

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ISAIA NE COSTA PEREIRA

INDENIZAÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

NATAL/RN
2013

ISAIANE COSTA PEREIRA

INDENIZAÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

Trabalho de Conclusão de curso
apresentado ao Centro Universitário do
Rio Grande do Norte como requisito final
à obtenção do grau de especialista em
Direito Civil e Empresarial.

Orientadora: Profa. Mariana Tavares
de Melo

NATAL/RN
2013

ISAIANE COSTA PEREIRA

INDENIZAÇÃO CIVIL *EX-DELICTO*

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Especialização
em Direito do Centro Universitário do Rio
Grande do Norte como requisito final à
obtenção do título de especialista em
Direito Civil e Empresarial.

Aprovado em: ____/____/____

Profa. Mariana Tavares de Melo
Orientadora

Dedico este trabalho a Deus, princípio e fim de todas as coisas, pela fé, motivação e força que me dispensou, na conquista de mais um ideal; bem como, aos meus pais, alicerce da minha vida, pelo amor, dedicação e confiança que depositaram na minha vida, contribuindo para o alcance do meu sucesso; ao meu esposo, por me incentivar a conquistar um novo horizonte.

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, pela força e coragem durante toda esta longa caminhada.

Aos meus colegas de turma, aos professores e funcionários, que sempre contribuíram de acordo com suas possibilidades, que irão ficar sempre guardados no meu coração e na minha memória.

RESUMO

O presente trabalho vem traçar algumas considerações sobre a inovação jurídica que busca integrar em um único ato, a seara cível e criminal, no afã de dar mais celeridade aos atos processuais do Judiciário nacional, bem como facilitar o acesso à Justiça, permitindo o ressarcimento da vítima de crimes de um modo mais rápido e satisfatório. Aponta a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a ação civil de indenização decorrente da prática de crime, a chamada ação civil *ex delicto* (ou *actio civilis ex delicto*), ainda que sendo ponto de controvérsia na doutrina jurídica pátria. Discute, por meio de uma visão dialética de conhecimento, a importância de unir duas searas distintas do direito a fim de oportunizar a garantia de Justiça a todos que dela dependam, fazendo uma análise por intermédio da história, da doutrina clássica, no que tange ao instituto da indenização civil e a sua inserção no cotidiano das sentenças criminais. Observa que será possível satisfazer a vítima de um crime não somente indo além da pena condenatória, mas também pela condenação pecuniária, na qual o Estado juiz tem participação importante para a efetivação dessa reparação.

Palavras-chave: Ressarcimento. Indenização. Vítima.

ABSTRACT

The current work has the goal of outlining a few considerations concerning the integration of civil and criminal proceedings in one sole act, a legal innovation which would accelerate court proceedings, facilitate access to justice as well as lead to a faster and more satisfactory compensation for crime victims. One highlights the legitimacy of the Public Prosecutor's Office to file indemnification public civil lawsuits due to felony, the so-called civil action ex delicto (or *actio civilis ex delicto*), even if this issue raises controversy in the national legal doctrine. The work discusses the importance of uniting two distinct fields of law in order to guarantee justice for all those who need and depend on it. Furthermore, the study made use of a dialectic vision of knowledge and analysed classical doctrine throughout history, specifically in terms of the institute of civil compensation, as well as how it is inserted into everyday criminal sentencing. One observes that it is possible to satisfy a crime victim not only by applying penalties, but also by imposing pecuniary compensations, in which the state has an important role to judge the effectiveness of this repair

Keywords: Compensation. Indemnification. Victim.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	REPARAÇÃO DO DANO ATRAVÉS DOS TEMPOS	10
3	DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE	18
4	PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	19
4.1	O DANO	20...
4.2	A CONDUTA DANOSA	22
4.3	A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	22
5	EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	23
5.1	CULPA CONCORRENTE	23
5.2	CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR	24
5.3	CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....	25
5.4	EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO	25
5.5	ESTADO DE NECESSIDADE	26
5.6	LEGÍTIMA DEFESA	26
5.7	DA PRESCRIÇÃO	27
6	A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA CRIMINAL, CONVENIÊNCIA DE UMA SÓ INSTÂNCIA.	28
7	FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PELOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO PENAL	33
8	PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPARAÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	41
9	PROBLEMAS ENFRETTADOS PARA A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO <i>EX DELICTO</i>.....	51
9.1	DIFICULDADE NA COMPROVAÇÃO DO DANO E AS INCERTEZAS QUANTO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS.....	52
9.2	IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE UM VALOR INDENIZATÓRIO EXATO	53
9.3	DISCREPÂNCIAS OCASIONAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS	53

9.4	A FALTA DE EFEITO PUNITIVO EM RAZÃO DAS INDENIZAÇÕES REDUZIDAS.....	54
9.5	AUSÊNCIA DE PODER ECONÔMICO DOS INFRATORES.....	54
9.6	MEDO/IGNORÂNCIA DAS VÍTIMAS QUANTO A EXERCER SEUS DIREITOS.....	55
10	ASPECTOS PENAIS DA REPARAÇÃO DO DANO <i>EX DELICTO</i>.....	56
11	MEDIDAS ASSECUTÓRIAS A FIM DE GARANTIR A REPARAÇÃO DE DANOS	63
11.1	SEQUESTRO DE BENS	63
11.2	HIPOTECA LEGAL	64
11.3	ARRESTO	65
12	O PAPEL DA VÍTIMA E DO JUIZ NA REPARAÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	66
13	AS RAZÕES PÚBLICAS PARA A REPARAÇÃO DO DANO E A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO	69
14	CONCLUSÃO.....	73
	REFERÊNCIAS	77

1 INTRODUÇÃO

Esta monografia visa a traçar o instituto da reparação civil no âmbito da seara criminal, em busca de uma política internacional de proteção às vítimas de crimes. Faz algumas considerações sobre a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar a ação civil de indenização decorrente da prática de crime. Trata da ação civil *ex delicto* (ou *actio civilis ex delicto*), prevista no art. 68 do Código de Processo Penal (CPP), e pontuações acerca das dificuldades de realizar uma justiça restaurativa eficaz, quando se fala em delito e punição.

A matéria mostra-se consolidada no ordenamento pátrio e na jurisprudência, notadamente, a do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ressalta-se a existência de dúvida quanto àquele a quem deve ser dado o direito de requerer em juízo a ação civil no âmbito penal, bem como os alicerces legais para garantir uma reparação justa.

Alguns operadores do direito alegam que caberia apenas à Defensoria Pública, na ausência de advogado constituído pelo ofendido, o legitimado para ajuizar ou executar ação civil *ex delicto*. Nesse mister, tal posição é, neste estudo, combatida, defendendo-se a compatibilidade de o Ministério Público, por meio do perfil constitucional que lhe é garantido, ser legitimado nato a propor e executar ações dessa natureza, tanto por razões jurídicas, tais como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, quanto pragmáticas.

Pretender que só a Defensoria Pública possa manejar essa ação, hoje, equivaleria a deixar ao desamparo milhares de vítimas de crime em diversas localidades do Brasil afora, onde a instituição ainda não está implantada, ou não tenha condições de atender a essa demanda social.

Busca-se então, encaminhar o olhar para as vítimas dos delitos e não tão somente à visão punitiva do Estado-Juiz. Nesse sentido, a relevância do trabalho desenvolvido funda-se também em garantir às vítimas de crime uma sensação de reparação, muito além da própria pena cominada ao delito nos tribunais, e a reparação pecuniária e social, incluindo o Estado como corresponsável por essa reparação civil, por meio da criação de novas políticas de proteção às vítimas.

Verifica-se, após análise, neste estudo, que na seara penal a reparação civil

atinge o nível social por meio das penas advindas do direito público, unida aos preceitos do direito civil de reparação pessoal. Com isso, objetiva-se compensar as perdas da vítima e disciplinar o comportamento inaceitável do ofensor por meio do direito privado e do pagamento de indenizações.

A reparação civil *ex delicto* tem como finalidade tolher, punir e desestimular posturas humanas indignas para a manutenção da harmonia social, sendo então mais uma forma de proteção à sociedade. Vê-se que há uma razão de justiça na solução indenizatória, uma pretensão de devolver ao lesado a plenitude ou integralidade a qual gozava antes. Desse modo, procura-se pôr em prática sistema verdadeiramente novo de responsabilidade, que já se manifesta em alguns países como Nova Zelândia: um sistema de cobertura social de todos os danos, com base em fundos públicos e sem prejuízos das ações de regresso, em sua modalidade mais enérgica.

Para a realização do presente trabalho, consideraram-se as celeumas existentes na prática forense. O legislador, por vezes, cria e promulga leis que não têm seu sentido explícito, como também não esclarecem o modo de sua aplicação. Com isso, este estudo tem o embasamento teórico em trabalhos desenvolvidos por membros do Ministério Público de diversos estados do país, além de doutrinadores consagrados nas academias, tais que Carlos Roberto Gonçalves, José de Aguiar Dias, e Sérgio Cavaliere Filho, os quais tratam da matéria reparação civil. Assim, pretende-se estabelecer o elo entre prática e teoria para a aplicação eficaz de um novo ordenamento legal.

Por fim, o estudo propõe ações para que o Estado garanta às vítimas de crimes a devida reparação civil, participando do processo evolutivo de novas práticas que visem às garantias sociais e coletivas.

2 REPARAÇÃO DO DANO ATRAVÉS DOS TEMPOS

A reparação de danos não é assunto inovador no direito brasileiro, visto que a necessidade de se ver ressarcido por um dano é própria da qualidade humana, é lei da física, na qual toda ação tem uma reação igual ou equivalente. Nos primórdios da

humanidade, ainda que o dever de reparar fosse intrínseco à qualidade de indivíduo, participante de um meio coletivo, não se cogitava o fator culpa. O dano provocava a reação imediata, instintiva e brutal do ofendido. Não havia regras nem limitações. Não imperava ainda o direito, denominava-se ainda de vingança privada.

Com o passar dos anos, verificou-se que a vingança não era mais tão precisa, trazia mais dor e novas intenções de vingança, tornando-se assim um círculo vicioso que não teria fim. Além disso, de contrapartida começou-se a entender que se necessitava deixar uma contraprestação à vítima do dano, intenção essa que somente pôde ser colocada em prática com a criação da instituição conhecida por Estado. Essa entidade maior que tomava para si o dever de punir o ofensor.

O envolvimento do Estado nos casos em que há uma relação de dano foi fundamental para a história da humanidade. Tendo em vista que muitas vezes o ofendido era movido muito mais pela emoção do que pela razão, as punições quase sempre eram muito mais graves do que a própria ofensa. Com o desenvolvimento da sociedade, as regras de convivência foram se aperfeiçoando e ganhando *status* de verdadeiras normas jurídicas, o que contribuiu para que uma ordem fosse estabelecida. É de se ressaltar, contudo, que a evolução do instituto da responsabilidade civil foi lenta, porém contínua, fazendo-se necessário, além da criação de regramentos em si, a descoberta do modo de sua aplicação.

A primeira norma escrita, disciplinando a aplicação de penalidades àqueles que causaram danos é o Código de Hamurabi (Século XII a.C.), cuja titularidade é atribuída ao Rei Hamurabi, criador do império babilônico. Trata-se de uma das primeiras leis escritas de que se tem notícia. O Código foi gravado em uma pedra cilíndrica de diorito, descoberta em Susã, atual Irã, e conservada no museu do Louvre em Paris-França (FERNANDES; MARQUES, 1991).

Nesse diploma legal, assim podendo ser reconhecido, percebe-se claramente a ideia de que a punição deveria guardar relação de proporcionalidade com a ofensa, devendo ser evitados os exageros e a animalidade próprios do homem. Trata-se da conhecida Lei de Talião (*olho por olho, dente por dente*). Tal coletânea legal tem sinceras intenções de manter a ordem, todavia era demasiadamente dura em suas penas, o que não poderia ser diferente para a época em que foi idealizada.

Assim, a Lei de Talião previa que se alguém furasse o olho de outrem, o seu também seria furado, se alguém cortasse uma mão de outrem a sua seria cortada, transformando a ideia de proporcionalidade muito mais em vingança retributiva. Em primeiro momento, essa solução aos conflitos foi considerada suficiente, todavia, ao passar dos anos, ela foi apenas vista como extrema.

Outro famoso código legal que descrevia ideias de reparação foi a Lei das XII Tábuas. Muitos atribuem seu surgimento ao cristianismo e à espera de uma reparação divina, mas essa Lei está diretamente relacionada ao próprio comando do Estado, quando esse verificou que sua participação para a solução dos conflitos de responsabilidade era imprescindível. Desse modo, na Lei das XII Tábuas, encontram-se vestígios da vingança privada, marcada, todavia, pela intervenção do poder público, no propósito de discipliná-la de alguma forma (FERNANDES; MARQUES, 1991).

A Lei das XII tábuas nasceu muito mais de uma necessidade do que de uma mera criação ideológica, tendo intenção clara de equilibrar os direitos e de conter a insatisfação da plebe. Nasceu por volta do ano 450 a.C e teria sido escrita por dez legisladores (os decênviro), os quais teriam tirado subsídios da legislação grega – as leis de Sólon que era considerado um dos sete sábios gregos e reconhecido jurista, o qual reformou na Grécia antiga o pensamento de pesos e medidas nas relações entre os povos (FERNANDES; MARQUES, 1991). Vê-se que a Lei das XII Tábuas foi um marco importante no desenvolvimento da reparação de danos, contudo ainda trazia preceitos inteiramente políticos.

Nesse sentido, foi na Lei Aquilia que se esboçou um princípio geral regulador de reparação do dano, voltado para as questões sociais. Embora se reconhecesse que não continha uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno, era o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria e fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquilia o seu nome característico (GONÇALVES, 2011).

Todas as legislações clássicas anteriores à Lei Aquilia não faziam qualquer distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. É nessa lei que surge a distinção em lesões de menor potencial ofensivo quase *delicta*, das lesões

consideradas graves *delictum*. No primeiro caso, ou seja, nas lesões de menor potencial ofensivo, surgiu o conceito de reparação pecuniária do dano; em caso de danos de maior vulto aplicava-se a punição corporal do infrator. Surge então a distinção entre a responsabilidade civil e a responsabilidade penal, bem como a fixação de uma indenização proporcional, saindo de uma reparação fixa para uma correlacionada ao real prejuízo causado, sendo assim mais condizente aos anseios da sociedade em geral (GONÇALVES, 2011).

No final da República Romana, houve a alteração da Lei Aquilia. Nesse momento, surge a ideia de que para ser indenizável, o dano além de trazer prejuízo, deve ter sido causado por quem tenha condições de responder por ele, tendo como pressupostos a ação ou omissão do agente, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro, ensejando a aplicação do conceito de culpa.

No século V, com a queda do Império Romano do Ocidente e a dominação exercida pelos povos germanos, foi trazida para a Europa Ocidental a prática de *Vehrgeld* (de *vehr*-defesa; *geld*-dinheiro), que se constitui no pagamento de uma quantia à vítima e aos seus parentes, pelo culpado de um delito. Era o chamado *preço de um homem*, que, não sendo pago, certamente conduziria a um conflito entre as famílias da vítima e do culpado (FERNANDES; MARQUES, 1991).

O *Vehrgeld*, embora representasse um grande avanço, a título de reparação de danos, tinha defeitos compatíveis com a época em que vigorou entre os quais distinção social na aplicação da reparação. De acordo com o regulamento germânico, a multa pelo assassinato de um servidor real era o triplo da aplicada quando do assassinato de um homem comum. Segundo Thoraval apud Fernandes e Marques (1991), As mulheres livres e os nobres também tinham *Vehrgeld* específico. Esse era menor que o de um homem livre ou de um nobre, e o valor da vida de uma mulher era automaticamente reduzido, se ela se casasse com um homem de condição inferior. O pagamento também variava de acordo com a idade da vítima, como se pode entender, de acordo com Thoraval citado por Fernandes e Marques (1991, p. 25-27):

[...] 'pela morte de um homem de 20 a 50 anos, 300 moedas de ouro; de 50 a 65 anos, 200 moedas de ouro; com mais de 65 anos, 100 moedas de

ouro... Pela morte de uma adolescente do sexo masculino de 14 anos, 140 moedas, de 13 anos, 130 moedas... de 1 ano, 60 moedas (loi wisigothique)'.¹

Aperfeiçoando as ideias do direito romano e do germânico, o direito francês, em especial, o Código Napoleônico, estabeleceu certos parâmetros à reparação do dano, os mais importantes princípios sintetizados pelo direito francês são a previsão de reparação do dano sempre que houver culpa, ainda que leve; a dissociação da responsabilidade civil da responsabilidade penal, sendo a primeira respondida perante a vítima, e a segunda perante o Estado; a culpa contratual, decorrente do não cumprimento das obrigações contratuais; e os conceitos de imprudência, imperícia e negligência. Trata-se do que hoje se entende por responsabilidade civil, nos termos usados pelo direito brasileiro.

O direito português demorou a seguir as tendências mundiais quanto à reparação civil separada da seara criminal. Foi só com a invasão árabe que a reparação pecuniária passou a ser aplicada paralelamente às penas corporais. As Ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil colonial, confundiam reparação, pena e multa.

Bem mais tarde, no final do século XVIII, surge o movimento Iluminista desencadeando a Revolução Francesa de 1789, marco fundamental para a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujos princípios universais foram consagrados por diversas Constituições. Dentre elas, a Constituição Imperial do Brasil de 1824 que, em seu art. 179, inciso XIX, aboliu, de forma expressa, os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as outras penas cruéis. O mesmo dispositivo, em seu inciso XVIII determinava que fossem organizados, o quanto antes, um Código Civil e Criminal, “fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”.² Com isso, observa-se o desenvolvimento da lei brasileira e um olhar à vítima, além do próprio ofensor, como indivíduo de direitos.

