

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

LEONARDO GRASEL DINIZ DE FIGUEIREDO

**O JUIZ PENAL, A INDENIZAÇÃO PELO DANO *EX DELICTO* E O SISTEMA DE
INDEPENDÊNCIA**

FLORIANÓPOLIS

2009

LEONARDO GRASEL DINIZ DE FIGUEIREDO

**O JUIZ PENAL, A INDENIZAÇÃO PELO DANO *EX DELICTO* E O SISTEMA
DE INDEPENDÊNCIA**

Monografia apresentada pelo acadêmico Leonardo Grasel Diniz de Figueiredo à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientação:

Prof. Dr. Antônio Carlos Brasil Pinto

FLORIANÓPOLIS

2009



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **O JUIZ PENAL, A INDENIZAÇÃO PELO DANO EX DELICTO E O SISTEMA DE INDEPENDÊNCIA**, elaborada pelo acadêmico Leonardo Grasel Diniz de Figueiredo e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 09/07/2009

Antônio Carlos Brasil Pinto

João dos Passos Martins Neto

Vera Lúcia Teixeira

Dedico esta monografia em primeiro lugar à minha família, que tanto apoio me fornece em instantes áridos de minha vida. À minha namorada, Caroline Varela Jorge, pela paciência e amor incondicional que consegue exprimir com um simples sorriso. Ao meu grande amigo e mestre pela UFPE, Mateus Pereira, que tornou possível este presente trabalho com suas observações ponderadas e um tanto quanto pertinentes.

Àquele que crê, tudo é possível. (Marcos 9:23)

RESUMO

A ação civil *ex delicto* representa um dos mecanismos mais apropriados para a vítima pleitear a indenização pelo dano que sofreu com o crime, isso porque tal ferramenta processual serve exatamente para apurar o reflexo patrimonial negativo originado de um delito. Inobstante, com a novel lei 11.719/08, incumbiu-se também o juiz criminal de fixar uma quantia mínima pelos danos perpetrados pela ação delitiva, fato que pode suscitar uma gama de implicações de cunho teórico e prático, principalmente no que diz respeito ao sistema de independência que coordena as instâncias de direito no Brasil. No aludido sistema, as esferas jurídicas denotam compartimentos estanques, cada uma ocupando-se do direito substancial afeto ao seu ramo. A fixação de uma indenização mínima pode solapar as bases da independência, pois que trará ao bojo da sentença penal uma resposta tipicamente civil, o que melhor se coadunaria com um sistema de confusão.

Palavras-chave: Ação civil *ex delicto*, dano, ilícito civil, ilícito penal, eficácia civil, sentença penal, pretensão indenizatória, indenização, pretensão punitiva, *jus puniendi*, sistemas, confusão, independência, separação, valor mínimo, liquidação, artigos, arbitramento, cumprimento de sentença, efeito direto, efeito anexo.

FIGUEIREDO, Leonardo Grasel Diniz de. **O juiz penal, a indenização pelo dano ex delicto e o sistema de independência**. Florianópolis: UFSC: 2009. 119 p. Monografia (graduado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. Orientador: PINTO, Antônio Carlos Brasil.

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO	11
CAPÍTULO I	10
AÇÃO CIVIL EX DELICTO	10
1.1. Considerações Gerais sobre o Dano.....	10
1.2. Pretensão Punitiva X Pretensão Indenizatória.....	13
1.3. Generalidade sobre a ação civil ex delicto.....	14
1.3.1. Fundamentos.....	15
1.3.2. Ilícito Penal X Ilícito Civil.....	19
1.4. Ação cognitiva ex delicto.....	23
1.5. Prejudicialidade.....	27
1.6. Legitimação.....	30
1.6.1. Legitimação Ativa.....	30
1.6.2. Legitimação passiva.....	31
1.6.3. Legitimidade do Ministério Público.....	34
CAPÍTULO II	38
EFICÁCIA CIVIL DA SENTENÇA PENAL	38
2.1. Considerações Gerais.....	38
2.2. Da Prescrição penal sobre a esfera civil.....	47
2.3. Curiosidade.....	49
2.4. Eficácia civil da sentença absolutória.....	51
2.4.1. Sentença absolutória fundada na inexistência do fato.....	52
2.4.2. Sentença fundada na falta de provas da existência do fato.....	54
2.4.3. Sentença fundada na inexistência da infração penal.....	55
2.4.4. Sentença fundada na inexistência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal.....	56
2.4.5. Sentença fundada na existência de prova de não ter o réu concorrido para a infração.....	57
2.4.6. Sentença fundada em circunstância excludente de ilicitude, de culpabilidade ou isentiva de pena.....	58
2.4.6.1. Estado de Necessidade.....	58
2.4.6.2. Legítima Defesa.....	61
2.4.6.3. Estrito cumprimento de dever legal.....	63
2.4.6.4. Exercício Regular de um direito.....	64
2.4.6.5. Excludente de Culpabilidade.....	64
2.4.7. Outras Hipóteses.....	65
2.5. Responsabilidade Objetiva e a indenização	68
2.6. Análise normativa do instituto da indenização.....	71
CAPÍTULO III	77

<u>A POSSÍVEL QUEBRA DO SISTEMA DE INDEPENDÊNCIA MITIGADA</u>	
<u>QUE COORDENA AS INSTÂNCIAS DE DIREITO.....</u>	<u>77</u>
3.1. Sistemas Processuais.....	77
3.2. Outros sistemas.....	82
3.3. Reforma processual de 2008 – breves apontamentos.....	86
3.4. Valor mínimo indenizatório.....	90
3.5. Liquidação e cumprimento de sentença.....	96
3.6. O caráter público da indenização em face do dano ex delicto.....	102
3.7. A possível quebra do sistema de independência que coordena as instâncias.....	106
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</u>	<u>111</u>
<u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</u>	<u>116</u>

INTRODUÇÃO

Com o advento da reforma de 2008 no Código de Processo Penal estabeleceram-se alterações substanciais no rito processual, emprestando-lhe novo formato, mais versátil e mais consentâneo aos ideais de celeridade preconizados pelos cânones processualísticos.

Em que pese a indiscutível importância de cada um dos pilares que fomentaram a aludida reforma, para esta presente monografia interessa aquele que diz respeito à nova atribuição conferida ao magistrado penal de arbitrar uma quantia mínima em face dos danos suportados pela vítima do crime.

Antes, porém, que se adentre no mérito da reforma propriamente dito, imperioso que se discorra sobre as ferramentas ao alcance da vítima para acionar o criminoso causador do prejuízo, sobressaindo de importância ação civil atrelada à existência da infração penal, que recebe o nome de ação civil *ex delicto*, leia-se, em decorrência do delito. Conforme será esmiuçado alhures, verificar-se-á que tal modalidade de ação pode se desdobrar tanto no molde cognitivo, quanto no executório.

Algumas particularidades da indigitada *actio* far-se-ão aventadas de maneira que se teça uma consideração completa, ou, ao menos, satisfatória, no que tange às possibilidades de o ofendido excitar a pretensão indenizatória que exsurge em virtude do crime contra ele deflagrado. O primeiro capítulo tratará deste assunto com entusiasmo, expondo algumas minudências que gravitam em torno desta ação civil, como a legitimidade ativa, passiva e a hipótese de prejudicialidade.

O processo penal e o processo civil, em tese, cuidam de julgar as matérias que ficam cingidas ao seu campo de atuação, ao seu plano de incidência, não se vinculando, destarte, um em relação ao outro, conquanto coordenados pelo sistema de separação ou independência que rege as instâncias. Inobstante isso, há algumas exceções que vigem em nosso ordenamento jurídico que, de alguma forma, podem vir a solapar os alicerces do dito sistema, pois que submetem uma esfera jurídica à eficácia decisória produzida em outra. Nesse sentido revela-se a subordinação da órbita civil em relação a certos conteúdos decisivos prolatados em seara penal, porquanto aquela não mais poderá se manifestar sobre o que foi imantado pelas prerrogativas da coisa julgada desta. Daí, avulta-se a imprescindibilidade de se perscrutar as diversas feições que a sentença penal pode exhibir, com o fito de

se elucidar quais destas tem o condão de vincular a instância civil, inviabilizando-se qualquer digressão acerca da materialidade e da autoria do delito. Por agora, cumpre destacar que não é apenas a sentença de cunho condenatório que produz efeitos sobre a instância civil, consoante restará detalhadamente demonstrado em tópico do segundo capítulo monográfico.

Ademais, tendo-se em vista a nova incumbência relegada ao juiz penal em fixar um valor mínimo reparatório, vale salientar que tal medida suscita algumas polêmicas, já que, em tese, deveria apenas o togado civil prontificar-se sobre questões desta natureza. De qualquer forma, inovando o legislador nesse sentido, cabe agora ao intérprete da lei analisar as múltiplas decorrências advindas deste ato, tal qual será feito em análise subjetiva no terceiro e último capítulo, apontando-se autores doutrinários que fortaleçam e sustentem a argumentação.

A presente monografia visa a perquirir se a mencionada atribuição, agora também atinente ao monocrático criminal, subverteu o sistema de independência sufragado no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo-se à lume algumas peculiaridades de outros sistemas coordenadores, de modo que se possa aferir se o que outrora se concebia como separação entre as instâncias veio a transmutar-se em alguma espécie de união.

CAPÍTULO I

AÇÃO CIVIL EX DELICTO

1.1. Considerações Gerais sobre o Dano.

A importância da figura do dano para esta monografia dá-se em virtude de a grande maioria dos crimes produzirem-no como efeito quando da sua irrupção no seio societário, de forma que se torna importante alinhavar alguns de seus principais caracteres.

Todo dano, como regra geral, gera uma obrigação de indenizar. Embora possam advir de uma miríade de fatores, os ditos prejuízos desencadeiam a pretensão de o lesado ver o seu patrimônio material ou moral restituído ao *statu quo ante*, ainda que para isso seja necessário instaurar a devida ação de conhecimento. O mestre VENOSA, em breves linhas, conceitua o aludido instituto com a maestria que lhe é ínsita:

Dano consiste no prejuízo sofrido pelo agente. Pode ser individual ou coletivo, moral ou material, ou melhor, econômico e não econômico. A noção de dano sempre foi objeto de muita controvérsia. Na noção de dano está sempre presente a noção de prejuízo. Nem sempre a transgressão de uma norma ocasionará dano. Somente haverá possibilidade de indenização, como regra, se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto, aplicação do princípio pelo qual a ninguém é dado prejudicar outrem (*neminem laedere*).¹

Com efeito, há danos que, embora causem um prejuízo palpável ao patrimônio alheio, não podem, em virtude das circunstâncias em que se produziram, excitar a pretensão indenizatória daquele que suportou o seu ônus. Nestes casos, o dano traduz-se em uma espécie de cautela, uma prevenção contra um gravame na iminência de ocorrer ou, ainda, em uma repulsa física a deturpações indevidas ao próprio patrimônio ou, de terceiros. O artigo 188 do Código Civil especifica estas situações em seu corpo, *ipsis litteris*:

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006. p.29.

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Sem maiores delongas no tocante a natureza ontológica do dano, reportemo-nos àqueles que dizem respeito aos delitos penais – o crime. Sabe-se que toda ação ou omissão que for típica, antijurídica e culpável enquadrar-se-á no conceito penal de delito. Isto porque o ilícito penal sofre pormenorizadas delimitações, necessitando que os elementos do tipo estejam cabalmente comprovados na conduta analisada. Assim, não é qualquer conduta ilícita que se imantará com as prerrogativas inerentes aos tipos penais. Há que se perquirir cada caso, cotejando os elementos do ilícito com aqueles preconizados no diploma penal, bem como em leis esparsas. Só assim, poder-se-á constatar se a conduta em questão reveste-se ou não de caráter penal.

Nestes termos, urge que se faça uma breve alusão ao consagrado princípio da legalidade, insculpido em nossa Magna Carta no art. 5, XXXIV e no diploma criminal, em seu artigo primeiro. Pedra angular de todo o arcabouço de normas que rege as condutas societárias, tal princípio dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Então, se o império da lei se faz necessário à tipificação de uma atividade criminosa, não há como uma conduta assim ser considerada caso não se subsuma aos dispositivos constantes do código e das leis esparsas. Em síntese, sem lei definidora, não há crime.

Reforçando esse entendimento, como corolário, aflora o princípio da taxatividade (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) invocando que são proibidas as leis penais indeterminadas. O tipo penal deve ser claro e preciso, possibilitando a um número maior de pessoas captar o seu espírito, justamente para que se atinja o ideal de prevenção almejado pelos legisladores. Ora, se mesmo após tipificar um delito, ainda que de forma vaga, este ainda corre o risco de ser invalidado, não há como se esquivar do entendimento de que a conduta penalmente ilícita deve estar prevista de forma convincente e

inequívoca para subsistir no mundo penal. Não é qualquer ato turbador que se imbuirá de caráter criminoso.

Quando o dano exsurge em decorrência de uma conduta penalmente desviante, não há que se pensar que a aplicação da pena, através do *jus puniendi* estatal, faz desaparecer todos os flagelos do delito. Embora a sanção sirva como instrumento ao binômio prevenção-repressão do crime, este perdurará, ainda que de forma mitigada, enquanto seus efeitos não forem eliminados, ou, pelo menos, compensados. De nada adiantaria o emblemático enclausuramento do meliante, se os danos sofridos pela vítima persistissem como uma chaga. Estaríamos, nesse caso, insertos em um sistema egoístico, onde o principal ator do delito, o prejudicado imediato, suportaria agressões ao seu patrimônio material e/ ou moral em prol de uma resposta jurisdicional voltada unicamente à sociedade, à padronização das condutas.

Inobstante, não foi esse o sistema adotado pela legislação pátria. Quando evidenciada a prática delituosa no bojo da sociedade, mormente no que se refere a usurpações indevidas a direitos fundamentais de particulares – vida, patrimônio, imagem -, surge, inarredavelmente, o dever de indenizar. Tal assertiva encontra conforto no art. 5º, V da Carta Política que preconiza o direito à indenização por dano material, moral ou à imagem. É o que pontifica o doutrinador VENOSA:

Para que ocorra o dever de indenizar não bastam, portanto, um ato ou conduta ilícita e o nexo causal; é necessário que tenha havido decorrente repercussão patrimonial negativa material ou imaterial no acervo de bens, no patrimônio, de quem reclama. A culpa pode ser dispensada nos casos em que se admite a responsabilidade objetiva, como estudamos. A imputabilidade, isto é, ter alguém apto para responder pela indenização, é outro aspecto importante.²

De outro giro, por mais completa que seja a reparação do dano *ex delicto* proporcionada ao lesado, esta nunca carregará em seu bojo os ingredientes necessários e bastantes a expurgar os efeitos deletérios do crime em sua totalidade, haja vista que não há valor pecuniário algum que elimine, de plano, os traumas que se radicam na mente do ofendido e, de forma indireta, na consciência da sociedade.

² VENOSA, S. S., op. cit., 271.

1.2. Pretensão Punitiva X Pretensão Indenizatória

Antes de entrarmos no mérito da ação civil respectivamente, curial que se lancem luzes às pretensões que desabrocham com a prática do delito.

Na oportunidade em que o crime desponta na coletividade surge, concomitante a este, pretensões ontologicamente diversas. Isso porque os consectários desta empreitada delitativa não repercutem apenas no meio societário, ferindo-lhe a estabilidade e inculcando-lhe comoção, senão também no patrimônio particular do ofendido, que sofre um decréscimo injustificado e indesejado. Desta feita, tem-se que não apenas a pretensão punitiva estatal eclode com a prática do crime, dado que ao Estado incumbe valer-se do *jus puniendi* que lhe é próprio, mas também a pretensão indenizatória, conquanto invariavelmente danificado o patrimônio, seja físico ou moral, da vítima. Logo, o autor do crime será sagrado responsável penal pela ilicitude que praticou, frise-se, em desabrigo de alguma excludente, como também responsável civil, pelo dano impingido ao acervo de bens do particular. Perceba que a consumação de um crime, na maior parte das vezes, configura o nascedouro instantâneo de duas pretensões distintas, uma de cunho público e outra de natureza particular. Vejamos o que acena VENOSA sobre o assunto:

No direito privado, o que se tem em mira é a reparação do dano em prol da vítima; no direito penal, como regra, busca-se a punição e a melhor adequação social em prol da sociedade. Quando coincidem as duas ações, haverá duas persecuções, uma em favor da sociedade e outra em favor da vítima.

[...]

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se não houver dano ou prejuízo a ser ressarcido, não temos por que falar em responsabilidade civil: simplesmente não há por que responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.³

Por seu turno, há que se atentar ao que preleciona DAMÁSIO sobre a pretensão punitiva:

³ VENOSA, S. S., op. cit., p. 17-18.

Pretensão é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. Com a prática do delito, o direito de punir do Estado, que era abstrato, transforma-se em concreto, formando-se a relação jurídico-punitiva. Surge um conflito de interesses entre o direito de punir do Estado e o direito de liberdade do agente. O Estado é, então, titular da pretensão punitiva, adquirindo o direito de invocar o Poder Judiciário no sentido de aplicar o Direito Penal objetivo ao fato cometido pelo delinqüente.⁴

A pretensão indenizatória, portanto, pode, em determinados casos, guardar parentesco para com a pretensão punitiva haja vista derivarem de um fato comum, o crime.

1.3. Generalidade sobre a ação civil *ex delicto*

Um dos pontos relevantes desta monografia situa-se no âmbito das ações civis de reparação de danos, mais precisamente as ações civis *ex delicto*. Trata-se de uma modalidade de ação que visa a resguardar os interesses patrimoniais materiais e imateriais de cidadãos prejudicados por ações delitivas. Pode ser ajuizada independentemente da ação penal, em rito cognitivo, ou após o trânsito em julgado desta, na modalidade executória.

Proposta independentemente da ação penal, a ação ordinária de reparação de danos representa um mecanismo à disposição da vítima para apurar a culpa *lato sensu* e estipular o numerário devido a título de reparação do dano *ex delicto*. Há casos, inclusive, que se torna despicienda a verificação da culpa como elemento gerador da pretensão indenizatória, mormente quando os danos são praticados por funcionários da Administração Pública, em se afigurando a modalidade objetiva de responsabilidade civil, calcada na teoria do risco. STOCCO informa que “nada impede que o interessado ingresse com a ação civil, independentemente do resultado da ação penal, por força do princípio da independência das instâncias”.⁵

De outra sorte, há também a alternativa de se intentar a ação em apreço depois que a sentença penal transitar em julgado. Neste caso, a autoria

⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Parte Geral*. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p 722.

⁵ STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 202.

e a materialidade já estarão sobejamente demonstradas na órbita penal, cuja decisão passada em julgado se prestará como título executivo aos reclamos indenizatórios do autor. Assim, após a devida liquidação da sentença, ou, ao menos, de sua parte ilíquida, a vítima poderá ingressar com o cumprimento de sentença visando à concreta restauração de seu acervo desmantelado.

1.3.1. Fundamentos

A partir do momento em que há lesão a um preceito penal incriminador, surge, ao lado do *jus puniendi* estatal, de natureza pública, o direito de a vítima ser ressarcida pelos danos que lhe sobrevieram com o delito. E não há como se considerar tal pretensão como se apenas de interesse privado, uma vez que ao Estado cabe apagar por completo os efeitos do crime, donde se erige o dano *ex delicto* como um de seus conseqüências. Nas douradas palavras de MIRABETE:

A idéia de que um mesmo fato, fruto de um comportamento humano, decorram lesões simultâneas, de normas e interesses diversos, isto é, públicos de um lado e privados de outro, é noção própria de período relativamente recente da história da humanidade. A questão de reparação do dano causado pela infração penal não pode deixar de influenciar o próprio direito público, tendo em vista o real interesse da sociedade e do Estado no sentido de que os lesados pelo crime obtenham reparação e, principalmente, de que os autores das transgressões à ordem social não se locupletem ilicitamente. Vela o Estado para que desapareçam os efeitos do crime inclusive no que se relaciona aos interesses privados.⁶

Segundo TOURINHO, o motivo precípua de o legislador penal e processual penal ter inserido no texto da lei a matéria em questão foi justamente para “dar um substrato de Direito Público à pretensão de ressarcimento”⁷, ou seja, enfatiza-se o poder-dever de o Estado passar uma borracha nos resíduos do crime, os quais, segundo o mesmo autor “de certo modo, desaparecem com o castigo decorrente da pena e a satisfação do dano”⁸.

⁶ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006. p. 141.

⁷ TOURINHO, Fernando da Costa Filho. *Processo Penal*. 10.ed. Editora Saraiva. p.04.

⁸ TOURINHO, F. C. F., op. cit., p.04.

Evidente que caso se levasse ao pé da letra a máxima de se fazer desaparecer por completo todos os efeitos do crime, jamais se atingira, em nosso ver, tal nobre escopo, porquanto o inevitável trauma psicológico que a vítima é submetida com a conduta vilipendiosa não esvanecerá com a simples reparação pecuniária, a qual se presta, em verdade, como mero lenitivo às dores perfunctórias e imediatas que o prejudicado experimenta. Não se esqueça, também, da insegurança e temor que se dissemina na sociedade quando os noticiários e os jornais divulgam as práticas criminosas que pululam em seu seio; medo este capaz de persistir mesmo com o posterior encarceramento do delinqüente.

Curial que lancemos luzes aos inconvenientes que poderiam sobrevir com a ausência do instituto de reparação de danos criminais. O fato de que possa ocorrer enriquecimento ilícito por parte do agente causador do dano *ex delicto* configura-se incontestemente e de fácil verificação, não destoando dos ensinamentos da lei civil acerca de tal tema. É o que consta no art. 884, *caput*, *in verbis*:

Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários". Parágrafo Único: Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Nessa toada, mister que tragamos à baila um exemplo prático de enriquecimento sem causa em decorrência de um delito. Suponhamos que um sujeito, percebendo que um cidadão deixa a carteira em cima do balcão, aproveita-se da situação para surrupiá-la para si, incidindo no art. 155 do código penal pátrio. Oferecida a denúncia contra o criminoso e instaurada a ação penal, o processo seguirá em sua marcha até que seja prolatada a sentença condenatória. O juiz fixará a pena a ser cumprida pelo condenado e a respectiva multa. E, transitando em julgado a decisão, com ou sem a interposição de recursos, iniciar-se-á o processo definitivo de execução da pena. E só. Caso não seja tomada alguma providência pela parte interessada no tocante à indenização pelas eventuais perdas e danos que possam ter-lhe advindo com a injusta apropriação, bem como à restituição da própria carteira, esta não voltará a ingressar voluntariamente ao patrimônio do lesado,

considerando-se que não tenha sido recuperada em medida de busca e apreensão.

Frise-se que agora o juiz penal pode estipular um valor mínimo pelo dano *ex delicto*, ainda que a acusação não pleiteie tal medida, nem mostre interesse nesse sentido, sendo o criminoso compelido a arcar com tal soma na via cível, mediante citação. De qualquer forma, se o prejudicado se manter inerte no que remete ao restante do valor do dano, ou seja, aquele que corresponde à subtração do valor integral pelo valor mínimo acertado pelo juiz, a pretensão indenizatória dessa parcela decairá no prazo prescricional de três anos. Assim, dar-se-á azo ao enriquecimento ilícito do meliante que, mesmo sentenciado, não haverá arcado com a totalidade do dano que, com efeito, acarretou, o que pode significar a junção ilícita do produto do furto ao seu patrimônio. Daí, de suma importância a ação civil *ex delicto* como instrumento hábil não só a evitar o locupletamento ilícito do criminoso, como também a possibilitar o exercício da pretensão ressarcitória do lesado. Há, ainda, como já exposto supra, a opção de executar a sentença condenatória definitiva, que se presta como título à indenização almejada, assunto este, todavia, a ser melhor abordado alhures. Ressalte-se que com o advento da nova lei 11.719/08, fica adstrito às atribuições do monocrático a fixação de um valor mínimo a título indenizatório, o que torna supérflua uma eventual liquidação de sentença, já que pode a vítima acionar diretamente a via executiva da ação civil *ex delicto* para ser reembolsada por este valor, tema que também será esmiuçado em tempo conveniente.

Ademais, há crimes que, por si só, não tem o condão de gerar indenização *ex delicto* conquanto não atingem a esfera particular de um indivíduo em específico. São crimes que agredem o seio social imediatamente e não apenas de forma indireta, podendo-se destacar, nesta categoria, os crimes previstos na novel Lei de Drogas 11.343/06. O delito consubstanciado no art. 33 da referida lei, qual seja, o tráfico ilícito de entorpecentes, quando evidenciado, não há falar em dilapidação do patrimônio de uma vítima em particular. O que acontece, em verdade, é a perpetração de uma ação criminosa que gera insegurança à coletividade, prescindindo de uma análise apriorística para se detectar qual indivíduo foi diretamente prejudicado. Todos o foram. As cidades tornam-se mais perigosa quando seus becos e cantos

obscuros – para não se falar nas áreas mais nobres – tornam-se terreno fértil para o comércio e o uso indiscriminado de entorpecentes. A saúde pública é irremediavelmente abalada quando o uso de psicotrópicos espraia-se pelo meio urbano como um vírus. E, por esta razão, tal modalidade de transgressão subsume-se aos chamados crimes contra a coletividade. Logicamente, utópico seria fixar no preceito incriminador de tal modalidade de conduta uma indenização a ser paga a toda a sociedade. Inviável, talvez, até para o mais abastado dos homens. No ensinamento do mestre PACELLI:

No que diz respeito ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora, a lesão causada pelo crime tanto pode atingir, diretamente, a coletividade do corpo social, sem a completa particularização ou personificação da vítima, tal como ocorre com o tráfico de drogas, por exemplo, como pode também afetar mais intensamente o patrimônio (moral e econômico) de determinada pessoa.⁹

Reforçando tal entendimento, o professor NUCCI pontua que “há delitos que não provocam prejuízos, passíveis de indenização – como ocorre com muitos crimes de perigo”.¹⁰

A pretensão indenizatória tem o seu nascedouro no momento em que uma conduta delituosa afeta diretamente o campo da responsabilidade civil. Isto porque a deflagração de um dano *ex delicto* não repercute apenas na seara penal. No momento em que um sujeito furta a carteira de um cidadão inocente, além da inconteste transgressão aos mandamentos do art. 155 C.P, emerge, também, o infrene evento danoso, qual seja, a privação patrimonial indesejada da carteira, bem como do dinheiro que provavelmente ela acondicionava. Tal efeito reveste-se de indubitável caráter civil.

Ao contrário do direito penal, que tutela bens jurídicos de maior relevo para a sociedade, como a vida, a liberdade, a ordem pública, o direito civil zela por bens jurídicos de curial importância para as relações privadas, interpessoais, a saber, os contratos, as obrigações, família etc. Nesse diapasão, forçoso que reconheçamos que o delito praticado contra o patrimônio particular de um indivíduo provocará, também, resultados civis, uma vez que a

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008. p. 165.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2008. p. 177.

relação jurídica de direito privado – a propriedade da carteira – foi afetada fatalmente pelo ato transgressor.

Nessa esteira, releve-se que o prejudicado, a despeito da segurança que a ação penal pública incondicionada lhe confira contra a figura do criminoso, terá de quebrar a inércia do judiciário para que o seu desiderato indenizatório seja aquilatado. Não ficará a cargo do Ministério Público tal intento, uma vez que a reparação do dano representa interesse tipicamente particular, salvo algumas exceções.

