir, mas somente o *quantum* a mais da indenização (cf. art. 63, *caput* e parágrafo único, do CPP); 2) Ação ordinária de

⁸⁵ SCARANCA FERNANDES, Antônio. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 164.

indenização – nesse caso, poderá o interessado ajuizar antes (no caso do erro médico, por exemplo, quando a vítima necessite recursos para custear seu tratamento), durante ou até mesmo depois de findo o processo penal uma ação de indenização na esfera cível (cf. art. 64, CPP). 3) Composição dos danos civis no juizado especial criminal – de acordo com o art. 74, da Lei 9.099/95, o acordo civil gera título executivo no juízo cível, além de extinguir a punibilidade na esfera penal.

Embora a intenção do legislador tenha sido beneficiar o ofendido, fato é que a reforma do Código de Processo Penal quanto à indenização do dano trouxe alguns percalços, pois não dispôs a respeito de procedimento a ser seguido. Questões como a natureza da norma, para efeitos de aplicação da lei penal no tempo; necessidade de pedido já na denúncia por parte do Ministério Público, ou possibilidade de manifestação da vítima; aplicação do princípio do contraditório; produção de provas relativas à extensão do dano; se é ele essencialmente material, ou se cabe dano moral, bem como quem será afetado por tal decisão.

Respostas surgem de diversas fontes, entendimentos fervilham nos tribunais, mas o tema ainda não foi pacificado. Independente disso, há que se ter sempre em mente, no momento da aplicação da norma, as parênticas constitucionais do contraditório e da ampla defesa, buscando harmonizá-las com a busca pela valorização da vítima.

7. BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

_____. *Reparação do dano civil e sentença penal* (opção brasileira). Ensaios Jurídicos - O direito em revista, Rio de Janeiro, v. 1, p. 350-359, 1996.

ABREU E SILVA, Roberto de. *Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique Rigui Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. "A sentença penal de acordo com as Leis de Reforma". In: NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Reforma do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: Comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 1, parte geral : (arts. 1º a 120)*. 15. ed. São. Paulo: Saraiva, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas do Processo Penal. Considerações Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Luis Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Marcellus Polastri. *Curso de Processo Penal*. V. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal: comentada por artigo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Curso Temático de Direito Processual Penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

NUCCI, Guilherme. *Código de Processo Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza (org.) *Reformas do Processo Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 17. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2013.

PACELLI, Eugenio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. até fevereiro de 2013. São Paulo: Atlas, 2013.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2000.

SANTOS, Leandro Galluzi dos. *As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma*. Coordenação: Maria Thereza Rocha de Assis Moura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCARANCE FERNANDES, Antônio. *O papel da vítima no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

SCHIMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória: Teoria e Prática*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

SILVA, Jorge Vicente. *Manual da sentença penal condenatória: requisitos e nulidades*. Curitiba: Juruá, 2003.

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. *Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Manual de processo penal constitucional: pós –reforma de 2008*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. *Curso de Direito Processual Penal*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*. v.1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta. *Comentários às recentes reformas do Código de Processo Penal e legislação extravagante correlata*. São Paulo: Método, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.