Seguindo determinação Constitucional, em 1830, entrou em vigor o Código Criminal do Império que, em seu capítulo IV, cuidava exclusivamente da reparação

¹ Fernandes e Marques referem-se ao tema citando Jean Thoraval, em *Les grandes étapes de la civilisation française*, da editora Bordas, Paris, 1978, à página 9.

² Constituição do Brasil Império, 1824. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

do dano com o título "Da satisfação". Em seu art. 21 prescrevia que o delinquente satisfaria o dano que causasse com o delito. Embora o art. 31, *caput*, determinasse a impossibilidade da satisfação do dano "antes da condenação do delinquente por sentença em juízo criminal, passada em julgado". De mesmo modo, o § 3º, permitia ao ofendido ingressar com a ação civil sem ter que esperar pela decisão na esfera penal.

O Código Criminal de 1830 atendia às determinações da Constituição do Império, buscando transformar-se em um código civil e criminal fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade, prevendo a reparação natural, quando possível, ou a indenização; a integridade da reparação; a previsão dos juros reparatórios; a solidariedade, a transmissibilidade do dever de reparar e do crédito de indenização aos herdeiros, etc.

Em consonância com os dispositivos relativos à reparação do dano, previstos no Código Criminal do Império, o Código de Processo Criminal de 1832 deu competência ao Júri para avaliar e determinar a indenização do dano e em seu art. 79 estabelecia, como um dos requisitos da peça acusatória, a determinação do "valor provável do dano sofrido".

Assim sendo, com a Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, que, ao revogar o art. 31 do Código Criminal e o § 5º do art. 269 do Código de Processo Penal, foi estabelecido o princípio da independência das ações civil e criminal, além da influência da coisa julgada no processo criminal sobre a ação cível. O art. 68 da Lei nº 261/1841 determinou que a indenização somente poderia ser pleiteada por meio de ação civil e não se podendo, porém, questionar mais sobre a existência do fato e sobre quem seria o seu autor, quando essas questões já se achassem decididas no crime.

As legislações brasileiras que se seguiram à Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, mantiveram o princípio da independência das ações civil e criminal e o efeito da coisa julgada criminal no cível. Observa-se que exerce influência até os dias atuais, visto que, nos termos do art. 91, I, do Código Penal atual, um dos efeitos da condenação é tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Já o art. 1.525, do Código Civil de 1916, estabeleceu, por sua vez que “a responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime” (BRASIL, 1916).³ O dispositivo anterior do Código Civil de 1916 foi repetido no novo regimento de 2002, em seu art. 935, demonstrando por fim tratar-se de assunto finalizado nos regimentos brasileiros que tratam de matéria cível.

Quanto à ação civil *ex delicto*, propriamente, observa-se a sua regulação nos arts. 63 a 68, do Código de Processo Penal em vigor com a seguinte redação:

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

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

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

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

Art. 66. 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.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

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.

(BRASIL, 1941).

A partir de um olhar mais analítico sobre toda essa evolução histórica, pode-se perceber que, num primeiro momento, a reparação era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição cível e criminal que vigora até hoje.

³ As alusões feitas ao Código Civil (1916) referem-se ao Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Publicado no Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>.

O Código Civil de 1916 filiou-se à teoria subjetiva, que exige prova de culpa ou dolo do causador do dano para que seja obrigado a repará-lo. Em alguns poucos casos, presumia a culpa do lesante (arts. 1.527; 1.528, 1.529, dentre outros). Já o Código Civil de 2002, trouxe a ideia de culpa objetiva aos causadores de danos, mitigada nos arts. 927 e seguintes.

Renovou-se a discussão entre separação de reparação civil da criminal com a inovação trazida pela reforma do Código de Processo Penal, em 2008, por meio da Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008. Em seu art. 387, IV, o qual menciona que ao juiz, ao proferir sentença condenatória, cabe fixar valor mínimo de reparação de danos. No Brasil, a fixação de um valor mínimo de indenização tem como antecedente mais recente a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro que previu, no seu art. 297, a chamada multa reparatória, ao determinar que

A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima ou de seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no §1º do artigo 49 do Código penal, sempre que houver prejuízo material resultante de crime. (BRASIL, Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997,1997).

Entende-se, nessa perspectiva, que não se tratava propriamente de penalidade de natureza criminal, mas de uma antecipação de indenização pelo dano causado. O § 3º desse artigo permitia o abatimento da multa reparatória no valor da indenização civil, mas foi com o novo retrato da competência do juiz criminal, inserido pela Lei nº 11.719 de 2008, que surgiu o alimento para que a discussão de um novo sistema nascesse ou não.

É importante verificar, por óbvio, que as leis transformam-se com o passar dos anos, sempre se amoldando à realidade e exigência da nova sociedade, gerando discussão e elaboração de novos estudos. Faz-se, nesse particular, o propósito da discussão debatida por este estudo, no sentido de que a justiça se faz das inovações trazidas não somente pelas leis, mas também pelas necessidades e pelos costumes de um povo.

3 DISTINÇÃO ENTRE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE

Faz-se pertinente, antes de delinear posicionamentos acerca da reparação civil, em casos envolvendo delitos penais, demonstrar a relevância de exarar distinção entre os termos obrigação e responsabilidade.

A obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. Corresponde a uma relação de natureza pessoal de crédito e débito, de caráter transitório (extingue-se pelo cumprimento), cujo objeto consiste numa prestação economicamente aferível. O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, porém não é todo ele.

Segundo Gonçalves (2011, p. 20-21) a obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação com responsabilidade. Esta surge somente se o devedor não cumprir espontaneamente aquela. A responsabilidade é a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional. Ainda que ambas estejam intimamente ligadas, vale ressaltar que uma pode existir sem a outra.

As dívidas prescritas e as de jogos constituem exemplos de obrigação sem responsabilidade. O devedor, nesses casos, não pode ser condenado a cumprir a prestação, isto é, ser responsabilizado, embora continue devedor. Outro exemplo bastante prático para caracterizar essa distinção é o caso do fiador, que é responsável pelo pagamento do débito do afiançado, esse, sim, originalmente obrigado ao pagamento dos aluguéis.

Assim sendo, pode-se entender que a obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação, violará o dever jurídico originário, surgindo daí responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação.

Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na

responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação, sempre que se quiser saber quem é o responsável terá que observar a quem a lei imputou a obrigação ou o dever originário.

A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o débito, consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor; e o da responsabilidade, em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a obter o pagamento devido ou a indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida. Desse modo, responsabiliza-se a reparar um dano àquele que descumpriu uma obrigação. No caso do direito penal, àquele que descumpriu a obrigação de cumprir a lei, ou seja, não obsevou o comando normativo presente no tipo penal.

4 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Feita a diferenciação entre obrigação e responsabilidade, essencial para entender os preceitos originários da matéria que aqui se discute, passa-se a descrever o que venha a se tratar a responsabilidade civil, conceito essencial para dirimir dúvidas quanto ao que vem a ser reparação *ex delicto*, objeto deste estudo.

A responsabilidade civil assenta, segundo a teoria clássica, em três pressupostos: um dano, a culpa do autor e relação de causalidade entre o fato culposo e o mesmo dano. O fato culposo está relacionado à ocorrência de um ato ilícito. Como bem se sabe, para que aconteça, tem-se, pois, a necessária atuação de alguém. Em sendo ato ilícito, um comportamento manifestado por um agente, há desse modo a realização de uma ação ou de uma omissão. Ambos os casos (ação e omissão) são comportamentos relevantes no mundo jurídico a fim de impor reparação.

Nesse particular, cumpre esclarecer que o ato omissivo causador de dano decorre de dever legal não cumprido pelo agente. É, por exemplo, no caso em que

um motorista que atropela um pedestre e se evade do local, sendo que, em razão do não socorro prestado, a vítima venha a morrer. No caso, o motorista tinha o dever legal de praticar o ato socorro, não o realizando, resultando sua omissão em óbito, surge o dever de indenizar. Lembrando que a não prestação de socorro é tida como crime, nos termos do Código de Trânsito brasileiro, em seu art. 302, parágrafo único, III. Outro exemplo é o caso do policial que deixa de atender uma denúncia, vindo, em virtude do não atendimento, a ocorrer um crime. No caso, responde o policial pelos danos advindos de sua conduta omissiva.

Para melhor elucidação do que se presta a defender, faz-se necessário referir-se aos pressupostos de reparação individualmente.

4.1 O DANO

Há a necessidade da ocorrência do quê indenizar para que surja o dever de indenizar. Há a necessidade da existência do dano. O dano consiste no efetivo prejuízo experimentado pela vítima, oriundo do ato ilícito praticado pelo agente. O prejuízo ora mencionado pode ser de ordem material ou moral.

Em se tratando de danos materiais, para que surja o dever de indenizar, mister se faz a comprovação de sua existência e extensão. A existência do dano reputa-se a sua efetiva ocorrência e há de ser demonstrada sua extensão, delimitando a sua abrangência e ao prejuízo efetivo.

Trata-se, na verdade, da demonstração do quanto o patrimônio da vítima foi diminuído em virtude do ato ilícito praticado pelo agente. Nesse particular, não só o prejuízo efetivo deve ser indenizado, mas também o que deixou de lucrar deve ser reembolsado, além dos valores que foram despendidos para eventual utilização de paliativos, conforme o caso. Para a reparação, portanto, basta como necessária a simples demonstração da efetiva existência do dano e sua extensão.

Quanto ao dano moral, muito se cogitou acerca de sua indenizabilidade, em que parte da doutrina brasileira e jurisprudência dos tribunais estaduais da federação entendiam que a dor e o sofrimento não poderiam ter mensuração pecuniária, não sendo, pois, passível de indenização. Outros entendiam que

efetivamente o sofrimento e o abalo psicológico suportados pela vítima não seriam mensuráveis economicamente, contudo subsistia o dever do agente de minimizar o sofrimento da vítima, trazendo-lhe algum conforto pecuniário. Assim, garantindo-lhe alguma forma de alegria compensatória.

Para os que entendiam ser indenizável o dano moral, necessária se fazia a reprovação do ato danoso do agente, impondo-lhe penalidades que o fizesse entender o quão negativo era seu ato. Esse último entendimento foi que ganhou força na doutrina e jurisprudência brasileiras e é exercido atualmente nos tribunais pátrios.

Para que seja indenizável, o dano moral deve guardar certo grau de gravidade, em que a vítima efetivamente deve ter experimentado grande dissabor capaz de diminuir-lhe a autoestima ou sua imagem perante a sociedade. O dano deve ser relevante, não bastando, portanto, a alegação de que a vítima teria se sentido constrangida ou irritada com o evento.

A indenização pelo dano constitui efetivamente um duplo caráter. O primeiro é ressarcitório, buscando recompor o prejuízo moral da vítima, atribuindo-lhe certa vantagem pecuniária que lhe diminua o sofrimento por meio do conforto financeiro; o outro caráter é pedagógico, no qual há manifesta inclinação doutrinária e jurisprudencial no sentido de que a indenização deve conter um elemento que repudie o ato ilícito praticado, dando ciência ao autor do quão ilegal foi seu ato.

Há de se observar que a indenização, mesmo em se tratando do seu caráter pedagógico, não tem a finalidade de enriquecer ilicitamente a vítima, alterando a sua condição financeira e o *status* social o qual detinha antes do evento danoso. Há sim o dever de indenizar para dar uma resposta eficaz quanto a uma conduta reprovada pela sociedade, sem a intenção de instigar o erro pela recompensa financeira. O intuito é simples: que o dano causado não fique no esquecimento e de alguma forma seja repudiado pelo Estado.

Vale lembrar que, para ser ressarcível, além do dano material e moral, há o dano estético, coletivo e social, esses últimos que por sua especificidade não serão por menor explicitados, mas *per si* demonstram o desenvolvimento do conceito reparação civil no Brasil.

4.2 A CONDUTA DANOSA

Conduta danosa capaz de gerar reparação civil é a conduta do agente que é contrária ao ordenamento jurídico, sendo seus elementos a antijuridicidade e a imputabilidade. Tal conduta deve ser um ato voluntário que transgride a normalidade e um dever. O agente pode cometê-la de maneira intencional ou por omissão, devendo ser dado ao causador da conduta delituosa plenas condições de defesa, para que prove não ter realizado o ato de forma consciente e determinada. Assim, fala-se no pleno respeito ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Admite-se, no caso de reparação de danos, que apenas a conduta dolosa do agente seja punível, nesses termos, se o crime for de natureza culposa, em sua essência, não haveria, no âmbito penal, a discussão quanto à reparação *ex delicto*, podendo, nesse caso, o ofendido discutir a questão na seara cível.

4.3 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

A relação de causalidade ou nexo de causalidade é o liame de ligação entre a ação ou omissão culposa do agente e o resultado danoso. Para que se impute a responsabilidade pela indenização a alguém, há de se ter demonstrado que o dano experimentado efetivamente decorreu do ato ilícito praticado pelo agente. O Código Civil brasileiro adotou a teoria da causalidade adequada, segundo a qual: “causa é tão somente aquele antecedente mais adequado à produção do resultado” (PINTO, 2010, p. 286).

O nexo de causalidade, como dito, é o elo entre o dano e o seu fato gerador. É diferente do nexo de imputação, que liga a conduta ao agente. Nesse sentido, basta para o dever de reparar apenas que o dano tenha ocorrido e sido gerado por um agente. Para concretizar o nexo causal seria suficiente a realização de uma simples pergunta: se não fosse tal conduta do agente, tal resultado ocorreria?

5 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Há ocorrências danosas que não geram o dever de indenizar. Tratam-se das denominadas excludentes de responsabilidade, neste trabalho, abordadas apenas de forma superficial, uma vez que se encontram também na responsabilidade *ex delicto*, mas não de forma muito comum.

As excludentes de responsabilidade são normalmente fatos que, em sendo verificados numa relação de responsabilidade, eximem o agente da obrigação de reparar o dano. Como principais excludentes de responsabilidade têm-se: a culpa concorrente; o caso fortuito; a força maior; a culpa exclusiva de terceiro; o exercício regular de direito; o estado de necessidade; e a legítima defesa.

Tendo em vista a peculiaridade verificável em cada instituto, mister se faz também a análise de cada um separadamente, tendendo a elucidar melhor cada instituto, demonstrando suas características e aplicação na seara criminal, objeto particular deste estudo.

5.1 CULPA CONCORRENTE

A culpa concorrente é uma excludente de responsabilidade pouco utilizada, tanto na seara cível quanto na penal, uma vez que não há exclusão total, mas sim parcial. Ocorre culpa concorrente, quando o agente pratica o ilícito penal por ato de revide a outrem, em função do que fora cometido contra ele. Por exemplo, um caso em que um homem chame seu vizinho de ladrão, caluniando-o, pois esse o chamou de safado e caloteiro, injuriando-lhe.

Nessa perspectiva, nota-se que ambos cometeram tipos penais, que ocorreram concomitantemente, ambos tendo culpa. Caso um deles demande na justiça, junto com a *notticia criminis* de calúnia ou injúria, o pedido de reparação civil *ex delicto* por dano moral, caberia ao juiz verificar que ambos os crimes foram cometidos por ambas as partes e por culpa concorrente. Assim, não carece de reparação apenas a um deles, mas aos dois.

Na culpa concorrente, pressupõem-se pelo menos dois agentes envolvidos e

esses realizam condutas descritas como delituosas, ao mesmo tempo, não sendo relevante nesse caso, descobrir quem começou primeiro ou não. Por óbvio, será analisado o grau de reprovabilidade de cada agente, pois um pode exceder em demasiado a atitude de outro, causando-lhe maior dano.

5.2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR

O caso fortuito advém de causa desconhecida, caracterizada pela imprevisibilidade da ação, todavia o caso de força maior é inevitável, mesmo que previsível, por se tratar de causa conhecida. Tais circunstâncias são importantes no momento de auferir responsabilidade, seja no âmbito de reparação privada ou reparação no seara criminal, visto que atos em decorrência dessas circunstâncias não podem gerar o dever de indenizar o agente. Há a quebra do nexo de causalidade, pressuposto necessário para comprovar qualquer direito de indenização.

É, por exemplo, o caso em que em decorrência de uma grande tempestade – circunstância climática imprevisível ou até mesmo antecipada na previsão do tempo, porém inevitável, por questões naturais –, um homem invade a casa de terceiro a fim de se abrigar e quebra alguns objetos de valor. Nesse caso, ter-se-ia o crime de invasão de domicílio, que teve consequentes danos materiais a serem suportados pelos donos do imóvel. Todavia, tal invasão deu-se por fato causado por uma força maior, ato da natureza, que tornou imprescindível a invasão do imóvel para se abrigar.

Assim sendo, não há como pleitear na ação penal a reparação civil e, ainda que o fizesse, caberia ao julgador do caso extinguir o processo, pois a ação cometida pelo agente encontra-se respaldada na excludente de caso fortuito ou força maior.

5.3 CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

A culpa exclusiva da vítima é um excludente de responsabilidade que atua na quebra do nexo de causalidade, visto que, como já delineado, para haver o dever de indenizar o dano, e esse deve existir, cometido por uma conduta do agente e esses devem ser ligados por uma situação de causa e efeito. Se o ilícito fora cometido por causa da própria vítima, não há como ligar o dano ao agente a que atribui a conduta danosa.

Exemplo claro dessa situação ocorre quando uma pessoa vem dirigindo um carro na sua via, em velocidade permitida para o local e de repente um pedestre, sem olhar para os lados, joga-se na via pública, não dando tempo de o automóvel parar e ainda que conseguindo desviar do pedestre, atinja-lhe a perna causando-lhe escoriações de natureza grave. Nota-se que o dano (ferimento na perna do pedestre), que irá necessitar de médicos e medicamentos, não foi causado por ação ou omissão do agente, mas, sim, tão somente da vítima. Assim como o condutor do veículo não será punido criminalmente pelo suposto atropelamento, ora que não deu causa ao mesmo, não será responsabilizado pela reparação civil, a fim de pagar o custo do pedestre ferido, com médico e remédios.