1.3.2. Ilícito Penal X Ilícito Civil

Tendo em vista que uma conduta penal desviante pode ligar-se umbilicalmente a um ilícito civil, mister que tracemos uma linha divisória entre ambos. Embora todos os atos ilícitos sejam resultado de uma violação aos princípios e ditames normativos insculpidos no ordenamento jurídico, não se pode inferir, por esta razão, que todos estejam resguardados sob o mesmo pálio legal. Há algumas particularidades que acabam por gerar divisões entre estes, não obstante possa uma única conduta agasalhar-se com duas ou mais roupagens de Ilícito. Nas palavras de ARAKEN DE ASSIS:

O ilícito importa invasão da esfera jurídica alheia – tênue diafragma, segundo metáfora célebre, empregada para assunto de menor importância – sem consentimento do titular ou autorização do ordenamento, ou seja, a agressão 'à esfera dos direitos que de modo geral competem a alguém.¹¹

Prefacialmente, de se salientar que há várias correntes teóricas discorrendo acerca das diferenças entre os ilícitos. Algumas se posicionam a favor da teoria unitarista (teoria da unidade do ilícito), que defende que não há desigualdade ontológica entre os ilícitos, porquanto arrimados num mesmo fundamento ético.¹² A separação entre estes é realizada em relação ao bem jurídico assolado e ao modo de manifestação do ato repressivo.

¹¹ ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 19-20.

¹² BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos Civis da Sentença Penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007.p.21

Há quem diga que todo ilícito penal é também um ilícito civil, não obstante o contrário não se verifique. Corrobora-se esta assertiva, inclusive, com a ilustração de dois círculos concêntricos, sendo o de maior diâmetro pertencente aos ilícitos civis. Tomaremos como linha de raciocínio ambas as teorias aviadas, embora certamente não sejam as únicas a tratar do tema em questão.

Há ilícitos que representam uma violação a bens jurídicos de maior relevância à sociedade, como a vida e a incolumidade física, merecendo, por isso, a justa reprimenda estatal através do *jus puniendi*. São os atos criminosos, elencados taxativamente na legislação penal através de descrições pormenorizadas que, caso verificadas, fazem germinar a pretensão punitiva. E não só a ação delitiva encontra-se grafada no bojo das leis, como também a reação adversa a esta, pelo instituto da sanção *in abstracto*. Nesse caso, a pena, sob qualquer uma de suas facetas, infligir-se-á ao criminoso e somente a este, posto que é cediço que a pena não pode ultrapassar a pessoa do apenado - princípio da intranscendência. A punição, portanto, assoma como uma resposta veemente ao mal grassado pelo crime, sendo um dos elementos a diferenciar o ilícito penal do civil.

Os tipos penais são, em tese, fechados, não se admitindo interpretações que ampliem o seu significado. A conduta aferida deve estar em plena consonância com os elementos norteadores do tipo, pois, como se sabe, os bens jurídicos a serem tolhidos com a repressão do ato criminoso envolvem a liberdade individual, restando temerária a imposição de tal retaliação a ações atípicas. Para caracterizar-se o crime, reiterar-se, necessária a exatidão entre a conduta e o preceito. De outro modo, instaurar-se-ia uma provável situação de insegurança jurídica, onde fatos e atos humanos não abarcados pelas normas penais, por estas seriam englobadas para fins de repressão e aplicação da pena. Pecar-se-ia por interpretar um dispositivo peremptório, irreduzível de forma extensiva. Lastimavelmente, nesse virtual quadro por nós vislumbrado, a aplicação de reprimendas punitivas (que, em regra, se afeiçoam melhor aos crimes), disseminar-se-ia na sociedade de forma periclitante, podendo-se solapar, inclusive, os alicerces da democracia.

Há atos, porém, que embora profanem o ordenamento jurídico frontalmente, não são merecedores de inexoráveis objurgações, como a

privação da própria liberdade. São condutas que não acarretam maiores gravames à coletividade, senão para os interesses particulares de um indivíduo. Neste contexto, a reparação em espécie, *in natura*, ressurte como meio de coação suficiente e adequado a reprimir infrações dessa monta, de caráter civil, ficando ao encargo do juízo dessa esfera a censura dos ilícitos que lhes são afetos. Complementa VILANIR DE ALENCAR que:

Todavia, não se pode negar que, a despeito de afetar o equilíbrio social, alguns atos causadores de prejuízos a particulares surtem tal efeito com menor amplitude, no sentir do legislador, que, em razão disso, não os erigiu à categoria dos atos criminosos.¹³

Inobstante, insta ressaltar que os ilícitos penais, a despeito de sua natureza predominantemente criminógena, também podem figurar sob o vasto denominador civil, consoante restou esclarecido anteriormente. Nesse norte, de se depreender que surtirão os mesmos efeitos que qualquer outro ilícito puramente civil, a saber, a obrigação de reparar o dano. Daí, os danos *ex delicto*,

Por outro lado, não se pode afirmar o mesmo acerca dos ilícitos civis, englobados por um conjunto mais elástico que o rol estanque dos crimes. Enquanto estes se restringem a um conjunto restrito de tipificações, mormente em relação às práticas ilícitas de maior gravidade, aqueles enfeixam uma gama irrestrita de condutas. Isto decorre da patente multiplicação das relações humanas as quais, por si sós, acabam por gerar novas modalidades de ilícito não previstas pelo legislador. Não haveria como enquadrar tais incipientes infrações no conceito de delito porquanto este não admite outra interpretação que não a literal. Destarte, necessário se faz o ajuste da conduta aparentemente diluída e não identificável ao dispositivo civil, ainda que para isso acabe por se aportar no brocardo *neminem laedere*, ou seja, a ninguém é dado prejudicar outrem. Ressalte-se que nem mesmo precisa estar expressamente capitulado em lei para se consagrar o ilícito como civil.

Dito isto, impossível se conceber a idéia de que a todo ilícito civil caberia um correspondente penal. Nem mesmo a recíproca é verdadeira, conquanto existem alguns fatos delituosos que não ensejam a obrigação

¹³ JÚNIOR, Vilanir de Alencar Camapum. *Da Indenização Na Ação Civil Ex Delicto*. 1.ed. São Paulo: Editora Distribuidora, 2001. p. 28.

reparatória. Desta maneira, mister que se saiba distinguir entre um ilícito e outro e, principalmente, que reste claro como a luz solar que a grande maioria dos ilícitos penais irradia efeitos civis, afirmativa esta que se constitui em um dos fulcros da presente dissertação. STOCCO preleciona “que o ilícito civil é um minus em relação ao ilícito penal, de modo que a conduta pode não configurar ilícito penal, mas caracterizar ilícito civil”.¹⁴

Evitando-se maiores divagações acerca do tema em relevo, não há como deixar de mencionar, todavia, que as classificações empregadas para a distinção entre os ilícitos não é absoluta e, portanto, padecem de questionamentos e contradições. No tocante a gravidade do delito, por exemplo, deve-se utilizar tal critério com ressalvas. Embora grande parte dos crimes realmente cause um dano de maior impacto à sociedade, tal raciocínio cai por terra quando nos reportamos a algumas infrações civis de maior expressão, como as vultosas restituições devidas a título de fraude e a improbidade administrativa. Impossível ignorarmos a superioridade lesiva destas condutas em relação a alguns crimes, mormente àqueles considerados de menor potencial ofensivo.

Ainda nesse tom, merece também algumas linhas de consideração, a forma de definição dos ilícitos baseada no jaez da repressão a estes aplicada. O crime é combatido com a pena, seja esta de multa, restrição de direitos ou privação à liberdade, ou, ainda, com a cumulação destas. À infração civil é aplicada, precipuamente, a obrigação de indenizar. Como já alertado antes, tal condição não é absoluta, podendo gerar insegurança, máxime quando nos deparamos com o vetusto instituto da prisão civil do alimentante e do depositário infiel. Como se vê, não é apenas a transgressão penal que pode dar causa a prisão.

Por fim, o que se pretende com esses poucos exemplos é apenas demonstrar que as definições aplicadas aos ilícitos não são perfeitas, dogmáticas, embora sejam suficientes para se deduzir que a tênue linha que os separa pode facilmente ser cortada, a exemplo do dano *ex delicto*, que corresponde a um ilícito civil originado em face de um ilícito penal.

¹⁴ STOCCO, R., op. cit., p.202.

1.4. Ação cognitiva *ex delicto*

A ação civil *ex delicto* pode ser ajuizada antes, durante ou após a ação penal haja vista a independência entre as instâncias. Trata-se de uma ação comum de conhecimento, de rito ordinário, cujos requisitos ensejadores não destoam daqueles preconizados pela lei. Assim, caso a parte não seja legítima para a propositura da ação, não haja interesse na causa ou possibilidade jurídica do pedido, a ação se extinguirá sem a resolução de mérito.

A rigor, atente-se para o fato de que uma eventual propositura da *actio civilis* após o remate da ação penal pode não se revelar como a medida mais adequada e eficiente à concretude do provimento executório, pois que terá em mãos o ofendido, nessa oportunidade, um título executório certo, exigível e, talvez, em certa parte, líquido, sendo-lhe mais vantajoso valer-se do procedimento de cumprimento de sentença. Nada o impede de ajuizar concomitantemente à execução uma ação de liquidação para apuração do valor que acredita ser o realmente devido pelo prejuízo. Repare que, em tomando esse rumo, não precisa o prejudicado ter de ingressar com ação de conhecimento, que, por muitas das vezes, tramita sobre o terreno movediço da morosidade.

Volvendo ao que interessa para este capítulo, quando um fato delituoso sai do nível de abstração normativo para se concretizar no mundo real, pode haver, como reflexo deste, a obrigação de reparar os danos gerados. O ofendido terá, então, a seu dispor, a prerrogativa de ajuizar a *actio civilis ex delicto*, repise-se, a qualquer tempo. Não existe qualquer vinculação entre um eventual arquivamento do inquérito por falta de indícios e a pretensão da ação civil reparatoria, uma vez que aquele não impede que a culpa seja novamente discutida e apurada na instância civil. E, ainda, segundo reza o artigo 189 do Código Civil, a pretensão nasce a partir do momento que haja violação a um direito – seja patrimonial ou moral - e somente se extingue com o advento da prescrição. Logo, restará ao alvedrio da vítima o momento adequado para se ingressar com a ação em comento, e tal privilégio perdurará enquanto o prazo prescricional não tiver sido escoado. Digno de nota a previsão legislativa estampada no art. 206, par. 3, inc. V, CC acerca da duração do prazo da

prescrição, de três anos, em caso de pretensão de reparação civil. Durante tal interstício, o direito público subjetivo de ação permanecerá intacto, sendo faculdade do prejudicado vir a exercê-lo ou não, qualquer que seja o momento processual da ação penal relativa ao delito causador do dano. Reitere-se que mesmo que o juiz não receba a denúncia por considerá-la inepta, ou por entender não estarem presentes indícios que corroborem a autoria levantada, tal fato não constituirá óbice a posterior ajuizamento da ação reparatória.

Imperioso trazer a baila que na ação civil *ex delicto* de cognição exauriente trava-se ferrenho embate acerca da responsabilidade civil do agente causador do dano. Não poderia ser o réu condenado a pagar um determinado valor a título indenizatório se a sua conduta não se revestisse de dolo ou culpa, ou, ainda, em sede de responsabilidade objetiva, se não houvesse o nexo de causalidade. Tal constatação somente não se faz necessária quando a autoria já esteja cabalmente comprovada na esfera criminal o que, como se verá, vincula peremptoriamente a instância civil, impedindo-se qualquer rediscussão sobre a sua existência. Assim, em se tratando de responsabilidade subjetiva, caso ainda parem dúvidas sobre a sua vitalidade, viável a discussão sobre a culpa *lato sensu* do réu na instrução civil, manejando-se, por ambas as partes, todas as provas aptas a estear um decreto jurisdicional favorável. Na lição de VENOSA:

Em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Haverá, por vezes, excludentes, que impedem a indenização, como veremos. O termo *responsabilidade* é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as conseqüências de um ato, fato, ou negócio danoso. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.¹⁵

Não vislumbramos qualquer empecilho para que a parte, preenchendo os requisitos ensejadores da antecipação de tutela, requeira tal instituto a pretexto de atravancar dano de difícil ou incerta reparação, mormente quando se trata de verba de caráter alimentar. É o que se dá quando indivíduo, ferido de forma periclitante em injusta agressão, sem plano de saúde a confortar-lhe, vem a

¹⁵ VENOSA, S. S., op. cit., p.01.

requerer a antecipação da indenização pelo dano *ex delicto*, de modo que cirurgia *vital* seja realizada em caráter de urgência, salvo melhor juízo.

Interessante anotar que todas as armas processuais postas à disposição do litigante em sede de instrução civil estarão presentes, também, na ação reparatória, incluindo-se aí as medidas cautelares, sentinelas peremptórias do provimento final. É de se transcrever um trecho da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal:

O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito á reparação do dano, instituindo ou regulamentando eficientemente medidas assecuratórias (seqüestro e hipoteca legal dos bens do indiciado ou do responsável civil), antes mesmo do início da ação ou do julgamento definitivo...

Trazendo à baila exemplo do excerto supra transcrito, cuida remeter ao instituto previsto no artigo 135 do Código de Processo Penal, qual seja, a hipoteca legal, que se afigura procedimento hábil a garantir a solvabilidade da indenização civil em função do dano *ex delicto*. De fato, trata-se de uma constrição forçada sobre os bens do acusado de modo a garantir o *quantum* estimado a título de reparação civil. Vejamos o que nos ensina o insigne NUCCI:

Especialização da hipoteca é o procedimento adotado para individualizar o imóvel – ou imóveis – sobre o qual deve incidir a garantia à futura indenização da parte ofendida, tornando-o indisponível. Para isso, urge estabelecer, aproximadamente, o valor da responsabilidade civil, na forma descrita nesse artigo. Pode-se utilizar o valor apurado pela venda do imóvel especializado, inclusive para garantir o pagamento das custas e da pena pecuniária, estas do interesse da Fazenda Pública.¹⁶

Nestes termos, oportuno citar que o ressarcimento do dano pleiteado na jurisdição civil não abarca, apenas, o valor estimado da coisa fungível ou não fungível à época do crime, devendo-se levar em consideração, também, os lucros cessantes, ou seja, o que efetivamente se deixou de auferir pelo extravio ou deterioração da coisa. Não se olvide que há danos não quantificáveis pecuniariamente, pela falta de uma correlação material que permita avaliá-lo de forma precisa. Logo, ficará ao talante do juiz a fixação de um valor reparatório quando o prejuízo não for palpável, tangível e, desta forma, a indenização dar-

¹⁶ NUCCI, G. S., op. cit., p.320-321.

se-á pelo dano moral acarretado. É o que se sucede com os crimes contra a honra. Ferir a reputação, a dignidade ou imputar um falso crime a alguém pode ensanchar, sem via de dúvidas, um abalo ao complexo anímico de um indivíduo normal – o *bônus pater familiae*. Afinal, ninguém se apraz com a difamação de um conceito negativo acerca de sua honra objetiva, a reputação, nem com uma atribuição depreciativa à própria honra subjetiva, leia-se dignidade e o decoro, e, muito menos, com a ardilosa rotulagem de criminoso por uma conduta que evidentemente não praticou. Destarte, a tríade criminal inserta no capítulo conhecido por “crimes contra a honra”, além das cominações previstas em seus preceitos, pode, também, dar lugar à reparação civil por dano material e/ou moral. Na lição de VENOSA:

Não nos parece duvidoso, destarte, que podem ser requeridas a indenização cumulativa por dano material e dano moral derivada dessas ofensas à honra. Se houver unicamente dano moral, nos termos da lei, o valor indenizatório será fixado equitativamente. Aqui, como alhures em sede de responsabilidade civil, o poder discricionário do juiz é amplo, ao avaliar as “circunstâncias do caso”. Por outro lado, não haveria o menor sentido em restringir o alcance da indenização para essas condutas contra a honra e permitir ampla indenização para as outras ofensas, como contra a privacidade, a imagem, o nome, a honra dos mortos etc., pois são todos direitos da personalidade de idêntica natureza.¹⁷

A ação civil *ex delicto* de natureza cognitiva não se atrela, de forma alguma, à ação penal que versa sobre o crime embrião da reparação civil. Isto porque as órbitas penais e civis são independentes, cada qual com um enfeixamento substancial próprio, sendo, outrossim, inviável a delegação de determinadas matérias de direito a uma ou outra esfera, sob pena de se recair em um sistema de confusão. No decorrer deste trabalho, contudo, veremos que existem algumas exceções que acabam por tornar parcial o sistema de separação entre as instâncias. De qualquer forma, quando um cidadão, lesado por uma conduta transgressora, aciona a máquina judiciária com o fito de ver o seu patrimônio materialmente convalescido, não o poderia fazer diretamente na justiça criminal, uma vez que busca uma tutela tipicamente civil. Gize-se que a competência em decorrência da matéria é absoluta, irrevogável, podendo ser arguida, inclusive, de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição.

¹⁷ VENOSA, S. S., op. cit., p. 309-310.

Na tramitação processual da ação civil reparatória poder-se-á ventilar acerca de todas as questões atinentes ao tema pendente de solução. Excepcionando-se os casos em que há a indelével subordinação temática de uma instância à outra – assunto a ser explanado *supra* -, a ação civil correrá em sua esteira até que o provimento satisfatório seja ou não finalmente pronunciado. E não se esqueça de que todas as prerrogativas constitucionalmente asseguradas ao devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, manter-se-ão em perfeita higidez no decorrer da ação em comento.

Neste meandro, convém destacar que, consoante já *retro* mencionado, a constatação de um ilícito no processo civil pode não preencher os requisitos consolidados no tipo penal. Em outras palavras, o ato ilícito apurado na ação civil *ex delicto* pode, perfeitamente, não constituir um dos crimes passíveis de reprimenda através do *jus puniendi* estatal. Isto se dá pelo fato de a conduta não se amoldar a nenhuma ação delitiva prevista na legislação criminógena, de rol taxativo, *numerus clausus*, muito embora o referido ato, no plano da abstração, continue a carregar em seu âmago a latente e potencial capacidade de gerar dano indenizável. Assim, em uma eventual ação de reparação de danos em decorrência de uma conduta que aparentemente subsume-se ao tipo penal previsto no art. 171 C.P, qual seja, o estelionato, caso, ao final do procedimento, ateste-se não se tratar do crime em questão, mas de uma eventual fraude contra credores, o direito de o credor lesado ser ressarcido pelos prejuízos advindos da fraude permanece incólume. A indenização junte-se ao dano, seja este oriundo de ilícito penal, civil, ou de qualquer outra natureza.

1.5. Prejudicialidade

Merece cuidado o dispositivo contido no parágrafo único do artigo 64 do Código de Processo Penal que aduz que o juiz poderá suspender o curso da ação civil uma vez proposta a ação penal. Tal medida visa evitar que se

chegue a decisões contraditórias nas duas instâncias, retirando-se, com isso, parcela de confiabilidade da justiça. Esse é o entendimento de NUCCI:

Vigorando o sistema da separação das jurisdições, é natural que a vítima possa ingressar na esfera civil, antes mesmo que finde a ação penal sobre o mesmo delito. Entretanto, ainda que neste dispositivo esteja previsto a faculdade do juízo de suspender o trâmite da ação civil, até que seja julgada a penal, cremos salutar que isso seja sempre feito. Evita-se com isso, a inoportuna ocorrência de decisões contraditórias, que somente podem desacreditar a justiça. O melhor é aguardar o deslinde da ação penal, para então julgar a civil, até porque está será improcedente, quando a Justiça Penal negar a existência do fato ou de quem seja o seu autor.¹⁸

Cuide-se que o verbo “poder”, para o autor citado *supra*, nada obstante interpretado literalmente possa parecer uma faculdade relegada ao juiz, representa, em verdade, um dever que lhe é imposto toda vez que verificar a tramitação concomitante da ação penal. Com isso, o magistrado visa evitar que se chegue a decisões conflitantes nas duas instâncias, ainda mais quando na criminal se resolve pela inexistência do fato ou da autoria – questões que, como se verá, subordinam inexoravelmente a esfera civil. Não se esqueça que, mesmo suspenso o processo, caso a ação penal não se resolva no prazo de um ano contado a partir da suspensão, o juiz civil deverá dar continuidade a ação, sem mais prorrogações.

Outrossim, há quem sustente entendimento contrário ao acima aviado. EUGÊNIO PACCELI¹⁹, em seu Curso de Processo Penal, aduz que a suspensão da ação civil constitui ato discricionário do juiz, o qual, quando verificar ser oportuna e conveniente a aplicação de tal medida, a decretará. Isso porque quando já encerrada a instrução no civil, não haveria, segundo ele, qualquer motivo para suspender o processo, caso a ação penal ainda se encontre em fase preambular. Entretanto, quando ambas as ações encontrarem-se em fases procedimentais análogas, ou mesmo se a ação civil estiver mais adiantada, mas ainda não encerrada a fase instrutória, o juiz, no uso da faculdade que lhe é atribuída, suspenderá a ação civil até que se prolate a sentença penal potencialmente vinculante. Tal medida revela-se extremamente oportuna e conveniente posto que algumas decisões exaradas no juízo criminal se fazem subordinantes em relação ao conteúdo da sentença

¹⁸ NUCCI, G. S., op. cit., p. 181.

¹⁹ OLIVEIRA, E. P., op. cit., p.167-168.

a ser proferida no civil. Com efeito, lembre-se que a produção probatória no processo penal se dá de forma mais rigorosa, buscando o magistrado, em sua livre convicção, a verdade que promana dos autos, não se admitindo como suficiente à corroboração da verdade a mera falta de impugnação tempestiva, tal como se dá no processo civil.

Note-se que a medida de suspensão do processo evita - ou ao menos tenta evitar - o posterior ajuizamento de ações rescisórias para desconstituir a coisa julgada civil que, invariavelmente, não se coaduna com a decisão vinculante que se prolatou no juízo penal. Imaginemos o grande inconveniente de, após finda a ação civil, em que se produziram provas as mais variadas, interpuseram-se petições, agravos, recursos, incidentes, com irremediável desgaste das partes, dos advogados e do juiz, sobreviesse uma decisão absolutória que tornasse nulo toda a enfadonha e fatigante ação civil protegida pela coisa julgada. Tal fato não só atentaria contra princípios processuais sedimentados na Lei Maior, como a celeridade do provimento jurisdicional e a economia processual, como também seria contraproducente.

Demais disso, conveniente relevar que um dos escopos a ser atingido pela jurisdição, qual seja, a unidade, restaria inevitavelmente prejudicado caso soluções antagônicas fossem dadas a casos gêmeos. É o que deflui do entendimento do ilustre PACELLI²⁰:

Como convém a um ordenamento jurídico que pretende uma a jurisdição, isto é, preocupado com a uniformidade das soluções judiciais em casos idênticos, sobretudo quando a hipótese for de um único mesmo caso, submetido a competências distintas (juízo criminal e juízo civil), prevê o parágrafo único do art. 64 do CPP...

Cotejando as argumentações apresentas pelos dois ilustres doutrinadores acerca do tema, não obstante merecedoras de aplausos, ousamos, em nosso humilde e parco conhecimento, optar pela linha de entendimento que defende ser não só faculdade, mas, na esmagadora maioria das vezes, um dever imposto ao juiz a suspensão do processo civil quando da ação penal ainda em trâmite. Assim nos posicionamos, pois mesmo que a instrução civil esteja deveras adiantada em relação à penal, e a sua eventual suspensão possa ferir a celeridade processual, de nada adiantaria o seu pronto

²⁰ OLIVEIRA, E. P., op. cit., p. 167.

deslinde, se, algum tempo depois, viesse a ser decretada uma decisão no penal que comprometesse a substância da sentença civil, dando-se azo à via rescisória. Mais importante que a celeridade do provimento é a unidade de jurisdição; escopo a ser defendido veementemente pelo Estado, evitando-se, com isso, que a justiça caia em descrédito.

Frise-se que o período de suspensão não poderá correr indefinidamente, já que o enunciado contido no art 265, IV, par. 5 do CPC (que é posterior ao Código de Processo Penal) dispõe que a suspensão no processo civil não poderá ultrapassar o prazo de um ano, e, uma vez ultimado, deverá o juiz retomar o exercício de sua jurisdição.

Por fim, saliente-se que o prazo trienal da prescrição da pretensão indenizatória ficará suspenso durante o trâmite da ação penal, leia-se, desde o recebimento da denúncia, haja vista a possível interferência que um julgado criminal pode vir a exercer sobre um cível. É o que pontua MATIELLO:

A suspensão da prescrição se dá desde o dia em que tiver início a ação penal, através do recebimento da denúncia ou medida afim, até que transite em julgado a correspondente sentença. A existência de investigação ou inquérito policial, assim como o oferecimento de denúncia que não vem a ser recebida pelo juízo não têm força para evitar a fluência do prazo de prescrição, motivo pelo qual é de todo prudente ajuizar a ação cível quando aproximar-se o dies ad quem da consumação da prescrição sem que tenha tido início a persecução criminal.²¹

Desnecessárias maiores digressões sobre o porquê de o curso da prescrição manter-se inalterado durante o período de suspensão da ação civil *ex delicto*, haja vista os danos injustos que poderiam sobrevir à vítima com a indevida prescrição de sua pretensão indenizatória.

1.6. Legitimação

1.6.1. Legitimação Ativa

²¹ MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. São Paulo: LTr, 2003, p. 161

São legitimados para propor a ação civil de reparação de danos, seja cognitiva ou executória, o ofendido, seu representante legal, ou, na falta destes, seus herdeiros, consoante disposição do artigo 63 do CPP.

Ofendido é aquele que foi prejudicado diretamente pela ação delituosa, tendo o seu patrimônio material e/ou moral sofrido um dano passível de indenização. Caso seja relativa ou absolutamente incapaz, ou, se tal condição o acometer ulteriormente, ainda que de forma transitória, poderá propor a ação o seu representante legal, desde que o seja assim reconhecido pela lei civil. Destarte, poderá intentar a ação civil indenizatória o pai do filho prejudicado menor de dezoito anos, bem como o curador do alienado mental. Destaque-se que na falta de ambos os legitimados *ad causam*, poderão, ainda, os herdeiros, propor a ação, não se restringindo ao rol de pessoas destacadas no artigo 31 do CPP, a saber, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.²² Consta, inclusive, na Carta da República, que a obrigação de reparar o dano pode ser, na letra da lei, alargada aos sucessores e contra eles executada, até o limite do patrimônio transferido (art. 5, XLV CF).

1.6.2. Legitimação passiva

Extrai-se do artigo 64 do CPP que a ação para ressarcimento de danos poderá ser proposta contra o autor do delito e, em sendo o caso, contra o responsável civil. Antes, porém, de adentrarmos no mérito propriamente dito dessa questão, imprescindível que explicitemos o que está consubstanciado no Código Civil, *ex vi* do art. 932:

São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a corrente quantia.

²² NUCCI, G. S., op. cit., p. 179.

Note que o dispositivo acima transcrito cuida não só dos casos em que a responsabilidade civil decorre da culpa - como o pai negligente que não vê o seu filho riscar um carro enquanto conversa com uma amiga (culpa *in vigilando*) - como também daqueles em que se prescinde de culpa para aferição da responsabilidade, bastando um liame entre a conduta e o resultado danoso para que se afigure a responsabilidade civil, de molde objetiva. É o que se sucede quando um funcionário de uma empresa, no exercício de seu encargo, causa dano em veículo alheio em razão de um abalroamento traseiro. A responsabilidade será da empresa, embora subsista o direito desta em acionar regressivamente o empregado culpado.