5.4 EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO

A modalidade de excludente de ilicitude denominada exercício regular de direito também é conhecida como estrito cumprimento do dever legal, trata-se de ato que, em situação de normalidade, é exercido dentro do que se espera da pessoa a quem se acusa.

Para melhor elucidação, pode-se ter como exemplo o caso em que um policial militar, em situação de flagrância, prende um homem que batia em sua mulher. Visivelmente alterado, tal homem começa a falar mal e a dar pontapés no policial, este, então, para se defender, usa o cassetete e bate no homem a fim de acalmá-lo e usa algemas a fim de contê-lo. O homem, em decorrência de tais atos do policial, apresenta-se machucado nas pernas e braços e tenta reparação por danos morais

contra o policial e/ou o Estado, sob a justificativa de que foi ferida sua honra perante vizinhos, uma vez que foi agredido e algemado pelo policial.

O policial agiu em exercício regular de seu direito, uma vez que foi o homem que, ao tentar agredi-lo, teve de ser contido de maneira mais agressiva. O policial apenas exerceu seu direito de defender-se e proteger a si e à comunidade. Contra o policial e também o Estado nada poderá ser imputado.

5.5 ESTADO DE NECESSIDADE

O Estado de necessidade consiste em situação de agressão a um direito alheio, cometido de maneira igual ou inferior à cometida por terceiro a fim de proteger-se de perigo eminente e quando não houver outra atitude para impedir a ação. O agente atua com o intuito de evitar uma situação de perigo concreto. É o caso de pessoa que, prestes a atropelar um grupo de crianças na rua, uma vez que seu carro perdeu o freio, desvia seu veículo e atropela uma pessoa que estava bebendo em uma calçada.

O motivo do atropelamento foi desviar de um grupo de crianças e sabendo que estava para fazê-lo, posto que perdeu o controle de seu automóvel, vem a ferir outrem. Não há que se falar em ilicitude em seu ato, nem em conduta danosa, posto que agiu de maneira a salvar vítimas, ainda que sem querer tenha atingido outra. Nesse caso, alguns doutrinadores entendem que mesmo não havendo ato ilícito, persistiria o dever de indenizar o terceiro ferido. Na prática dos tribunais, em especial no âmbito penal, isso não se vê. O pressuposto de conduta danosa não foi inteiramente absorvido pela ação, pois evitou perigo eminente maior. Para configuração dessa excludente, faz-se necessária a certeza de que outra atitude não poderia ser tomada pelo agente para causar o dano.

5.6 LEGÍTIMA DEFESA

O agente, no caso de legítima defesa, está diante de uma situação atual e eminente de injusta agressão, que não é obrigado a suportar. É o simples caso de

pessoa que, ao ter sua casa invadida por ladrão, arma-se de uma faca e, em defesa da sua integridade física vem a perfurar o assaltante, levando-o à morte. A família do assaltante poderia requerer na Justiça indenização pelo assassinato do ladrão, todavia, assim como o agente não será preso e condenado pelo ato, pois agira em legítima defesa, não deverá ter o dever de indenizar a família da então vítima.

No tocante à legítima defesa, há que frisar que somente a real e praticada contra o agressor, impede a ação de ressarcimento de danos. Se o agente, por erro de pontaria (*aberratio ictus*), atingir a terceiro, ficará obrigado a indenizar os danos a este causado e terá ação regressiva contra o injusto ofensor. Segundo Gonçalves (2011, p. 461-462), “Também não exime o réu de indenizar o dano à legítima defesa putativa, que somente exclui a culpabilidade, mas não a antijuridicidade do ato. A legítima defesa real, esta sim, exclui a ilicitude. Na putativa, porém, a vítima deve ser ressarcida”.

Nessa linha, pode-se observar a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo RT 808/224, citada por Gonçalves (2007, p. 435-436):

Responsabilidade Civil. Disparo de arma de fogo feito por quem imaginava estar sendo assaltado. Alegação de legítima defesa putativa. Absolvição Sumária na esfera criminal. Hipótese que não afasta o dever de indenizar. Excludente de responsabilidade que só se aplica em sendo legítima defesa real.

5.7 DA PRESCRIÇÃO

A prescrição não é propriamente uma causa de excludente de responsabilidade, pois não atinge a origem do dever de indenizar e sim a pretensão de ver ressarcido o dano. Assim, ainda que o agente deva reparar, pois cometeu os pressupostos ensejadores da reparação, não será imposta a reparação, pois o direito da vítima foi fulminado pela sua inércia. Nesse sentido, prescrita a reparação de danos, fica afastada qualquer possibilidade de recebimento de indenização.

A responsabilidade do agente causador do dano extingue-se, se já houver passado algum tempo e a vítima não tiver se posicionado, quer seja entrando com a ação por meio de advogado próprio, quer seja acionando órgão competente

para representá-lo.

A obrigação de reparar o dano é de natureza pessoal, contudo não ocorre no prazo legal de dez anos, como prevê o art. 205, do atual Código Civil e sim no prazo de três anos. Logo, prescreve em três anos a pretensão de ver-se ressarcido pelo dano. Utilizando-se da analogia, esse prazo prescricional também deve ser usado na ação civil *ex-delicto*.

Desse modo, sabe-se que os prazos prescricionais, previstos no Código Penal, são maiores, todavia, ao entrar com a ação *ex delicto*, para se requerer ao final a reparação civil pelo dano causado à vítima, a denúncia ou queixa deve ter sido intentada dentro do prazo de três anos entre o fato e esta, sob pena de o infrator ser condenado pelo ilícito penal, mas vê prescrita a parte da denúncia que requer reparação civil. Isso ocorre quando numa única ação se requer a condenação penal e cível. Já se a vítima quiser intentar ação cível de reparação isolada, o prazo de três anos só começa a correr, nos casos de o dano originar de fato criminoso, da data do trânsito em julgado da sentença penal que reconhecer o fato delituoso.

6 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SEARA CRIMINAL, CONVENIÊNCIA DE UMA SÓ INSTÂNCIA

Ultrapassada toda a narrativa que dispunha acerca da reparação civil de maneira genérica, passa-se a delinear o assunto mais especificamente no que tange à seara penal. Inicialmente, há de se entender que a jurisdição como função soberana atribuída ao judiciário é uma só, una. A divisão que se estabelece entre a jurisdição civil e a jurisdição penal é apenas de ordem prática, ou seja, para facilitar o seu exercício. Entende-se que todo ilícito civil em sua construção também gera um ilícito penal, pois se agiu em *contrário sensu* a um regramento jurídico.

É, pois, a natureza da lide a ser dirimida e não a diversidade funcional que se leva em conta para se distinguir a jurisdição cível da penal. Por isso, vê-se que não foi à toa que a legislação começou a prevê uma relação entre a ação criminal e a ação cível.

Deve-se notar neste estudo que a todo tempo se fala em responsabilidade civil e responsabilidade civil *ex delicto*. Ambos estão intimamente entrelaçados aqui, uma vez que a responsabilidade civil *ex delicto* é uma espécie do gênero responsabilidade. A responsabilidade civil *ex delicto* apenas ocorrerá nos casos de responsabilidade que se originou pela ocorrência de um delito. A conduta do agente infrator passa então a ser punida além da privação a sua liberdade, extrapola a tipificação criminal e interfere na seara cível, gerando à vítima o direito de ver-se ressarcida pelos prejuízos suportados pela ocorrência do crime.

É na nova conjuntura legal que se forma no Brasil a ideia de que seara cível e seara criminal encontram-se unidas pelo mesmo liame concreto, ainda que no país vigore doutrinariamente o sistema legal de separação de instância. Para explicar do que se trata esse sistema, pode-se observar o que leciona Assis (2000, p. 150):

De modo geral, ressalvas as esperanças de rigidez simétrica de lado, se concebem quatro sistemas: o da separação, em que o provimento penal exercerá nenhuma ou limitadíssima influência na área cível; o da confusão, à semelhança primitivo direito romano, quando a ação única serve ao duplo objetivo de aplicar a pena e reparar o dano; o da solidariedade, em que, separadas as ações, obrigatoriamente se resolvem em conjunto e no mesmo processo; e por fim, o da livre escolha, cujo traço específico consistirá na hipótese de cumulação facultativa, no processo penal de ambas as ações.

O sistema brasileiro é o da separação de instâncias, embora não de forma absoluta, pois há diversas influências do juízo penal no juízo civil, nos termos do art. 935 do Código Civil.⁴ Como é o caso da propositura de uma ação cível pela vítima (com intuito de reparar o dano causado pelo ilícito – ação civil *ex delicto*), paralelamente à ação penal, proposta em regra pelo Ministério Público (MENDONÇA, 2009).

Essa problemática incita a realização deste estudo, uma vez que a proposta é levar o Judiciário a cada dia mais deixar de movimentar duas searas distintas do direito e passe a operacionalizar a Justiça, de modo mais eficiente com apenas uma só ação judicial. Até mesmo porque a existência de culpa é uma só verdade, que

⁴ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

ensejará uma só decisão, cujo resultado resolverá dois problemas: um surgido no âmbito cível e outro no penal.

Aceitar que em certos casos e situações haja uma correlação entre as searas criminais e cíveis tem o intuito de evitar contradições de julgamentos e desafogar o Judiciário Nacional. Não se vê razão para que se reconheça a existência de um dano e o dever de indenizar na área criminal, mas a vítima tenha que precisar de tal sentença condenatória, que *a priori* tem poder executória, para conquistar outro direito próprio, mas em outra seara, tendo inclusive que esperar nova pauta de audiências.

É justificável esperar que haja tal separação, pois se motiva na conveniência do trabalho, contudo, atualmente, essa se torna benefício menor do que dar resposta mais célere à sociedade. Retira-se a ideia de que o juízo criminal apenas dizia que o ofendido tinha o dever de indenizar, porque foi reconhecida sua culpa e o dano. Agora, além de o magistrado dizer que tem de indenizar, pois ficou comprovada a autoria, culpa e o dano que causou, a partir de então vai determinar o quanto se vai reparar.

Vê-se com bons olhos tal competência dada ao magistrado, pois parece razoável que o juiz criminal seja alguém apto, após analisar todas as provas, ouvir as testemunhas e o próprio réu, para decidir com total imparcialidade e convicção acerca da abrangência que sua conduta gerou e a repercussão do dano causado.

Deve-se esperar que a decisão do juiz transite em julgado para aplicar qualquer medida mais enérgica, como retirada de valores de conta, leilão bens, venda de ações, etc. Importante ressaltar o fato de não haver impedimento de, antes do trânsito em julgado, o juiz determinar medidas assecutórias. Dessarte, sua sentença seja executada com eficiência, sendo assim possível sequestro, arresto, indicação de depositário fiel ou fiador, a ser visto neste estudo mais a frente.

Quanto à correlação entre a responsabilidade civil e penal, que se busca comprovar neste estudo, toma-se a importante assertiva do doutrinador Dias citado por Gonçalves et al. (2011, p. 42), ao discorrer sobre o tema, explicando que

[...] certos fatos põem em ação somente o mecanismo recuperatório da responsabilidade civil; outros movimentam tão somente a sistema repressivo

ou preventivo da responsabilidade penal; outros enfim, acarretam a um tempo, a responsabilidade civil e a penal, pelo fato de apresentarem em relação a ambos os campos, incidência equivalente, conforme os diferentes critérios sob que entram em função os órgãos encarregados de fazer valer a norma respectiva, é quase o mesmo o fundamento da responsabilidade civil a da responsabilidade penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar.

Faz-se relevante ressaltar que, assim como na teoria sobre a reparação do dano na área civil, é imprescindível que na reparação *ex delicto* estejam presentes os três requisitos ao dever de indenizar, no momento da fixação do *quantum* indenizatório: dano, conduta danosa e nexo de causalidade.

Vale, sobretudo, lembrar ainda, que, para alguns se pode entender, ao se falar na existência de reparação para acontecimentos oriundos de crimes, que toda e qualquer infração gera uma reparação civil, ainda que devida ao Estado. Tal entendimento não é verdade, pois quando se comete um crime e está-se infringindo um ordenamento jurídico legal, deve-se haver dano comprovado. Sem a prova do dano, ninguém pode ser civilmente responsabilizado, a inexistência do dano torna sem efeito a pretensão e por consequente a sua reparação.

Nesse sentido, o dano que deve ser efetivamente comprovado, pode ser:

- 1) patrimonial, material: que seriam os prejuízos econômicos sofridos pelo ofendido. A indenização deve abranger não só os prejuízos imediatos (danos emergenciais), mas também o que o prejudicado deixou de ganhar (lucros cessantes) ou;
- 2) extrapatrimoniais, morais: que seriam o oposto do dano econômico e do dano pessoal, entrando na seara do dano que atinge a dignidade, a imagem e a honra do ofendido, mensurável através de uma análise criteriosa realizada por profissional competente para tanto.

Na seara criminal, não é apenas o dano patrimonial que é observado pelo julgador, pois se entende ser também cabível de indenização o dano devido a um ilícito penal, de caráter moral suportado pela vítima. Como assim demonstra o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado semelhante:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. REGIME MILITAR. TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/1932. SÚMULA 168/STJ.

1. A Primeira Seção do STJ pacificou o entendimento de que as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de tortura, ocorridos durante o Regime Militar de exceção, são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Precedente: EREsp 816.209/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 10.11.2009.

2. A Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, com fundamento constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

3. Com efeito, tendo a jurisprudência se firmado no sentido do acórdão embargado, incide à hipótese dos autos a Súmula 168 desta Corte: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado". Embargos de divergência não conhecidos.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça EREsp 845.228/RJ, Relator: Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08/09/2010, DJe 16/09/2010, 2010).

A responsabilidade penal, por sua vez, é pessoal e intransferível, já respondendo o réu pela privação de sua liberdade. Por isso, deve ser cercado de todas as garantias contra o Estado, que por vezes marginaliza ao invés de ressocializar. A esse incumbe reprimir o crime e arcar sempre com o ônus da prova, o que na seara civil ocorre de maneira contrária, em particular, quando se trata de defesa do consumidor.

É de extrema importância que por mais que se defenda a aplicação da reparação civil na esfera criminal, haja um direito constitucional a ser salvaguardado: ninguém pode ser preso por dívida civil, exceto o depositário infiel e o devedor de pensão alimentícia oriunda do direito de família. Em casos concretos, isso quer dizer que se um agente comete uma infração penal e dela também origina um dever de reparação cível, ele deve cumprir sua pena privativa de liberdade e ser executado pela dívida pecuniária. Caso, de qualquer modo, não seja pago esse débito, a reparação civil não pode dar azo à conversão de pena a fim de aumentar o tempo de prisão do infrator pela ausência de pagamento de obrigação civil.

Desse modo, se o causador do dano obrigado a indenizar não tiver bens que possam ser penhorados, e não houver um programa ressarcitório estatal, a vítima

permanecerá irressarcida, como diz o velho ditado *ganhou, mas não levou*. Nessa situação, é de extrema relevância ressaltar que princípios de direitos humanos vedam a possibilidade de qualquer indivíduo ser penalizado com privação de liberdade, por causa de dívida civil, pois se assim não o fosse, seria um retrocesso na história do direito. Não há mais a existência de escravos ou venda de pessoas como forma de pagamentos por dívidas.

Situações de escravidão ou prisão forçada, caso ocorram, são tidas como crimes e por sua vez puníveis gravosamente. Devem ser criados caminhos e soluções para ambos os lados para que ofensor e vítima possa ser punido e beneficiado, de forma justa, respectivamente.

7 FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO PELOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO PENAL

Busca-se, adentrando ainda mais no objeto de estudo, fazer entender que a reparação civil, a qual lentamente foi sendo instituída na legislação, atualmente não mais está restrita à seara cível, tornando-se com a nova visão jurídica cada dia mais voltada para a seara penal.

Assim sendo, não se poderia abordar o tema de indenização *ex delicto*, sem delinear aspectos acerca da inovação jurídica trazida pelo art. 387, IV, cuja escrita deve-se à Lei nº 11.719/2008. Esse artigo prevê a fixação de um valor mínimo de reparação dos danos causados pela infração penal. Nessa perspectiva, sendo exemplo de que o instituto da reparação civil também está à disposição de matérias penais, em especial, da reparação à vítima, nos delitos cometidos pelos infratores.

Observa-se que tal dispositivo legal reforça a argumentação de que a reparação civil encontra-se recepcionada dentro do direito penal. Isso ocorre quando o Código de Processo Penal prevê, expressamente, que o magistrado, diante de um ilícito penal que causou dano, ainda que não consiga mensurar com exatidão os prejuízos suportados pelo ofendido, pelo menos condene o infrator num valor mínimo de indenização. Desse modo, capaz de dar uma resposta efetiva para a impunidade antes observada. Tal valor mínimo, contudo, não quer dizer um valor simbólico, mas sim, um valor que corresponda ao ressarcimento mínimo do dano

suportado, dependendo da sua apresentação e comprovação no caso concreto.

Com esse dispositivo legal, dá-se nova roupagem ao pensamento jurídico que defende a mistura entre as duas searas jurídicas: a cível e a criminal, visto que demonstra uma confusão entre searas que a cada dia vem ganhando mais força no Brasil. Tal comportamento, talvez ocorra por influência de vários países europeus (Portugal, Espanha, Itália, Alemanha, por exemplo), que já adotam a união de instâncias em matéria de responsabilização civil dos danos causados pela infração penal, seja porque esse é o próprio clamor da sociedade que busca uma resposta mais eficiente do Estado Juiz, pela evolução pessoal do legislador.