Nesse meandro, digno de nota o assunto que diz respeito à possibilidade ou não de a execução da sentença condenatória (*actio civilis ex delicto* executória) ser intentada diretamente contra o responsável de sorte objetiva pelo dano. Diga-se, de plano, que há vozes no sentido de que a execução pode ser proposta não apenas contra o autor direto do delito, mas também contra o responsável civil, uma vez que tal é o entendimento que emana do art. 68 do CPP. Embora à primeira vista possa parecer ser realmente este o sentido do enunciado citado no que tange à titularidade passiva da ação reparatória, - “e, se for o caso, contra o responsável civil” - há que se interpretar tal assertiva sob a ótica dos princípios que esteiam o devido processo legal. Ferir-se-ia o princípio da ampla defesa e do contraditório caso o título formado em sentença condenatória se prestasse a executar o responsável civil, que sequer figurou como pólo passivo na ação penal.

Como se sabe, a pena não pode suplantar a figura do apenado, e, dessa forma, em nosso ver, tornar-se-ia não só inviável, como atentatório aos preceitos que regem o processo, valer-se de sentença condenatória como instrumento hábil a constranger o patrimônio daquele que, embora se enquadre pretensamente no conceito de responsável civil, não tenha figurado como parte na ação penal. Imaginemos a situação em que um sujeito, antigo preposto de empresa X, vem a causar danos a veículo de terceiro em decorrência de acidente de trânsito, em que a culpa daquele se afigura evidente. Suponhamos que a rescisão do contrato de trabalho tenha se operado há pouco tempo e, em virtude disso, o ofendido, sendo informado que o réu estava, no momento do

acidente, no exercício de sua profissão, opta por executar a empresa X, de patrimônio desmedidamente maior que o do indivíduo causador do dano. Nesse caso, prejudicada restaria a execução da sentença penal contra a empresa, suposta responsável objetiva pelo dano no veículo, porquanto não haveria como atribuí-la a legitimação passiva por dano causado por sujeito que sequer integra o seu corpo de funcionários. O processo tornar-se-ia inviável por não preencher um dos requisitos essenciais para sua a propositura, qual seja, a legitimação da parte, o que, por si só, contaminaria toda a relação processual, nulificando-a.

Curial salientar que, portanto, caso pairarem dúvidas acerca da eventual pertinência ou não de sujeito - possível preposto - à empresa a ser acionada, não há como se esquivar de tal incerteza ingressando-se com ação de execução diretamente contra a pessoa jurídica, uma vez que estaria cerceando-se o direito desta em provar que não mais remanesce a relação de preponência, alicerce de sua responsabilidade. Em síntese, quando se quer pleitear indenização diretamente de empresa por dano causado por um de seus alegados funcionários, urge que se opte pela ação reparatoria de conhecimento, pois, como visto, devem-se propiciar ao réu todos os meios de defesa que lhe permitam eximir-se da responsabilidade, sob pena de, caso contrário, restar inobservado um dos princípios mais arraigados e sólidos da processualística brasileira, qual seja, o devido processo legal.

Reforçando o aduzido neste tópico, vejamos o que consta na lição de MIRABETE: “Proposta a ação civil contra o terceiro responsável, tem ele direito de rediscutir todos os pontos de forma abrangente, sem qualquer vínculo, uma vez que a coisa julgada do crime não o atingiu”.²³A coisa julgada em processo criminal, segundo este autor, não pode alongar-se ao ponto de agregar também aqueles que não figuraram no pólo passivo da ação, pois o suposto responsável civil pode deduzir defesa não oportunizada em lide que visa apenas a apurar a responsabilização penal, e não a civil. Ademais, caso destaque-se nos autos a evidente responsabilidade civil de um agente, cremos que seja lícito, nesse caso, intentar ação reparatoria diretamente contra este.

²³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997. p. 131.

1.6.3. Legitimidade do Ministério Público

Um tema que daria margem a infundadas e improficuas discussões concerne à legitimação do Ministério Público para a propositura da ação civil ex delicto, quando da hipossuficiência econômica do réu. Não pretendemos adentrar percucientemente neste tema, mormente por não representar o escopo desta presente monografia. Outrossim, imperioso que lancemos luzes a alguns aspectos desta legitimação anômala conferida ao *Parquet*, por força do art. 68 do CPP, *verbis*: “Quando o titular do direito à reparação for pobre, a execução da sentença condenatória ou a ação civil será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”.

Em primeiro lugar, mister que conceituemos o que se entende por pobreza na linguagem processual. Consoante disposição do parágrafo primeiro do art. 32 CPP considera-se pobre que não tem condições de arcar com as despesas processuais sem que, com isso, lhe sobrevenha prejuízos ao sustento próprio ou da família. Desnecessárias maiores formalidades para que se comprove tal penoso estado, bastando uma mera declaração feita de próprio punho. Destarte, comprovada a pobreza do ofendido, poderá este, segundo o artigo em apreço, requerer ao *Parquet* a instauração da ação indenizatória. Cabe frisar que interpretando literalmente tal dispositivo, não haveria, de fato, como fugir dessa vertente de raciocínio.

Com efeito, há quem diga que o Ministério Público, quando atua em juízo em prol da pretensão ressarcitória da vítima pobre, não o faz como mero representante da parte, mas como substituto processual, pleiteando direito alheio em nome próprio (art. 6 CPC). Entretanto, tal afirmação não encontra eco nas lições de muitos doutrinadores nacionais que apregoam que o direito brasileiro só admite a substituição processual legal, e não a voluntária. Ora, o teor do art. 68 CPP se faz cristalino ao relegar ao arbítrio do ofendido a conveniência da instauração da ação de ressarcimento (seja cognitiva ou executória) pelo Ministério Público. Em outras palavras, o *Parquet* não é autorizado diretamente pela lei a ingressar com a ação civil, dependendo de um requerimento prévio da parte (que pode acontecer ou não) quando esta for pobre e julgar ser oportuna a intervenção ministerial. Frise-se que o detentor do

direito pode, a qualquer momento, assumir a condição de parte principal no processo.

Nesse foco, mais adequada a classificação do Ministério Público como representante processual, uma vez que não atua em juízo em nome próprio, ficando a mercê de um requerimento preliminar por todo desconectado de suas atribuições. É o que pontua Ephraim de Campos:

Enquanto o representante defende em Juízo, um direito de outrem em nome de outrem (ou seja, um direito do representado em nome do representado), no interesse do representado, o substituto processual defende, em Juízo, um direito de outrem, em nome próprio (ou seja, um direito do substituído em nome do substituto) e por interesse próprio.²⁴

De outro giro, com o advento da Constituição Federal de 1988, e a previsão de instituição da Defensoria Pública como órgão incumbido da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados, tem-se operado, segundo o Supremo Tribunal Federal, a tese de uma inconstitucionalidade *progressiva* do enunciado contido no art. 68 CPP, proposição esta defendida, sobretudo, pelo insigne Ministro Sepúlveda Pertence. O que se almeja com isso, em síntese, é desvanecer a legitimação do Ministério Público para o pleito indenizatório consoante o desenvolvimento das defensorias. É o que consta na jurisprudência infra colacionada:

LEGITIMIDADE - AÇÃO "EX DELICTO" - MINISTÉRIO PÚBLICO - DEFENSORIA PÚBLICA - ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - CARTA DA REPÚBLICA DE 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA - VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE - ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS - SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a

²⁴ CAMPOS, Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.12

assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento. (RE 135328 / SP, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 29/06/1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: DJ 20-04-2001 PP-00137.²⁵

A plena efetivação do contido no art. 134 da Carta Política, a saber, a instauração de Defensorias Públicas por toda a extensão do território nacional, bem como a sua devida e completa aparelhagem, só transcenderá o plano virtual quando forem instituídas tantas defensorias públicas quanto necessárias ao atendimento da vultosa quantidade de demandas processuais por parte da camada desassistida. Pois, a partir do momento em que a Defensoria Pública for capaz de debelar por completo tal múnus, operar-se-á, paulatinamente, a desincumbência do Ministério Público de tal prerrogativa. Pelo menos é este o entendimento que se extrai da tese de inconstitucionalidade *progressiva*.

Em que pese tal nobre posicionamento que, inclusive, vem sendo, de modo geral, o adotado pela doutrina, não podemos deixar de mencionar o brilhantismo dimanado de artigo publicado por Wellington Cabral Saraiva, Procurador da República do Distrito Federal. Tentaremos, em poucas palavras, trazer à lume o espírito palmar de tal texto.

De início, o autor advoga que o interesse de ajuizar a ação civil *ex delicto* não atine somente ao particular, como forma de recompor os danos, porquanto representa, também, um mecanismo de prevenção/repressão da prática de outros crimes. Daí, não é válido asseverar que o *Parquet*, quando parte na ação indenizatória, funciona como legitimado *ad processum*, a título de representante dos interesses do prejudicado pobre, mas sim, como legitimado *ad causam*, em prol do interesse social de repressão e prevenção do crime²⁶.

Reforçando essa vertente, o procurador acrescenta que tal estirpe de ação se presta, da mesma forma, à proteção das vítimas do crime, evidenciando-se ainda mais o caráter público e social da reparação *ex delicto*. E não se diga que o interesse é individual disponível e, dessa forma, não integra o rol funcional do *Parquet*, pois, embora realmente esteja à disposição

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 135328. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 29.06.1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 20-04-2001.

²⁶ SARAIVA, Wellington Cabral. *Ação Civil "ex-delicto": Legitimidade ativa do Ministério Público*. São Paulo: Justitia, 1996. p. 16.

do autor pobre a pretensão de ver o seu patrimônio restaurado, valendo-se ou não da *facultas agendi* que lhe cedeu a lei, a norma instituidora da ação de reparação delituosa reveste-se de nítido caráter público. Disto se infere que o ressarcimento do dano, como forma de expurgar os dissabores gerados pelo crime, atua em consonância com os interesses sociais e, portanto, integra o rol funcional do Ministério Público. Reitere-se, não se pode ignorar tal propriedade pelo simples fato de se subjugar à vontade particular o *desideratum* indenizatório.²⁷ Nas exatas palavras do autor:

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 negar que nesse mister está a defender a ordem jurídica e 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.²⁸

Por fim, o autor remata defendendo a legitimação concorrente do Ministério Público para manejar a *actio civilis ex delicto*, apontando para uma interpretação constitucional que vise a máxima efetividade de seu preceito. O que se pretende com tal assertiva, em verdade, é não retirar do Ministério Público a capacidade de agir em nome dos necessitados sob o esdrúxulo pretexto de tal atribuição caber tão-somente à Defensoria Pública.²⁹

Pode-se extrair da inteligência do artigo 134 de nossa Carta Política que cabe à Defensoria a orientação jurídica e a defesa dos necessitados em todos os graus. Ora, nem se interpretássemos literalmente tal dispositivo poder-se-ia concluir que a dita competência pertine única e exclusivamente à instituição em relevo. Não há nenhuma previsão expressa no sentido de que cabe exclusivamente à Defensoria Pública a defesa do interesse dos pobres. Embora seja esta sua incumbência, nada impede que outros órgãos, leia-se, Ministério Público, a auxiliem em tal atribulado encargo, mormente quando se verifica a sua insuficiente aparelhagem. Frise-se que tal amparo pode se dar de forma supletiva, apenas preenchendo as carências de uma motivada, porém desmuniada Defensoria Pública. E, ainda nesse norte, se buscarmos a real

²⁷ SARAIVA, W. C., *op.cit.*, p.16-17.

²⁸ *Id.* *Ibid.*, p. 19.

²⁹ *Id.* *Ibid.*, p. 20.

finalidade do artigo em pauta por critérios teleológicos, é dizer, a defesa dos desassistidos, não há por que se suprimir do *Parquet* tal prerrogativa, porquanto representa, a rigor, mais uma opção apta a proporcionar a defesa judicial do interesse dos pobres, salvo melhor juízo. Imaginemos o inconveniente de um cidadão miserável, que teve o seu único bem imóvel danificado por um trator de uma empresa qualquer, ter que se submeter aos cuidados de uma Defensoria já transbordada de demandas e sem condições sondáveis de socorrê-lo judicialmente. Não se poderia deixar o sujeito prejudicado ao relento somente sob a justificativa de que o Ministério Público não tem a legitimação requerida para o pleito indenizatório. Retirar-se-lhe-ia competência apenas para atender a letra fria da lei, olvidando-se dos princípios que informam um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Num país cuja pedra angular recai sobre a democracia, deve-se fazer democracia e não *literalismocracia*.

CAPÍTULO II

EFICÁCIA CIVIL DA SENTENÇA PENAL

2.1. Considerações Gerais

Antes de adentrarmos no mérito propriamente dito deste capítulo, urge que se faça alusão acerca do que representa a sentença para o Processo Penal e das características morfológicas desta.

Diferentemente do que se espera por muitos, a sentença penal não julga o mérito em todas as oportunidades, condenando ou absolvendo o réu. Há casos em que ela se presta apenas a reconhecer uma determinada

situação que, de *per si*, impede que se aprofunde na cognição para uma posterior resolução de mérito. É o que ocorre quando, por exemplo, o juiz verifica faltar alguma condição para a propositura da ação. O pai de um sujeito maior de dezoito anos, mentalmente incólume, não poderia figurar como pólo passivo numa ação penal. Isto porque, caso assim procedesse, este macularia inevitavelmente o processo com a pecha da ilegitimidade passiva, podendo o juiz decretar a nulidade em qualquer instante. Interessante trazer à colação o entendimento de BRUNO BURINI sobre o tema em epígrafe:

As sentenças penais são consideradas atos jurisdicionais de cunho decisório, inseridas na função atinente ao Estado de dirimir conflitos e pacificar com justiça, caracterizadas por uma manifestação lógica e intelectual do juiz, delimitada e regulada pela norma posta em relação ao seu conteúdo e forma, afirmada diante da relação jurídica de direito material e de direito processual descritas nos autos.³⁰

Ademais, uma vez prolatada a sentença, o seu conteúdo poderá cingir-se a meras declarações, como a absolvição sumária em virtude de o fato não constituir infração penal, não sendo, destarte, imprescindível que a mesma subsuma uma norma *in abstracto* ao fato aventado na denúncia.

Trata-se de instituto que pode mostrar sua face em qualquer tempo do processo, não se restringindo apenas ao final da colheita das provas. Assim, pode o togado, após o recebimento da defesa preliminar, verificar alguma causa, extreme de dúvidas, que torne imperioso o decreto de absolvição sumária, afastando qualquer juízo de delibação sobre a autoria do réu. MENDONÇA aduz que “É um julgamento antecipado da causa e se trata de verdadeira sentença absolutória”.³¹ Anote-se que, com a novel reforma, tal decisão é atacável pelo recurso de apelação. Da mesma forma, no decorrer da instrução, o juiz pode verificar a superveniência de alguma causa extintora da punibilidade, como a morte do agente, decretando-a antes que o feito atinja o seu cume. Há autores, entretanto, que consideram tal decisão como terminativa de mérito e não sentença. E, obviamente, a sentença poderá ser decretada ao final da marcha processual, finda a produção probatória e os demais incidentes que porventura forem necessários. O juiz, calcado no seu

³⁰ BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos Civis da Sentença Penal*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2007. p.94.

³¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 278.

livre convencimento, aplicará a justiça que se evidenciar do conjunto de prova amealhado.

Neste jaez, interessante apontar para a sistematização das decisões penais proposta por Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes.³² Os autores as dividem basicamente em três grandes grupos, a saber, as decisões que encerram o processo, as que não encerram o processo (equiparadas às decisões interlocutórias) e os despachos de mero expediente. As decisões que põe termo ao processo, por sua vez, subdividem-se em *com julgamento de mérito* e *sem julgamento de mérito*. No primeiro caso, pode-se citar as decisões condenatórias, absolutórias, extintivas da punibilidade, concessivas de perdão judicial etc. No segundo caso, temos as terminativas que decretam a impronúncia, rejeição da denúncia, reconhecimento da coisa julgada e ausência de condição de ação.

As decisões que não põe termo à contenda são aquelas que aquilatam o mérito de questões incidentes e julgam questões incidentes de natureza processual.

Já as sentenças penais, por sua natureza, encerram o procedimento em primeiro grau do processo cognitivo e, nessa senda, podem tornar-se imutáveis e indiscutíveis, caso o prejudicado não ingresse com recurso tempestivo visando reformá-la. Podem exarar eficácia declaratória, como o reconhecimento da prescrição pelo decurso de tempo, entre os marcos interruptivos, superior ao fixado pela lei; condenatória, quando a denúncia é julgada total ou parcialmente procedente; e constitutiva, a exemplo da concessão de reabilitação. Veja, portanto, que são em número de três as cargas que podem defluir do conteúdo da sentença.

Dito isso, vamos agora nos ater à sentença penal propriamente dita porquanto esta e, mormente, os seus efeitos que serão objeto de uma análise mais incisiva neste trabalho. Reitere-se que sentença penal é aquela que põe fim ao processo de conhecimento, julgando ou não o mérito. Pode o sentenciante absolver sumariamente o acusado por verificar, por meio de prova robusta, estar a conduta deste agasalhada por alguma excludente de ilicitude.

Nunca é demais indicar a morfologia que compõe a sentença condenatória, ainda mais quando se pretende destacar o efeito civil que desta

³² BURINI, B. C., op. cit., p. 95.

dimana. O relatório configura-se a parte inicial e, nele, o juiz tece uma concisão sobre o trâmite processual até a oportunidade decisória, destacando o pleito da acusação, as teses defensivas, as questões incidentes, dentre outros atos. Tal prelúdio decisório encerra-se com a expressão “É o relatório” e, logo em seguida, o juiz destaca “DECIDO”, momento em que serão apresentadas as razões de fato e de direito que fundamentam a decisão. Não é ainda nesta fase que se produzirão os efeitos da sentença, muito embora seja nela que se sopesam as provas coligidas, confrontando-as, concatenando-as, até o momento em que o juiz decidirá, em seu livre convencimento motivado, qual o entendimento que ressaí dos autos.

A parte dispositiva comporta o elemento decisório vinculante, onde se vislumbra a concreção de uma resposta jurisdicional ao intento imediato de condenação e, também, ao pedido mediato de punição. É onde o juiz fixará a sua decisão final, apontando o dispositivo legal que a escora. No caso de uma condenação, o togado fixará o montante da pena a ser aplicado ao réu, especificando o artigo que restou transgredido pelo mesmo, ou, como preleciona LIEBMAN, “a regra jurídica que constitui o objeto do processo”.³³ Complementando, BURINI aduz que:

É por estrito respeito à regra da legalidade, instituída e severamente preservada no processo penal, a sentença deverá conter a indicação dos artigos de lei aplicados, para que a defesa possa apurar com segurança a tipificação penal.³⁴

Também elucidará o regime de cumprimento de pena e a viabilidade ou não da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Não sendo este o caso, apreciará o cabimento do instituto da suspensão condicional da pena, vale dizer, o sursis.

É nessa parte sentencial, dispositiva, em particular, que reside o cerne deste capítulo monográfico. Isso decorre em virtude de os efeitos que exalam da sentença penal consubstanciarem-se nesse momento decisório. Assim, no crime de drogas, a exemplário, o juiz decretará a medida de incineração dos estupefacientes apreendidos, o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, a comunicação à Corregedoria e à Justiça Eleitoral, dentre outros efeitos. Agora, com a novel lei, é dever do juiz, também, fixar um numerário

³³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. n.77.

³⁴ BURINI, B. C., op. cit., p.97.

mínimo em sede de indenização, toda vez que do crime advier dano a indivíduos determinados (ou, ao menos, determináveis), ressaltando-se a conveniência de aclarar a definição de “dispositivo da sentença”, pois é aí que constará a quantia estipulada pelo magistrado.

Diga-se, primeiramente, que há efeitos que retratam o próprio conteúdo decisório, espírito da controvérsia de direito material posta em juízo, e, por isso, são tratados como efeito direto da sentença. Estes representam, em verdade, os comandos insculpidos no teor decisório, podendo ser de natureza declaratória, condenatória e constitutiva. É o que se verifica quando o magistrado julga procedente a denúncia para condenar o réu pelos crimes nesta capitulados. Assevere-se que tais efeitos ligam-se ao pedido da parte, seja imediato ou mediato, e deste não podem desbordar sob pena de se incorrer em julgamentos *citra*, *ultra* ou *extra petita*. Reitere-se que o princípio da inércia da jurisdição impede que o juiz conceda uma tutela que não conste no pedido do interessado. Em síntese, não há efeito direto sem um correlato pedido expresso.

Neste meandro, gize-se que as sentenças de cunho eminentemente declaratório possuem como efeito principal a afirmação de um direito. É o que ocorre quando o juiz absolve o acusado através de uma declaração negativa que impossibilita a aplicação do *jus puniendi* estatal, acarretando a imediata soltura do réu, caso esteja preso preventivamente. Atente-se ainda para a decretação da extinção da punibilidade que também possui natureza declaratória, obstando-se a cominação de alguma sanção ao transgressor. A decisão constitutiva, além da natural carga declaratória, cria, modifica, ou extingue uma relação jurídica, ou seja, em suma, constitui ou desconstitui um direito, como se observa nas decisões que concedem a reabilitação. Já as sentenças condenatórias, por sua vez, impõem ao réu a sanção prevista no preceito secundário da norma penal, subjugando-o conseqüentemente ao processo de execução penal.³⁵ O efeito direto desta estirpe de decisão representa, portanto, a condenação do réu ao cumprimento de determinado período de pena, seja em detenção ou reclusão, nos moldes da cominação estampada no preceito penal violado. Tal previsão será complementada pela formação de um processo executório penal, que possibilitará doravante a

³⁵ BURINI, B. C., op. cit., p. 101.

fixação de pormenores acerca do regime prisional a ser cumprido pelo sentenciado.

Inobstante isso, há efeitos que se produzem independentemente do conteúdo decisório ou da demanda da parte. Decorrem unicamente da lei, malgrado tenham sua eficácia condicionada, jungida, a uma sentença condenatória. De se destacar lição do mestre e doutor Marçal Justen Filho, que se utiliza do exemplo da Hipoteca Legal para elucidar o que vem a ser o efeito primário e secundário da sentença. Vejamos.

A hipoteca judiciária é efeito “acessório”, “anexo” ou “secundário” da sentença com eficácia condenatória. Não se trata de prerrogativa ou faculdade vinculada à qualidade de “autor da demanda”. A lei estabeleceu que, de forma automática, da simples existência da “sentença que condenar” deflue a hipoteca judiciária. Ou seja, tal sentença *constitui imediatamente* a hipoteca judiciária, independentemente de qual seja seu conteúdo e do que dela conste. Basta que traga em si alguma condenação pecuniária ou à entrega de coisa. Nesse sentido, é efeito radicalmente distinto dos efeitos “principais” da sentença de mérito (condenatórios, constitutivos, declaratórios) – os quais decorrem diretamente dos termos do dispositivo (*decisum*) da sentença. Para obter-se eficácia declaratória acerca da existência ou inexistência de dada relação jurídica, é imprescindível uma sentença que, em seu comando, contenha expressamente tal declaração. Igualmente, só haverá efeito condenatório de alguém ao pagamento de determinada quantia quando existir sentença de cujo comando conste textualmente a condenação, e assim por diante. E, para que o juiz profira tal comando, é indispensável pedido do interessado, em face do princípio da inércia da jurisdição (*nemo iudex sine actore*). Ao contrário desses efeitos “principais”, a hipoteca judiciária é consequência que a própria lei, em seus precisos termos, *adiciona* à sentença condenatória – daí por que sua qualificação de efeito “anexo”. É então eficácia *externa* à sentença em si; um *plus* que decorre unicamente da lei.³⁶

Ainda nesse norte, cabe destacar que não há necessidade de nenhuma declaração por parte do juiz para que o referido efeito se produza. A simples condenação, por si só, já automaticamente o produz, relegando-se o magistrado a mero espectador da sua eficácia, uma vez que absolutamente vinculado a esta. No caso da hipoteca, dessa forma, não se faz ato discricionário do magistrado senão um “dever do juiz em determinar a expedição do mandado de hipoteca”.³⁷

³⁶ FILHO, Marçal Justen. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1997. p. 84.

³⁷ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. Forense, 1974. v. 5, p. 111

Cabe, portanto, depois de esmiuçado os efeitos irradiados da sentença penal, verificar se a obrigação de indenizar decorrente desta configura efeito direto ou anexo da sentença

De início, insta reiterar que a sentença penal condenatória produz em seu bojo efeitos genéricos e específicos, sitos estes nos artigos 91 e 92 do Código Repressivo. À presente monografia, interessa aquele que diz respeito à obrigação de indenizar previsto no art. 91, I do C.P. Senão vejamos: “São efeitos da condenação: I – Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”.

Se considerarmos que o efeito civil representa uma eficácia *natural*, direta, da sentença, a obrigação de reparação, assim, decorrerá de eficácia declaratória sentencial. É o que entende FRAGOSO:

A sentença penal condenatória funciona como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não há mandamento expresso de o réu reparar o dano resultante do crime. A lei, porém, concede-lhe a natureza de título executório (CPP, art. 63), pois seu conteúdo declaratório é completado pela norma que torna certa a obrigação de reparação de dano.³⁸

Todavia, segundo cremos, baseado em doutrinadores de ilibado renome, este não se faz o melhor entendimento para a enquadração da obrigatoriedade de reparar o dano como efeito direto ou anexo. Isso porque, se a carga civil realmente fosse uma eficácia direta da sentença penal, o sistema regedor das instâncias seria, em verdade, o de confusão e não o de independência adotado pela legislação brasileira, fato que tornaria dispensável o aforamento da ação civil – o que não ocorre. Não obstante, tendo-se em vista a preocupação do ordenamento jurídico, bem como dos operadores do direito, em tornar una a jurisdição, não há porque, em termos de economia processual, encarar as esferas de direito como compartimentos estanques, totalmente desvinculadas umas das outras.

Ademais, cabe ressaltar que tanto a fundamentação, quanto o dispositivo da sentença penal devem ser analisados para, posteriormente, serem transportadas ao juízo civil as conclusões dali deduzidas. Dessa maneira, extraem-se do contexto fático elementos que permitam a aferição da

³⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 396.

responsabilidade do acusado na órbita civil, pois, como é cediço, não é qualquer sorte de decisão absolutória penal que prevalecerá na órbita civil. Ou seja, a vinculação, nesse caso, depende dos motivos que deram ensejo à absolvição. E, destarte, analisado os aludidos fundamentos em conjunto com o dispositivo sentencial, delimitar-se-ão quais os efeitos que serão transplantados para a esfera civil. É o que se observa, por exemplo, em uma sentença que absolve o suspeito por insuficiência de provas. Cotejando a fundamentação com o dispositivo da sentença, depreender-se-á que os efeitos absolutórios não são hábeis a vincular a esfera civil, porquanto passíveis de serem desmantelados por novas provas e argumentos não produzidos na instância penal. A falta de lastro de prova não significa que não mais existam provas a confirmar a ocorrência de um determinado fato cuja existência ainda encontra-se no plano da incerteza. Apenas quer dizer que estas ainda encontram-se ocultas aos olhos do Judiciário. BURINI esclarece que:

Assim, a norma, tanto civil quanto penal, estipulou que a sentença penal seria analisada tanto em seu dispositivo quanto em sua fundamentação e que as conclusões ali obtidas seriam transportadas para a civil, esfera na qual originariamente a sentença penal seria estranha. São extraídos do suporte fático elementos suficientes para responsabilizar ou isentar o acusado da responsabilidade civil – ainda que esse não fosse o objetivo perseguido em sede penal –, funcionando a sentença penal como ato de manifestação jurisdicional, independentemente dos limites objetivos estipulados no pedido inicial.³⁹

Saliente-se que a lei preconiza a produção de eficácia indenizatória independentemente da vontade das partes, dos limites objetivos da ação. Não dependem, portanto, de pronunciamento expreso do juiz, nem de pedido da parte. Daí, pode-se inferir que o efeito ora em exame não decorre como eficácia natural da sentença, mas sim como um efeito secundário, anexo ao principal, uma vez que não se adstringe à acusação, ou melhor, ao pedido imediato de condenação e mediato de punição. Complementando, ADA PELLEGRINI traduz que tal efeito configura “a ampliação *ope legis* do objeto do processo que autoriza o transporte *in utilibus* da coisa julgada”.⁴⁰

³⁹ BURINI, B. C., op. cit., p. 107.