Nota-se que, em pelo menos um país estrangeiro: Portugal, a união de instâncias já é obrigatória. Por esse sistema, o ajuizamento da demanda penal determina a unidade de juízo para apreciação da matéria cível, abrindo-se espaço, inclusive, em algumas dessas legislações, para a intervenção e participação de terceiros no processo penal. Ressalta-se que não foi ainda o que fez a Lei nº 11.719/2008, mas como tal lei talvez seja o embrião para a instituição de um novo sistema, mister transcrever a inovação trazida pelo art. 387, IV:

Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...]

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

[...]

(BRASIL, Lei nº 11.719 de 20 de junho de 2008, 2008).

Ainda nesse mesmo sentido, também se observa o parágrafo único do art. 63 do Código de Processo Penal. Esse permite que o ofendido não precise mais, em todos os casos em que houver reparação de danos, acionar a esfera cível para liquidar a sentença, título executivo judicial – art. 475-N, II, do Código de Processo Civil – para, então executá-la.

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. (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, CPP, 2008).⁵

Nesse sentido, com o advento da Lei nº 11.719/2008, o juiz criminal está autorizado a fixar o valor mínimo devido ao ofendido em razão dos prejuízos causados a ele pela infração e, desse modo, o título executivo passa, nessa parte, a ser líquido, comportando imediata execução.

Essa inovação do regramento jurídico foi insculpida tendo como um de seus objetivos a facilitação da reparação dos danos por parte do agente. Objetiva também o acesso mais rápido da vítima à indenização dos prejuízos causados pelos ilícitos criminal e cível, oriundos do mesmo fato criminoso, bem como causar um abalo ao ofensor no bem que mais preza, qual seja: o bolso.

Roberto de Abreu e Silva (2010), doutrinador e Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defende que todas as espécies de danos causados à vítima na prática de ilícito criminal, sejam de ordem econômica, material ou moral, sejam compreendidas na expressão *reparação dos danos causados*, prevista no inciso IV, art. 387 do CPP.

Não são todos que dessa ideia coadunam, o Juiz Federal Walter Nunes da Silva Júnior, em seu livro *Reforma Tópica do Processo Penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com novo regime da provas e principais modificações do júri* (2009), afirma que somente os danos patrimoniais são cabíveis de fixação mínima de reparação em sentença, não sendo possível nos danos de cunho moral.

Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 168-169), defende o seguinte:

Quando, porém, o dano causado pela infração penal atingir o patrimônio moral do ofendido, isto é, aqueles valores atinentes à dignidade, à individualidade e à personalidade da vítima, expressões culturais da própria comunidade social, dar-se-á a reparação civil do ilícito, tal como ocorrem, por exemplo, nas chamadas ações de danos morais, seja em proveito do próprio ofendido, quando o dano é dirigido diretamente a ele, seja em favor de terceiros (filhos, cônjuge e sucessores), na hipótese de morte daquele.

⁵ Incluído pela Lei nº 11.719/2008.

No mesmo sentido, entende-se o magistério de Baniel Hertel citado por Neves (2010), ao dizer que não há qualquer óbice possível de fixação de valor mínimo pelo juiz criminal, quer seja no que se refere à indenização por danos morais ou materiais, uma vez que o art. 387, IV, do CPP não estabelece qualquer distinção. No cotidiano, se não for viabilizada uma maneira de colocar em prática a regra de tal dispositivo, esse não passará de mais uma regra que nasceu morta, devendo-se ainda evitar restrições às quais a lei expressamente não prevê.

No mesmo sentido, está-se a defender uma integração entre a reparação civil vista nos moldes do direito privado, pois não há razão para fazer tamanha diferenciação no âmbito privado, quando se tratar de matéria penal. Se no âmbito da reparação civil há a possibilidade de indenização, seja por dano material, moral, coletivo e social, há de se verificar que tais possibilidades também devem ser observadas no direito público.

Assim sendo, acredita-se que independente da natureza do pedido da reparação, há o julgador de se posicionar, no afã de salvaguardar a vítima, bem maior tutelado pelo legislador penal na realização das modificações trazidas pelo art. 387, IV, do CPP. Pelo que é possível notar da maioria da doutrina, poucos dizem como deve ser instrumentalizado tal instituto. Além disso, os que dele tratam, muitas vezes, limitam-se a repetir a regra com outros termos. No dia a dia também é fácil notar que sua aplicação não vem acontecendo.

A doutrina processual penal, quase em sua totalidade, prega que esse valor mínimo de indenização deve ser fixado pelo juiz, independentemente de pedido. Comungam desse entendimento o Juiz de Direito João Marcos Buch, de Joinville; e Maurílio Moreira Leite, Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.⁶

A lei prevê algo que não explica o procedimento a ser seguido, alguns consideram que é uma necessidade aplicar o valor mínimo da fixação, como se fosse um pressuposto de efetividade, outros entendem que a lei trouxe apenas uma possibilidade a mais ao juiz julgador do caso. A nova lei não especificou, por exemplo, a adesão da parte civil à demanda criminal, por iniciativa e mediante legitimação processual ativa. Assim, pode-se mesmo indagar: para a fixação do valor

⁶Afirmação feita de acordo com texto no *site* do TJSC. Disponível em: <<http://www.tj.sc.gov.br/>>.

mínimo seria necessário um pedido?

Se a resposta for negativa, como parece ser o caso da Lei nº 11.719/2008, poder-se-ia então qualificar a mencionada verba como pena pública, cuja competência se exauria na esfera do direito penal e não no direito civil, no qual a reparação seria inerente à pessoa, sendo desnecessária a formalização de pedido. A outra alternativa, que parece ser a mais adequada, seria reconhecer no valor mínimo da reparação dos danos, mais um dos efeitos específicos da sentença penal condenatória, como acréscimo do que já dita o art. 91, I, do 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.

O que parece inteiramente problemático e insolúvel é o reconhecimento da natureza cível da verba mínima para a condenação criminal. Posto isso, que, se o valor a ser fixado referir-se à reparação civil, há que se exigir a satisfação, no mínimo, das seguintes exigências: a) será preciso a apresentação formal de um pedido de condenação; b) o referido pedido deverá ser feito pelo seu titular.

Esses, então, são os questionamentos surgidos, a partir da mistura de searas, que, todavia, apenas poderão ser respondidos na prática. Sabe-se apenas que, o magistrado, operador do direito, deve sempre interpretar a lei de modo a garantir os direitos da sociedade como um todo e preservar a dignidade do ofendido pela objeção à lei.

Nesse sentido, seria fácil responder os questionamentos, aceitando que atualmente não se permite apenas mera possibilidade ao juiz de condenar o réu em valor mínimo de reparação e sim um direito da vítima, conferido em lei. De mesmo modo, a natureza da reparação seria híbrida, ainda que de natureza cível e pertencente apenas à vítima, poderia ser fixada independente de pedido expresse, bem como sua execução teria caráter coercitivo por parte do Estado, seja com possibilidade de bloqueio de contas e bens, possibilidade de arresto, sequestro e hipotecas.

A lei traz o fim a que se espera, mas cabe às partes construir o meio em que será formalizada. Quanto ao montante que deve ser atribuído à reparação, o dispositivo legal incentiva, pelo menos, um valor mínimo, ou seja, que diante do

prejuízo, faça-se uma pesquisa de mercado e diga quanto é o menor preço para a reparação daquele dano.

Nesse sentido, no caso, por exemplo, em que um ladrão invadissem uma casa e furtasse uma máquina fotográfica, dois relógios e um celular, não tendo a vítima, após a prisão do infrator, reavido seus bens, caberia ao juiz fixar um valor mínimo de reparação pelos danos causados. Desse modo, o magistrado auferiria aos bens furtados valores ainda que mínimos, ou seja, apreciaria de acordo com a marca, modelo, estado de conservação, preço de mercado, na ocasião do crime, e condenaria o infrator a um pagamento que permitisse a reparação.

Nega-se a vinculação da fixação mínima da reparação civil ao valor do salário mínimo vigente ao tempo da sentença. Se assim o fosse, não haveria a necessidade da apreciação de um juiz e a análise de provas do dano, pois haveria apenas um cancelamento da reparação no valor de um salário.

Importante ressaltar que, como o valor fixado será posto no dispositivo final da sentença, fazendo parte dela, é passível de recurso por parte do infrator, se esse considerar que o montante arbitrado é superior ao valor real do dano sofrido.

Nesse caso, como se trata de reparação civil *ex delicto*, como o próprio nome diz, decorreu de um crime, estando à indenização intrínseca ao acontecimento do delito. Sem ele não haveria o dever de reparar, por fazer parte total da sentença condenatória, o acusado pode recorrer para a instância superior em matéria penal, ainda que o objeto do seu recurso seja apenas o valor condenatório a título de reparação e não a pena privativa de liberdade imposta.

Entende-se aqui que os desembargadores das Câmaras Criminais deverão apreciar o caso, ainda que seja discutido apenas o valor fixado pelo magistrado de 1º grau, a título da reparação civil, pois decorreu essa de instrução e sentença criminal. O mesmo pensamento não ocorre para a vítima do dano que fica insatisfeita com o valor arbitrado a título de reparação *ex delicto*. Ainda que a condenação seja feita em sentença condenatória, para a vítima, ela será uma parte extraordinária da sentença, pois ela não é parte no processo criminal, uma vez que se entende que a ação penal cabe exclusivamente ao Ministério Público.

Desse modo, por não ser parte no processo criminal, como assim o é o

acusado, no caso anterior, se não concordar com o valor arbitrado, a vítima, de posse da sentença condenatória, que é título executivo judicial, recorrerá à 2ª instância cível, para que essa debata acerca da mensuração exata do dano a fim de atribuir critérios ressarcitórios mais justos.

Por ter a reparação *ex delicto* já decidida, em pelo menos um valor mínimo na seara criminal, ao recorrer desse valor, entende-se que o recurso cível não deve ser capaz de diminuí-lo, mas tão somente de aumentá-lo. Como bem dita a lei, o juízo criminal apenas auferiu um *valor mínimo*, passível de aumento, mas não de diminuição.

Por fim, imperioso destacar que, ao fixar um valor mínimo de reparação, o magistrado deve analisar as condições financeiras do acusado. Ainda que o mesmo tenha conseguido ganhos excessivos com os ilícitos por ele cometidos, devem-se verificar as reais condições financeiras do infrator, que por vezes gasta em um dia tudo que conquistou com o crime, não tendo bens a fim de ressarcir as vítimas de seus delitos. Como todo reflexo de uma condenação criminal, eles não atingem a família do acusado, pois a condenação tem caráter pessoal e não ultrapassa a pessoa do réu. Desse modo, ainda que os irmãos do infrator sejam donos de cabeças de gado, essas não poderão ser usadas para pagar a reparação civil *ex delicto*.

O juiz deverá usar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para auferir esse valor mínimo, observando as condições financeiras do acusado e da própria vítima, a gravidade do delito e suas consequências no tempo e espaço e o caráter penalizador da reparação civil. Devendo sempre ter em mente que melhor uma condenação baixa, que possa ser paga pelo ofendido, do que uma alta, que não poderá ser paga. Toda essa inovação trazida ao julgador penal demonstra o interesse que se tem de ir além da punição estatal material, demonstrando à sociedade que ele, como representante do Estado, não quer apenas penalizar o indivíduo e sim fazer justiça.

Há o entendimento de que essa inovação jurídica trazida pela Lei nº 11.719, mesmo sendo de grande valia para a proteção às vítimas, somente pode ser aplicada nos casos ocorridos após a vigência de tal lei. Esse é o entendimento do

Tribunal de Justiça do Distrito Federal que afirma que a indenização não pode ser cobrada em casos relativos a crimes ocorridos antes da vigência da Lei 11.719, pois o dispositivo inserto no art. 487, IV, tem caráter penal e não pode retroagir para prejudicar o acusado.

Nessa sina, são os arrestos em destaque:

APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. DELITO PRATICADO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 11.719, DE 20 DE JUNHO DE 2008. EXCLUSÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. NA ESPÉCIE, A DOUTA MAGISTRADA ENTENDEU POR CONDENAR O RÉU A PAGAR À VÍTIMA O VALOR DE R\$ 16.225,00 (DEZESSEIS MIL, DUZENTOS E VINTE E CINCO REAIS), CORRIGIDO MONETARIAMENTE, COMO VALOR MÍNIMO PARA A REPARAÇÃO DO PREJUÍZO 2. CONSIDERANDO QUE O CRIME EM COMENTO FOI PRATICADO NA DATA DE 22 DE AGOSTO DE 2006, ANTES, PORTANTO, DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.719, DE 20/06/2008, QUE INTRODUZIU NO ARTIGO 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL O INCISO IV, NÃO PODERIA TER A NOBRE JULGADORA SE UTILIZADO DE LEI MAIS GRAVOSA PARA ALCANÇAR FATO PRETÉRITO, POIS, EMBORA A ALUDIDA LEI SEJA DE DIREITO PROCESSUAL, TAMBÉM TEM CONTEÚDO DE DIREITO MATERIAL. 3. A SENTENÇA DEVE SER REFORMADA NESSA PARTE, A FIM DE AFASTAR A CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS, PORQUANTO LEI MAIS GRAVOSA NÃO PODE RETROAGIR. [...] (BRASIL, Brasília, TJDF – Apelação Criminal 98465020068070005 DF 0009846-50.2006.807.0005. Relator: Des. Roberval Cassemiro Bellinati. 2ª Câmara Criminal. Publicação: 26/05/2010, DJ-e p. 194, 2010, grifo do autor).

[...]

6. Inviável a condenação do apelante ao pagamento de danos materiais sofridos pela vítima, uma vez que, em se tratando de fato anterior à lei que alterou o artigo 387 do Código de Processo Penal, e, cuidando-se de lei nova mais gravosa, não poderá ela retroagir [...]. (BRASIL, Brasília, APR 20071010000187, Acórdão n. 412993, Relator Silvânio Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/03/2010, DJ 14/04/2010, 2010, p. 161, grifo do autor).

[...]

Inviável a condenação em danos morais e materiais sofridos pela vítima. Nova lei mais gravosa não pode retroagir. O fato é anterior à nova lei. [...] (BRASIL, Brasília, APR 20080310159209, Acórdão nº 348976, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/03/2009, DJ 12/05/2009, 2009, p. 192, grifo do autor).

Na defesa da mesma tese, há ainda julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, o qual também sustenta a impossibilidade de aplicação da regra

da reparação dos danos a casos anteriores à inovação legal:

EMENTA : PROCESSO PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). CONCURSO FORMAL. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE. IMPOSSIBILIDADE. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DA REPRIMENDA. EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA REFERENTE AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. INVIABILIDADE. DEMONSTRAÇÃO POR OUTROS MEIOS DE PROVA. EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS. **ALTERAÇÃO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA LEI 11.719/08. NORMA DE DIREITO MATERIAL. INAPLICABILIDADE AOS PROCESSOS EM ANDAMENTO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO . [...]**
3. Incabível a fixação de valor mínimo para a reparação dos danos à vítima prevista na nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal dada pela Lei 11.719/08, pois se trata de norma direito penal, inaplicável aos crimes perpetrados antes de sua vigência cujo processo esteja em andamento. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, Natal/RN, TJRN, Apelação Criminal nº ACR 96321 RN 2009.009632-1, Relator: Desembargador Armando da Costa Ferreira, Câmara Criminal, Julgado em 26/02/2010 e publicado no DJ de 03/03/20102010, grifo do autor).

A tese acatada pelo TJDF e TJRN embasa-se na letra do art. 1º do Código Penal e art. 5º, XL, da Carta Magna. O Código Penal explicita a impossibilidade de que leis de cunho penal retroajam para prejudicar o agente.

8 PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPARAÇÃO CIVIL EX DELICTO

Questão relevante a respeito do tema da indenização *ex delicto* e sua efetividade, em especial, após a inovação trazida pela Lei 11.719/2008 em seu art. 387, IV é a dúvida sobre a conveniência de se atribuir ao Ministério Público legitimidade para propor a ação de reparação do dano, de forma ampla ou restrita a determinadas hipóteses. Vê-se que em tópico anterior, referiu-se ao Ministério Público, como sendo a parte autora no processo criminal, daí sua importância no tema estudado.

Já se sabe que caso a vítima opte por esperar a conclusão da instrução penal, é só pegar cópia da sentença, título executivo e buscar a seara cível para execução, nesse caso, sendo incontestada a ajuda fornecida pelo Ministério Público. O motivo de divergência encontra-se na dúvida que paira acerca da competência do

Ministério Público para representar a vítima, sem interesse particular dessa na reparação *ex delicto*, dentro da própria instrução criminal, como se assim fosse um direito indisponível, logo, de responsabilidade de defesa do *Parquet*. Novamente, a lei nada disse expressamente a fim de dirimir essa dúvida, restando a nova doutrina e jurisprudência ser a luz que refletirá a solução.

Na Itália, segundo Wellington Cabral Saraiva (1996), em seu novo Código de Processo Penal, art. 77, III, há a possibilidade de o Ministério Público propor, em processo criminal, a ação civil reparatória, restringindo, todavia, às hipóteses de absoluta urgência em que o lesado é incapaz, devido à doença mental ou menoridade, de fazer valer seus próprios direitos e não ter quem o represente, mas ele só age até que assuma o representante ou assistente, ou seja, nomeado curador especial.

No que tange à legitimidade do Ministério Público a pleitear reparação civil no âmbito penal, em outros países ao redor do mundo, observa-se que na França, o Ministério Público não pode exercer ação civil; no Peru, o Ministério Público deve pleitear a condenação criminal e também a reparação do dano; no México, a reparação do dano faz parte integrante da pena e deve ser reclamada de ofício pelo órgão encarregado de promover a ação penal, ainda que não seja pedida pelo ofendido; na Venezuela, está entre as funções do Ministério Público a de intentar a ação civil, juntamente com a ação penal, a pedido da parte lesada, mas cessa a intervenção quando a parte constitui advogado, também podendo, nos casos de delitos concernentes a acidentes de trânsito, promover a ação civil quando houver requerimento da parte ofendida e, a seu juízo, se manifestar a pobreza desta.

Já quanto ao que realmente importa, no Brasil, a doutrina dominante afirma que é permitido ao Ministério Público ajuizar ação civil ou pedir a execução de sentença condenatória, quando o titular do direito à reparação do dano for pobre, mas desde que ele o requeira, conforme anuncia o art. 68, do nosso Código de Processo Penal. Por isso mesmo, pode o Ministério Público também, no interesse do réu pobre, pedir as medidas assecuratórias, requerendo sequestro ou arresto no juízo penal ou civil, é o que diz os arts. 142 e 144, do mesmo caderno legal citado.

Tal competência do *Parquet* não agrada a todos. Alguns entendem, em

síntese, que não se cuida de caso de legitimidade para agir, mas de representação da vítima pobre respaldada na Constituição Federal brasileira, no art. 127 e nos diversos incisos do artigo 129 que definem como função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade ou do indivíduo. Não sendo essa representação para requerer reparação do dano hipótese de interesse individual indisponível, mas, sim, disponível, fora, portanto, do âmbito de ação do Ministério Público.

Para posicionar-se em sentido oposto, relata-se como argumentos principais: 1º) a natureza jurídica da intervenção do Ministério Público ser de substituto processual, e não de representante da parte ofendida; e 2º) a Constituição Federal, no art. 129, X, dizer que o Ministério Público, além das funções antes arroladas, pode “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”. (BRASIL, 1988).

O problema principal consiste em verificar se há interesse só individual na reparação de dano de vítimas de crime. Os positivistas, antes, de forma bem acentuada; e, agora, de maneira menos incisiva, defendem que, para inteira satisfação à ordem jurídica violada com a atividade delituosa, não basta a punição criminal, sendo de maior importância também a reparação dos danos ocasionados ao ofendido.

Há de se reconhecer que a Defensoria Pública seria o órgão mais indicado para defesa dos interesses das vítimas, todavia essa Instituição ainda não está organizada em todos os Estados. Por isso deve-se manter a possibilidade de o Ministério Público poder, com apoio no art. 68 do Código de Processo Penal, patrocinar os interesses da vítima de crime destituída de condições financeiras.

Além disso, tem-se que aceitar que nada impede que o Ministério Público, ao invés de ajuizar ações reparatorias individuais, proponha ação civil pública em defesa dos interesses individuais homogêneos de várias vítimas do mesmo crime. Deve-se reconhecer-se nessa hipótese o interesse social que legitima a causa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública, em seu art. 21, combinado com o *caput* do art. 127 e com o art. 129, IX, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, pode-se observar a afirmação do doutrinador Schreiber (2011, p. 87):

Decisões atuais mostram a crescente aceitação das ações coletivas de reparação em âmbitos diferenciados e por iniciativa de entidades diversas. Tome-se como exemplo a decisão do STJ que considerou legítima a propositura pela Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de SP de ação civil pública visando indenização por danos materiais e morais das diversas vítimas da explosão de um estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício.

Em suma, as Defensorias Públicas têm, sem sombra de dúvida, a atribuição de representar em juízo os interesses pessoais das vítimas de crimes, para sua satisfação individual; mas sem prejuízo da legitimação à causa do Ministério Público que, com o mesmo objetivo imediato, estará perseguindo o interesse social e o do próprio Estado. Nesse caso, poderá agir tanto a título individual como a título coletivo, pela via da ação civil pública.

Pelas razões expostas, pode-se reafirmar, dessarte, que a reparação do dano *ex delicto* não configura objetivo de caráter apenas privado, ainda que desde o começo deste estudo tenha-se feito uma correlação com a reparação civil vista nas searas cíveis. Aceitar a reparação *ex delicto*, é na verdade bem mais uma resposta do ordenamento jurídico àquele fato que lhe causa severa lesão, funcionando não apenas como decorrência do ilícito, mas ainda como fator de prevenção da prática de outros. É válido daí asseverar, portanto, que a lei, ao impor a reparação do dano ao agente delitivo, é verdadeira norma de ordem pública.

Pode se conceituar norma de ordem pública a que cuida dos valores mais relevantes da sociedade, relacionados com sua própria sobrevivência e mais uma vez, nesse argumento, vê-se a possibilidade de o Ministério Público atuar. Sendo questão de ordem pública, tal instituição deve agir em interesse da sociedade em geral, razão essencial da existência e atuação ministerial.

Em extensa e detalhada obra sobre o funcionamento do Ministério Público, embora não haja se detido especificamente sobre o tema objeto deste estudo, Machado (apud SARAIVA, 1996, p. 16) fornece primordial explicação sobre as situações que legitimam a ação ministerial, faz-se, então, pertinente transcrever o que ele diz:

Já no começo do século, Chiovenda fazia expressa referência ao elemento nuclear das funções institucionais do Ministério Público ao escrever: O Ministério Público vela pela observância das leis, pela pronta e regular administração da justiça, pela tutela dos direitos do Estado, dos corpos morais e das pessoas destituídas de plena capacidade jurídica tem, da mesma forma, ação direta para fazer executar e observar as leis de ordem pública e que interessem aos direitos do Estado, sempre que tal ação não se atribui a outros agentes públicos. Eis aí a *ratio*, o porquê de o Ministério Público moderno: a necessidade de serem observadas as leis de ordem pública. Dentre os muitos outros autores que, depois de Chiovenda, trataram do tema, não podemos nos esquecer de Liebman, talvez seu maior seguidor, o qual introduziu no Brasil suas idéias, permitindo o avanço institucional do Ministério Público São suas estas palavras: O Ministério Público é, ele próprio, um órgão do Estado, ao qual cabe tutelar um específico interesse público (administrativo lato sensu), que tem por objeto da atuação da lei por parte dos órgãos jurisdicionais nas áreas e nos casos em que as normas jurídicas são ditadas por razões de utilidade geral ou social; trata-se de casos em que a concreta observância da lei é necessária à segurança e ao bem-estar da sociedade, não podendo a tarefa de provocar a sua aplicação pelos juízes ser deixada à iniciativa dos particulares.

Machado (apud SARAIVA, 1996, p. 16), afirma, ainda:

O Ministério Público pode ser definido, então, como o órgão instituído para promover a atuação jurisdicional das normas de ordem pública. Aqui está, portanto, numa idéia simples, o fundamento de toda a atuação do *parquet* no mundo jurídico, tanto na Itália como, hoje, no Brasil: a necessidade de fiel observância das leis de ordem pública ou, como preferimos nós, a defesa dos direitos indisponíveis em juízo.

Sabe-se que nem todas as leis de ordem pública disciplinam direitos indisponíveis, por tal motivo, cabe diante dessa lacuna, fazer entender que na defesa da ordem legal, o Ministério Público pode atuar. Desse modo, parece correto afirmar que a reparação do dano *ex delicto* está prevista em normas de ordem pública, na medida em que tratam de interesses de *exacerbada relevância social*, contudo passível de intervenção do Ministério Público quanto ao direito à indenização. Ainda que possa ser objeto de disposição pelo particular lesado, que tem a opção de valer-se ou não da *facultas agendi* que lhe outorgou a lei, mas do que o interesse patrimonial privado da vítima, há de se salvaguardar à prevenção e à repressão criminal (de que a reparação do dano é um dos aspectos, como se viu).

A função de promover a ação civil de reparação do dano decorrente de delito, portanto, encaixa-se com perfeição dentre as funções do Ministério Público, mesmo

e também à luz de seu novo disciplinamento constitucional. Não há como negar que nesse mister está a defender a ordem jurídica e o interesse social indisponível (o que não é contraditado pelo interesse particular disponível relativo à expressão econômica da indenização), nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição da República.

Mesmo que se a considere *atribuição atípica*, na dicção de alguns autores respeitáveis, remanescem as razões que emprestam legitimidade ao *Parquet*, posto que o interesse maior protegido pelo Ministério Público nesses casos relacionam-se às suas funções ditas como típicas: defesa do interesse público.

A título de didática, tem-se procurado sistematizar em três as causas interventivas da instituição ministerial em juízo: a) defesa de hipossuficientes, quando, visa a compensar o desequilíbrio das partes (acidentados do trabalho, favelados); b) defesa de interesses indisponíveis (ligados, de forma absoluta ou relativa, a uma pessoa ou a uma relação jurídica); c) defesa do interesse público ou de interesses difusos ou coletivos (ação penal, ações ambientais ou grande parcela de consumidores).

Em suma, deixou-se claro que, desde que haja alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, ou desde que a defesa de qualquer interesse, disponível ou não, convenha à coletividade como um todo, aí será exigível a iniciativa ou a intervenção do Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

O fato, pois, de a Defensoria Pública, os advogados ou outra entidade poderem também provocar o Estado-juiz com vistas à reparação do dano *ex delicto* não serve, em absoluto, como argumento para assolar a legitimação do Ministério Público, que, como visto, só é exclusiva na ação penal pública (e, mesmo aí, vale lembrar a existência da ação penal privada subsidiária, em caso de inércia do membro do Ministério Público com atribuição para oferecer denúncia – Constituição Federal, art. 5º, LIX).

Agora, sobre outra ótica, defende-se a legitimação do Ministério Público na atuação a fim de angariar reparação *ex delicto* à vítima de crimes, pois tal instituição vem sendo cada dia mais equipada com materiais, estrutura e profissionais para dar

apoio e atenção à sociedade que dela precise.

O acesso das vítimas ao Ministério Público é maior, seja dentro dos fóruns, seja em sedes espalhadas em quase todas as comarcas do país, seja nas procuradorias estaduais que atuam junto às cidades do interior. Os membros do Ministério Público têm independência financeira e funcional, capaz de lhes dar autonomia na defesa dos interesses dos indivíduos.

Já quanto à Defensoria Pública, órgão a que muitos atribuem a legitimidade para pleitear reparação civil *ex delicto*, nos casos de vítimas pobres, como se sabe, infelizmente, ainda está muito longe de se estruturar de modo condizente com as elevadas funções que a Constituição lhe cometeu. Em milhares de municípios, distritos e localidades Brasil afora, não existem órgãos da Defensoria Pública nem, em muitos deles, sequer advogados que possam ou estejam dispostos a patrocinar vítimas pobres em busca da reparação a que façam jus. Um membro da magistratura e outro do Ministério Público, porém, sempre terão, respectivamente, a competência e a atribuição de atuar em prol daquela comunidade desassistida, por mais deficiente que possa ser essa atuação, dadas as peculiaridades locais e a carência das instituições de que fazem parte.

Impedir o Ministério Público de agir, requerendo a reparação *ex delicto* representará, muitas vezes, supressão do direito da vítima pobre à reparação do dano, por falta de quem a defenda, sendo então um grande retrocesso histórico e por que não dizer legislativo, uma vez que, como se viu, o legislador atua, busca, por meio de novas leis, garantir a reparação plena às vítimas de crimes.

Como se sabe, é princípio palmar em hermenêutica que não se deve adotar a interpretação que milite contra a eficácia da norma, mas, antes, a que mais efetividade lhe transmita. Assim sendo, defende-se a absoluta inconveniência de tolher a legitimação ministerial para a ação em causa, pelo menos até que a Defensoria Pública possa, de forma plena, desincumbir-se desse *múnus*.

Entender que o Ministério Público não é o órgão competente para pleitear junto ao Judiciário a reparação civil *ex delicto* será o mesmo que ferir o princípio da máxima efetividade também nomeado princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, na qual à norma constitucional (e, claro, a todas as demais)

deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Desse modo, parece mais acertado interpretar a norma do art. 127 da Constituição como plenamente consentânea com a do art. 68 do Código de Processo Penal, utilizando-se o método da interpretação conforme a Constituição.

Esse mecanismo interpretativo privilegia, em caso de dúvida, a presunção de constitucionalidade das normas (argumento favor *legis*) e busca lhes dar interpretação que se coadune com o espírito constitucional, sem a pronúncia de inconstitucionalidade.

Malgrado a divergência anteriormente existente nos tribunais sobre o assunto, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Ministério Público é parte ativa legítima para a ação civil de indenização, em favor da vítima pobre, a teor do art. 68 do Código de Processo Penal, que foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor. Não podendo o titular do direito arcar com as despesas processuais, não lhe poderia negar o direito fundamental de acesso ao Judiciário, assegurado no art. 5º, XXXV (RE 135328-SP-1994).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, segundo Gonçalves (2011) também proclamou em RSTJ, 133.237 que o Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil indenizatória ex delicto em favor de necessitado, caso a sua intervenção decorra da inexistência de Defensoria Pública no Estado. Precedentes do STF e STJ.

O Ministério Público atua como substituto processual, todavia o dever de reparação é pessoal, não recaindo sobre terceiros a obrigação, salvo nos casos de responsável civil, tal como tutor ou curador.

O maior problema ocorre quando o Ministério Público propõe a demanda, pois teria, em tese, a responsabilidade de informar quais os prejuízos sofridos pela vítima. Como fazer isso na prática, haja vista que o contato entre a vítima e o promotor acontece muitas vezes apenas no dia da audiência de instrução? Por certo que será a prática que responderá tal dúvida, pois enquanto a lei não prevê expressamente a alternativa, caberá aos tribunais determinarem, conforme a sua conveniência.

O Ministério Público pode fazer o pedido de reparação na denúncia, no sentido de que o magistrado fixe o referido valor mínimo de reparação de danos nela transcrita. Nesse momento, surge mais uma dúvida. Quais crimes permitirão tal valor de reparação? Somente os crimes contra o patrimônio? Somente os crimes em que houver uma vítima direta? E nos crimes em que não há vítimas certas, mas sim a sociedade ou o Estado? De novo, essas perguntas devem ser respondidas de acordo com a casuística, dependendo do que houver de concreto em cada demanda.

Caso se tome como exemplo um crime de roubo, fica fácil quantificar o valor de um bem material subtraído, mas é difícil fazê-lo quanto a danos morais decorrentes de distúrbio psicológico causado na vítima. Do mesmo modo, em um crime de tráfico de drogas, é difícil encontrar uma vítima que consiga provar o prejuízo que sofreu, mas pode ser que algum pai de usuário que comprava drogas a determinado traficante comprove, por exemplo, que gastou R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em uma clínica de reabilitação. Desse modo, para ser viável o pedido da fixação do valor mínimo de reparação deve ser analisado o caso concreto, com todas as suas circunstâncias e que as partes envolvidas estejam dispostas a auferir um valor ao dano suportado.

O que se pode afirmar apenas é que o promotor, ao oferecer a denúncia, deve ter o vasto indício, e porque não dizer, a certeza, no caso apresentado, de que o ofensor com a prática do delito adquiriu lucro indevido ou que com o crime causou prejuízos, além da normalidade, à vítima. Certamente, haverá casos em que a atuação do delegado de polícia facilitará consideravelmente a fixação do valor de reparação na denúncia. Isso ocorrerá quando o delegado requerer a realização de perícias em rompimentos de obstáculos ou prejuízos causados em bens de vítimas, ou quando requerer, desde a fase do inquérito: recibos, cupons fiscais e orçamentos dos danos materiais e/ou morais suportados pelo ofendido.

Em outra maneira, se não diretamente indicando o valor de reparação na denúncia, o Promotor de Justiça ou o Procurador da República deve requer que seja intimada a vítima para que, em prazo razoável, informe se sofreu prejuízos decorrentes do ilícito e, em caso positivo, junte alguma prova após o recebimento

daquela. Desse modo, a vítima terá a oportunidade de, em juízo, falar sobre os danos a ela causados. Qual seria o prazo razoável? É possível sustentar que ela seja intimada para comparecer à Secretaria da Vara Criminal até o prazo da defesa escrita do art. 396-A do Código de Processo Penal para prestar as informações diretamente ou dizer que o fará em audiência.

Caso prestadas e minimamente provadas as informações sobre os danos sofridos, a defesa terá a oportunidade de, respeitados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, defender o réu em relação ao valor alegado pelo ofendido.

Nesse ínterim, é possível que seja requerido, por exemplo, que um oficial de justiça avaliador participe de algumas avaliações do prejuízo alegado, como, por exemplo, de uma grade danificada para que um furto se consumasse, pois esse auxiliar da justiça tem atribuição e qualificação técnica para apurar o valor mínimo de uma grade nas condições concretas levadas a seu conhecimento.

Há quem defenda também que basta que seja perguntado à vítima, quando essa comparecer em audiência para testemunhar, se sofreu os danos e qual o seu valor. Assim, o réu, pelo princípio da plenitude de defesa, poderia contra argumentar e, caso não o faça, já teriam sido oportunizados o contraditório e a ampla defesa. Dessarte, tornaria possível a condenação no montante que o juiz achasse devido como o mínimo, em vista da presunção de veracidade das alegações da vítima.

Desse modo, em todas as possibilidades narradas, até o momento das alegações finais, o acusado poderá se defender quanto ao valor mínimo de indenização, podendo produzir os mais diversos meios de provas nesse sentido, visto que caso condenado pela reparação *ex delicto*, essa terá força condenatória.

Por fim, ainda que ferrenhamente defendido que o Ministério Público tenha legitimidade para interpor pedido de reparação *ex delicto* em favor da vítima do crime, entende-se que o mesmo não pode recorrer da fixação do valor a ser indenizado, pois, encerrado o processo penal com a sentença, o valor devido à vítima, a título de reparação civil, torna-se meramente direito patrimonial disponível. Diante disso, o *Parquet* só teria legitimidade recursal nos casos em que fosse

possível sua intervenção na esfera cível, nos termos previstos no art. 82 do Código de Processo Civil (TÁVORA; RODRIGUES, 2010).