⁴⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa Julgada. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 826.

De mais a mais, o que pretende dizer a autora é que o efeito indenizatório decorrente da sentença não se atrela diretamente ao pedido da parte, transcendendo, dessa forma, os limites objetivos e subjetivos da ação penal. Não obstante, uma vez transitada em julgado a mesma, os efeitos condenatórios desta - a coisa julgada penal - serão transportadas para a esfera civil, vinculando esta instância no tocante à materialidade e à autoria. É o transporte *in utilibus* da coisa julgada penal para a esfera civil, a partir da sentença que terá força de título executivo judicial, consoante disposição do artigo 475-N, inciso II do Código de Processo Civil.

Apenas para efeito de curiosidade, saliente-se que o transporte *in utilibus* da coisa julgada também se verifica na legislação consumerista, pois nesta há previsão de se maximizar o alcance da coisa julgada sedimentada em ações coletivas para o plano das ações individuais, transportando-se *in utilibus* a coisa julgada.

Em síntese de tudo o que foi dito sobre os efeitos da sentença penal, tenha-se em mente que os efeitos diretos, atrelados ao pedido da acusação ou da defesa, não impedem que outros efeitos se produzam, mesmo que não contemplados expressamente na fundamentação do juiz. Tal sorte de efeito qualifica-se como secundário, anormal, anexo, e se produz automaticamente e por força de lei no momento em que um comando decisório aciona a sua eficácia. A certeza da obrigação de indenizar decorrente da decisão condenatória retrata com fidelidade o efeito ora aventado.

Sabendo-se que o sistema processual brasileiro, no que tange à vinculação entre as instâncias em relação a fatos determinados, acolhe o modelo da independência mitigada, deve-se salientar que nem todas as decisões criminais surtirão efeitos na esfera civil, possibilitando-se nesta, inclusive, soluções divergentes das que se produzem naquela.

Adotou o legislador “o critério da *eficiência ou suficiência probatória* e da *extensão material do julgado* para a aferição da subordinação temática”.⁴¹

Desta forma, uma vez comprovada cabalmente a materialidade e a autoria na esfera penal, não se poderão mais discutir tais institutos em sede processual civil, previsão esta, inclusive, roborada pelo enunciado contido no

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008. p.169

artigo 935 do Código Civil. Não haveria por que oportunizar uma rediscussão sobre tais aspectos, uma vez que definitivamente julgados e não mais passíveis de serem modificados por qualquer sorte de decisão jurisdicional.

Com efeito, trata-se, em verdade, de uma decisão subordinante, peremptória, que esvaziará o objeto de qualquer ação civil que verse sobre a materialidade e a autoria, posto que não há como se escavar brechas na sólida autoridade da coisa julgada, que envolverá em suas muralhas intransponíveis a higidez da materialidade e da autoria. É de se trazer à colação o entendimento do mestre PACELLI:

Trata-se, pois, de decisão com eficácia preclusiva subordinante, na medida em que impede a reabertura da discussão em qualquer outro processo ou juízo, em homenagem à unidade da jurisdição.

[...]

O que não nos parece sujeito a novas indagações no cível diz respeito ao elemento subjetivo da ação delituosa, isto é, a decisão acerca do dolo ou culpa imputados ao autor, sobretudo por se tratar de matéria indissociável da decisão relativa à própria autoria.⁴²

Nessa toada, não há falar em culpa ou dolo, quaisquer que sejam as suas modalidades, no momento da execução do título judicial contra o condenado, porquanto a órbita civil, no que envolve a configuração da autoria, estará sujeita ao que foi resolvido em condenação penal e aos seus consectários.

2.2. Da Prescrição penal sobre a esfera civil

Assunto que merece breve consideração é aquele que se refere aos efeitos da prescrição da pretensão punitiva ou da pretensão executória sobre a esfera civil.

O agente de um crime, ou contravenção pode não ser punido pelo crime que cometeu. Isso se dá em virtude do esgotamento de um prazo

⁴² Id. Ibid., p. 170.

prefixado pela lei, operando-se a prescrição da pretensão punitiva do Estado que ficará destituído do jus puniendi que dantes lhe era oportunizado.

Da mesma forma, mesmo com o trânsito em julgado da sentença penal, caso não sejam tomadas as devidas providências para assegurar a execução desta, opera-se a prescrição da pretensão executória, extinguindo-se, assim como no primeiro caso, a punibilidade do réu.

Outrossim, o sujeito que não for julgado pelo crime de furto, cuja pena máxima perfaz 4 anos, no prazo prescricional estipulado, não poderá mais ser condenado pelo crime, haja vista o interregno superior a oito anos entre os marcos interruptivos.

Inobstante, há que se frisar que tal modalidade extintiva da punibilidade, por si só, não surte efeitos na esfera civil conquanto o sistema de independência entre as esferas impede tal prerrogativa.

Ademais, uma vez proferida a decisão que declarada extinta a punibilidade do réu em decorrência da prescrição punitiva, seja esta propriamente dita, intercorrente, retroativa ou antecipada, nenhum efeito se produzirá sobre a esfera civil, porquanto a prescrição atinge tão-somente do direito de o Estado aplicar a sanção ao acusado, em nada interferindo na capacidade de o prejudicado pleitear indenização pelo dano que lhe foi impingido pelo delito. Conforme já foi exposto supra, a pretensão punitiva não se confunde com a pretensão indenizatória, embora possam advir de um mesmo fato.

Ainda nesse sentido, se o Estado não iniciar a execução da sentença condenatória dentro do prazo estipulado pela lei, esta não poderá mais ser imposta ao réu, ficando este livre de qualquer meio coercitivo que lhe poderia (e deveria) ser imposto. Nada obstante, tal medida não configura nenhum estorvo para que o prejudicado ingresse com uma eventual ação de execução civil da sentença condenatória, porquanto a prescrição executória afasta apenas os efeitos penais da sentença, persistindo aqueles que tangem aos efeitos civis. Em resumo, a prescrição da execução penal não impede que se execute a sentença penal condenatória na esfera civil, posto que tal decisão reveste-se com os atributos do título executivo, tema já abordado alhures.

Por outro lado, não se pense que o prazo prescricional, em matéria civil, é indeterminado e corre indefinidamente, restando ao bel prazer do

prejudicado o tempo oportuno para o ajuizamento da ação civil reparadora de danos. Conforme já visto, o prazo prescricional para a propositura da ação civil ex delicto de conhecimento totaliza 03 anos, tempo este consolidado no artigo 206, § 3º, inciso V do Código Civil.

Diferentemente do que ocorre no Processo Penal, o prazo inicial para a contagem do prazo de prescrição no âmbito civil se dá a partir do primeiro dia subsequente à violação do direito, correndo por sua conta até o término do interstício fixado. Decorrido o lapso temporal, a pretensão de o autor ver o seu patrimônio reparado não mais subsistirá. Ainda neste enfoque, frise-se que o prazo prescricional para a reparação civil é sempre o mesmo, não variando segundo a quantidade de pena imposta em sentença, como se verifica no direito penal.

Diga-se, por fim, que a execução do título judicial formado a partir da sentença condenatória também se submete a um prazo prefixado em lei, a saber, o artigo 206, inciso VIII, do Código Civil, que trata a respeito da prescrição para títulos de crédito, quantificando o montante do prazo em 3 anos.

O prazo total para o aforamento da ação civil, seja de cunho cognitivo ou executório, será, destarte, de três anos, pouco importando o que se sucedeu no juízo penal em relação à aplicação da sanção punitiva ou de sua execução.

2.3. Curiosidade

Uma curiosidade que pode e deve se trazer à lume é aquela que atine à fixação da indenização no caso de procedência da ação de revisão criminal por erro judiciário. Dispõe o artigo 630, *caput*, do Código de Processo Penal que “O Tribunal, se o interessado requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”.

Preambularmente, convém ressaltar que a sentença que fixa uma indenização a ser paga a título de erro judiciário não constitui mero reflexo da

procedência da ação criminal. E, em sendo assim, deve o autor requerer expressamente, em sua petição, o reconhecimento deste direito, sob pena de preclusão de tal prerrogativa em sede de revisão criminal. O Tribunal, destarte, não estará mais apto a declarar o direito da parte à justa indenização, vez que não foi impulsionado para tal em momento propício. A letra da lei é inequívoca no sentido de condicionar ao pleito da parte a produção do efeito indenizador.

Demais disso, nada impede que o autor demande pela indenização por dano causado pelo Estado em algum juízo especial da Fazenda Pública, quando existir, ou, ainda, em outro juízo civil. Todavia, no caso em tela, necessário se fará a instauração de um processo de conhecimento para a constatação do pretense erro judiciário e, também, para a quantificação da indenização devida pelo autor. Saliente-se que a simples juntada do acórdão que reconheceu o *error in iudicando* ou *in procedendo*, ou seja, que deu procedência à revisão criminal, se prestará como robusta prova a alicerçar o desejo de reparação do autor.

Nessa vereda, feito um breve intróito acerca da indenização que é devida em decorrência da revisão criminal, resta agora esclarecer o porquê de se trazer tal assunto à voga.

Interessante ponto que merece cuidado representa a natureza da indenização que decorre da sentença revisional. Ao contrário do que ocorre com a indenização irradiada do delito, o montante reparatório que é devido em função de um erro judiciário não constitui espectro automático da sentença, produzida independentemente do pedido da parte. Se o autor não postular pela reparação dos prejuízos que lhe foram infligidos neste caso, o Tribunal, da mesma forma, não se manifestará sobre o assunto, paralisado que estará em virtude do imobilismo que lhe é conferida pelo princípio da inércia da jurisdição. Em outros termos, a indenização em apreço ficará subordinada à provocação jurisdicional pela parte, haja vista o indelével princípio da demanda.

O que se pretende com tudo o que foi exposto é diferenciar a indenização decorrente do erro judiciário daquela que atine ao delito – *ex delicto*. Enquanto a primeira deflui diretamente da aspiração autoral, como um efeito primário, a segunda anexa-se ao decreto condenatório como um efeito secundário.

Com efeito, trata-se de duas modalidades de indenização que derivam de sentença e que, no momento de produzirem os seus efeitos, distinguem-se ontologicamente. Tal peculiaridade se dá porque a indenização *ex delicto* torna-se certa, de forma instantânea, a partir da sentença que condena o réu, ao passo que a indenização por erro judiciário deve ser arguida solenemente para que seu cabimento seja aquilatado pelo tribunal.

2.4. Eficácia civil da sentença absolutória

No momento em que o Ministério Público ingressa com ação penal visando à condenação do acusado, o procedimento inicia sua marcha rumo à sentença final. Lastreado no conjunto probante, o juiz aferirá se é caso ou não de uma eventual condenação pelo crime capitulado na denúncia ou queixa-crime. E, caso verifique ser o caso, emitirá uma declaração positiva determinando a responsabilidade penal do réu imputando-lhe os consectários jurídicos advindos da eficácia direta e anexa da sentença.

Pelo contrário, se o togado, após prévia perquirição do arcabouço probatório, entender que não há elementos suficientes a embasar um eventual decreto condenador, em sentença devidamente fundamentada ele lançará uma declaração de não pertinência da aplicação de medidas sancionatórias, absolvendo o acusado da imputação que lhe foi irrogada.

Tal declaração conterá um juízo negativo acerca da condenação que se almejava pela parte acusatória, informando a razão pela qual tal resposta jurisdicional restou inviável. E, como consequência, não poderá mais o Estado utilizar-se do *jus puniendi* para condenar o réu pelo fato típico em que estava enquadrado.

Nestes termos, cumpre assinalar que o efeito prático do decreto de absolvição denota a imediata soltura do réu que estiver preso provisoriamente e, também, a supressão das penas acessórias que porventura estiverem sendo aplicadas. Assim sendo, caso a pretensa *res furtiva* de que se valeu o Juízo

como elemento probante esteja ainda em poder de tal instituição, deverá ser imediatamente devolvida ao verdadeiro e legítimo dono, qual seja, o absolvido.

A importância de se analisar a eficácia da decisão absolutória penal na instância civil ocorre precipuamente em razão da vinculação que esta decisão pode ou não promover na esfera civil, permitindo-se ou não a tramitação da ação civil *ex delicto* ou a sua ulterior propositura. Embora não seja o objetivo legítimo desta presente monografia verificar os casos em que a ação de reparação se revela oportuna, não há como se furtar de tal tema uma vez que será de suma importância, inclusive, para a análise dos sistemas processuais, objeto do derradeiro capítulo.

Por fim, impende aclarar que a estirpe de sentença ora em análise, uma vez proferida e transitada em julgado, torna-se indiscutível e pode surtir efeitos na instância civil, vinculando-a no tocante a determinadas questões. Isso se dá porque a sentença que decreta a absolvição pode se desdobrar pelas mais variadas razões, algumas aptas a produzirem efeitos na instância civil, outras não. É o que se discutirá minuciosamente infra.

2.4.1. Sentença absolutória fundada na inexistência do fato

Em primeiro lugar, cabe tecer algumas considerações iniciais sobre a sentença que declara ser inexistente o fato capitulado como delito.

Esteado no caderno probatório coligido, se o douto magistrado entender que as evidências e as circunstâncias convergem contundentemente para a inexistência material do fato criminoso imputado ao réu, poderá este absolvê-lo alegando que o fato narrado na denúncia (ou queixa-crime) sequer desenvolveu-se no plano real.

Ora, desnecessário se faz maiores digressões acerca do tema em questão porquanto uma vez comprovada a inexistência fática no plano penal, esvazia-se por completo o objeto da demanda na esfera civil. Não haveria interesse *ad causam* já que o fato nem chegou a existir no mundo palpável. Ou seja, se o fato narrado na inicial não ocorreu, não há por que se abrir uma

discussão na orbe civil acerca da reparação, uma vez que uma pretensão indenizatória não pode recair sobre fato inexistente.

Neste caso, diga-se de passagem que, no caso em epígrafe, agrediria frontalmente a lógica qualquer discussão acerca da autoria no meandro civil. Sem algum fato para se subsumir aos tipos penais, não há, também, naturalmente, algum autor para condenar ou absolver ou, ainda, para lhe cominar as sanções que redundariam do suposto crime. É o que se extrai do teor do artigo 66 do Código de Processo Penal, *ipsis verbis*, “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”.

Interpretando o dispositivo colacionado, deduz-se que caso pare alguma dúvida sobre a inexistência material do fato, esta não será a melhor justificativa para embasar a absolvição, que será decretada por fundamentos outros, como a insuficiência de provas. Todavia, não há como deixar de trazer à lume entendimento do mestre BURINI:

A segunda parte do art. 66 reputa como necessária a configuração da inexistência categórica do fato. Em que pese o cuidado do legislador ao atribuir eficácia às sentenças penais absolutórias, o zelo exagerado era dispensável. São inúmeros os problemas causados por estes *termos* inseridos nos textos legais de forma descuidada. Para definir o que é categórico, é necessário também imaginar o que não seria categórico para então dar alguma utilidade aos termos da lei. Mas se a inexistência do fato, sendo não categórica, pudesse dar ensejo à absolvição, estaríamos talvez diante de uma situação de inexistência ou insuficiência de prova, motivo distinto para a absolvição e que encontraria reflexos diferentes no regime dos efeitos civis da sentença penal absolutória. Por essas razões, independentemente de ser categórica ou não, a declaração da inexistência do fato produz os efeitos descritos no item sobre a coisa julgada *infra*, quando possíveis perante a esfera civil.⁴³

Em síntese, o que o autor nos ensina com o excerto supra transcrito é que a inexistência do fato, se comprovada, embora não categoricamente como requer a lei, conduz a um juízo seguro de absolvição, não se podendo, em razão disso, basear a fundamentação em argumentos outros como a inexistência de prova da ocorrência do fato.

⁴³ BURINI, B. C., op. cit., p.143.

2.4.2. Sentença fundada na falta de provas da existência do fato

Ao contrário do que se sucede com a absolvição por entender o juiz não ser existente o fato objeto de tipificação, o decreto que isenta o réu de pena por não haverem provas suficientes nos autos hábeis a provarem a existência do fato delitivo, nada impede que seja ajuizada uma ação *ex delicto* de conhecimento na esfera civil.

Em primeiro lugar, imperioso que se destaquem alguns atributos do processo penal para uma posterior conexão com o tema em relevo. É cediço que em processo criminal, em não havendo provas contundentes a justificar um juízo de valor seguro e coerente, milita em favor do réu a presunção de inocência, consolidada no brocardo *in dubio pro reo*. Por outro lado, caso o juiz verifique não haver provas conclusivas a arrimar uma eventual absolvição por inexistência do fato, não poderá se utilizar de tal situação processual para favorecer o réu. Ou seja, embora ele seja beneficiado pela dúvida razoável erigida nos autos, o fundamento do decreto de absolvição será calcado em juízo de incerteza, inapto a subordinar a instância civil. Isso se dá porque, caso o juiz assim não procedesse, estaria inviabilizando um posterior demanda indenizatória por parte da vítima. E, como decorrência lógica, assim como a prerrogativa de se aforar uma ação civil, restaria prejudicada, também, a pretensão indenizatória, vez que absolvição fundada na certeza da inexistência factual vincula o juízo civil, subordinando-o a decisão proferida no bojo da ação penal. Em síntese, faz também a coisa julgada no cível, transportando-se a eficácia da decisão penal para este âmbito.

Nestes termos, se o réu se eximir da aplicação da pena por não haver um substrato probatório que comprove a existência do fato, nada impede que se ajuíze uma ação de conhecimento da área civil para apurar a existência de responsabilidade indenizatória. Assim o é, pois tal modalidade de decisão não vincula o juízo civil, subjugando-o ao alvedrio penal.

Neste intento, uma vez aforada a ação civil de conhecimento em decorrência de delito cuja situação fática não foi escorreitamente provada no domínio penal, poder-se-ão produzir novas provas que conduzam a um juízo

de maior segurança, de forma que a indenização exsurja como medida indeclinável. Preleciona NUCCI sobre o tema em questão:

Não com a mesma intensidade e determinação do primeiro caso (estar provada a inexistência do fato), neste caso falecem provas suficientes e seguras de que o fato tenha, efetivamente, ocorrido. Segue o rumo do princípio da prevalência do interesse do réu – in dúbio pro reo. Permite o ajuizamento de ação civil para, com novas provas, demonstrar a ocorrência do ilícito.⁴⁴

Concluindo, aduz BURINI, com maestria que “Logo, para fins de influência civil, a sentença penal calcada em insuficiência de prova e cognição não exauriente é ineficaz perante o juízo cível”.⁴⁵

Em resumo, a cognição incompleta, à míngua de provas, de argumentações módicas, não tem o condão de vincular o juízo civil de forma alguma.

2.4.3. Sentença fundada na inexistência da infração penal

O juiz pode, no exercício de sua jurisdição, verificar que o fato narrado na Inicial acusatória se mostra de todo patente. Todavia, a despeito da existência irretorquível deste, cabe ao togado, usando do conhecimento jurídico que lhe é inerente, bem como das provas carreadas nos autos, decidir se o lastro factual coaduna-se ou não com os preceitos penais. Caso negativo, deverá o magistrado absolver o réu por não constituir o fato a ele atribuído, infração penal.

As diferenças entre o ilícito penal e civil já foram devidamente abordadas em tópico jacente supra, prescindindo-se de uma nova análise pormenorizada.

Tendo em vista que os ilícitos penais e civis são julgados separadamente, cada um em sua órbita natural, não há porque se retirar a

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2008. p. 688.

⁴⁵ BURINI, B. C., op. cit., p.145.

fração de competência que é reservada à esfera civil, por entender o juiz criminal não se subsumir a algum tipo penal a conduta atribuída ao réu. Mesmo que um determinado fato não seja enquadrado como crime, não há porque se pensar que não se possa o imbuir de caráter civil, uma vez que, conforma já dantes visto, o conjunto delimitador de infrações civis se faz muito mais amplo que o penal. Desta maneira, caso o juiz absolva o réu por verificar que o fato não se amolda no rol taxativo dos crimes, nada impedirá, outrossim, que se ajuíze uma ação na instância civil visando a apurar a ocorrência de um ilícito civil, bem como a indenização que deste emana.

Em suma, caso o juiz afira não ser o fato um caso criminal, nada impede que ulteriormente possa se constatar tratar-se de um ilícito civil. Exemplo de grandiosa utilidade para o tema em pauta é o que se colhe da lição do saudoso MIRABETE que faz menção “a hipótese de se concluir por fraude civil em acusação de estelionato.”⁴⁶

2.4.4. Sentença fundada na inexistência de prova de ter o réu concorrido para a infração penal

Atentando-se ao disposto no art. 386, V do CPP, infere-se que o indigitado artigo representa uma espécie de continuidade lógica ao que foi exposto nos dois primeiros subitens que dizem respeito às causas de absolvição do réu.

Após o juiz atestar a existência do fato e, também, a sua subsunção a algum tipo penal, lhe tocará aferir se o acusado concorreu ou não para a desenvoltura da empreitada criminoso. Reitere-se que o exame da autoria não pode se calcar apenas em provas indiciários, nem em evidências divorciados do contexto dos autos, uma vez que se resguarda ao réu, como direito fundamental, a presunção *júris tantum* de inocência. Assim, caso ainda reste alguma dúvida, ainda que mínima, sobre a autoria, deve-se absolver o réu com base no vetusto instituo do *in dubio pro reo*.

⁴⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 459.

Imagine a situação em que três sujeitos são acusados de praticar o crime de latrocínio em concurso de agentes contra um supermercado. No decorrer da instrução, todavia, averigua-se que o universo probatório vincula apenas dois indivíduos, uma vez que o terceiro, por vestir balaclava, não restou reconhecido pelos testigos, muito embora um dos acusados tenha prestado depoimento contra o mesmo. Por estar totalmente divorciado do contexto probatório o depoimento em questão, não resta outra opção ao juiz senão absolver o terceiro suspeito por insuficiência de provas que confirmem a autoria.

Frise-se que esta modalidade de absolvição não constitui óbice algum para o encetamento de uma ação civil indenizatória, posto que, nesta esfera, novas provas poderão ser produzidas para se evidenciar a concorrência do réu para a perpetração do dano.

2.4.5. Sentença fundada na existência de prova de não ter o réu concorrido para a infração

Da mesma forma que a míngua de provas provoca a absolvição do réu, a existência de provas concludentes de que não tenha ele participado para a consumação, ou, ao menos, tentativa de infração penal, também conduzem a um juízo negativo de autoria. Trata-se de inovação trazida pela lei 11.690/08.

Todavia, neste caso, não se abre ensanchar a uma demanda na área civil, eis que a autoria do réu no delito embrião da via reparatoria findou abundantemente rechaçada por provas inequívocas. Neste caso, o trânsito em julgado da sentença penal vinculará a instância civil, impossibilitando-se uma rediscussão acerca da participação do inocentado.

Tomando por base parte do exemplo aviado no sub item anterior, agora consideremos que no decorrer da instrução criminal, constata-se, por intermédio dos depoimentos testemunhais, que o terceiro indivíduo acusado, em verdade, não estava conluiado com os outros dois, tratando-se de cliente que socorreu um dos balconistas alvejado. Sem nenhum indício que aponte o

contrário, o magistrado profere a sentença absolvendo o acusado em questão, destacando na fundamentação que o universo probatório trouxe em seu cerne elementos suficientes a descreditar qualquer nesga de dúvida que ainda pairasse sobre uma pretensa autoria. Tal embasamento tornará infensa a posterior propositura de uma ação indenizatória, bem como extinguirá a ação civil em trâmite contra o absolvido sem a resolução do mérito. Nos ensinamentos de NUCCI:

Esta era uma hipótese faltante, dentre as previstas no art. 386 do CPP. Da mesma forma que não se poderia ter prova suficiente da co-autoria ou participação do acusado na infração penal, seria viável supor a existência de prova abundante apontando para a não participação no evento. Neste caso, já havíamos sugerido a utilização do antigo inciso IV do art. 386 (atual inciso V) numa interpretação sistemática, para dar fim à discussão, fazendo coisa julgada também na esfera civil.⁴⁷

2.4.6. Sentença fundada em circunstância excludente de ilicitude, de culpabilidade ou isentiva de pena.

A absolvição pode fundar-se em circunstâncias que, embora se amoldem ao tipo penal configurado na lei, retiram a antijuridicidade da conduta. É o que se verifica quando uma ação é praticada em legítima defesa, em estado de necessidade, em estrito cumprimento do dever legal ou em estado de necessidade. A propósito, tal previsão encontra-se consubstanciada no art. 65 do CPP que aduz vincular a instância civil as decisões que absolvem com fulcro nas excludentes de antijuridicidade.

Passaremos a analisar mais detalhadamente cada uma das espécies excludentes acima arroladas, eis que passíveis de gerar efeitos diversos na seara civil.

2.4.6.1. Estado de Necessidade

⁴⁷ NUCCI, G. S., op. cit., p. 688.

Considera-se em estado de necessidade quem pratica um ato com o intuito de resguardar um bem jurídico seu ou de outrem. É excludente de ilicitude, pois o agente viola um preceito de lei apenas para salvaguardar um direito que deve permanecer incólume ante o perigo atual em que se insere. É o que sobressai na lição de DELMANTO:

Estado de necessidade é a situação de perigo atual, não provocado voluntariamente pelo agente, em que este lesa bem de outrem, para não sacrificar direito seu ou alheio, cujo sacrifício não podia ser razoavelmente exigido.⁴⁸

Nesse meandro, caso o indivíduo produza um dano ao patrimônio alheio para evitar a perpetração de um malefício descabido, a este não se aplicará as sanções do preceito criminal que violou porquanto em estado de necessidade. Perceba que para uma conduta se revestir de caráter criminal, as prerrogativas iminentes a qualquer crime, a saber, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade devem se fazer todas presentes. Quando em estado de necessidade, o agente pratica uma conduta típica e culpável muito embora não seja antijurídica, o que não personifica uma ação delitiva, impossibilitando a aplicação de alguma sanção.

Ademais, ainda que não configurada como criminosa a conduta, não há como se furtar dos efeitos que desta se irradiam uma vez que capazes de gerar reflexos na esfera civil. Destaque-se que existem dois casos de estado de necessidade, quais sejam, o agressivo e o defensivo e que, por suas naturezas, produzem efeitos distintos. Vejamos o primeiro caso.

O estado de necessidade agressivo surge quando o bem jurídico lesado, por si só, não representa perigo ao agente, embora seja necessário removê-lo para evitar que se produza resultado danoso ou, até, funesto. É o que se verifica quando um sujeito invade rodovia em obras, e, desviando dos operários, guina o carro bruscamente para um lado e atinge um caminhão estacionado. Note que, caso o motorista não efetuasse a manobra brusca e radical, correria o risco de causar óbitos por atropelamento, de forma que o dano perpetrado contra o veículo de terceiro ocorreu em estado de necessidade na modalidade agressiva.