O valor mínimo de reparação em tópico separado da sentença condenatória deve determinar ainda a condenação a juros a partir do fato delituoso e correção monetária a partir da citação do réu para reposta escrita.

Diante de todo esse procedimento, que não atrapalharia o trâmite do processo criminal, o juiz, autorizado a aplicar a referida regra de fixação do valor mínimo de indenização, aplicaria a chamada justiça restaurativa, viabilizando que a vítima tenha, pelo menos, uma fração de seu sofrimento, em vários casos, atenuada pela referida indenização. Porém, para que a regra sirva realmente a seus propósitos e não vire letra morta, o Poder Judiciário, juntamente com o Ministério Público e as Polícias têm que andar de mãos dadas e cada um deve agir no sentido de possibilitar a aplicação da regra.

9 PROBLEMAS ENFRETTADOS PARA A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EX DELICTO

Cabe fazer algumas ressalvas sobre os problemas encontrados no nosso país, para que a reparação *ex delicto* seja uma prática comum nos tribunais. Surge como problema inicial fazer com que na cabeça dos juristas e da população em geral se consiga, ao se falar em reparação *ex delicto*, fazer a separação entre o que é punição estatal e o que é a reparação de danos em prol dos ofendidos, desmistificar a ideia de que à vítima cabe apenas o respaldo da pena estatal, que por vezes se torna branda em relação ao crime cometido.

Há de se fazer entender que à vítima não resta apenas esperar que seja feita justiça somente quanto ao crime cometido, mas, sim, também quantos aos prejuízos suportados decorrentes do delito. A vítima é a peça chave, cujos interesses deveriam ser prioridade, mas ao pugnarem por Justiça, enfrentam entraves, tais como:

- a) dificuldade na comprovação do dano e as incertezas quanto à violação de direitos;
- b) impossibilidade de atribuição de um valor indenizatório exato;
- c) discrepâncias ocasionais nas decisões judiciais;

- d) a falta de efeito punitivo em razão das indenizações reduzidas;
- e) ausência de poder econômico dos infratores;
- f) medo/ignorância das vítimas quanto a exercer seus direitos.

9.1 DIFICULDADE NA COMPROVAÇÃO DO DANO E AS INCERTEZAS QUANTO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS

O crime acontece e por vezes a polícia não consegue encontrar o autor do fato, restando o arquivamento do inquérito, pelo desconhecimento da autoria delitiva. O mesmo raciocínio se faz quanto à comprovação do dano decorrente do crime. Ainda que o mesmo tenha existido, por vezes, pode ocorrer que a vítima não tenha como prová-la.

Assim também interfere na reparação civil a máxima do direito penal de que o acusado é inocente até que se prove o contrário. Isso quer dizer que se um criminoso rouba a bolsa de uma mulher e somente é encontrado dias depois, tendo a vítima afirmado que a referida bolsa continha óculos escuros no valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), um chaveiro de prata de R\$ 300,00 (trezentos reais) e o montante em dinheiro de R\$ 100,00 (cem reais), ela deve comprovar que tais objetos e bens estavam na bolsa.

Nota-se que caberá à vítima provar que tais bens realmente estavam na bolsa roubada, e pior, que os mesmos valiam esses montantes descritos, pois ainda que seu depoimento seja reconhecido pelo juiz com presunção de verdade, torna-se difícil comprovar o dano, ou seja, o dano material que a vítima sofreu com o roubo de sua bolsa.

Vale ressaltar que há pessoas que por tudo fazem boletins de ocorrências nas delegacias, exacerbando o trabalho realizado pelos policiais e dificultando o trabalho desses, no que tange, a saber, se tais denúncias são ou não verdadeiras. Não é prática incomum encontrar mulheres que afirmam terem sido agredidas por seus companheiros para vê-los serem retirados de casa, pela concessão de medidas protetivas, assim como empregadores denunciarem seus empregados por furto, a fim de motivarem uma justa causa. Desse modo, há um entrave no que se refere à

comprovação do dano, pois a alegação inicial deve se pautar acima de tudo na veracidade e na boa-fé.

9.2 IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE UM VALOR INDENIZATÓRIO EXATO

A atribuição de um valor indenizatório exato é difícil. Nesse sentido, foi que o legislador determinou que caberia ao juiz fixar um valor mínimo *aproximado*, pois é impossível determinar com exatidão a condenação, nos termos dos danos suportados pela vítima.

É o caso de um estelionato, em que houve vários golpes, com diversas vítimas e em distintos locais do país. Nem a polícia, nem o Judiciário conseguiram atribuir um valor indenizatório exato para cada caso, pois nem ao menos todas as vítimas poderão ser encontradas, nem as mesmas comprovariam com exatidão todos os prejuízos sofridos com o estelionatário. Nesses casos, o magistrado fará um levantamento genérico e dará uma condenação que busque se aproximar mais da realidade.

9.3 DISCREPÂNCIAS OCASIONAIS NAS DECISÕES JUDICIAIS

As discrepâncias ocasionais nas decisões judiciais são problemas também enfrentado nos casos de reparação civil no procedimento cível, especialmente, em juizados especiais. Vê-se que, ao deixar a cargo de um juiz arbitrar uma reparação de danos, cada cabeça será um guia, no qual poderá por vezes interpretar situações tão parecidas de maneira tão diversas. A vítima acredita que será ressarcida por um valor condizente a sua contagem sobre o dano sofrido e se surpreende com outra resposta do Judiciário.

Nos casos de reparação civil *ex delicto*, há magistrados que aceitam auferir indenização a dano moral sofrido pela vítima de crimes, já outros não aceitam, tornando o Judiciário nacional imprevisível no que tange à conclusão final das querelas judiciais. Ademais, nesse caso, será relevante a maneira como o julgador irá abordar o dano causado pelo ofensor, pois como bem dito, pode ficar a mero

encargo do promotor descrever na denúncia, por simples alegação da vítima em audiência de instrução, como também pode se valer o magistrado de peritos.

O que se vê, é a intenção geral de evitar as contradições entre tribunais e juízes de um mesmo estado, pois além de tal façanha enfraquecer o Judiciário, ainda contribui para que a vítima não busque seus direitos. De outra maneira, deve-se evitar a tabela de indenização, que são valores pré-fixados por juízes a fim de dar um valor pré-definido a determinados casos, como exemplo, seria o caso de todo dano causado pelo crime de estelionato o montante de reparação de dois mil reais, já na ocorrência de crimes de estupro a indenização de dez mil reais.

Logo, não se buscam valores de indenização previamente ajustados e sim que seja auferidos a partir de uma apuração lógica.

9.4 A FALTA DE EFEITO PUNITIVO EM RAZÃO DAS INDENIZAÇÕES REDUZIDAS

A vítima sente-se desestimulada a procurar o Judiciário, quando, ao final do processo litigioso, depara-se com uma condenação em valores módicos. O fato de a lei referir a valor mínimo de reparação não deve ser considerado valor simbólico. O efeito punitivo da reparação civil *ex delicto* tem que condizer com a gravidade do crime e sua repercussão na sociedade. Há de se entender que não são os anseios do ofendido que a condenação alivia, mas de toda uma comunidade que se envolve com o caso, muitas vezes ocorrido em sua rua, escola, trabalho, etc.

Ainda que o bem maior tutelado nos casos de crimes não seja de maneira imediata o bolso da vítima, e sim por vezes a segurança e a saúde pública, não se pode diminuir o valor dessa parte da condenação penal.

O magistrado, sempre que possível, deve se valer de peritos a fim de que esses lhe deem um valor mais próximo do real, dos danos suportados pelas vítimas.

9.5 AUSÊNCIA DE PODER ECONÔMICO DOS INFRATORES

Nossa sociedade ainda marginaliza. Para muitas das pessoas deixadas à margem das políticas públicas são negadas as oportunidades de emprego e estudo,

logo, por vezes, veem no crime uma opção para seu sustento e de sua família. O problema social do Brasil, herança de sua colonização, não pode ser esquecido em nenhum estudo que vise à abordagem sobre as questões inerentes à criminalidade e suas consequências.

Nesse teor, a pergunta que pode ser feita é como esperar reparação de uma pessoa que cometeu o crime, pois nem sustento tem para si mesmo? Por óbvio que esperar o pagamento da indenização é esperar pelo vazio, sendo mais um dos motivos que desestimulam a prática de reparação civil dentro das questões criminais. Mais a frente será dada uma sugestão para que tal empecilho não impossibilite o ressarcimento à vítima.

9.6 MEDO/IGNORÂNCIA DAS VÍTIMAS QUANTO A EXERCER SEUS DIREITOS

As vítimas devem procurar e lutar pelos seus direitos, contudo, se tem conhecimento de muitas pessoas que, ainda que lesadas, fogem do Judiciário. Algumas delas mantêm a crença que ao procurar o Judiciário seu infortúnio tornar-se-á público, dando margem para que todos falem dele. Outros pensam que ter seu nome em uma demanda judicial, ainda que como vítima, lhe será desonroso, preferindo suportar os danos a litigar nos tribunais.

De outro modo, em questões criminais, a vítima em especial tem medo de aparecer, pois acredita que o criminoso, ao sair da prisão, buscará vingança. É comum ver nas varas criminais, as vítimas faltarem audiência, pois não foram localizadas nos endereços fornecidos à Justiça ou dão endereço errado ou assim que o crime ocorre mudam de lugar.

A vítima é peça essencial na reparação civil *ex delicto*, não de maneira imprescindível para intentar o pedido, mas sim para comprovar, sem sombra de dúvida, o dano sofrido. Sua ausência, seja por motivo de medo ou ignorância de seus direitos, impossibilita o trabalho da justiça e tornam as novas leis, em sua nascente, letras mortas.

O Estado Juiz, nesse ponto, deve conscientizar a sociedade que a vítima não só deve denunciar seu ofensor, mas procurar pela reparação dos danos a ela

causados. A conscientização deve nascer nos tribunais, mas também deve ser abraçada por todos os órgãos e instituições do país que querem um Brasil mais justo.

10 ASPECTOS PENAIS DA REPARAÇÃO DO DANO *EX DELICTO*

Percebe-se que, quando o infrator é condenado pelo crime que cometeu, ele assume, muito mais do que mera punição, mas também uma obrigação com o Estado. Assim sendo, decorrente dessa obrigação surgem deveres e consequências.

Com relação à sentença estrangeira, o art. 9º, do Código Penal em vigor, dispõe que, quando a lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis. Assim sendo, nossa lei prevê que o estrangeiro também seja obrigado a reparar o dano causado, se sua sentença condenatória for homologada no país.

Tal homologação de sentença condenatória deve ser feita pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *ii*, da Constituição Federal), sendo importante ressaltar que para aplicação da lei brasileira, nos casos de crimes cometidos por estrangeiros, o agente deve entrar no território nacional e não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

De outro modo, como bem já foi dito, essa obrigação, ainda que imposta em decisão condenatória criminal, tem natureza cível reparatória e não de pena privativa de liberdade, não causando, em caso de não cumprimento, conversão de pena. Assim sendo, para não ser apenas mais uma condenação penal morta, como muitas vezes acontece com a pena de multa, em que apenados sem condições saem em liberdade sem nunca pagar a multa imposta, resta trazer aos não cumpridores da obrigação algumas consequências jurídicas.

Quem deve o valor da multa vai ter seu nome inserido na lista da dívida ativa. Para quem fica a dever a reparação *ex delicto* não é possível tal providência, pois a

dívida tem natureza privada em favor do ofendido, e não devida propriamente ao Estado, contudo, caso não pague, os bens do ofensor podem ser objetos de execução coercitiva, ou seja, podem ser leiloados, penhorados, adjudicados, etc.

A frustração, sem motivo justificado, da reparação do dano, também é causa obrigatória da revogação do sursis (art. 81, II, do Código Penal), impede a concessão do livramento condicional (art. 83, IV, do Código Penal) e o requerimento de reabilitação (art. 94, III, do Código Penal). Havendo, portanto, motivo justificado ou impossibilidade de reparar o dano em virtude da insolvência, podem ser concedidos os benefícios do sursis e do livramento condicional, além da reabilitação.

Art. 81 - A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

II - frustra, embora solvente, a execução de pena de multa ou não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano

[...]

Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

(BRASIL, 1940).

Nota-se, por meio desses artigos de lei, o quanto o regramento penal dá importância à reparação do dano causado pelo crime. Logo, desabrocha a importância do tema objeto deste estudo. A reparação do dano, além de ser imperativo da sentença penal condenatória, pode, também, em determinadas hipóteses, funcionar como causa de extinção da punibilidade anterior à sentença ou afastando, até mesmo a propositura da ação penal.

A reparação do dano pode ser ainda causa extintiva da punibilidade, como

ocorre no peculato culposo, se a reparação precede a sentença irrecorrível (art. 312, § 3º, do Código Penal). Entretanto, nos termos do mesmo dispositivo, se a reparação do dano for posterior à sentença irrecorrível, há somente uma redução da metade da pena imposta.

A reparação do dano como causa extintiva da punibilidade poderá ser estendida a outras hipóteses a serem avaliadas de acordo com a objetividade jurídica protegida e as condições do agente. Nesse sentido, se sugere tal medida nas infrações sem violência ou ameaça contra o patrimônio, quando o delinquente for primário, além de outras hipóteses como as lesões corporais simples. Busca-se, então, desafogar o Judiciário e as cadeias com pessoas que cometeram crimes de menor potencial ofensivo e que de algum modo já repararam seus erros.

No tocante ao estelionato praticado, por meio de emissão de cheque sem provisão de fundos, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que o pagamento do cheque, antes do recebimento da peça acusatória, exclui a justa causa para a ação penal. Em se tratando de apropriação indébita, uma grande corrente jurisprudencial entende que a reparação do dano exclui o crime, enquanto outra corrente compreende que há, nesse caso, apenas atenuação da pena. Aliás, nos termos do artigo 65, III, *b*, do Código Penal, a reparação, antes do julgamento, é causa genérica de atenuação da pena.

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
(BRASIL, 1940).

Por tal dispositivo de lei, observa-se que se incita o ofensor a procurar a vítima de sua ação a fim de que obtenha benefícios legais. Poucos criminosos têm conhecimento dos benefícios atribuídos à reparação de danos, pelos crimes que cometeu. Nesse sentido, de acordo com o art. 16, do Código Penal, “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída à

coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços” (BRASIL, 1940).

Esse é mais um estímulo à reparação do dano nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, introduzido pela Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984. Desse modo, é inegável que o legislador penal colocou em lugar de extrema importância a reparação do dano.

Quando se fala em jurisprudência, trata-se de julgados reiterados de tribunais pátrios em um mesmo sentido, para determinado caso, como fonte mediata do Direito Penal. Essa, no que diz respeito à reparação de danos *ex delicto* vem se fortalecendo. Nos casos de crime de menor gravidade e sem lesão ou grave ameaça, se o ofensor antecipar-se e reparar o dano causado, não se falará em ação penal, pois extinguirá a punibilidade do mesmo. Essa nova linha deve-se ao incentivo para a conciliação entre os particulares, instituto que já vem sendo bem adotado na solução da maioria dos conflitos, envolvendo interesses essencialmente privados, que não chegam ao conhecimento da Justiça Penal.

Atualmente, na Europa, há um grande movimento contrário à pena privativa de liberdade de curta duração, principalmente, diante do reconhecimento científico de que ela não vem atingindo a sua finalidade de recuperação ou ressocialização. No Brasil, tal movimento serviria ainda para diminuir as superlotações nos estabelecimentos prisionais. Por enquanto, no nosso país, apenas a promulgação da Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, ao alterar a Parte Geral do Código de 1940, introduzindo as penas restritivas de Direito e a multa substitutiva, é que trouxe um pequeno passo na busca de substitutivos penais.

A reparação do dano como substitutivo penal, em certos delitos, poderá incentivar a valorização da vítima, colocando-a no centro do sistema penal. Assim, põe em prática as mais recentes recomendações da ONU, no que tange à privação de liberdade como pena, sendo essa grande avanço para o Brasil, que busca se tornar país titular do conselho da ONU. Na reparação *ex delicto*, em particular, a pecuniária, não pode atualmente o magistrado substituir a condenação de reparação de danos por prestação de serviço à comunidade, pois a reparação deve-se à vítima e não ao Estado.

Cabe, neste estudo, esclarecer alguns aspectos relacionados à prescrição e reparação de danos. Ressalta-se que a prescrição da pretensão executória da condenação, que só ocorre depois do trânsito em julgado da sentença, não retira a força executiva dessa, exercível no âmbito cível. Não se confundem os seus efeitos com os decorrentes da prescrição da pretensão punitiva.

Na prescrição da pretensão executória, a ação penal foi declarada procedente e apenas não haverá o cumprimento da pena principal, persistindo, porém, as consequências secundárias da condenação. Mesmo entendimento aplica-se às que são projetadas no campo cível, quanto à indenização que segue prazo prescricional diferente da estabelecida no art. 110 do Código Penal. Logo, ainda que passados muitos anos, e o condenado sequer tenha pagado um dia de cadeia, isso não será empecilho para que a vítima execute a reparação de danos provenientes do crime.

No caso da prescrição retroativa e da prescrição intercorrente – que também são formas de atingir a pretensão punitiva, e por isso afastam todos os efeitos, principais e secundários, penais e extrapenais da condenação, uma vez reconhecida essas formas de prescrição –, o ofendido vê também fulminado seu direito de ressarcimento. Desse modo, quando for observada a existência de prescrição da decisão criminal, a vítima apenas poderá se valer da seara cível, se ainda estiver no prazo para prescrição quanto à indenização.

Quanto ao instituto da *abolitio criminis*, que ocorre quando a lei nova revoga um tipo penal, ainda que a lei nova venha a trazer comandos que beneficiem o ofensor ou, até mesmo, isentem-no de pena, os efeitos civis da sentença condenatória permanecerão. Logo, persistirá o dever de reparação dos danos.

O perdão judicial consiste em causa extintiva de punibilidade. A sentença que o concede tem natureza declaratória, não subsistindo assim, qualquer efeito, inclusive, o de natureza secundária. Nesse sentido, prescreve a Súmula 18 do Superior Tribunal de Justiça: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório” (BRASL, Superior Tribunal de Justiça, Súmula 18, 1990). Observa-se também quanto à reparação de danos, que tanto a responsabilidade, na seara penal

quanto na civil, serão apuradas no local de infração, favorecendo que o juiz de uma mesma comarca possa decidir sobre o caso, pois ocorreu em sua jurisdição, é a concretização do princípio do juiz natural.

Por ter natureza ressarcitória, a sentença criminal de fixar valor, ainda que mínimo de reparação civil, transmite o direito de exigir a prestação com a herança, nos termos do art. 943 do Código Civil vigente. Importante ressaltar que não poderá ser exigida à pessoa que não seja o infrator, pois no direito penal, a pena, ainda que de reparação civil, é pessoal e intransferível.

Neste ponto, cabe fazer uma ressalva, nos casos em que um ilícito penal for cometido por menor infrator. Sabe-se que o menor de dezoito anos não comete crime e sim ato infracional, punível nos termos estabelecidos no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, ainda que não seja punido no rigor da lei penal geral, não se pode aceitar que sua conduta causadora de dano seja irreparável.

Assim, entende-se que o ilícito penal cometido por menor infrator deve ser também passível de indenização, seja pelo Estado, o qual deveria garantir o controle desses menores infratores; seja pelos responsáveis legais. Desse modo, observa-se o julgado a seguir, o qual exemplifica que o Estado deve ser também responsável pelo controle dos atos cometidos por menores infratores.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ASSALTO A ÔNIBUS. MORTE. MENORES INFRATORES. FUGA. DANOS MORAIS. OMISSÃO DO ESTADO. TRANSPORTADORA. OMISSÃO DE SOCORRO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS AO ENCARGO DO ESTADO. 1. Há responsabilidade objetiva do Estado por assalto a ônibus que resultou em morte, quando os autores do homicídio eram menores infratores e deveriam estar sob guarda, vigilância e controle do Estado. 2. Um dos autores havia fugido do estabelecimento onde deveria estar. 3. Dano moral caracterizado pelo sofrimento dos genitores do falecido, em razão da perda do filho da forma trágica, narrada na inicial e comprovada nos autos. O dano moral puro prescinde de produção probatória, pois considerado *in re ipsa*. 4. Omissão de socorro do motorista da empresa não configurada, considerando o fato de ter a vítima já descido do ônibus, caindo na calçada, e principalmente em decorrência do risco à segurança dos demais passageiros que se encontravam no interior do coletivo, sendo inexigível conduta diversa. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL. Apelação Cível nº 70007919426, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 04/08/2004, 2004).

Em analogia ao que ocorre na responsabilidade civil na seara cível, em seus arts. 928 e seguintes do Código Civil, há ainda de se considerar que os pais, tutores, curadores e responsáveis em geral pela criança ou pelo adolescente que comete ato infracional, ficam obrigados a reparar o dano causado pelo ilícito, salvo se comprovadamente não tiverem meios suficientes para fazê-lo.

Nesse caso, deve ser feita uma consideração. Nota-se que a pena não sobressai do condenado, todavia, como se está a falar de uma inovação jurídica, entende-se que a parte do dispositivo que determina uma medida de segurança ao menor infrator pode determinar ainda um valor mínimo de reparação. Tal entendimento dá-se em conformidade com a hermenêutica jurídica, na qual o Código Penal, por ser lei maior geral, prevalece em detrimento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

No caso de o menor infrator estar sob os cuidados do Estado, e o Estado omitir-se no seu papel de proteção, poderá ser responsável pelo cumprimento da reparação civil. São os casos em que o Estado deve manter casas de proteção a menores infratores, em condições propícias e internação, se não o fazem, e se a Justiça liberar menores infratores que venham a cometer crimes, são responsáveis por omissão.

Diferentemente do que ocorre com a sentença penal condenatória, a sentença absolutória nem sempre faz coisa julgada no juízo cível. Isso que dizer que mesmo o réu tendo sido absolvido no juízo penal, pode ele, em certos casos, vir a ser condenado, no juízo cível, a ressarcir o dano causado à vítima. Se a sentença penal entender pela absolvição, em face de ausência de provas ou de o fato não constituir infração penal, tais hipóteses não afastam a possibilidade de averiguação de culpa na seara cível. Se o magistrado penal reconhecer que não houve autoria, ou que não ocorreu o fato, tais casos interferem na seara cível, fechando as portas para qualquer intenção de propor uma ação.

Observa-se, todavia, que, se o juiz criminal entender que o fato não é crime, fecham-se as portas para intentar a reparação civil *ex delicto*, ou seja, aquela oriunda de um crime. A situação que causou dano a outrem pode ser julgada na

sẽa cível, observando a existência dos pressupostos de responsabilidade civil genéricos.

Quanto aos dizeres do art. 67, III, Código de Processo Penal, afirma-se que não será motivo impeditivo da propositura da ação civil o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; a decisão que julgar extinta a punibilidade; a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Após haver a sentença condenatória e, essa, por sua vez, transitar em julgado, serão legitimados ativos para propor a execução, no juízo cível, da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou os seus herdeiros. O art. 65 do Código de Processo Penal, afirma mais hipóteses de fazer coisa julgada no juízo 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 do dever legal ou no exercício regular do direito” (BRASIL, Código de Processo Penal, 1941).

11 MEDIDAS ASSECUTÓRIAS A FIM DE GARANTIR A REPARAÇÃO DE DANOS

O Código de Processo Penal prevê três espécies de medidas assecutórias com o objetivo de assegurar a reparação de danos que a infração penal pode ter causado à vítima e à coletividade. São elas o sequestro de bens; a hipoteca legal; e o arresto.

11.1 SEQUESTRO DE BENS

Caberá o sequestro dos bens imóveis adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro. Os bens móveis também são passíveis de constrição pela medida ora analisada, desde que não tenham sido objeto de apreensão. Exemplo: imóveis adquiridos pelo traficante com o dinheiro arrecadado com a venda de drogas.

Para a decretação de sequestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens (*fumus boni iuris*), o que pode ocorrer tanto na fase

do inquérito policial como no curso da ação penal. A medida pode ser decretada de ofício pelo juiz ou mediante requerimento do representante do Ministério Público e do ofendido ou, ainda, mediante representação da autoridade policial (arts. 127 e 128 do Código de Processo Penal).

Uma vez decretada a medida, da qual cabe apelação, o próprio juiz criminal ordenará a sua inscrição no registro de imóveis, determinará a autuação em apartado e admitirá embargos de terceiro a serem opostos tanto pelo réu como por terceiro de boa-fé que esteja na posse do bem apreendido. Em relação ao réu, os embargos de terceiro possuem natureza jurídica de verdadeira contestação. O sequestro será levantado nas hipóteses previstas no art. 131, I-III, do Código de Processo Penal, a saber:

- I - se a ação penal não for intentada no prazo de 60 dias, contados da data em que ficar concluída a diligência;
 - II - se o terceiro, a quem tiverem sido transferidos os bens, prestar caução que assegure a aplicação do disposto no art. 91, II, b, do CP;
 - III - se for julgada extinta a punibilidade ou absolvido o réu, por sentença transitada em julgado.
- (BRASIL, 1941).

Importante lembrar que não serão objetos de sequestro bens móveis apreendidos em poder do acusado ou indiciado, pois obviamente se já tivessem sido apreendidos, não haveria necessidade de constrição judicial posterior. Além disso, se restituídos aos seus legítimos proprietários, evidentemente não poderiam garantir eventual ação civil *ex delicto*. Isso porque a indenização futura, se assim não fosse, seria paga com os próprios bens da vítima.

11.2 HIPOTECA LEGAL

A hipoteca legal é um direito real de garantia que recai sobre os imóveis do indiciado, podendo ser requerida pelo ofendido, em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Uma vez requerida ao juiz criminal mediante requerimento (do ofendido ou do Ministério Público), a parte estimará o valor da responsabilidade civil, designará e estimará o

imóvel ou móveis que terão de ficar especialmente onerados e, conseqüentemente, inalienáveis.

Se o réu oferecer caução suficiente em dinheiro ou em títulos da dívida pública, pelo valor de sua cotação em bolsa, o juiz poderá deixar de mandar proceder à inscrição da hipoteca legal. É no juízo cível que será procedida a liquidação da sentença criminal e os valores apurados com a hipoteca legal.

A inscrição da hipoteca legal será cancelada se, por sentença irrecorrível, o réu for absolvido ou julgado extinta a punibilidade. De acordo com o art. 143 do Código de Processo Penal, passando em julgado a sentença condenatória, serão os autos da hipoteca ou arresto remetidos ao juízo cível.

A finalidade da medida é garantir o sucesso da futura ação civil *ex delicto* recaindo, portanto, sobre qualquer bem do ofensor e não somente sobre aquele oriundo da prática delituosa.

11.3 ARRESTO

A Lei 11.435/2006 corrigiu antiga confusão feita pelo legislador no art. 137, 2ª parte, do Código de Processo Penal, ao se referir ao sequestro de bens móveis como medida assecutória, quando na verdade se tratava de arresto, nos moldes previstos no art. 813 do Código de Processo Civil. A nova lei substituiu as referências ao instituto sequestro pelo arresto.

A medida de arresto possibilita a apreensão de qualquer bem móvel, ao contrário do que exige o sequestro, que incide sobre os bens imóveis ou móveis obtidos com o produto do crime. O arresto só poderá ser concedido no curso da ação penal. Somente os bens suscetíveis de serem penhorados é que poderão ser objeto de arresto e, mesmo assim, em quantidade suficiente para garantir a responsabilidade do acusado ou seu responsável.

Os requisitos para a sua concessão são os mesmos exigidos para as demais medidas assecutórias: existência de crime e indícios suficientes de autoria. As hipóteses de levantamento são as mesmas previstas para a hipoteca.

Os depósitos e a administração dos bens arrestados ficarão sujeitos ao

regime do processo civil. As garantias do ressarcimento do dano alcançarão também as despesas processuais e as penas pecuniárias. Tendo preferência sobre essas a reparação do dano ao ofendido.

12 O PAPEL DA VÍTIMA E DO JUIZ NA REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

A vítima, no processo de reparação de dano *ex delicto*, é peça-chave, uma vez que caberá a ela trazer ao Judiciário a comprovação do dano suportado. Sem ela, ainda que o Ministério Público comprove na ação penal a existência do crime, a autoria delitiva e até mesmo o nexo causal hão de se fazer prova da existência de dano reparável. Se assim não o for, o juiz pode deixar de punir o ofensor em reparação de danos por ausência de materialidade.

Portanto, a vítima será aquela que dará subsídios para o magistrado auferir o *quantum debeatur* da reparação, proporcionando-lhe inteirar-se do caso e proferir a sentença com a mais lúdima justiça esperada. Se a vítima esconde-se da Justiça, tal comportamento implica o resultado insatisfatório da aplicação da lei.

Assim, a pessoa ofendida deve ser reparada de forma que seja restaurada a situação anterior, e, caso isso não seja possível, ela faz jus a uma recompensa monetária. No entanto, cabe à vítima, em regra, a prova do dano, como salienta José de Aguiar Dias:

O que o prejudicado deve provar, na ação, é o dano, sem consideração ao seu 'quantum', que é matéria da liquidação. Não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante. (DIAS, 2006, p. 102).

O magistrado, nessa nova roupagem e mistura de searas, assume maiores responsabilidades. Passa, em âmbito criminal, a exarar juízo de valor, que vai além do que dita o Código Penal, do que venha ou não a ser crime. Caminha para a justiça investigatória, que busca a veracidade dos fatos, a fim de garantir os direitos da vítima, em especial.

Caberá ao juiz diante da peça acusatória, em que haja o pedido de reparação civil *ex delicto*, desde logo encontrar meios de se chegar à verdade real dos fatos. Determinará a intimação da vítima para comparecer a todas as fases do processo e para ser ouvida em sua presença. Caso considere não ser a pessoa mais indicada para auferir valores dos danos suportados pela vítima, convocará um oficial de justiça avaliador ou contador da justiça para lhe auxiliar.

A fim de preservar a vítima, essa, poderá ser ouvida na ausência de seu ofensor. Ser-lhe-á dada a oportunidade com abertura de prazo processual para que sejam juntados aos autos documentos, testemunhas e outras provas.

O juiz ainda deverá propiciar ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, oportunizando-lhe a defesa, quer seja por advogado constituído; quer seja pela Defensoria Pública, em caso de comprovada pobreza, que questionem acerca dos supostos danos apresentados. O juiz deverá saber a divisão e ao mesmo tempo a junção existente entre as searas cíveis e criminais, no que tange à reparação civil *ex delicto*.

Do mesmo modo, é interessante que o magistrado esteja atento ao clamor que determinado delito gerou na sociedade, assim, levando em conta a reprovação social de um crime na comunidade em que ocorreu. O juiz reclamado pela nova Justiça Penal é o juiz negociador, o juiz conciliador, o juiz argumentador, o juiz humilde que aceita uma participação maior dos envolvidos na infração e suas consequências e reparta com eles o seu poder.

Nesse sentido, fala-se cada dia mais no direito da Justiça Restaurativa. Tal justiça é aquela focada na vítima, na qual se preza a conciliação entre ofendido e agressor. Com esse novo contexto, nascem a cada dia na *praxis* dos tribunais ações de juízes que buscam não somente a ressocialização do preso com a sociedade em geral, mas também com a vítima direta de seus crimes.

Segundo a reportagem *Projeto piloto destina parte do salário de presos para vítimas no Sul de Minas*.⁷ Na Comarca de Santa Rita do Sapucaí, Estado de Minas Gerais, o juiz criminal Henrique Mallmann criou um projeto em que as vítimas de

⁷ Disponível em: <<http://www.agenciaminas.mg.gov.br/multimedia/galerias/projeto-piloto-destina-parte-do-salario-de-presos-para-vitimas-no-sul-de-minas/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

delitos considerados leves, como roubo e assalto, que participam do projeto dão o seu perdão ao preso e são ressarcidos pelo dano sofrido. Para pagar a indenização, os presos trabalham na pintura do prédio do fórum de Santa Rita e recebem salário por isso. O diferencial é que parte do salário vai para a família do preso e a outra parte vai para pagar à indenização as vítimas. O projeto teve 100% de adesão da população e dos detentos que são escolhidos de acordo com regras de bom comportamento. Após a finalização da pintura do fórum já existem mais outras obras de reparos e restauração de órgãos públicos que serão feitas pelos detentos.

O valor da indenização é acertado em audiência de conciliação e o perdão é recebido no ato pelo preso. As vítimas que participam do projeto dizem que além de ganhar a indenização para reparar o dano ajudam a reabilitar um cidadão. Esse é o exemplo mais prático e rápido em que a vítima vê-se ressarcida, não somente do dano causado pelo crime, mas também pela sensação de que o seu agressor terá uma nova oportunidade de vida. Tal ideia também permite a viabilização da reparação de danos, ainda que o condenado de imediato não tenha condições de fazê-lo.

Situação também relevante é a dos casos de violência doméstica, em que a vítima, na maioria das vezes, tem uma relação íntima e familiar com o agressor. Inicialmente, pode parecer que a indenização *ex delicto* não seja a punição a se esperar nesse caso, todavia não deve ser este o raciocínio apreendido. Considerando ser a indenização *ex delicto* um direito indisponível da vítima, e prevista no ordenamento legal, não se trata de uma faculdade da vítima, devendo a indenização exercer sua função social, ainda que não seja esperada ou requerida.

Nesse sentido, ainda que passível de dúvidas para alguns de que seja possível além da punição pela própria violência suportada, haja uma punição pecuniária ao agressor, defende-se neste estudo que uma vez sendo possível a indenização pelo dano causado à honra, nos casos de violência doméstica, o dano seria *in re ipsa*, ou seja, seria um dano moral presumido, que dispensa prova cabal.

Por óbvio, o magistrado deve estar atento aos acontecimentos de sua comarca. Logo, deve ter a sensibilidade de buscar a reparação de danos àqueles que precisam, ainda que inicialmente haja uma impossibilidade. Deve olhar para o

delito, não somente como um ato repreensível pela sociedade, no qual jamais haverá um perdão, mas como um ato falho a que pode ser dada a oportunidade de reparo, ainda que futuro. Deve-se ainda dar oportunidade ao criminoso de se arrepender e nada melhor do que deixá-lo mostrar tal arrependimento com a reparação de danos voluntária e fruto de seu trabalho.

13 AS RAZÕES PÚBLICAS PARA A REPARAÇÃO DO DANO E A PARTICIPAÇÃO DO ESTADO

Os operadores do direito, no contexto social atual, sejam eles: magistrados, promotores, defensores públicos, advogados e bacharéis, vêm cada dia mais se posicionando favoravelmente à instituição de sistemas legais que de uma ou outra forma prevejam novos mecanismos para ser assegurada a efetiva reparação à vítima da infração penal, seja por meio de indenização estatal, seja por meio de fundos.

O Estado soberano, cujo compromisso constitucional determina a proteção aos cidadãos e políticas de erradicação da pobreza e marginalização, não cumpre o seu papel principal. Assim sendo, assume a responsabilidade secundária de promover a ressarcimento de danos. A cláusula 12 da Declaração Universal dos Direitos da Vítima consigna que a reparação pelo Estado deve ser admitida, quando o crime resulta de ato oficial ou quase oficial, ou quando o ofensor não pode efetua-la e não há seguro privado. É o Estado assumindo a responsabilidade por sua inércia, nos seus deveres constitucionais.