⁴⁸ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

Nesse diapasão, cumpre assinalar que nesta nuance do estado de necessidade, como é de se esperar, subsiste o dever de indenizar em razão de o dano ter se desdobrado por circunstância criada unicamente pelo agente. Não é demais ressaltar que um terceiro qualquer pode fomentar a situação factual provocadora do perigo iminente, devendo, neste caso, ser acionado regressivamente. Nunca é demais citar o jurista NUCCI:

Tratando-se de estado de necessidade agressivo, ou seja, voltar-se contra pessoa, animal ou coisa de onde não provém o perigo atual, mas cuja lesão torna-se indispensável para salvar o agente do fato necessário, é cabível falar em indenização. Exemplo: aquele que matar um animal, que está dentro do quintal da casa de seu proprietário, porque invadiu o domicílio para fugir de um assalto, penalmente não responde, mas civilmente deve indenizar ao dono do imóvel os prejuízos causados, inclusive a morte do cão.⁴⁹

Note que, neste caso, o direito à indenização remanesce hígido, ainda que o fato tenha sido praticado em estado de necessidade, submetendo-se ao dispor do prejudicado o aforamento da ação civil *ex delicto* cognitiva para apurar o montante pecuniário que lhe é devido. Ficará ao alvitre do indenizando o agitação da pretensão regressiva contra o verdadeiro causador do perigo.

No outro vértice, deparamo-nos com o estado de necessidade defensivo, leia-se, aquele em que o perigo atual eclode por motivos totalmente alheios ao agente, de modo que a destruição ou deterioração do objeto pernicioso se apresenta inarredável. Atente-se que, nessa situação, o dever indenizatório deixa de existir, eis que o sujeito danificou o objeto do perigo que lhe surgiu de inopino para salvaguardar a própria integridade, seja física ou patrimonial, e de terceiros. O sujeito que danifica porta de casa na iminência de desabar para salvar criança desamparada não fica obrigado a indenizar os danos, pois, como se sabe, agiu em estado de necessidade defensivo. NUCCI pontua com exatidão sobre o tema em voga.

Tratando-se do estado de necessidade defensivo, isto é, voltar-se contra animal ou coisa que gera o perigo atual, necessário de ser afastado, não cabe indenização alguma, desde que, para a remoção do perigo não se atinja inocente. Exemplo: matar cão que escapou na

⁴⁹ NUCCI, G. S., op. cit., p. 182.

via pública e ameaça morde pessoas. O dono do animal nada pode reclamar.⁵⁰

Assim, proferindo o monocrático o decreto que inocenta o réu por ter este agido em estado de necessidade defensivo, vincular-se-á também, como conseqüência, a instância civil, fazendo nesta coisa julgada. Tanto a ação de cognição quanto a de execução, doravante, ficarão fatalmente obstadas pela falta de interesse *ad causam* que permeará o manejo destas, dado que não se pode pleitear indenização sobre fato danoso gerado por uma espontaneidade imprevista da natureza.

2.4.6.2. Legítima Defesa

A legítima defesa representa um instituto que visa, assim como no estado de necessidade, proteger a incolumidade física e patrimonial alheia contra injusta agressão ou ameaça. Ao contrário do estado de necessidade, porém, a legítima defesa denota o repúdio, o repelir, de atitudes nocivas praticadas por pessoas e não a exposição à perigo. Não haveria, logicamente, como se defender da ameaça de um carro desgovernado, desferindo-se marteladas neste.

Trata-se de causa excludente de antijuridicidade que inviabiliza a aplicação de sanções corporais ao acusado, que ficará absolvido do fato típico que lhe foi imputado. É o que pontifica o famigerado DAMÁSIO:

Não pode ser considerada ilícita a afirmação do próprio direito contra a agressão que é contrária às exigências do ordenamento jurídico. É uma causa de justificação porque atua contra o direito quem comete a reação para proteger um direito próprio ou alheio ao qual o Estado, em face das circunstâncias, não pode oferecer a tutela mínima. É a orientação seguida pelo nosso CP, ao afirmar que não há crime quando o agente pratica o ato em legítima defesa (art.23, II).⁵¹

⁵⁰ NUCCI, G. S., op. cit., p. 182.

⁵¹ JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 384.

Superada o ponto que atine à conceituação de legítima defesa, imperioso que nos refiramos aos corolários que defluem deste instituto, mormente no que se refere à indenização *ex delicto*.

A legítima defesa real, propriamente dita, é aquela em que o agente, utilizando-se de meios moderados, repele a injusta agressão ou ameaça contra ele perpetrada. Ficará desincumbido de indenizar qualquer dano que sobrevir da sua conduta defensiva, desde que não ultrapasse os meios estritamente necessários a afastar a agressão injusta. Desse modo, um indivíduo que desfere um soco em sujeito que tenta roubar-lhe a carteira ficará isento de qualquer indenização que poderia ser pleiteada em razão de lesões corporais.

Não obstante o que foi dito, há casos de legítima defesa que podem gerar pretensão indenizatória na esfera civil, mesmo que descompassados da real intenção do agente. Outrossim, caso um sujeito desfira um tiro contra bandido que intentava matá-lo e vem, todavia, a atingir transeunte inocente, não poderá se esquivar da indenização que exsurgirá em decorrência das lesões que sobrevierem à vítima. Isso porque, quando o meio defensivo redunde em *aberratio ictus* (erro de execução), o ofendido deve ser indenizado cabalmente pelos prejuízos sofridos, dado que não portava qualquer relação com o incidente que culminou no *eventus damni*. Restará ao agente a ação regressiva contra o sujeito que motivou a sua frustrada conduta defensiva, caso este queira reaver o numerário que pagou a título indenizatório.

Nesse diapasão, um indivíduo que supõe uma situação que, se de fato existisse, importaria inarredavelmente em legítima defesa, e, em virtude disso, antecipa-se na conduta defensiva e acaba por lesionar o pretense agressor, incide em legítima defesa putativa, caso ateste-se que a hostilidade inimiga não seria levada a cabo. É o que se dá quando um indivíduo, de forma sorrateira, aproxima-se com as mãos no bolso de inimigo capital que, antecipando-se na conduta defensiva, desfecha um tiro contra aquele. O atirador incidirá em legítima defesa putativa, se não houver, nos bolsos do prejudicado, arma ou qualquer outro objeto hábil a causar lesões e, destarte, remanescerá o dever de indenizar. É o que consta na lição do mestre PACELLI:

Entretanto, não nos parece acertado pretender a mesma solução quando a hipótese for de legítima defesa putativa, dado que, na realidade, nem sequer teria existido a equivocadamente vislumbrada agressão e muito menos a injustiça. A nosso juízo, pois, tratando-se de legítima defesa putativa, não estará excluída a responsabilidade civil.⁵²

Demais disso, cumpre assinalar que nos casos em que o Estado figura como pólo passivo na ação indenizatória, ainda que seu preposto tenha atuado em legítima defesa, levantar-se-á contra a Administração o dever de reparação, conquanto umbilicalmente atrelada às exigências da teoria do risco administrativo – a responsabilidade objetiva. Ademais, caberá ao Estado provar a culpa exclusiva do agressor para se eximir da responsabilidade que lhe toca, pois, a mínima parcela de culpa já se faz o suficiente para vincular-lhe ao dano. É o instituto da culpa concorrente, que, embora não elida o dever de indenizar, permite ao Estado um abatimento do valor total do prejuízo, guardada as devidas proporções.

2.4.6.3. Estrito cumprimento de dever legal

Figurando no rol taxativo das causas excludentes de antijuridicidade elencadas na legislação penal, o estrito cumprimento do dever legal também exclui a responsabilidade civil daquele que agiu em nome de tal instituto. Em prol de um interesse maior, o agente, usando dos meios que lhe forem necessários, executa o ofício que lhe é incumbido. Nesse viés, em mãos de um mandado de prisão expedido por autoridade judiciária, o policial deverá subjugar o meliante com o fito de conduzi-lo à penitenciária competente, ainda que para isso deva se socorrer de meios violentos.

Levando-se em conta o exemplo acima ventilado, conclui-se que seria inviável e, até, anti-ético, impingir o policial militar a indenizar o criminoso lesionado, pois, como se sabe, aquele atua em favor do interesse público de rechaçar condutas desviantes, retirando criminosos do convívio social.

⁵² OLIVEIRA, E. P., op cit., p. 171.

2.4.6.4. Exercício Regular de um direito

Desnecessárias maiores pontuações acerca do tema ora em comento vez que a este se aplicam os mesmos mecanismos do estrito cumprimento de um dever legal, causa excludente de iliciedade. Assim, caso determinado conduta se deflagre ao abrigo do exercício regular de um direito, não se poderá colimar indenização pelo dano que daí assomar. O ilícito civil restará afastado pela causa excludente penal. Exemplo interessante e esclarecedor é o que consta da doutrina de DAMÁSIO:

A prática de vários esportes, como o futebol, o boxe e a luta livre, pode produzir resultados danosos. Desde que haja obediência irrestrita às regras do jogo, os seus autores não respondem por crime, encontrando-se acobertados pela excludente do exercício regular de direito, de acordo com a doutrina clássica. Cuida-se, mais uma vez, de prática autorizada e fiscalizada pelo Estado, pelo que seu exercício não constitui fato ilícito. É evidente que o Estado não autoriza ferir ou matar, mas pratica o esporte de acordo com as regras determinadas, no qual normalmente pode ocorrer o dano. A conduta do jogador é perfeitamente lícita, pelo que os resultados danosos que acidentalmente ocorrem também ficam acobertados pela licitude.⁵³

Outrossim, praticado o dano sob o pálio da excludente ora em análise, não há falar em ilicitude do fato, uma vez que consumado em fiel observância aos preceitos legais que o delimitam e o autorizam. Ao prejudicado, restará acionar um profissional capacitado a tratar da lesão que sofreu, conquanto inócua qualquer tentativa de se acionar a ação civil *ex delicto*.

2.4.6.5. Excludente de Culpabilidade

As excludentes de culpabilidade são basicamente em número de cinco, a saber, o erro de proibição, a coação moral irresistível, a obediência hierárquica, a inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto e a embriaguez completa e fortuita.

⁵³ JESUS, D. E., op. cit., p. 401.

Não há previsão alguma na legislação processual penal que ateste o atravancamento da propositura da ação civil indenizatória pela presença de uma das excludentes de culpabilidade acima aviadadas. Dessa maneira, caso um sujeito seja compelido a atirar em alguém mediante grave ameaça, não ficará eximido de arcar com o montante pecuniário que resultar de sua conduta, ou, ao menos, de ser acionado para tanto.

Lamentável, em nosso ver, o não albergamento de tais excludentes entre aquelas aptas a inviabilizar o ajuizamento da ação civil de conhecimento. Na esteira do exemplo citado, embora não seja justo ao ofendido a não reparação do dano que sofreu, por igual injusto configura constranger o coagido a arcar com dano que cometeu por resguardar a integridade física de um membro de sua família. Não ousamos propor qual seria a solução viável ao caso em pauta, embora entendamos que seja perfeitamente cabível a ação de regresso contra o agente coator. BURINI traz o seu reluzente entendimento no excerto transcrito infra

Muito embora algumas dessas razões fossem louváveis de serem transportadas para a esfera civil, é sabido que a eficácia anormal da sentença penal absolutória decorre, no sistema positivista brasileiro, da justificativa axiológica extraída da comunicabilidade da *fattispecie* e do ilícito agregada à autorização legislativa no sentido de que o dispositivo e a fundamentação penal devam ser conjuntamente analisados e ganhar relevância civil – e tais fatos não albergaram o transporte das excludentes de culpabilidade.⁵⁴

Verificada a incidência de uma absolvição arrimada em excludente de culpabilidade, nada impede, portanto, que o ofendido ajuíze ação civil para compelir o isento de culpa a arcar com o dano que praticou.

2.4.7. Outras Hipóteses

A vinculação da instância civil em relação a determinadas decisões proferidas no bojo da esfera penal revela-se medida oportuna para que se

⁵⁴ BURINI, B. C., op cit., p.151.

evitem procrastinações indesejadas e que desvirtuam o verdadeiro escopo do processo, a saber, a pacificação da lide com justiça.

Dado que a jurisdição, em seu âmago, possui natureza unitária – é uma -, não há porque se rediscutir certos assuntos já incontroversos e imortalizados pelo manto da coisa julgada. Além de antieconômico, ultrajaria, da mesma forma, o princípio da economia processual, da celeridade, da coisa julgada, dentre outros. É por isso que, reconhecida insofismavelmente a inexistência do fato, ou a não participação do réu na infração penal, não mais se discutirá acerca desses institutos na órbita civil. Depreende-se, por razões lógicas, que, se comprovada a não existência de materialidade ou autoria, motivo não há para se discutir acerca da infração penal e, muito menos, para se ajuizar uma ação civil que daquela decorreria, eis que, nesse caso, ficam visceralmente vinculadas as órbitas, já que não existe fato, nem autoria a se perquirir, o que, pois, inviabiliza a pretensão indenizatória e obstrui a via civil. NUCCI sintetiza esse raciocínio explicitando que “Apesar da consagração da separação, prevalece a justiça penal sobre a civil, quando se tratar de indenização de crime e aquela julgar que inexistiu fato ou tiver afastado a autoria”.⁵⁵

De outra banda, há determinadas decisões de cunho absolutório que, a despeito de afastarem a imputação capitulada na Inicial, não possuem o condão de tornarem definitivas as controvérsias levantadas pela infração, ainda que afetas a outros ramos jurídicos que não o criminal. Algumas dessas causas já foram encerradas em tópicos anteriores, como a absolvição calcada na insuficiência de provas de existência da infração penal etc.; outras ainda não o foram, máxime aquelas delineadas no art. 67 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Não impedem 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

Nesse diapasão, de se dizer que o despacho de arquivamento do inquérito não impede que se suscite na esfera civil uma indenização por ilícito a

⁵⁵ NUCCI, G. S., op. cit., p.177.

ser comprovado por provas outras que não as que constaram nos autos do inquérito. Ainda porque, como se sabe, o ilícito civil abrange uma gama maior de situações que os delitos penais, podendo, muito bem, caracterizar-se um ilícito civil onde não haja qualquer transgressão aos mandamentos penais. Logo, caso o Ministério Público proceda pelo arquivamento do inquérito por não constituir o fato investigado crime, ficará ao talante da pretensa vítima o ajuizamento da ação civil.

De outra sorte, uma vez declarada extinta a punibilidade, não mais subsistirá ao Estado o poder de aplicar a penalidade, o jus punitiois, uma vez que o decurso de tempo tornou obsoleta e contraproducente a referida medida. Inobstante, destaque-se que o fato de o Estado ficar impossibilitado de impor a reprimenda penal não porta relação alguma com a pretensão indenizatória do réu, que remanescerá hígida, apta a ser deduzida em juízo, uma vez que a reparação é sanção de natureza civil, em nada se assemelhando à pena.

Por fim, em que pese a sentença reconhecer que o fato narrado não constitui crime, nada obsta que o mesmo seja enquadrado em alguma infração civil, de rol assaz maior que os delitos criminais.

Ademais, analisando as decisões absolutória não aptas a vincular o juízo civil, depreende-se que as mesmas geralmente carregam em seu bojo um juízo de incerteza, o qual desmantela a possibilidade de o Estado aplicar o jus puniendi que lhe é característico. Destarte, como é de comum sabença, sobrevindo dúvida em juízo criminal, ainda que minguada e apática frente ao conjunto probatório, a absolvição é medida que se impõe, ante o inescapável instituto do *in dubio pro reo*. Acontece que, em processo civil, tal prerrogativa não existe, pelo que as provas que geraram um juízo de hesitação no âmbito penal podem ser suficientes à configuração de um ilícito civil. Por este motivo que, quando um juiz inocenta o réu por não haver provas concludentes a estribar um decreto condenatório, o juízo civil não se abala, permanecendo incólume a sua competência natural para julgar a infração.

Por outro lado, reconhecida, extreme de dúvidas, a inexistência da materialidade ou da autoria, não remanescerão os motivos prementes a não vincular o juízo civil, vez que não se poderá suscitar indenização sobre fato que não ocorreu ou sobre pessoa que não contribuiu para o crime, ficando, dessa sorte, obliterado o acesso a via cível por *subordinação temática*. Não há como

fugir desse entendimento, seja pelos argumentos já esposados, ou pela sua natureza preceptiva, consubstanciada no artigo 935 do código civil, *ipsis litteris*: “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Há ainda outros casos residuais, como a sentença que impõe a medida de segurança, a que concede anistia etc. Frise-se que a imposição de medida de segurança revela-se decisão de caráter absolutório e, por isso, não se prestará a servir como baluarte a uma execução forçada, devendo o prejudicado ajuizar ação civil para aferir a dilapidação de seu patrimônio.

2.5. Responsabilidade Objetiva e a indenização

Antes de superarmos por completo a questão afeta aos efeitos da sentença penal sobre outras esferas, imperioso que se teça algumas linhas sobre os casos em que a responsabilidade do autor do dano seja enquadrada no molde objetivo.

Desta feita, como se sabe, os danos perpetrados por agentes a serviço da Administração Pública não se fazem apreciadas por um juízo de culpa ou dolo, prescindindo-se, outrossim, destes institutos para que se erija o dever de indenizar. É a famigerada teoria do risco administrativo, a qual preconiza a conservação da responsabilidade civil, isto é, o dever de indenizar, ainda que a conduta tenha se deflagrado sob o manto de alguma excludente de culpa ou dolo. Em síntese, salvo algumas exceções, basta um liame entre a conduta do agente público e o dano para que se verifique a incumbência indenizatória. Vejamos o que pontua o célebre doutrinador BANDEIRA DE MELLO:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.⁵⁶

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 989-990.

Assim, caso um preposto do Senado Federal, mesmo que atuando escorado na lei, acometa um dano a sujeito inocente, não há como se descartar o encargo que exsurdirá em detrimento da Administração Pública de indenizar o administrado. Destarte, frise-se que a ninguém é dado suportar prejuízos descabidos e injustos ao próprio patrimônio, revigorando-se ainda mais esta premissa quando o perpetrador da avaria integra o corpo de funcionários da Administração Pública. Inescapável é o entendimento do já supra referido MELLO:

No caso de comportamentos lícitos, assim como na hipótese de danos ligados a situação criada pelo Poder Público – mesmo que não seja o Estado o próprio autor do ato danoso -, entendemos que o fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.⁵⁷

Isso porque, não agiu o funcionário sob a escusa de alguma das excludentes de ilicitude, as quais, por sua vez, transferem a culpa exclusivamente para a parte lesionada. Caso o ofendido tenha provocado, por sua inteira responsabilidade, situação que acabou por obrigar o funcionário da Administração a ocasionar um dano, queda-se afastada a responsabilidade objetiva do Estado, uma vez não haver relação alguma entre o dano e a conduta do ofensor. Suponha-se que um indivíduo, notadamente alcoolizado, pratica uma manobra arriscada com seu veículo, forçando o motorista de um desembargador qualquer a breicar o carro abruptamente, não sendo, todavia, o suficiente para evitar o abalroamento traseiro. Neste caso, ainda que o agente da Administração tenha provocado dano a automóvel alheio, e, da mesma forma, exista um nexo de causalidade entre sua conduta e o prejuízo, não ficará este responsabilizado objetivamente pelo acidente em pauta, pois, como é cediço, quando a culpa atribui-se de sorte exclusiva ao administrado lesado, não há falar em dever reparatório.

Em contrapartida, quando um agente do Poder Público, no exercício de sua função característica, com vistas a salvar indivíduo de um afogamento

⁵⁷ MELLO, C. A. B., op. cit., p. 991.

iminente em mar revolto, vem a lhe causar danos, não se poderá cogitar de estado de necessidade ou culpa exclusiva da vítima, dado que a operação realizada integrava o rol de obrigações iminentes ao ofício de salva-vidas. Eis um caso concreto em que a responsabilidade civil da Administração Pública permanece hígida, mesmo que praticado o ato sob a excludente do estado de necessidade defensivo.

De conseguinte, concluindo-se ao que foi acima aduzido, os indivíduos que atuam sob o solo da responsabilidade subjetiva, dependente de culpa, terão ao seu dispor, em tese, mais mecanismos a evitar uma eventual propositura contra si de ação civil reparatória, uma vez que, como já foi outrora dito, ao revés do que se dá com a Administração Pública, ficam eles isentos de responsabilidade civil se provado que não houve imperícia, imprudência ou negligência imbuindo suas condutas daníficas. Para efeito prático, cotejando tal entendimento com o que foi exposto no item referente às excludentes de culpabilidade, deduz-se que o instituto da responsabilidade subjetiva colide frontalmente com a falta de previsão normativa sobre a vedação à propositura da *actio civilis ex delicto* nos casos da incidência da dita excludente. Isto porque a previsão expressa de que a responsabilidade civil subjetiva aperfeiçoa-se com a culpa não se coaduna, via de regra, com ignorância da lei no que envolve a vinculação ou não da seara civil a uma decisão absolutória ancorada em excludente de culpabilidade. Explicando-se, tendo em vista que a responsabilidade civil subjetiva desaparece com a falta de culpa, não haveria por que, em princípio, se permitir (ainda que tal permissão seja, de fato, uma não proibição da lei) o acesso a via cível contra pessoa que tenha atuado albergada pela referida excludente. Ora, se não há culpa, não há responsabilidade civil subjetiva e, portanto, não há possibilidade de condenação civil por danos, salvo melhor e abalizado juízo.

Decerto que haverá casos em que ao prejudicado não restará outra alternativa senão acionar aquele que, mesmo sob a escusa da excludente de culpabilidade, irrogou-lhe um dano. Não poderá o mesmo suportar uma lesão indevida ao seu patrimônio, apenas pelo fato de o ofensor inimputável não possuir algum tutor que lhe resguarde a integridade. A bendizer, nos casos em que não haja a possibilidade de se enveredar pelo viés regressivo, acreditamos que, excepcionalmente, poderá o isento de culpabilidade responder pelo seu

comportamento danífico. É o que se vislumbra quando um inimputável desassistido entra em residência alheia e destrói uma larga vidraça. Embora não possa figurar como parte processual autonomamente, poderá arcar com dano que causou em ação indenizatória, desde que possua patrimônio para tanto, verificadas as exigências processuais de representação, salvo melhor juízo.

Ao reverso, aquele que agiu em obediência à ordem não manifestamente ilegal de seu chefe, ou sob coação moral irresistível, não cremos que aos mesmos poderia ser atribuída alguma responsabilidade civil, subsistindo, somente, o direito de regresso contra o mandante ou o coator.

2.6. Análise normativa do instituto da indenização

Não pretendemos nos alongar nesse tema, embora seja de todo oportuno trazer à baila alguns aspectos relevantes afetos à indenização civil. Isso porque, antes de adentrarmos no tópico referente a fixação da indenização pelo juiz penal propriamente dito, imperioso que lancemos luzes a alguns aspectos práticos desse reflexo delituoso, para que se possa visualizá-lo não apenas como um conceito estanque, senão a forma como se desdobra no mundo factual.

Quando um delito deflagra-se no meio social, suscitam-se, concomitantemente a este, implicações de naturezas diversas, merecendo palmar destaque a indenização que se origina em decorrência da agressão consumada a um bem jurídico tutelado.

Além do conceito de crime, que, consoante já exposto, configura um ato típico, antijurídico e culpável, há o enunciado preceptivo delineado no art. 186 do código civil que aduz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

As diferenciações primaciais entre o ilícito civil e penal já foram traçadas em item próprio, sendo, inobstante, de curial relevo a transcrição da

norma supra mencionada, de modo que se elucide a procedência da indenização civil.

Assim, conforme já exaustivamente aventado, uma vez configurado um dano em decorrência de ato ilícito, nasce, em prol do lesado, a pretensão reparatória. É o que ressaí do artigo 927, *caput*, do CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Dessarte, constatado o dano ao patrimônio de alguém, resta quantificá-lo para uma justa indenização, seja por perícia, em se tratando de dano material, seja por juiz competente, em sede de dano moral. Gize-se que não há nenhum critério rigoroso previsto em lei para tal mensuração, senão aquele contido na legislação civil, em seu artigo 944, que informa que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Não se faz necessário esmiuçar as conseqüências lógicas deste dispositivo, sendo importante, todavia, que se afigure dever ser a indenização, *prima facie*, realizada na mesma espécie do bem avariado. Assim, um sujeito que rouba uma moto, deve, preferencialmente, restituir um veículo de mesma natureza, além das outras cominações cabíveis ao caso. Entretanto, caso não seja mais possível a reparação *in natura*, a obrigação resolver-se-á em pecúnia, no montante apurado em processo. Tal previsão encontra respaldo no art. 947 da lei civil, leia-se, “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”.

Nestes termos, urge destacar que a despeito de a regra geral ser a indenização *natural*, em espécie, ou, na impossibilidade, em pecúnia, há casos que são tratados de sorte específica pela lei, quer pela natureza peculiar do dano que geram, quer pela própria natureza do crime. Desta forma, a simples indenização pecuniária não bastará para a reparação do mal perpetrado pelo agente criminoso, dado que, em tais modalidades de delito, pelo o que se infere, o dano sobrepuja a figura do bem jurídico tutelado e atinge outras relações jurídicas, também passíveis de indenização. É o que se verifica no crime de homicídio, cuja natureza mórbida dificulta uma determinação exata do dano sofrido. Não havendo como se restituir a vida de um ser humano em espécie, a indenização balizar-se-á por critérios pecuniários, ainda que não se preste a reparar *in totum* o mal cometido, servindo como mero lenitivo a dor e aos prejuízos sofridos pelos parentes. É o que acena o artigo 948 do CC:

No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Ora, note que o artigo em questão deixa em aberto as possibilidades de reparação que se erigem pelo cometimento de homicídio, sem, entretanto, deixar de mencionar, em seus dois incisos, as formas de indenização que automaticamente passam a existir uma vez consumado o crime. Repare que, ao contrário do que ocorre com outras indenizações onde o juiz arbitra um montante exato a ser pago ao prejudicado, neste caso, deverá o magistrado, além da quantia referente ao funeral da vítima, fixar um numerário a ser pago a título de alimentos, caso subsistam pessoas dependentes do *de cuius*. Saliente-se que não há qualquer impedimento para se pleitear danos morais, neste caso.

Por ser de notável importância o tema em epígrafe, vez que o homicídio denota um dos crimes mais bárbaros grassados da sociedade, importante trazer à colação o copioso excerto da obra do mestre VENOSA:

Durante muito tempo, esse artigo do Código anterior fundamentou corrente jurisprudencial que sustentava incabível a concessão da indenização por dano moral, entendendo-se que o elenco no artigo era restritivo. No entanto, de há muito, mormente após a Constituição de 1988, evoluiu no sentido de que o pagamento dessas verbas não impede a cumulação de outra soma pela dor da perda. Ainda, definiu-se também que a enumeração dessas verbas não é exaustiva, como assinala a redação do novel diploma, e que a interpretação em matéria de liquidação de danos por ato ilícito não pode ser restritiva. As despesas de tratamento incluem tudo o que for comprovado no processo em matéria de gasto hospitalar, medicamentos, transportes para consulta e hospitais, inclusive tratamento psicológico etc. Nas despesas de funeral, estão incluídas as de sepultura (danos emergentes). Não se logrando provar as despesas de funeral, a jurisprudência tem propendido a fixá-la em cinco salários mínimos, por se tratar de gasto inevitável e que afeta a todos indiscriminadamente.⁵⁸

Ainda nessa seara, não há como deixar de se perquirir o caráter alimentar que se adstringe à indenização devida pelo crime de homicídio, vez

⁵⁸ VENOSA, S. S., op. cit., p. 298.

que representa verba indispensável aos parentes que, ao relento, podem sucumbir ante a falta de recursos. Observemos.

Matéria importante nessa modalidade de indenização é o momento e a duração da pensão devida (lucro cessante). A jurisprudência encarregou-se de estabelecer parâmetros. A pensão deve ser estabelecida com base nos proventos da vítima e a sua provável expectativa de vida. A pensão deve ser reajustada sempre que houver alteração do salário mínimo (Súmula 490 do STF), ou de salários de categoria profissional da vítima. O 13º salário, ou gratificação natalina, também deve integrar a indenização, dentro do princípio de que a indenização deve ser ampla, sendo ordinariamente concedida pela jurisprudência.

Assim, por exemplo, entende-se que o valor da pensão deve ser fixado em 2/3 dos ganhos da vítima, porque, presumivelmente, 1/3 era destinado à própria manutenção do falecido. Se vários são os beneficiários, vários irmãos por exemplo, os julgados têm admitido o direito de acrescer entre eles, de molde que a pensão se mantenha íntegra quando se extingue em relação a uns que atingem a maioria, acrescentando o montante aos remanescentes.⁵⁹

Saliente-se que, por ser uma forma de desdobramento da indenização, a pensão alimentícia deve ser levada em conta, porquanto pode se levantar a sua necessidade em virtude de uma prática criminosa. Fazendo-se um paralelo com o art. 22, V, da lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha), depreende-se que se em virtude da violência doméstica erige-se o dever de o agressor prestar alimentos provisionais ou provisórios à mulher, não há como não se aplicar tal medida protetiva de urgência aos prejudicados pelo homicídio, crime de cintilante superioridade lesiva. Há previsão normativa, inclusive, de o juiz arbitrar, em casos excepcionais, medidas cautelares de ofício, as chamadas cautelares *ex officio*, consoante apregoa o artigo 797 do Código de Processo Civil, incluindo-se os alimentos provisionais nessa esteira. De qualquer forma, não acreditamos que este seja o escopo da reforma de 2008, haja vista que o valor mínimo que o togado penal estipula tem por finalidade tornar mais célere o provimento indenizatório, fato que não se observará se lhe for incumbida a tarefa de conceder medidas cautelares afetas ao processo civil. Mais apropriada a ação civil *ex delicto* para este mister.

De mais a mais, insta asseverar que também nos crimes que implicam lesão corporal à vítima, a indenização far-se-á de forma idônea a reparar não só o prejuízo direto, como o lucro que o ofendido deixou de auferir pelo estado

⁵⁹ VENOSA, S. S., op. cit., p. 298.

de invalidez que lhe sobreveio com o dano. Atente-se ao que consta na lei, sobre o assunto em voga:

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Note-se que a indenização nessa modalidade criminosa segue um *iter* característico, no momento em que analisa variáveis outras que não apenas o dano emergente, em *contrario sensu* ao que se dá com a regra geral consistente em quantificar um determinado valor que encerre em si mesmo a magnitude do dano direto.

Por derradeiro, não se pode deixar de mencionar a indenização cabível nos casos de crimes contra a honra, os quais, em mais das vezes, trazem em seu bojo uma série de percalços que inviabilizam a aferição de um nítido prejuízo material, tendo o juiz que se balizar por critérios equitativos de modo que o prejudicado seja ressarcido de sorte justa. Nessa toada, diga-se que os crimes que importam em cerceamento de liberdade individual também plasmam meios indenizatórios da forma supra mencionada, desde que não se prove as perdas e danos germinados com a conduta constritiva. É o que se prevê expressamente nos preceitos normativos da *Lex Civilis*:

Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso. Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I - o cárcere privado; II - a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III - a prisão ilegal.

Reitere-se que a indenização do dano *ex delicto*, ou parte dela, de acordo com a novel lei processual penal, pode ser fixada pelo próprio juiz criminal, sendo por esta razão que se trouxeram à baila alguns exemplos anômalos, exclusivos, aptos a dinamizar reflexões acerca dos possíveis

entrelaçamentos entre tais formas indenizatórias e a incipiente legislação processual. Ou seja, há certas modalidades de crime que geram danos não reparáveis unicamente por uma prestação indenizatória, de forma que se deve atender a outras medidas para a compensação total dos seus malefícios. Como exemplo pode-se citar a prestação alimentícia que é devida aos dependentes da vítima de homicídio. Não podemos precisar qual o alcance que buscou o legislador ao incumbir o monocrático criminal de fixar um valor mínimo, mas, todavia, acreditamos que ele tenha se limitado a situações em que o dano é mais facilmente restaurável, tendo-se em vista os ideais de celeridade. Assim, se o togado vislumbrar alguma possibilidade de se engessar indevidamente o processo, em virtude da falta de subsídios que o permitam avaliar o dano efetivo e a sua correlação pecuniária, acreditamos que poderá se esquivar de tal incumbência por simples declaração na sentença. Tal atitude não implicará em perda alguma ao titular da pretensão reparatória, uma vez que o mesmo terá ao seu alcance ainda a ação civil *ex delicto*, entregando a questão alimentícia, ou de lucros cessantes, ou de qualquer outro desdobramento da indenização ao juiz melhor preparado para lidar com este tipo de situação. Afinal, questão tormentosa poderia revelar-se ao juiz penal a fixação de um valor mínimo em sede de prestação alimentícia. Não há como se mensurar minimamente prestação de caráter assaz primordial à própria dignidade da existência humana.

CAPÍTULO III

A POSSÍVEL QUEBRA DO SISTEMA DE INDEPENDÊNCIA MITIGADA QUE COORDENA AS INSTÂNCIAS DE DIREITO.

3.1. Sistemas Processuais

A tirânica maioria dos crimes ocasiona, por certo, um dano a um bem jurídico tutelado, sendo daí a plausibilidade de se acionar a via adequada para ressarcir o prejuízo sofrido, independentemente de se ter aplicado medidas coercitivas mais enérgicas, como a cominação de uma pena. Tomando-se por base esta premissa, sobreleva destacar que o acesso a tais *rumos* reparatórios, dependendo do sistema adotado no país em que se almeja pleitear a indenização, pode se desdobrar de diferentes formas, repercutindo tal fato na correlação jurisdicional entre os ramos do direito. Isso porque, poderá ficar ao encargo estritamente do juiz penal a fixação concomitante da pena e do numerário a título indenizatório, ao passo que, em sistemas outros, não poderão ser argüidas as duas pretensões em uma única instância, necessitando-se, por conseguinte, da especialização originária de cada uma das esferas para se aplicar as sanções devidas ao caso.

Antes de adentrarmos nas classificações propriamente ditas dos sistemas processuais, imperioso que se alinhavem sobre os dois sistemas gerais

de coordenação, a dizer, o da união e da separação, que, por serem diametralmente opostos, não poderiam admitir, em tese, nenhuma exceção aos seus conceitos dogmáticos e estanques.

Não obstante, não é isso o que ocorre na realidade prática, eis que o conceito de um determinado sistema não porta, em si mesmo, amplitude suficiente para abarcar certas situações jurídicas, que, por sua peculiaridade, não se enquadram inteiramente em nenhuma das concepções atualmente admitidas. É aí que reside o fulcro mor desta presente monografia, no momento em que se pretender aferir se a inédita incumbência atribuída ao juiz penal de estipular um valor que represente, ao menos, parte do dano denota ou não a quebra do sistema de independência (separação) que vige entre as instâncias. Assim, mister que tenhamos em mente todas as formas de sistema hodiernamente admitidas, para que saibamos o porquê de se suscitar, a partir da reforma de 2008, a hipótese da quebra conceitual dos mesmos, ou de uma pretensa fusão conceptiva. Vejamos.

O sistema de união oportuniza que a pretensão punitiva do Estado e a pretensão indenizatória da vítima sejam demandadas dentre de um mesmo processo, ou seja, há uma união do pedido de punição do infrator àquele concernente à indenização surgida em virtude do dano *ex delicto*. O que se intenta, de fato, nessa espécie de coordenação entre as instâncias é evitar que a vítima tenha que ingressar com duas ações em esferas diferentes, ficando a mercê de provimentos estanques e morosos.

De outro vértice, o sistema de separação pressupõe a diferenciação entre as instâncias, cada uma com competência definida para julgar apenas matéria que lhe é afeta, não se permitindo, destarte, a ingerência de uma sobre a outra. Ao contrário do sistema de união, a separação remete a um juízo de especialidade, ressaltando-se as divergências procedimentais e estruturais que pairam entre o processo civil e penal, de maneira que a apreciação de um pedido em esfera que não lhe é originária resta de todo impossibilitada. Em nosso humilde entender, tal impossibilidade se daria em virtude da falta de mecanismos internos em uma órbita jurídica para julgar matéria alienígena a sua especialidade. Vejamos o que pontifica BURINI sobre o tema em questão:

Como dito, em linhas gerais os sistemas são divididos em união e separação. Sobre os motivos que levam à adoção de um e de outro sistema algo já foi dito anteriormente. Em síntese, se optarmos pelo primeiro, atenderemos ao quadrinômio *igualdade, economia, segurança e respeitabilidade*; se a escolha recai sobre o segundo, atenderemos à necessidade de especialização dos órgãos judiciais, à diferença funcional e estrutural entre o processo civil e o processo penal, à celeridade no julgamento especializado de ambas pretensões, mas aumentaremos o flagelo do réu-acusado, atacado que é por dois flancos.

Claras as razões ontológicas pelas quais se escolhe um ou outro sistema, não parecem transparentes os critérios que definem os gêneros. O que se entende por *união* ou *separação*? Seriam critérios relacionados com o juízo competente para conhecer e processar demandas com objetos distintos (indenizatório ou punitivo)? Talvez inerentes ao momento de julgar tais demandas? Ou então relacionados com as influências que a decisão de uma esfera pode gerar sobre a outra? Em síntese, indaga-se qual momento do *iter* processual seria relevante para a denominação de um ou de outro sistema de coordenação.⁶⁰

O problema surge quando nos deparamos com os efeitos civis dimanados da sentença penal, vez que estes não poderiam ser admitidos em face do sistema de separação que, em tese, não preconiza interligação alguma entre as instâncias, segregando-as como ilhas distantes. A possibilidade de a sentença penal vir a constituir título executivo judicial e, agora, também, a de o juiz criminal arbitrar um valor mínimo pelos prejuízos suportados pela vítima tornam ainda mais nebuloso e delicado o tema em estudo. Pois, em sendo uma eficácia civil produzida a partir de um comando ontologicamente penal, cairia por terra toda a teoria apregoada pelo sistema de independência que, conforme visto, não permite a interpenetração entre as instâncias.

Segundo consta nos cânones de tal sistema, os efeitos da sentença penal deveriam cingir-se unicamente à cominação da pena e à efetivação de tal corrigenda, pois este constitui o escopo genuíno desta órbita, declinando-se questões de natureza patrimonial para o juízo naturalmente competente para conhecer dessas questões, a lembrar, o cível. Dessa forma, atingir-se-ia, pois, a separação das instâncias em sua total plenitude, fato que culminaria em uma ruptura, uma divisa, entre as instâncias, traçando-se um abismo intransponível entre as mesmas, que se tornariam soberanas absolutas em questões pertinentes apenas ao seu âmbito de atuação. Em miúdo, qualquer circunstância de caráter penal seria aquilatada única e exclusivamente no juízo

⁶⁰ BURINI, B. C., op. cit., p.42.

criminal, ao passo que questões de natureza civil ficaram restritas ao juízo cível.

Volvendo a atenção ao que realmente interessa para o presente estudo, resta esclarecer qual o caminho traçado pelo sistema de separação diante de situação fática que tanto se subsume aos preceitos penais incriminadores, quanto aos preceitos civis indicadores de ilicitude. Alerta-se, primeiramente, que a resposta mais lógica e que melhor se coadunaria com o que foi até agora exposto seria a de se ajuizar tanto uma ação civil de conhecimento, quanto uma ação penal. Em regra, é isto realmente o que ocorre.

No entanto, nem sempre é assim, haja vista que a própria sentença penal, quando do seu irrevogável aperfeiçoamento, transmuda-se em título judicial apto a fundamentar uma demanda executória, fato que, de *per si*, torna despidendo o ajuizamento de uma ação civil cognitiva. Note que o édito condenatório pressupõe a total elisão da fase cognitiva do processo civil, o que torna claro e incontestado a concatenação entre as esferas, jungidas que ficam por um liame inexpugnável.

Não há como se conceber a separação em sua doutrina pura e ideal quando se analisa, dentro de seu domínio, tal tipo de vinculação acima esposado, porquanto incompatível com o próprio rigor do sistema. É daí que se extrai que os enunciados dos sistemas de coordenação entre as instâncias não se fazem totalmente adequados para exprimir as relações de independência e, por vezes, de vinculação que regem as esferas na prática, dado que, em determinados casos, a separação entre as mesmas pode sofrer reduções, aproximando-as, imiscuindo-as. É o que se observa, de fato, nos casos de *subordinação temática*.

Demais disso, não se pode descurar do específico efeito secundário, de natureza civil, que decorre da sentença penal condenatória, qual seja, a fixação pelo juiz criminal de um valor pecuniário (ainda que emblemático) em prol da vítima. O sistema de separação, ou independência, não contempla a possibilidade de se produzirem efeitos estranhos à instância em que tramita o impasse, de forma que não se pode aplicar tal concepção em sua plenitude neste caso em que o togado arbitra um valor mínimo. Da mesma forma, não há porque enveredar pelo critério de união, vez que a parte autora, cuja pretensão

foi confirmada pelo juiz *a quo*, não postulou diretamente por uma indenização *ex delicto*, o que, de *per si*, impede o enquadramento ao sistema de confusão ora em análise. Traduzindo-se, não foram aglutinadas pretensões de caráter diverso, diga-se, civil e penal, dentro de uma mesma esfera jurídica, tendo o efeito civil surgido independentemente de qualquer medida processual tomada por alguma das partes.

Demais disso, cumpre destacar que, além da formação espontânea de um título executivo a partir da sentença penal, de eficácia nitidamente civil, cabe ao juiz, arrimado na nova lei, estipular um valor razoável pelo dano que se formatou em razão do ato deletério. Seguindo a linha de raciocínio esposada pelo sistema de separação, tal medida deveria integrar o rol de atribuições unicamente do juiz civil, vez que se faz deste a competência para julgar os casos responsabilidade pelo dano. Outrossim, como se vê, não é isso o que se observa a partir da lei 11.719/08, que concedeu, em nosso ver, certa capacitação ao juiz criminal para emitir comando desgarrado daqueles que lhes são originais, a despeito de não ficar privado o juiz civil de conhecer da mesma questão. Ao final desta monografia, discorrer-se-á se tal medida rompeu ou não com o sistema de independência que rege as esferas de direito. Preleciona ARAKEN:

Desponta do até agora resumido certa causa profunda e indelével para questão dessa índole ignorar fronteiras. O fenômeno da incidência múltipla exhibe face universal e, por isso, nenhum ordenamento se mostra infenso a grau mínimo de coordenação penal e civil, que, outrossim, graças a tendência igualmente comum, se submete ao crivo de órgãos jurisdicionais distintos.⁶¹

Repare que o douto entender do autor não deixa dúvidas de que os órgãos jurisdicionais devem se ater, ao menos em regra, a julgar as causas que lhes são características, ou seja, as ressonantes com o ramo jurídico que lhes reveste, tudo isso com os ideais de coordenação mínima. Assim, em situação fática onde se verifique a incidência concomitante de ilícito civil e penal, o julgamento das mesmas deve desmembrar-se, submetendo cada uma das infrações ao crivo de sua esfera de origem. Reforçando essa vertente, nunca é ocioso citar BURINI, já que mestre e doutor no tema, pela USP.

⁶¹ ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p.46.

A separação remete a um juízo de ausência total de comunicação, na qual prevalece a independência na propositura, cumprimento e qualidade da sentença (coisa julgada). Não parece claro ao mesmo tempo afirmar a separação das ações civis e penais quando há uma comunicação (*rectius*, vinculação) tal que permita, v.g., a supressão do processo de conhecimento da ação civil eis que, de alguma forma, a matéria já tenha sido debatida e decidida na esfera penal. Como haver separação quando se permite, após sentença penal condenatória, a execução *civil* da sentença... *penal*?⁶²

Entretanto, repise-se, tal posição doutrinária não encontra eco na prática processual, eis que não se admite qualquer investida processual que se afine com o estabelecido em algum sistema de união, prevalecendo o de separação, mesmo nos casos em que sua linha conceitual não se faz plenamente observada.

3.2. Outros sistemas

Traçadas as distinções básicas entre o sistema de separação e o de união, resta agora tecer um esboço sobre os sistemas em geral, trazendo à lume algumas das particularidades que os diferenciam.

Em primeiro lugar, frise-se que a escolha do sistema a ser adotado em determinado país depende dos parâmetros que este considera mais versátil a coordenar as órbitas jurídicas. Assim, se optar-se pela celeridade de provimento, economia processual, segurança jurídica, dentre outros princípios, o sistema que melhor se coaduna a tais demandas compreende o da união, ao passo que, a busca por uma especificidade de julgamento, pautado em processos distintos, umbilicalmente ligados a ramos diversos do direito, remete ao sistema de independência.

ARAKEN DE ASSIS, sobre o sistema de separação, aponta que “Desde que, no juízo penal, se obste o julgamento de matéria diversa do crime,

⁶² BURINI, B. C., op. cit., p. 43.

rejeitando, assim, a possibilidade de a vítima, a qualquer título, postular indenização em tal sede, se caracteriza o sistema de separação”.⁶³

E, complementando o que foi dito, o autor traz uma frase mais do que interessante, senão **fulcra** para a presente pesquisa. *In litteris*: “Evidentemente, aqui também se enquadram os ordenamentos que reconhecem eficácia civil à sentença penal, bastando que proibam, como no caso brasileiro, postulação indenizatória no âmbito criminal”.⁶⁴

Perceba a importância da assertiva *retro* transcrita, visto que, além de fazer um breve intróito do que será exaustivamente abordado ao final do capítulo, ela impõe uma condição *sine qua non* ao implemento do sistema de separação em determinado ordenamento, qual seja, a postulação indenizatória exclusiva e unicamente no âmbito civil. Acontece que a reforma de 2008, conforme é cediço, alterou o artigo 387 do CPP, incluindo inciso que atribui ao juiz penal a incumbência de fixar um valor mínimo de cunho indenizatório, de maneira que a regra contida no excerto ora em estudo talvez não mais se aplique ao arquétipo normativo brasileiro. De forma incisiva, tratando ainda do mesmo tema, pode-se citar SCARANCE:

Os sistemas que escolheram a separação costumam afirmar: os processos civil e penal têm natureza, função e eficácias diversas; o conceito de parte penal e civil e sua posição diante do juiz difeririam; a reparação civil desviaria a atenção do juiz das questões penais e o processo penal se prolongaria com debates de complexas questões sobre o *an* e o *quantum debeatur* civil; não há necessidade de garantir uma coerência lógica entre os sistemas.⁶⁵

Desta feita, urge que se faça alusão aos outros sistemas que açambarcam as formas de inter relação entre as instâncias, destacando-se que a união, de *per sí*, comporta 3 subespécies, ou subsistemas, vale dizer, o da comunhão (ou confusão), a solidariedade e a livre escolha. Antes que se explicita o que vem a ser cada uma das nuanças acima aviadas, forçoso, porém, que nos reportemos ao mestre ARAKEN, que alinhava sobre tais sistemas:

⁶³ ASSIS, A., op. cit., p. 48.

⁶⁴ Id. Ibid., p.48.

⁶⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 170-171.

O sistema de adesão consiste na oportunidade, aberta à vítima e, às vezes, aos seus herdeiros ou sucessores, em nome próprio, ou ao Ministério Público, elevado a substituto processual para semelhante escopo, de pleitear a reparação do dano juntamente com a aplicação da pena ou de medida de segurança.⁶⁶

E, continuando sua lição, aduz o autor:

Em determinados ordenamentos, a demanda conjunta é a honrosa regra, raramente excepcionada; em outros, ao contrário, parece via secundária parcamente utilizada e de reduzido agrado das personagens judiciárias. Como não há rigidez nesses rumos abertos e equiparáveis, os epítetos empregados às hipóteses vertidas, respectivamente adesão obrigatória e adesão facultativa (livre escolha), consideram as tendências preponderantes das ordens jurídicas esquadrihadas.⁶⁷

Em síntese do que o autor explanou acima, o sistema que melhor se afinar ao ordenamento jurídico que vige em determinado local, será aquele que regerá a comunicações ou distanciamentos entre as esferas de direito. Lancemos luzes então àqueles que ainda não foram tratados.

A confusão assenta-se em lógica diametralmente oposta ao do sistema de separação, haja vista que em ação única, deve-se conter menção tanto à punição do infrator, quanto à indenização pelo dano que sofreu, sendo tal demanda apreciada por juiz de uma só esfera jurídica. Trata-se de uma espécie anômala de pedido que comporta cargas penais e civis, leiam-se, punitivas e indenizatórias. Desta feita, pode a parte pleitear, em ação aforada diretamente no terreno penal, a indenização pelos prejuízos a ela infligidos. Como revela BURINI:

Concebe-se apenas um pedido de conseqüências punitivas e indenizatórias, independentemente da natureza da relação jurídica de direito material; exige-se, portanto, pedido nesse sentido, ou ao menos uma previsão legal de julgamento implícito.⁶⁸

Note que, neste caso, a carga reparatória exsurge como reflexo direto do pedido da parte, não se amoldando, assim, à linha conceitual de efeito anexo. A rigor, trata-se a indenização, neste caso, de efeito principal, que não se produziria caso a parte não houvesse acionado o aparato judiciário para

⁶⁶ ASSIS, A., op. cit., p.52.

⁶⁷ ASSIS, A., op. cit., p. 52.

⁶⁸ BURINI, B. C., op. cit., p. 45.

tanto. Em miúdos, neste sistema, a indenização deflui como corolário do pedido da parte, mesmo que concedida em sede penal, e não pode deste desbordar, sob pena de se transgredir o princípio da correlação entre o pedido e a sentença.

Outrossim, na comunhão, a reparação pecuniária representa uma espécie de reforço da pena, pois soma-se a esta no intuito de se potencializar os meios de repulsa ao crime, haja vista que compele o transgressor a reparar pecuniariamente o mal que infundiu de forma paralela à aplicação de pena. Daí, depreende-se que a pena corpórea, neste sistema, não atua isoladamente na função de eliminar as intempéries trazidas pelo crime. Nas palavras de TORNAGHI, a reparação da ofensa desferida pelo crime “só é total se à pena se soma a compensação do dano.”⁶⁹

Por seu turno, o sistema de solidariedade, embora aparentemente possa portar alguma similitude com o sistema de confusão, com esse não se confunde, dado que não há *fusão* entre as demandas civis e penais, como acontece neste. No sistema de solidariedade, os pleitos civis e penais possuem natureza diversa e se fazem separadamente, a despeito de o julgamento dos mesmos ocorrer ao mesmo tempo, em consentaneidade, não importando que os processos estejam tramitando em juízos distintos. Em regra, são duas ações distintas suscitadas no juízo criminal, em um mesmo processo. BURINI ensina que “seu traço característico necessário é o julgamento conjunto, independentemente de terem sido propostos de forma separada e perante juízes diferentes”.⁷⁰ Trata-se do sistema de adesão obrigatória preconizado por ARAKEN DE ASSIS.

Em nossa humilde interpretação, apenas a título de curiosidade, talvez o nome solidariedade diga respeito à forma pela qual as demandas civis e penais transcorrem nesse sistema, em simultaneidade, como se de *mãos dadas*, em um gesto de solidariedade.

No sistema de livre escolha, também conhecido por adesão facultativa, a aglutinação das demandas civis e penais pode ou não acontecer, ficando ao alvedrio do autor tal escolha. Repare que, ao contrário do que se dá no sistema de confusão, onde há literalmente uma confusão entre os objetos do pedido

⁶⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990. p. 82.

⁷⁰ BURINI, B. C., op. cit., p. 46.

autoral, no de livre escolha os pleitos são definidos, caracterizados. O marco diferenciador deste sistema para os outros, de fato, é a opção que o autor possui de ajuizar sua pretensão ressarcitória junto com a ação penal, ou, de forma separada, na orbe civil, daí a adesão *facultativa* do pleito indenizatório ao criminal. BURINI aponta que o traço determinante deste sistema é “a faculdade da parte optar pelo processamento da demanda usualmente ressarcitória perante o juízo penal ou civil, ao seu alvitre”.⁷¹

Feita a análise sobre os sistemas que coordenam as relações entre as instâncias jurídicas, cumpre agora ressaltar que o Brasil adotou o sistema de separação, devendo, pois, o juízo civil ter, em tese, um espectro de atuação relativo ao direito material civil enquanto o togado criminal deve impor sanções afetas ao direito substancial penal. Lançando-se luzes à lição de ARAKEN:

Essa separação de ações denota a consolidação histórica de determinados fatores. Eles são três: primeiro, a individualização dos campos da ilicitude em razão da natureza do interesse infringido; ademais, a dissociação das situações legitimadoras, cabendo a ação proveniente do ilícito, que, porventura, envolva interesse público, a pessoa diversa da vítima; e, por fim, a diversidade de sanções aplicáveis em cada esfera de ilicitude.⁷²

Repise-se que a separação entre as instâncias pressupõe um traço diferenciador entre as ilicitudes, um marco que tangencie as infrações a serem submetidas tanto ao crivo cível quanto ao criminal, de modo que cada uma seja julgada pelo seu órgão jurisdicional originário.

3.3. Reforma processual de 2008 – breves apontamentos

Esquadrinhado todo o substrato teórico que poderia servir de base a este momento derradeiro da monografia, imperioso que, finalmente, passe a se discorrer sobre a reforma processual penal de 2008, precipuamente sobre a lei 11.719/08, e as implicações desta sobre o sistema de coordenação que rege as esferas jurídicas brasileiras. Frise-se que a dita análise, haja vista a falta de

⁷¹ Id. Ibid., p. 46-47.

⁷² ASSIS, A., op. cit., p. 52.

suporte doutrinário a roborá-la, eis que embrionário tal assunto no sistema jurídico, será, em sua maior parte, de cunho subjetivo, não se deixando, entretanto, de apontar aqui e ali embasamento teórico que venha a fortalecer a humilde opinião do autor. Antes, leiamos o que tem a dizer MENDONÇA, em admirável síntese, sobre a novel lei em epígrafe:

A presente Lei, publicada no *Diário Oficial* no dia 23.06.2008, trouxe importantes alterações no Código de Processo Penal (CPP). Inicialmente, alterou-se a disciplina da ação civil *ex delicto*, visando melhorar a situação da vítima. Modificou a disciplina da citação, solucionando algumas questões e corrigindo alguns problemas técnicos da antiga disciplina, além de introduzir a citação por hora certa. Ademais, adaptou a *mutatio libelli* e a *emendatio libelli* às disposições constitucionais, especialmente ao sistema acusatório. Por fim, profundas alterações foram sentidas na disciplina do procedimento comum, que passou por uma reestruturação total, com o intuito de trazer maior eficácia e celeridade aos ritos.⁷³

Assim sendo, insta esclarecer como funcionava o sistema reparatório antes da lei 11.719/08, para uma posterior análise comparativa com o que agora vige em nossa legislação. Oferecida a peça inaugural do processo-crime, isto é, a queixa ou a denúncia, o juiz a recebia e citava o réu para comparecer ao interrogatório, momento em que este esclarecia pormenores sobre a sua qualificação e circunstâncias do crime. O juiz, então, intimava as partes para requisitarem as derradeiras diligências e, ultimadas ou não dentro do prazo legal, abria-se vista dos autos para as alegações finais, preparando-se terreno para o monocrático sentenciar. É neste momento processual que reside o mote da discussão, porquanto, dependendo da sorte de decisão que for exarada pelo magistrado, surge, também, o dever de indenizar por parte do apenado. E, em se falando do dever de indenizar, fala-se, ao mesmo tempo, em possibilidade de arbitramento de uma quantia mínima pelo magistrado.