São vários os fundamentos apresentados para justificação desse pensamento: a compensação por parte do Estado deriva da moderna ideia de seguro estatal e da centralização de funções do Estado moderno. O Estado, ao proibir a vingança privada, passou a ter como uma de suas principais funções a defesa e a segurança dos cidadãos, que têm o direito à preservação da vida, da honra e de seus bens. Decorre, assim, a obrigação de o Estado compensar e indenizar aqueles que sofreram por falha na prestação desses serviços de segurança e defesa.

Há interesse público de que a vítima do crime obtenha integral reparação de

seus danos, seja porque, de forma mediata, são geralmente atingidos os seus familiares, seja porque ela normalmente representa força útil de trabalho e produção atual ou futura. Não basta prever a reparação pelo autor do crime porque muitas vezes a autoria não é descoberta, ou ele não é acusado, ou é insolvente, ou a sentença demora demais para ser proferida.

No Brasil, atualmente, já é previsto o seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT) para indenização de vítimas de acidentes. Existe um sistema previdenciário oficial que dá tratamento médico e hospitalar às pessoas feridas, inclusive se vítimas de crime. São previstos auxílios e pensões em casos de acidentes de trabalho, muitas vezes resultante de prática delituosa. Estão sendo criados fundos nas leis que cuidam da proteção de interesses difusos: meio ambiente, consumidor, destinados à indenização de vítimas de crimes.

Todo o movimento que vem sendo feito em nosso país em prol das vítimas, inclusive com a relevância da criação e do funcionamento da Sociedade Brasileira de Vitimologia, impõe que se iniciem esforços concentrados para a transformação de um quadro, em que a cada ano aumenta o número da criminalidade nos centros urbanos e rurais. Há, porém, a necessidade de dar maior garantia de reparação às vítimas e, nesse caso, há dois pontos, que merecem realce:

- 1º) há necessidade de lei que regule a reparação dos danos à vítima de crime, criando novos meios de ser obtido o ressarcimento, mais eficazes do que os existentes; e
- 2º) no Brasil, inexitem, no momento, condições de exigência de que o Estado se responsabilize pela integral indenização de todas as vítimas de crimes, o que, aliás, nem mesmo países mais ricos fazem.

Com essas duas premissas, entende-se que, na criação de um novo diploma legal, a reparação por parte do Estado deve inicialmente cobrir danos mais graves, resultantes da prática de delitos cometidos mediante violência, nos casos em que o réu não foi identificado ou insolvente e a vítima não conseguiu, por outros meios, a suficiente indenização. Devem ser instituídos fundos próprios para a reparação cujos recursos poderiam provir de fontes diversas: parte das custas judiciais em processos

criminais; venda de bens apreendidos em razão de atos criminosos; parte do produto do trabalho do preso, etc.

A lei poderia prever a obrigatoriedade de seguros para a cobertura de danos resultantes de atos ilícitos, dolosos ou culposos, decorrentes de atividades profissionais em que esteja sempre presente a possibilidade de prejuízos de graves conseqüências. Por exemplo: no exercício da medicina, da engenharia, da advocacia, dentre outros. Os primeiros passos devem ser dados, ainda que, inicialmente, não correspondam ao ideal pretendido. A experiência indicará novos rumos e mostrará a necessidade de aperfeiçoamento.

A ação civil *ex delicto* tornou-se instrumento de combate à criminalidade e defesa do interesse social. Sendo o crime o fato jurídico (em sentido amplo) que mais repugna ao direito, pela maior lesão que encerra contra a ordem jurídica e social, almeja ele (o direito), essencialmente, evitá-lo e, quando isso não se consegue, procura restabelecer da maneira mais intensa possível o *status quo ante*. Nessa trilha, um dos meios do ordenamento jurídico é a ação civil de reparação do dano decorrente de crime. Esse remédio jurídico tem por escopo eliminar, no plano civil, a lesão jurídica causada à vítima pelo ilícito.

Como consequência, no plano jurídico (civil), da prática de um fato, a obrigação de reparar o dano transcende o interesse meramente privado da vítima ou de seus sucessores, passando a dizer respeito à coletividade. A reparação do dano funciona não só como indenização pelo dano civil causado à vítima, mas também como instrumento de prevenção e repressão ao crime, a exemplo da própria sanção penal.

Com efeito, quanto mais eficientes os meios do Estado para impor ao agente criminoso, ao lado da sanção penal, a simultânea sanção civil de indenização, maior será a eficácia da prevenção criminal geral, pela mais profunda inibição dos criminosos em potencial, ante a probabilidade da dupla aplicação da lei. Aliás, cresce a cada dia a tendência de substituir, para os crimes praticados sem violência, por exemplo, a pena corporal (como é a privativa de liberdade) pela sanção pecuniária, que tem estreita ligação com a indenização destinada à reparação do dano sofrido pela vítima – donde se vê a importância dos efeitos econômicos do

crime no processo de prevenção/repressão.

A reparação civil, utilizada nas condenações penais, busca diminuir a reincidência. Acredita-se que o infrator pensará duas vezes antes de cometer novo crime, ao ver que não somente responderá perante o Estado com privação de sua liberdade, como perante a sociedade e as vítimas de seus crimes, tendo que trabalhar e angariar dinheiro para restituir tudo o que subtraiu.

Nesse sentido, entende-se a reparação de danos como um instrumento de coerção social, sendo mais um meio de combater a criminalidade. Além disso, por motivos de grande relevância, uma vez que o Brasil busca emergir ao título de país desenvolvido, dar o Estado uma atenção especial às vítimas de crimes. Assim, defende-se a criação de um fundo patrocinado majoritariamente pelo Estado em prol da reparação de danos às vítimas de crimes, quando seus ofensores comprovadamente não puderem arcar com a condenação pecuniária imposta em sentença.

Outra parte da composição desse fundo seria atribuída às contribuições feitas por ex-vítimas de crimes, pessoas físicas e jurídicas em geral, entidades não governamentais, que se solidarizem com a política de proteção à vítima de delitos. Além do dinheiro dado por simpatizantes da causa, o preso também pode reparar o dano causado pelo crime que cometeu, trabalhando durante o cumprimento de sua pena, seja realizando serviços em obras públicas, tais quais rodovias e escolas ou em parcerias público-privadas, a exemplo do que ocorre com a realização da Copa do Mundo de Futebol no Brasil em 2014. No caso, o Estado reverteria parte do salário do apenado à vítima. Salário, esse, por exercer funções no próprio estabelecimento penal em que cumpra pena, trabalhando na limpeza, padaria, refeitório, etc.

Há razão pública para a reparação civil *ex delicto*, pois não se almeja só atingir repressivamente o crime, mas preventivamente, além de propiciar ao infrator, durante a sua pena, a conscientização do mal que cometeu. O Estado tem o dever de garantir aos infratores a sua dignidade e fazer Justiça de um modo que faça o criminoso olhar a sociedade como parte de si, devendo respeitá-la. A reparação do dano ensina ao criminoso que ele deve satisfação não somente ao Estado, mas

também dos seus iguais. Além do que a política de reparação de danos *ex delicto*, propicia ao condenado maior facilidade de ressocialização.

14 CONCLUSÃO

O direito pune atos jurídicos indesejáveis com várias espécies de sanções, como as civis e as penais. Os atos tipificados criminosos são os que mais afetam a ordem jurídica e social, razão por que merecem a sanção mais rigorosa do ordenamento jurídico: a perda da liberdade. Não se pode permitir que a letra da lei nasça morta, há de se garantir a sustentabilidade do ordenamento jurídico. Permitir, com novas ideias, que se faça uma justiça mais restaurativa e não apenas vingativa,

A sanção ao ato criminoso visa a duas finalidades essenciais: a prevenção e a repressão do crime. A indenização do dano causado pelo crime corresponde a essa finalidade no plano civil, já na órbita criminal, será a pena em si. Ambas têm o mesmo fundamento (a prática de ato penalmente típico) e a mesma função jurídica (prevenir e reprimir a atividade criminosa), pouco ou nada diferindo. Ontologicamente, a prevenção e a repressão ao crime constituem interesse social dos mais relevantes.

A norma que permite a indenização à vítima em decorrência de crime é de ordem pública e tutela interesse público e social, daí se defender e justificar a legitimidade ativa do Ministério Público para propor o pedido de reparação na seara criminal, não obstante subordinar-se ao talante da vítima, que pode ou não desejar valer-se do direito de ação.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a ação civil *ex delicto* coaduna-se com o disciplinamento constitucional da instituição, por atender o relevante interesse social, mesmo se tratando de função atípica. A interpretação que afastasse essa legitimidade implicaria, na prática, impedir, em muitos casos, a promoção da ação de reparação do dano *ex delicto*, pela notória carência de meios por parte da Defensoria Pública e pela inexistência de advogados que possam ou desejem patrocinar tais causas em milhares de localidades do país. Por conseguinte, do ponto de vista jurídico, tal exegese fere o princípio da máxima efetividade das

normas jurídicas.

Pelo menos até que a Defensoria Pública esteja plenamente apta a prestar essa assistência, deve-se emprestar interpretação conforme a Constituição ao art. 68 do Código de Processo Penal, considerando o Ministério Público parte legítima para promover a ação. Desse modo, fundamentou-se a proposta deste estudo, no sentido de ser uma competência concorrente e não residual, entre tais instituições, uma vez que cabe ao Ministério Público a titularidade da ação penal, bem como ser o próprio defensor da sociedade, realizando qualquer função que seja compatível com sua finalidade. Entendeu-se, neste estudo, que não se trata de uma faculdade e sim um dever do magistrado.

Nesse sentido, ainda que o *quantum reparatorio* seja de difícil aferição, o magistrado tem autonomia para aplicar o valor justo, por meio de auxiliares da Justiça. Tal valor deve ser baseado em critérios objetivos, angariados no decorrer da instrução processual e não baseado em emoção ou tabelas pré-fixadas de indenização.

Observa-se, ainda, que a doutrina assente no sentido que a intenção do legislador, ao idealizar a reparação civil *ex delicto*, era de misturar as duas searas, cível e criminal, em busca da celeridade processual e eficiência dos processos.

A doutrina, contudo, divide-se em aceitar se a reparação de danos mencionados no Código de Processo Penal incluiria os danos morais, ou somente os materiais. Tendo em vista a ausência de distinção no texto de lei, bem como sendo o dano moral também consequência de um crime a ser suportado pela vítima, entende-se que o dano moral também deve ser objeto de análise na fixação do valor mínimo de reparação advindo de um ilícito penal. De outro modo, não se poderia pensar, se fosse observado que, na maioria das vezes, a dor moral suportada por um crime é bem maior que a perda material.

Notou-se que a doutrina defende que a parte da sentença condenatória penal que se refere à reparação de danos à vítima é título executivo judicial, que após o trânsito em julgado, permite que haja a execução apenas no juízo cível. Não é o que se buscou esclarecer. Parece contraditório o juízo criminal, após análise de toda narrativa fática e provas que envolvem o caso, fixar um valor que não poderá ser

exequível pelo seu próprio juízo. Tal entendimento seria um passo para trás, ora que com isso, não se pensou na celeridade processual, muito menos na vítima que, ainda que representada pelo Ministério Público ou Defensoria Pública, terá que receber novo auxílio para adentrar no Judiciário a fim de executar sentença que lhe garantiu um direito.

Faz-se mais razoável que tudo seja resolvido de uma só vez. Até mesmo a título de presteza e eficácia. Ainda que a fixação de valor mínimo de reparação não possa ser considerada uma nova modalidade de pena, capaz de levar à prisão, pela própria vedação constitucional de que ninguém poderá ser preso por dívida civil.

Constatou-se, com as pesquisas realizadas, que a vítima vem recebendo maior atenção das políticas públicas e deve assumir um dos papéis principais no processo criminal. Assim, liberta-se dos medos e inseguranças e busca a reparação dos danos suportados pelo cometimento do crime.

Por fim, defendeu-se, neste estudo, que o Estado tenha participação ativa nessa inovação jurídica, que se trata da fixação de valor mínimo de reparação, pois se a infração penal gera os pressupostos da reparação, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, nasce o dever de indenizar. Vale salientar que nem sempre o ofensor tem meios para arcar com os danos que comete não podendo ficar a vítima irressarcida.

O Estado deve tomar para si a responsabilidade, aqui sendo sugerido que seja criado em fundo Estatal para reparação das vítimas, oriundo de valores pagos com fianças, suspensões condicionais do processo e parte das penas de multa, dentro outros meios.

No mesmo sentido, o Estado deve prestar auxílio à vítima, permitindo que o Ministério Público, por meio de seus promotores, agentes públicos, seja sempre legitimado para requerer, em nome de outrem, a fixação do valor mínimo de reparação, ainda que a vítima não seja pobre na forma da lei.

Tal necessidade se faz até mesmo porque a vítima na maioria das vezes desconhece o seu direito à indenização pelos danos sofridos com a infração penal ou teme requerer, em próprio nome, a indenização, em vista de represárias do infrator e dos seus familiares. Assim sendo, o Ministério Público, como defensor da

sociedade e dos interesses difusos, coletivos e homogêneos, e tendo mais estrutura para intentar tais pleitos, é o legitimado para participar da concretização de reparação civil *ex delicto*, dentro e fora das varas criminais.

Entendeu-se, por fim, que se faz necessário dar oportunidade aos infratores de reparar seus erros, concretizando uma política pública ressarcitória real.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERNANDES, Antônio Scarance. O Estado na reparação do dano à vítima do crime. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 678, p. 25-33, 1992.
- FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justicia**, São Paulo, 53 (156), out./dez. 1991.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 8.
- LIMA, Marcellus Palastri. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova Reforma do Código de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- NEVES, Sheilla Maria da Graça Coutinho das. A fixação do valor mínimo da reparação de danos na sentença penal condenatória. Sucinta análise sobre a validade da norma. **Jus Navigandi**, Terezina, ano 16. n. 2771, 1 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18392>>. Acesso em: 18 mar. 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed, São Paulo: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pachelli de; FISHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre os princípios de justiça para as vítimas de delitos e abusos de poder de 1985. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

PEREIRA, Isaiane Costa; BATISTA, José Roberto Torres da Silva. Fixação do valor mínimo de indenização e sua instrumentalização prática. **Revista Jurídico-Institucional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte**, v. 1. n. 1. abril 2011. Disponível em: <<http://www.mprn.gov.br/revistaeletronicamprn>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PROJETO piloto destina parte do salário de presos para vítimas no Sul de Minas: Parceria com Poder Judiciário de Santa Rita do Sapucaí garante ressarcimento de prejuízos causados pelos delitos. Disponível em: <<http://www.agenciaminas.mg.gov.br/multimidia/galerias/projeto-piloto-destina-parte-do-salario-de-presos-para-vitimas-no-sul-de-minas/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Ação civil ex delicto**: legitimidade ativa do Ministério Público. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 9, jul./dez. 1996.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição de danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Néstor; ALENCAR, Rosimar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

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

SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do Processo Penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com novo regime da provas e principais modificações do júri. São Paulo: Renovar, 2009.

Legislação e Jurisprudência consultadas

BRASIL. Brasília. APR 20071010000187. Acórdão n. 412993. Relator Silvano Barbosa dos Santos, 2ª Turma Criminal, julgado em 18/03/2010, **Diário da Justiça**, 14 abr. 2010.

BRASIL, Brasília. APR 20080310159209. Acórdão nº 348976. Relator Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado em 12/03/2009. **Diário da Justiça**,

12 maio 2009.

BRASIL. Natal. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Apelação Criminal nº ACR 96321 RN 2009.009632-1. Relator: Desembargador Armando da Costa Ferreira, Câmara Criminal, Julgado em 26/02/2010. Diário da Justiça, 03 mar. 2010.

BRASIL. Brasília. Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Apelação Criminal 98465020068070005 DF 0009846-50.2006.807.0005. Relator: Des. Roberval Cassemiro Bellinati. 2ª Câmara Criminal. Publicação: 26/05/2010, **Diário da Justiça eletrônico**, 2010.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro**. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Publicado no Rio de Janeiro, 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 25 jan. 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em 1º mar. 2012.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984**. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal e dá outras providências. Brasília, 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103279/lei-7209-84>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Lei que institui o Código Civil. Publicado em Brasília, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 fev. 2012.

BRASIL. **Lei nº 11.435, de 28 de dezembro de 2006**. Altera os arts. 136, 137, 138, 139, 141 e 143 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, do Código de

Processo Penal, para substituir a expressão “seqüestro” por “arresto”, com os devidos ajustes redacionais. Brasília, 28 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11435.htm>. Acesso em: 14 jan. 2012.

BRASIL. Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, relativos à suspensão do processo, emendatio libelli, mutatio libelli e aos procedimentos. Publicada em Brasília, 20 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm>. Acesso em: 1º mar. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 18, de 20 de novembro de 1990. Diário de Justiça. 28 de novembro de 1990. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj_0018.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 135328, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/1994. Diário da Justiça, 20 de abril de 2001. PP-00137 EMENT VOL-02027-06 PP-01164 RTJ VOL-00177-02 PP-00879. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

BRAZIL. Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830. Foi publicada esta Carta de Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça aos 8 dias do mês de Janeiro de 1831. No impedimento do Official Maior, Antonio Alvares de Miranda Varejão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012

BRAZIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil, 25 de março de 1824. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fl. 17 do Livro 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRAZIL. Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841. Foi publicada a presente Lei nesta Secretaria de Estado dos Negocios da Justiça, aos 11 de Dezembro de 1841. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41>>. Acesso em: 20 jan. 2012.