Nesse diapasão, necessária uma breve análise dos efeitos da sentença sob a égide da lei anterior à reforma, tendo em vista a variedade de feições que tal ato decisório pode apresentar, como já é consabido, e a correlata necessidade, com a novel reforma, de se estipular um valor pecuniário pelo dano *ex delicto*, quando cabível. Assim, sendo a sentença de cunho absolutório, caso não reste comprovado cristalina e inequivocamente a inexistência de

⁷³ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008. p. 207.

materialidade, de autoria, ou que tenha o réu agido sob o pálio de alguma excludente de ilicitude, a decisão, por si só, não tem o condão de afastar a pretensão ressarcitória da vítima. Da mesma forma, caso a sentença emita um juízo positivo de condenação, se o crime estiver entre aqueles que dão azo à indenização, soergue-se o direito de o prejudicado pleitear a restauração do seu patrimônio material ou anímico ao *status quo ante*. A diferença entre este procedimento e aquele instaurado pela novel legislação situa-se no momento apropriado de fixação da indenização. Na lei antiga, o juiz não apitava sobre o valor provável que se prestaria a ressarcir o dano (ou, ao menos, parte dele), limitando-se a citar efeitos outros, como a comunicação à Corregedoria Geral da Justiça, o ofício à Justiça Eleitoral e a perda de instrumentos do crime em favor da União. Não obstante, agora, pode o juiz se prontificar sobre um valor indenizatório, com a ressalva de não retratar o prejuízo em sua totalidade.

De mais a mais, tanto pré como pós reforma, passada em julgado tal decisão, com ou sem a interposição de recursos, perfectibiliza-se o título executivo judicial, propenso a ensejar processo de execução na via civil. Perceba que a sentença suprime todo o processo de conhecimento que correria na esfera cível para apurar a autoria de alguma ilicitude. Contudo, antes que o ofendido pudesse efetivamente agendar ação executória, ou melhor, o cumprimento da sentença, imprescindível que se valesse do procedimento de liquidação para consolidar o montante pecuniário que lhe era devido pelo dano, já que o togado não podia sugerir um valor mínimo que emprestasse certa liquidez à sentença. Só assim a vítima teria em mãos um título executivo líquido, aferível, conquanto a certeza e a exigibilidade, seus outros dois inafastáveis requisitos, preenchiam-se, e continuam preenchendo-se, com o trânsito em julgado da condenação. Nessa vertente, lastreado no título aperfeiçoado, podia o interessado ingressar com ação de execução forçada, visando a concretizar a entrada em seu patrimônio do numerário que constava expressamente na sentença liquidada. Note que o lapso temporal entre a oferta da denúncia ou queixa-crime e a satisfatória indenização da vítima pelo dano que sofreu podia protrair-se indevidamente no tempo, visto que o trâmite da liquidação somado ao do cumprimento de sentença, em geral, sofre com as amarras da morosidade.

De outra banda, com a reforma processual penal de 2008, o procedimento acima aventando já não mais se coaduna com os termos da lei, que prevê nova e polêmica atribuição concedida ao juiz criminal de, na oportunidade da sentença condenatória, fixar uma quantia mínima a título de indenização pelo dano *ex delicto*.

Antes de entrarmos no mérito propriamente dito da quantia indenizadora, façamos uma breve alusão à nova marcha procedimental que aporta na decisão criminal. Oferecida a peça inaugural, antes de o juiz recebê-la, cabe-lhe agora verificar se é caso ou não de rejeitá-la liminarmente, atentando-se aos seus requisitos formais, diga-se, os pressupostos processuais, as condições da ação e, ainda, a justa causa. Estando presentes os mesmos, o juiz recebe a denúncia e cita o réu para apresentar defesa escrita no prazo de 10 dias. Se ausentes, o monocrático pode indeferir liminarmente o pleito, evitando-se o desdobramento de uma ação carente em seus pressupostos.

Saliente-se que, ao contrário da defesa prévia, a defesa escrita pode aprofundar-se em questões de mérito, oportunizando ao réu a possibilidade de se defender de uma forma mais ampla desde o início da lide. A fase de alegações finais agora não mais se sucede, em regra, na forma escrita, mas oral, quando da audiência de instrução e julgamento que se tornou una.

Protocolada a defesa escrita tempestivamente, o juiz a analisará e, nesta ocasião, se perceber alguma circunstância incontestável que torne inviável o prosseguimento da ação penal, deverá decretar a absolvição sumária do acusado, explicitando em qual dos requisitos do art. 397 do CPP calçou sua decisão. Trata-se, a bendizer, de um instituto análogo ao julgamento antecipado da lide em processo civil, pois que coloca termo à relação processual antes que se inicie efetivamente a instrução.

Em não havendo causa a dar ensejo a absolvição sumária, o juiz receberá a defesa escrita e intimará o réu da audiência de instrução e julgamento que, salvo óbices intransponíveis, como a impossibilidade de colher o depoimento de todas as testemunhas, realizar-se-á em um único momento. Interessante anotar que o interrogatório não mais precederá a audiência de instrução, tendo, com a nova reforma, se acentuado o seu caráter instrumental, como meio de defesa do réu. Finda a colheita de todas as provas orais, em

seguida será feito o interrogatório do réu que, dessa maneira, terá ao seu dispor maior substrato informativo que lhe permita combater os fatos a ele imputados. Ao final da audiência, poderá o juiz, hauridas todas as provas necessárias e idôneas a alicerçar um decreto indubitado, proferir a sentença oralmente, expondo os motivos que capitanearam sua decisão. Lembre-se que será assegurado ao magistrado a faculdade de oferecer a sentença em ato separado, por escrito, após a audiência que lhe serviu de substrato.

Nestes termos, vale dizer que proferida a decisão condenando o réu à pena privativa de liberdade, restritiva de direitos, ou multa, surgirá, concomitante e independentemente, os efeitos ditos anexos, secundários, da mesma maneira que se sucedia ao abrigo da lei antiga. Inobstante, há um efeito em específico que merece especial atenção, porquanto espectro da nova legislação em comento, a repisar, a polêmica atribuição conferida ao juiz penal de arbitrar um valor mínimo a título indenizatório.

Antes de adentrarmos no mérito propriamente dito deste tema, consideramos oportuno citar que o mesmo pode difundir polêmica entre aqueles magistrados habituados ao regime antigo, onde tal incumbência tocava apenas ao juiz cível, máxime porque não há previsão alguma de se manejar prova pericial no decorrer da lide processual especificamente para apurar o *quantum* da indenização. Os monocráticos criminais podem sentir alguma dificuldade em aplicar a dita medida sem algum substrato que lhe sirva de base, já que historicamente quem se ocupa da indenização é o juiz cível. Outrossim, algumas soluções aventadas por autores de renome, no que concerne a esta polêmica, bem como outras por nós engendradas, dentro do limite do razoável, serão apontadas algures.

3.4. Valor mínimo indenizatório

Atentemos ao que disciplina o art. 387 do CPP sobre o tema em pauta: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV – fixará valor mínimo para reparação de danos causados pela infração, considerando os prejuízos

sofridos pelo ofendido”. Perceba que o aludido dispositivo foi incisivo na determinação que outorgou ao juiz penal, não sem abrindo campo para interpretação em sentido contrário. Daí, extrai-se que, por ocasião da sentença, integrará o rol de atividades do juiz penal, além daquelas já consolidadas pela lei anterior, agora também o acertamento de uma quantia mínima a título de reparação. Note-se que não há nada que indique ser uma obrigação, um dever, imposto ao juiz penal, limitando-se o inciso a informar que o sentenciante fixará um numerário quando do édito condenatório. Valiosa lição encontra-se na obra de NUCCI:

Há muito aguarda-se possa o juiz criminal decidir, de uma vez, não somente o cenário criminal em relação ao réu, mas também a sua dívida civil, no tocante á vítima, de modo a poupar outra demanda na esfera cível. O que se faz? Menciona-se que o magistrado pode fixar um valor *mínimo* para a reparação dos danos causados pela infração, levando em conta os prejuízos sofridos pela vítima. Ora, para o estabelecimento de um valor mínimo o juiz deverá proporcionar todos os meios de prova admissíveis, em benefícios dos envolvidos, mormente do réu. Não pode este arcar com qualquer montante se não tiver a oportunidade de se defender, produzir prova e demonstrar o que, realmente, seria, em tese, devido. Pois bem. Se o acusado produziu toda a prova desejada nesse campo, por que fixar apenas um valor mínimo?⁷⁴

Enfático na resposta, o autor continua em tom de crítica.

Ou o ofendido vai diretamente ao juízo cível, como se dava anteriormente, ou consegue logo após o que almeja – em definitivo – no contexto criminal. A situação do *meio termo* é típica de uma legislação vacilante e sem objetivo. Desafogar a Vara Cível também precisaria ser meta do legislador. Incentivar o ofendido a conseguir justa indenização, igualmente. Porém inexistente qualquer razão para a fixação de um valor *mínimo*. Dá-se com uma mão; retira-se com a outra. O ofendido obtém, na sentença condenatória criminal, um montante qualquer pelo que sofreu, mas pode demandar maior valor na esfera cível. O óbolo dado na Vara Criminal não lhe servirá, se, efetivamente, quiser ser ressarcido. Porém, quando não lhe interessar indenização alguma, o valor mínimo será desinteressante, igualmente.⁷⁵

O doutrinador *retro* referido expôs de forma cristalina que a reforma processual veiculada pela lei 11.719/08, no que tange ao tema em discussão, não andou bem ao não incumbir o juiz de fixar a indenização em sua totalidade. Isso porque se a intenção do jurista foi aliviar a esfera cível da pesada carga

⁷⁴ NUCCI, G. S., op. cit., p.691.

⁷⁵ Id. Ibid., p. 691.

processual que lhe é inerente, de nada adianta o julgador penal arbitrar um valor mínimo, se o indenizado, ainda insatisfeito, vier a ajuizar ação civil visando a completar a quantia que acredita ser a realmente devida. Por igual ficará o Judiciário afogado em incessantes demandas indenizatórias, muitas vezes com vistas a complementar um valor emblemático, ínfimo, que se presta apenas como lenitivo a afastar o mal imediato perpetrado pelo crime.

Da mesma forma, perceba que o autor em questão referiu-se ao novo atributo da sentença penal como uma possibilidade, asseverando que o juiz *pode* fixar a quantia em fase decisória. Ora, o verbo *poder* não pode ser interpretado de forma alguma como uma obrigação, um dever que deve ser observado sob pena de responsabilidade funcional. Em nosso ver, caso o magistrado verifique nos autos elementos suficientes a embasar um pronunciamento sobre tal medida, ele poderá, não só como um dever moral, mas em respeito à lei, estipular uma quantia *mínima*. Não nos arriscamos a dizer que se trata de uma faculdade, mas sim, de uma incumbência prevista em lei, que poderá ser atendida se houver substrato a lhe alimentar, ou se o juiz julgar-se capacitado para tanto, em questões de menor complexidade. Há, entretanto, entendimento em sentido contrário, traduzido por MENDONÇA que afirma que “Pela leitura do art. 387, inc. IV, do CPP, verifica-se que é um verdadeiro comando ao magistrado fixar o montante mínimo (“fixará”).”⁷⁶ Continuando em sua explanação:

A regra deverá ser o magistrado, principalmente naquelas situações de menor complexidade – em que for facilmente alcançável a estipulação do montante, ainda que parcial do dano –, esforçar-se em buscar tais elementos, no bojo do processo.⁷⁷

Com efeito, nada impede o autor, ou a figura do assistente de acusação, em requerer a produção de prova pericial nesse sentido, não apenas por exteriorizar seu interesse em ser indenizado, mas também por auxiliar o juiz nessa tarefa que agora lhe é característica. Frise-se que, neste caso, deverá ser oportunizada à outra parte a contraprova, por meio de assistente técnico hábil, sob pena de malferir-se o nuclear princípio do contraditório. De qualquer forma, caso as partes mantenham-se inertes no tocante a apreciação

⁷⁶ MENDONÇA, A. B., op. cit. p. 242.

⁷⁷ Id. Ibid., p. 242.

do valor da indenização, não vislumbramos qualquer empeco para que o juiz, por si só, arbitre uma quantia mínima, caso necessário. Como se verá adiante, esse é o entendimento também de outros autores.

Dito isso, saliente-se que será de alguma forma frustrante, senão contraproducente, empregar esforços e dinheiro para a escorreita produção da prova pericial, se, ao final, o juiz se valer da mesma apenas para arbitrar um valor mínimo, leia-se, paliativo para o dano emergente que despontou do crime. Por outro lado, cabe ao intérprete da lei esmiuçar o que efetivamente venha a ser um *valor mínimo*, haja vista se tratar de expressão vaga, imprecisa, dando margem a interpretações. Afinal, afigura-se questão um tanto quanto tormentosa a forma como procederá um magistrado para mensurar uma quantia mínima apta a restaurar o gravame causado por um homicídio de pessoa responsável pela subsistência da família. Não há critérios objetivos que lhe permitam aferir tal valor, devendo o togado pautar-se pelo prudente arbítrio que deve nortear todos os julgadores. Nesse caso, segundo pensamos, não haveria como o valor mínimo destoar sobremaneira do valor máximo, porquanto se trata de verba de caráter alimentar que deve ser assegurada inexoravelmente aos familiares supérstites.

Ainda nessa esteira, caso estejamos diante de situação em que o dano seja mais facilmente aferível, mais segura pode se tornar, então, a prolação pelo juiz penal de um valor mínimo nesse sentido. Tomemos por exemplo o crime de dano, tipificado no art. 163 CP. Sujeito indignado com o mau atendimento em restaurante desferiu soco em copioso vitral da fachada externa, estilhaçando-a com a violência do golpe. No decorrer da instrução, constando elementos nos autos que facilitem ao monocrático apurar o valor da vidraça, pode ele fixar um valor mínimo com maior garantia, ainda que não seja o numerário condizente ao verdadeiro prejuízo suportado pelo ofendido. Ousando apontar o que poderia ser entendido como valor mínimo nesse caso, aludimos que talvez seja aquele que se preste a restauração do vitral com material de qualidade inferior, já que, nesse caso, estaria resguardado o direito de o lesado manter, ao menos, uma aparência digna em seu estabelecimento comercial. Veja que o inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal menciona um valor mínimo para **reparação dos danos causados**, não se circunscrevendo, apenas, a um valor mínimo qualquer. Assim, não poderia o

togado arbitrar uma quantia diminuta, se esta não se bastasse a reparar o dano, ao menos em parte. Nada impediria o ofendido, outrossim, de acionar a via civil, ou liquidar a parte ilíquida da sentença, para preencher o restante das lacunas ainda abertas no bem jurídico agredido, por efeito da reparação do dano meramente parcial. Em suma, há que se emprestar certa dose de reparabilidade ao aludido valor mínimo, de modo que seja possível ao ofendido obter de pronto alguma compensação pelo traumatismo que seu patrimônio injustamente sofreu, ainda que a dita quantia funcione apenas como paliativo. A título de exemplo, se um sujeito sofre um decréscimo patrimonial de trinta mil reais com o crime, não poderia o juiz arbitrar 100 reais como valor mínimo, pois o dito valor seria desprezível frente ao dano efetivamente acarretado. Consoante preleciona NUCCI:

Admitindo-se que o magistrado possa fixar um valor *mínimo* para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente da acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer precisa indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor *mínimo* para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida a infringência ao princípio da ampla defesa.⁷⁸

Perceba que o célebre jurista defende a tese de uma pretensa inconstitucionalidade em face do acerto pelo juiz penal de uma quantia reparatória sem levar em conta o pedido expresso da parte, posto que fatalmente transgredido restaria o princípio da *ampla defesa*. Sem retirar o mérito de renomado autor, preferimos nos filiar a corrente de autor que enxerga a mesma situação sob a ótica dos efeitos da sentença. Isso porque há determinadas espécies de efeitos que se produzem independentemente da vontade das partes, prescindindo, como decorrência lógica, de pedido expresso. São os já conhecidos efeitos anexos, secundários, cujo teor emana diretamente da lei, sendo automática sua produção quando implementada a situação que lhe dá causa. Se, antes, a sentença penal condenatória passada

⁷⁸ NUCCI, G. S., op. cit., p. 691.

em julgado tornava certa a obrigação de indenizar, agora tal ato, além disso, especifica um valor inerente a este título, ainda que irrisório. Não há porque considerar que o princípio da ampla defesa foi abalado se, em eventual liquidação por artigos, ou, mesmo, em apelação, a parte pode rediscutir o mesmo valor, exercitando o contraditório. Se a lei prevê tal situação, não pode o réu insurgir-se contra a mesma, da mesma forma que não pode impedir a formação do título executório, sob pena de se estabelecer um sistema de insegurança jurídica, onde a letra da lei submete-se a anseios particulares, se outro não for o escorreito juízo.

Ainda nesse norte, se o legislador quisesse subjugar tal efeito à vontade da parte, o teria feito da mesma forma que o fez com a revisão criminal, onde o autor da demanda deve pleitear expressamente a indenização para que sua pretensão seja aferida. Neste caso, trata-se de evidente efeito direto, e não, secundário, da sentença. Todavia, não tendo o legislador tomado esse rumo, a nós parece inviável conceber a tese de inconstitucionalidade por não observância à ampla defesa, porquanto a lei silencia sobre a necessidade de um pedido exteriorizado do ofendido, limitando-se a dispor que tal efeito se produz no momento da prolação da sentença condenatória. Por fim, acreditamos que o valor mínimo em estudo não representa apenas a satisfação do interesse patrimonial do lesado, senão um reforço indireto, de caráter público, ao binômio prevenção-repressão balizador da sanção penal, sendo talvez um dos motivos pelo qual o referido efeito produz-se automática e independentemente de qualquer pleito. Vejamos o que preleciona MENDONÇA sobre o assunto.

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

que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte.⁷⁹

O autor deixa claro que o efeito indenizatório irradiado da sentença penal calca-se exclusivamente na lei, deflagrando-se sempre que o disposto nela for observado, dissociando-o, portanto, de qualquer caráter subjetivo. Em apertada síntese, o efeito deve ser objetivamente atendido sempre que se fizerem presentes os seus pressupostos.

3.5. Liquidação e cumprimento de sentença

Cuida acrescentar que, no regime anterior, conforme ressabido, não podendo o juiz penal se prontificar acerca da liquidez do dano (*quantum debeat*), transitada em julgado a sentença penal e, como corolário, formando-se o título executivo judicial, dava-se início ao procedimento de liquidação de sentença, precisando-se, dessa maneira, o valor total do dano para uma posterior execução. De qualquer forma, a questão referente ao débito (*an debeat*) não mais poderia (e, não pode) ser objeto de discussão após passar em julgado a decisão.

De outro vértice, sob o novo regime, assevere-se que ainda convém à parte ingressar com ação civil para reparação de danos, diga-se, a *actio civilis ex delicto*, se insatisfeita com o provimento absolutório em sede penal, ou, ainda, como dantes, concomitante ou anteriormente à ação penal. Ademais, tendo o autor em mãos uma sentença condenatória transitada em julgado, mais recomendado que ingresse com o procedimento de liquidação de sentença, pois, como já foi dito, não haverá mais espaço para qualquer discussão referente ao débito, ao *an debeat*, do criminoso para com a vítima, restando apurar apenas o seu montante. Portanto, curioso trazer à lume as formas empregadas para se liquidar um título judicial, já que poderá o ofendido ter de passar por uma situação destas caso verifique neste a existência de fração ilíquida. Gize-se que a liquidação revela-se um procedimento hábil a apurar o

⁷⁹ MENDONÇA, A. B., op. cit., p. 240-241.

quantum debeatur, leia-se, o valor de um débito já existente. Em outras palavras, de título já consolidado.

Desse modo, se o ofendido não concordar com valor indenizatório estipulado pelo juiz penal, seja qual tenha sido o critério por ele adotado, deverá utilizar-se da liquidação por artigos, vez que poderá trazer aos autos provas outras, não apresentadas em sede criminal, que permitam avaliar a verdadeira soma do prejuízo. Observe-se o que aduz HUMBERTO THEODORO sobre o tema em questão.

Para compreender-se bem o conteúdo das provas a serem produzidas na liquidação, é útil o exemplo da ação de indenização. No processo de cognição, deve o lesado provar a existência dos danos: ruína de prédio, estragos do veículo, paralisação dos serviços, redução da capacidade de trabalho etc. Na liquidação da sentença, apurar-se-á apenas o valor desses danos já reconhecidos como existentes da condenação.⁸⁰

Nada impede, entretanto, que se opte pelo procedimento de liquidação por arbitramento, quando haja elementos suficientes e harmônicos nos autos, que tornem desnecessária a produção de provas a constatar o valor do dano. Nos casos em que o dano se mostra mais facilmente aferível, não há porque se socorrer de procedimento mais complexo e moroso, como a liquidação por artigos, sob pena de se procrastinar indevidamente o feito. Há que se fazer uma ressalva, porém, aos casos de indenização devida por dano moral, vez que, em face da própria natureza imaterial deste tipo de lesão, o procedimento mais adequado para sopesá-lo afigura-se o de liquidação por artigos. BURINI se revela enfático e percuciente nesse sentido, pois aduz que: “No caso de dano exclusivamente moral, a liquidação será processada por artigos, na medida em que comporta dilação probatória sobre a capacidade econômica do autor e do réu, bem como sobre a extensão do dano sofrido”.⁸¹

Ao nosso ver, porém, nada impede que a mensuração do dano moral caia na regra geral de o juiz determinar a soma pecuniária pelo seu prudente arbítrio, relegando-se a insurgência contra tal valor em uma eventual liquidação por artigos, ou, até, em apelação, salvo melhor entendimento.

⁸⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 112.

⁸¹ BURINI, B. C., op. cit., p. 118.

Saliente-se que caso não seja o título, por si só, suficiente para que a parte suscite em sede de liquidação o restante do valor que entenda devido, deverá aforar ação civil de conhecimento, valendo-se da instrução processual para constatar o tamanho de seu prejuízo. É o que ocorre quando sujeito é condenado por roubo, mas absolvido do crime de lesão corporal, por insuficiência probante. O título será hábil somente a impelir o apenado a arcar com os prejuízos ocasionados pelo roubo e, ademais, para que seja constrangido a pagar também as avarias irradiadas do crime previsto no art. 129 CP, deverá o interessado acionar a via civil. Sobreleva reiterar que o ajuizamento da ação civil *ex delicto* antes ou durante o deslinde da ação penal fica ao talante da vítima. Outrossim, registre-se, a título de curiosidade, que o ingresso conjunto tanto da ação penal quanto da civil, nesse caso, tem sido a solução encontrada por muitos advogados. Atentemos ao que dispõe o parágrafo único do Art. 63 do CPP:

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 de liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Conjugando o que foi até aqui exposto com os termos de lei supra transcrita infere-se que a liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido ocorre quando presente, no próprio título, parte ilíquida a dar azo a tal medida. Repise-se, não é o que ocorre quando o réu, como exemplário, termina absolvido de crime por insuficiência probatória, vez que tal decisão não aperfeiçoa título judicial a ser liquidado. Poderá o interessado apurar apenas a fração ilíquida do título formado pela condenação pelo crime, neste caso, de roubo. No que restou absolto por míngua de provas, somente com o ajuizamento de uma ação civil pode-se avaliar a pertinência de uma indenização, pois o ilícito ainda pende de comprovação, conquanto afastada a sua ocorrência em esteira criminal. Importante esclarecer que a tanto a liquidação quanto a execução do título correrão **exclusivamente** no juízo civil, *ex vi* do art. 475-P, inciso III do CPC. O Deputado Régis de Oliveira manifestou o seu entendimento sobre a rejeição de emenda do Senado Federal que vislumbrava a possibilidade de a execução da sentença condenatória se operar

no próprio juízo penal. Aduziu o parlamentar em relatório da Comissão de Constituição e Justiça:

A emenda não deve prosperar, pois acabaria por transformar o juízo penal em um juízo de liquidação. A modificação do art. 387, IV, já permite ao magistrado, quando fácil a constatação dos danos materiais sofridos pela vítima, determine valor mínimo de indenização. Ir além disso, certamente, não trará ganhos. A modificação pretendida, em que pese a boa intenção, acabaria por favorecer os que buscam postergar indefinidamente o processo, levando a muitas extinções de punibilidade pelo advento do prazo prescricional.⁸²

Com efeito, uma gama de questões aflora quando perquirimos as diversas implicações que defluem do arbitramento de uma quantia indenizatória em sede penal. Por exemplo, imaginemos que ação civil *ex delicto* encontre-se sobrestada em virtude de ação penal versando sobre os mesmos fatos. Caso o juiz penal, escorado em elementos mínimos, arbitre uma quantia indenizatória, complicado, em nosso módico conhecimento processual, vislumbrar qual a repercussão de tal quantia em âmbito civil, já que nesta não se busca um valor mínimo, senão aquele referente ao dano efetivamente sofrido. Ou, ainda, quando o juiz civil estipule uma quantia indenizadora, sopesando a concorrência de culpa entre as partes e, sem seguida, o togado penal fixe outra que, embora mínima, supere aquela anteriormente acertada.

De fato, a novel incumbência relegada ao juiz penal abre espaço para profícuas e interessantíssimas discussões na seara processualística, malgrado não pretendamos nos alongar em tal tema, vez que, além de arvorar uma intrincada rede de manobras procedimentais, que, infelizmente, fogem ao nosso domínio, o assunto não se mostra essencial ao mote desta monografia. Entretanto, não podemos deixar de citar curioso apontamento de MARIA THEREZA:

De igual sorte, se o processo de liquidação for concluído antes da penhora no processo de execução da parte líquida, melhor será ao juiz reunir ambos e expedir um único mandado de penhora a fim de simplificar o processo de reparação civil. Afinal, se o processo de liquidação se presta tão somente para determinar o *quantum debeat*, não cabendo mais discussão sobre o *an debeat*, muito

⁸² OLIVEIRA apud MENDONÇA, 2008, p. 240.

mais justo se mostra que a vítima possa receber da maneira menos morosa possível.⁸³

Desta feita, findo o procedimento de liquidação, ou transitada em julgada a sentença da ação cognitiva *ex delicto*, ou a parte líquida do decreto condenatório, descortina-se o procedimento de cumprimento de sentença. É nesta fase processual que o patrimônio lesado do ofendido será efetivamente restabelecido, revigorado, ao estado em que se encontrava antes da ação delituosa. A rigor, cuida-se de meio constritor de bens do executado a garantir a solvabilidade do débito apurado em sentença criminal, civil, ou, ainda, em liquidação. Observemos o que pontua HUMBERTO THEODORO sobre o tema sob análise:

Assim é o que se passa com o credor de quantia certa. O juiz, para satisfazê-lo, após a condenação, terá de obter a transformação de bens do devedor em dinheiro, para, em seguida, utilizá-lo no pagamento forçado da prestação inadimplida. É essa expropriação que o art. 475-I chama de execução. Não se trata, obviamente, de conservar a ação de execução de sentença, mas apenas de utilizar os meios processuais executivos necessários para consumir o fim visado pelo cumprimento de sentença, em face do objeto específico da dívida. Há, pois, execução por quantia certa, mas não ação de execução por quantia certa, sempre que o título executivo for sentença.⁸⁴

Cuida-se, a bendizer, de um alongamento do próprio processo penal na seara civil, uma vez que o cumprimento de sentença, alçado da lei 11.232/05, traduz-se numa continuidade do procedimento, numa etapa processual rumo à efetiva satisfação do interesse do lesado em ser ressarcido, naquilo que os doutrinadores têm chamado de processo sincrético. A diferença que paira entre esta modalidade de cumprimento de sentença e aquela em que todo o processo se desenrola em campo civil é que naquela se faz necessária a citação do devedor para que solva sua dívida, de modo que o transporte da execução do édito condenatório para a esfera civil instaura nova relação processual, leia-se, novo processo. De qualquer forma, a nova ação terá por escopo fazer cumprir a carga executória que emana da sentença penal, eis que convalidada em título executivo judicial com o seu trânsito em julgado, o que

⁸³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *As Reformas no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 300.

⁸⁴ JÚNIOR, H. T., op. cit., p. 52.

retrata, por assim dizer, o alongamento, o *inchaço* do processo penal para dentro da esfera civil, salvo melhor e abalizado juízo.

Fazendo-se um paralelo entre o art. 475-L e o art. 745, ambos do Código de Processo civil, deduz-se que, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a matéria reservada à defesa não se revela tão vasta quanto aquela oportunizada em embargos à execução, isto porque esta modalidade defensiva possibilita ao executado aviar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir em se tratando de processo de conhecimento. Desta feita, não estando presente algum dos requisitos ensejadores da dita impugnação, fica o réu obstado de produzir outras linhas de defesa permitidas em um rito mais amplo, vale dizer, o de conhecimento. Nos termos do artigo 475-L do Código de Processo Civil:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução; VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença. § 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. § 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Ademais, caso verifique o réu alguma nulidade inquinando o mérito da sentença penal, não poderá valer-se do manuseio da impugnação ao cumprimento de sentença para invalidá-la, pois a previsão legal de atacar a execução pela inexigibilidade do título diz respeito apenas a questões processuais, como, por exemplo, alguma deficiência formal. De toda sorte, estará ao seu alcance a revisão criminal, mais apropriada para reivindicações que açambarquem o mérito do decreto condenatório, ação que, caso procedente, fulmina o título executivo de nulidade, atravancando-se o deslinde da execução. Caso a via executiva já tenha sido exaurida, terá o réu direito à restituição integral do valor pago com as devidas correções cabíveis. Em consonância com que foi exposto sobre a revisão criminal, pontua NUCCI:

Se procedente, quanto a imputação, implicando em absolvição, tem o condão de eliminar o título executivo que é a sentença condenatória proferida anteriormente. Logo, se ainda não iniciada a execução, não mais pode ocorrer; caso tenha sido começada, deverá o juiz extingui-la por inexigibilidade de título. E, derradeiramente, se já tiver sido paga a indenização – uma vez que não houve processo de conhecimento para apurar a culpa na esfera cível – caberia ação de restituição, na qual se poderia então debater a culpa do pretense autor do ato ilícito.⁸⁵

Frise-se que a decisão que impõe a indenização poderá ser atacada por recurso de apelação interposto pelo condenado, pela vítima, ou, ainda, pelo assistente da acusação, figura que avulta de importância nesse particular. O Ministério Público, conforme entendemos, não poderá manejar tal recurso por não possuir qualquer interesse no valor, na quantidade monetária reparatória estipulada, em que pese a importância do instituto da indenização para afastar efeitos negativos do crime. Conforme MENDONÇA, “Não pode o Ministério Público se imiscuir nessa seara, por se tratar de questão cujo interesse é exclusivamente patrimonial e, portanto, disponível”.⁸⁶

De mais a mais, cuida esclarecer que, a despeito de a parte interpor apelação contra a indenização *ex delicto* fixada, não terá tal recurso o poder de sobrestar ou procrastinar o trânsito em julgado da sentença no que toca à aplicação da pena, dado que incompatível um provimento com outro, evitando-se, outrossim, a impunibilidade de criminosos pelo advento da prescrição. Novamente MENDONÇA, em sua obra, preconiza de forma clara e lacônica que “havendo trânsito em julgado do capítulo relativo à aplicação da pena, poderá ser determinada a expedição de guia definitiva, para início do cumprimento da pena, independentemente do recurso relativo à indenização”⁸⁷.

3.6. O caráter público da indenização em face do dano *ex delicto*

Antes que se analise se a novel atribuição já exaustivamente referida no decorrer deste trabalho monográfico, diga-se, a fixação de um valor de

⁸⁵ NUCCI, G. S., op. cit., p.179.

⁸⁶ MENDONÇA, A. B., op. cit., p. 244.

⁸⁷ Id. Ibid., p. 242.

cunho indenizatório pelo juiz penal, veio a solapar o sistema de coordenação que rege as instâncias processuais no direito brasileiro, mister que se analise o instituto da indenização de *per si*.

Em primeiro lugar, curial que tenhamos em mente que a intenção explícita do legislador ao instituir tal ferramenta em processo penal foi a de imprimir celeridade à efetiva satisfação da vítima no tocante a sua pretensão ressarcitória. Nestes termos, ressaí da exposição de motivos que “Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas de processo civil de liquidação”.⁸⁸(grifo nosso)

Conforme visto, a indenização reporta a uma sanção de caráter precipuamente civil, vez que se presta a reparar um dano injustamente perpetrado contra o patrimônio material ou incorpóreo do particular. Em se tratando de uma medida naturalmente civil, consoante os cânones do sistema de separação, não haveria como se conceber que tal efeito se produzisse em instância outra que não a originalmente competente para conhecer e aplicar tal reprimenda, senão a esfera cível. Inobstante, quebrando os dogmas, as linhas mestras, do sistema em comento, a novel legislação cuidou de inovar no sentido de que o próprio juiz penal, na oportunidade da decisão, pode agora também estipular um valor mínimo em face do dano. Em suma, tal togado restou capacitado explicitamente a aplicar sanção de um ramo de direito que não lhe é afeto. Muitos diriam que tal polêmica incumbência acabou por abalar os alicerces do sistema de independência (ou separação) que norteia as esferas jurídicas brasileira. Este, porém, não constitui o nosso entendimento, haja vista a longa exposição até aqui veiculada que nos faz seguir linha de raciocínio diametralmente oposta.

A indenização, sem via de dúvidas, compreende instituto próprio do direito civil, sendo a forma mais banal de se reprimir os ilícitos desta esfera, repercutindo diretamente no patrimônio do ofensor. Ora, a despeito dessa premissa, deve-se ter em mente o que foi introduzido pelo tópico relativo às diferenças entre o ilícito civil e o penal. Em breve concisão, a sanção penal se presta a punir ilícitos mais severos, o crime, atingindo, em muita das vezes, a individualidade física do condenado, enquanto a civil visa a punir ilícitos, em

⁸⁸ Mensagem 213, *Diário da Câmara dos Deputados*, 30 mar. 2001. p. 9510.

tese, mais brandos, que não violam bens jurídicos essenciais. Entretanto, há condutas que não podem ser subsumidas unicamente a um tipo de ilícito. Isso se dá em razão de as mesmas transgredirem preceptivos legais de ambas as esferas do Direito, de modo que a repreensão só restará plenamente eficaz se forem aplicadas medidas sancionatórias que neutralizem uma e outra ilicitude.

Todavia, acredita-se que a indenização em face do delito não se revele medida de eficácia exclusivamente civil, de direito privado. Isso porque se a esmagadora maioria dos crimes também ocasiona um dano, o repúdio a tal ato deve ser de tal forma que atinja não apenas o crime como um instituto estanque, mas também os seus consectários, os resquícios de sua procriação no meio social. É aí que se verifica a valia do *quantum* indenizatório em seara penal, no perímetro público, porquanto este se presta não somente a medicar o patrimônio lesado, em resposta tipicamente civil, senão também a reforçar de forma mediata o binômio prevenção-repressão, no momento em que expurga efeito deletério do crime. Não que represente uma sanção penal propriamente dita, mas um reforço de caráter público/privado a tal reprimenda. Em suma, a indenização repara a depreciação patrimonial advinda da ilicitude criminal, nos casos em que o crime atinja um número determinado ou determinável de pessoas, excluindo-se aqueles que malferem toda a coletividade, sem atingir alguém em particular, a exemplo do crime de drogas.

Outrossim, se a indenização *ex delicto* representa um mecanismo apto não só a resguardar direitos individuais, como também a combater indiretamente o fervilhamento de ações delitivas no seio da sociedade, esta também carrega em seu bojo típica finalidade social e não exclusivamente privada, como se espera. Daí, extrai-se que o instituto em voga, sendo fruto talvez de uma nova e moderna política criminal, não pode ser enquadrado de forma cartesiana como ferramenta de caráter meramente civilista, posto que dotada também de relevância social, salvo melhor juízo. Evidente que não se pode desconsiderar o seu pujante escopo privatista de defender os interesses da vítima, tendência que ganha cada vez mais espaço, inclusive com o advento da vitimologia. De todo modo, há que se atentar aos dispositivos espalhados pela legislação penal que reforçam a argumentação ora esposada, atribuindo à reparação dos danos eficácias que influem diretamente na senda penal, de caráter público. Observemos algumas considerações sobre eles.

A Lei nº. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, erigiu à categoria de fator extintivo da punibilidade a composição civil dos danos entre o autor do fato e a vítima nos crimes de ação penal de iniciativa privada e nos de ação pública condicionada à representação. Destarte, se o autor do fato, em audiência preliminar, ou, antes mesmo de se dar início ao trâmite processual, aceitar reparar o dano causado ao ofendido, sem que a dita declaração esteja maculada por algum vício de vontade, será homologado o respectivo acordo que se imbuirá de eficácia de título executivo judicial. Não divisamos qualquer óbice ao juiz dos Juizados Especiais Criminais arbitrar um valor mínimo para o dano, liquidando em parte o título aperfeiçoado. A lei não faz qualquer restrição quanto ao tipo de juiz, em sede criminal, capacitado para exercer tal novel atribuição, aplicando-se, portanto, a todo e qualquer julgador, deste ramo do direito, indiscriminadamente.

De outra banda, não há como se negar que a reparação dos danos, nesse caso, se basta a repreender o criminoso pelo delito por ele praticado, equiparando-se, inclusive, a fato extintivo da punibilidade, da mesma forma que o cumprimento integral de alguma pena privativa de liberdade. Em nosso ver, resta evidente a repercussão penal de tão referida ferramenta, vez que afasta a possibilidade de o Estado aplicar, ao autor do dano *ex delicto*, o *jus puniendi*, igualmente se opera com a presença de outros institutos penais, como a exclusão da culpabilidade e as excludentes de ilicitude.

Ainda nesta trilha, há na mesma lei outro dispositivo que prestigia a reparação do dano, qual seja, o art. 89, que disciplina o instituto da suspensão condicional do processo, estabelecendo como uma das condições legais para a sua concessão o reparo do dano, *salvo impossibilidade de fazê-lo* (art. 89, § 1º, I). No seu parágrafo terceiro a indigitada norma faz alusão à obrigatoriedade da revogação do sursis processual caso, no curso do respectivo prazo, o beneficiário não efetue, *sem motivo justificado*, **a reparação do dano** (grifo nosso). Perceba que a dita reparação funciona como uma condição *sine qua non* (salvo a impossibilidade financeira) à entrega de tal vantagem processual ao transgressor, funcionando, assim, como verdadeira válvula à obtenção de benefícios penais.

Mantendo o foco nessa vertente, há que se citar o que dispõe o parágrafo quarto do artigo 33 do código penal, *in verbis*:

O condenado por crime contra a administração pública terá a progressão de regime do cumprimento da pena condicionada à reparação do dano que causou, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais.

Ora, este preceito normativo configura apenas mais um exemplo da importância da figura da indenização para os meandros penais, pois que condiciona a progressão de regime ao adimplemento do prejuízo acarretado pelo dano, servindo o aludido instituto como um meio para a consecução de fins estreitamente correlacionados ao direito criminal. Por derradeiro, vejamos o que nos ensina o ínclito doutrinador MENDONÇA sobre o tema:

A única modificação que a reforma introduziu foi transmudar o título executivo, que antes era ilíquido e agora passa a ser líquido, ao menos em parte. E o fez porque há um interesse social de que todos os efeitos do crime sejam apagados, ou ao menos mitigados, especialmente o dano causado à vítima. Justamente nesse sentido estão as disposições quanto ao dever de indenizar o dano.⁸⁹

O trecho acima transcrito não deixa dúvidas de que a reparação patrimonial não se afigura mecanismo de caráter apenas individual, atendendo a um fim maior colimado pelo próprio Estado, qual seja, a total elisão dos efeitos do crime do ventre societário.

3.7. A possível quebra do sistema de independência que coordena as instâncias

Demais disso, deve-se agora envidar todos os esforços para que se entenda o porquê de o sistema de separação não ter sido derruído pela lei 11.719/08, trazendo a lume linha de raciocínio, pedra angular desta presente monografia, baseada nos efeitos da sentença.

Princípio basilar do direito processual é aquele que informa a necessidade de uma simétrica correspondência entre o pedido consubstanciado na petição inicial (no caso, em denúncia ou queixa-crime) e a sentença, não podendo, destarte, o magistrado conceder provimentos não

⁸⁹ MENDONÇA, A. B., op. cit., p. 240-241.

consentâneos ao que ressoa das exordiais, sob pena de incorrer em julgamento *citra, ultra, e extra petita*. Lastreado neste princípio, diga-se, da congruência ou correlação, poder-se-ia imaginar que a fixação da indenização pelo sentenciante criminal transcenderia o objeto da ação, já que não pleiteada expressamente pelo órgão da acusação ou pela própria vítima, em queixa-crime. Não é isso que ocorre, porém, conquanto em vigor desde 23.06.2008 a lei 11.719/08 que prevê, como uma de suas novidades, a já fastidiosamente citada atribuição de acertamento de uma quantia reparatória pelo juiz penal.

Nessa senda, impende reiterar, mais uma vez, que o efeito indenizatório ora em tela não precisa de algum pedido direto a lhe impulsionar a produção, porquanto se trata de efeito anexo, mediato, produzido automaticamente se configurada a sua condição determinante, a saber, a sentença condenatória. Reforçando o que foi dito, salienta MACHADO:

A fixação desse valor na sentença não depende de nenhuma postulação do autor da ação penal na denúncia ou queixa. Isto é, a definição do valor reparatório mínimo, por força da dicção impositiva do art. 387, IV, do CPP, é decorrência automática da condenação. E o juiz somente deixará de fixá-lo caso não tenha elementos suficientes para tanto, devendo justificar o motivo pelo qual não determinou o referido valor. A ausência desse dispositivo da sentença torna-a omissa, o que ensejará a oposição de embargos de declaração por parte do interessado (vítima ou sucessores).⁹⁰

Note-se que o excerto fez menção à possibilidade de a sentença ser considerada omissa caso não discorra sobre o indigitado valor mínimo, o que ressalta, ainda mais, a importância desta inovação na vertente criminal. Acontece que a imprescindibilidade de tal instituto na sentença - seja para concretizá-lo, seja para afastá-lo - não decorre da vontade das partes, senão da lei, sendo, por isso, que não se pode falar que o nosso sistema de separação transmutou-se ou, em certos termos, degenerou-se para um sistema de confusão. Ora, o advento da lei 11.719/08 não tornou lícito à parte deduzir pretensões de esferas diferentes perante um mesmo juízo. Em outras palavras, não pode a acusação tencionar medida outra que não a condenação/punição do infrator pelos crimes que cometeu. A indenização *ex delicto* produz-se independentemente de qualquer anseio particular. Não denota um pedido civil dentro de uma contenda penal. Ou seja, não ocorre a aglutinação de pedidos

⁹⁰ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 68-69

de naturezas diversas numa mesma lide, tampouco a junção de dois ramos jurídicos em um mesmo processo. Não há, de fato, os elementos configuradores de algum sistema de união. Em verdade, há, na ocasião da sentença, a soma de efeitos, alguns diretos, cingidos à vontade das partes, e, outros, secundários, atendendo ao disposto na lei. E, nesses exatos termos, finalmente, não há como se furtar da conclusão de que o sistema de independência adotado no Brasil não foi deturpado pela novel atribuição em comento, dado que o juiz penal continua a julgar em consonância com o pedido desenhado nas peças iniciais, e o juiz civil a aquilatar questões atinentes ao seu âmbito jurídico. Os efeitos anexos, de *per sí*, não possuem o condão de subverter o sistema de independência, uma vez não se traduzem em decorrência lógica da pretensão autoral e, portanto, não se podem equiparar ao pleito civil que se junte ao penal em ação inserta em um sistema de confusão.

De outro giro, caso convencionássemos ser a indenização pelo crime um efeito direto, por vezes esbarraríamos no inconveniente de julgamentos precários, facilitadores de recursos, eis que destoantes do pedido da parte, exarando efeito não manifestamente requerido. A rigor, nem poderia o magistrado, em tese, prontificar-se sobre a dita indenização, já que estaria adstrito somente ao que foi demandado pelas partes. Contudo, o referido fato não seria óbice suficiente ao desenlace de tal efeito, que, nos ditames da novel lei, de qualquer forma se produz, uma vez observado seus requisitos ensejadores, leiam-se, o dano, e a presença de elementos mínimos a propiciarem a sua delimitação.

Decerto que nenhum sistema é absoluto, onipotente, e, por isso, pode ocorrer, em algumas situações, de os seus preceitos retores serem, de certa forma, inobservados, desvirtuados, ante o acatamento de princípios e medidas a justificarem a *quebra conceitual provisória*. Provisória no sentido de que os seus efeitos não se alastrarão ao ponto de subverter o *esqueleto* do sistema. A já referida *subordinação temática* da instância civil a algumas sortes de decisões penais representa exemplo de medida processual não compatível ao sistema de separação. A decisão penal, neste caso, transporta-se para o juízo civil, tornando desnecessário qualquer processo de conhecimento neste, pois, logicamente, não há porque se valer de um rito mais amplo se a decisão invariavelmente já esta posta, consolidada. Seria tautológico; o processo

perderia sua finalidade. Note-se neste caso que, embora haja uma ligeira perversão aos ditames do sistema de independência, esta não pode ser considerado de tal maneira que se admita a transmutação de um sistema em outro. A bem da verdade, trata-se talvez de uma mitigação da independência, uma momentânea quebra conceitual que não tem por escopo abalar o sistema como um todo, o qual subsiste em sua essência.

Verossímil alegarmos que os casos em que não se faz possível a observância das regras de separação entre as instâncias traduzem-se em situações excepcionais, que visam a emprestar maior efetividade ao sistema, de maneira que não se pode considerá-los como suficientes a transmudar todo o sistema anteriormente vigente. Não se pode classificar algo lastreado apenas nos casos excepcionais, que não se aplicam à regra geral.

Ultimadas as nossas considerações sobre o tema objeto desta presente monografia, urge que se colacione entendimento de alguns doutrinadores que venha a compactuar com o que foi humildemente por nós exposto neste derradeiro momento. MENDONÇA informa que:

Entendemos que não houve mudança quanto ao nosso sistema de coordenação entre a ação civil e a ação penal, que continua sendo o da separação parcial das instâncias. Não se pode falar que a atual sistemática tenha introduzido um sistema de confusão, pois não há propriamente uma ação civil cumulada com um ação penal no juízo criminal. Neste último apenas continua existindo a ação penal, pois, conforme dito, não há pedido da parte, seja do Ministério Público ou da vítima, sendo efeito automático da sentença. Assim, por não haver provocação, inexistente também “ação” em sentido técnico, conforme leciona Barbosa de Moreira. Segundo entendemos, existe apenas um efeito genérico da sentença penal condenatória, que já havia na sistemática anterior, mas que foi aprimorado. Importante lembrar que nenhum sistema é puro, possuindo inúmeras particularidades que o caracterizam. Assim, a introdução da liquidez do título não nos parece que tenha interferido na classificação de nosso sistema, pois ainda poderá a vítima ir ao juízo civil pleitear sua indenização independentemente da ação penal. E isto, nos parece, demonstra claramente que o sistema ainda é o da separação parcial das instâncias.⁹¹

BURINI não se contrapõe ao *suso* mencionado:

Não parece correta essa colocação, pois se a obrigação de reparar fosse considerada decorrência da eficácia natural ou direta da sentença penal, o Brasil ostentaria o sistema de união, em sua

⁹¹ MENDONÇA, A. B., op. cit., p. 241.

espécie de comunhão, hipótese inadmissível perante os diplomas processuais e materiais de direito penal e civil.⁹²

PACELLI arremata:

Entende-se por independência entre o juízo penal e o juízo cível a possibilidade de obtenção de decisões judiciais diversas sobre um mesmo e único fato, o que somente pode ser admitido, ao menos em termos absolutos, em um sistema de separação total. No Brasil, adota-se o sistema de independência relativa ou mitigada, em razão da existência de uma subordinação temática de uma instância a outra, especificamente em relação a determinadas questões.⁹³

Como se vê, por fim, os autores acima citados não destoam da tese por nós defendida acerca da manutenção da independência frente à nova atribuição entregue ao togado criminal, pelo que se destaca ainda mais o caráter de relatividade, de parcialidade deste sistema.

⁹² BURINI, B. C., op. cit., p. 105.

⁹³ OLIVEIRA, E. P., op. cit., p. 165.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não existe sociedade equilibrada sem que haja um arcabouço de normas que discipline as relações que se desenvolvem em seu âmago, sejam de cunho particular ou de natureza pública. Todo e qualquer cidadão detém um universo de direitos gravitando em torno de seu patrimônio, avultando de importância aquele que lhe confere proteção contra danos injustamente perpetrados aos seus bens materiais ou intangíveis.

O ordenamento pátrio prevê em seu bojo mecanismos que viabilizem a restauração do bem tutelado, objeto de depreciação por ato ilícito, ao seu estado natural, à compleição que outrora lhe circunscrevia. Isso porque a ninguém é dado causar dano a outrem, exceptuando-se os casos em que a conduta esteja agasalhada por alguma excludente, traduzindo-se, alguma situação que ampare e justifique a lesão.

Nesses termos, consumado um crime no seio societário, e, em razão deste, um dano ao patrimônio particular alheio, não há como se refugir do peremptório dever de indenizar que se soergue contra o autor do delito, considerando-se, obviamente, que não tenha agido sob o pálio da legítima defesa, do exercício regular de um direito ou do estrito cumprimento de um dever legal. E, doravante, do outro lado da moeda, integrando o rol de faculdades do prejudicado, jazerá a remansosa pretensão indenizatória, que poderá ser excitada mediante a *actio civilis ex delicto* em sua modalidade cognitiva ou, ainda, executiva.

No caso da ação de conhecimento, saliente-se que o seu escopo mor situa-se no accertamento do jaez do dano em virtude do crime, possibilitando ao ofendido a captação de recursos que lhe permitam ascender ao *status quo ante*, leia-se, a posição patrimonial que ocupava antes da deflagração do delito. Como é consabido, nem sempre será possível a reparação *in natura* do dano, tendo o magistrado de estipular um montante pecuniário que se afine à magnitude do prejuízo efetivamente ocorrido.

A ação cognitiva *ex delicto*, embora muito útil ao ofendido, já que pode ser ajuizada a qualquer tempo, não precisando de uma sentença condenatória que lhe sirva de arrimo, pode não se revelar como a manobra processual mais

adequada a ser protagonizada quando a condenação já se encontre em vias de passar em julgado. Isso porque, neste caso, poderá o réu se valer de um procedimento de liquidação, seja por artigos ou arbitramento, com vistas a emprestar-se ao dano uma quantia pecuniária que efetivamente lhe corresponda. Como é cediço, o decreto condenatório adquire a hierarquia de título executivo automaticamente da sua irrecorribilidade, tornando certa a obrigação de indenizar. Não se olvide que o juiz pode agora acertar uma quantia mínima pela deterioração do bem alheio em face do crime, a qual poderá ser executada sem que nenhum procedimento intermediário se interponha na vereda do cumprimento de sentença.

Gize-se que esta segunda modalidade de ação civil *ex delicto*, de feição executória, configura um desdobramento do próprio processo penal na senda civil, já que o cumprimento de sentença nada mais é do que um alongamento do rito, no que se costuma chamar de processo sincrético. Inobstante, como a sentença penal não se faz executada no seu juízo de origem, mister que haja citação do devedor para que efetue o pagamento no prazo definido, instaurando-se, assim, nova relação processual, o que vai de encontro à regra geral de o cumprimento de sentença afigurar-se apenas numa etapa do processo. De qualquer forma, a opção pelo manuseio da ação civil cognitiva após o término da ação penal que redundou em condenação, a bendizer, não traria qualquer diferença prática de uma eventual liquidação por artigos. Pois que ambas as ações marchariam para o fito de uma produção probatória voltada à quantificação exata do dano, conquanto a autoria e a materialidade do ilícito já não mais poderiam ser objeto de discussão em ação de conhecimento, em virtude da subordinação temática.

Atente-se para o fato de que o ressarcimento da vítima depende da constrição de tantos bens do réu quanto se prestem a colmatar a lacuna patrimonial aberta pelo dano. Ora, em se tratando de Brasil, onde alarmante parcela da população subsiste em condições de extrema miserabilidade e penúria, não há como se esquivar da conclusão de que, em muitas das vezes, não haverá como se exigir compensação pecuniária de indivíduo mediante que sequer possui algum domicílio onde repouse diuturnamente. Assim, a pretensão de reparação do dano *ex delicto*, embora fomenta a propositura de uma ação dentro de um prazo trienal de prescrição, pode, no momento

executivo, vir a sofrer uma desvirtuação de seus efeitos pela incapacidade patrimonial do executado em arcar com o peso danifico de seu crime.

Ademais, sabe-se que não é qualquer sentença penal que tem o poder de vincular a esfera civil, haja vista o sistema de independência que coordena as instâncias, marcado pelos seus traços de especialização, delimitação de temas, e otimização da prestação jurisdicional. Assim, sentenças absolutórias que não sejam percucientes nos fundamentos que a ensejaram, muitas vezes calcadas no instituto da dúvida razoável, não vincularão, por razões óbvias, a órbita civil, de modo que as portas desta persistirão abertas para aqueles que pretendam dela se valer para produzir provas outras, não vislumbradas em campo penal, hábeis a confirmar a pretensa ilicitude.

Em contrapartida, absolvições fundadas em circunstâncias que excluam a materialidade ou a autoria, por seu turno, retiram do juízo cível a capacidade de julgar novamente a mesma situação fática submetida ao crivo penal, porquanto tais sortes de decisão subordinam, vinculam, a esfera cível, em situação excepcional em que uma instância, por assim dizer, predomina sobre a outra.

No que concerne às sentenças condenatórias, estas carregam em seu âmago a potencialidade de inviabilizar a discussão sobre quaisquer atributos referentes à materialidade ou à autoria no juízo cível, na oportunidade em que transitam em julgado. Neste caso, por sobre a ponte denominada título executivo judicial, ocorre o transporte da coisa julgada penal para o processo civil, de maneira que, nesta esfera, poder-se-á aquilatar somente o que diz respeito à liquidação e ao cumprimento da sentença.

De mais a mais, cuida acrescentar que a lei 11.719/08 inovou no âmbito das sentenças penais condenatórias, pelo que os juízes dessa órbita podem agora fixar um valor mínimo pelos danos advindos do crime. Entendemos que tal novel atribuição corresponde a um aperfeiçoamento do efeito secundário da sentença, consolidado no art. 91. I do CP, pois, formando-se um título executivo judicial, o legislador tratou de lhe conferir certa dose de liquidez, de maneira que se empreste maior celeridade ao provimento satisfatório da vítima. Não vislumbramos grande distância, por ocasião do trânsito em julgado da sentença, entre a constituição do título executivo e a definição de um valor mínimo, já que a liquidez nada mais representa do que

um requisito dos títulos executivos. Ou seja, se o título adquire os seus pressupostos de certeza e exigibilidade com o decreto condenatório passado em julgado, não há porque relegar-se a liquidez, ainda que mitigada, a outro momento processual, sob pena de se estratificar indevidamente o processo constitutivo do título. De qualquer forma, admitindo-se a atribuição de um valor ao título apenas em seara civil, por certo que não se coadunaria com os ideais de celeridade que o legislador buscou atingir.

Por fim, cuida asseverar que o sistema de independência que rege as instâncias jurídicas brasileiras não restou desfigurado pela nova atribuição de o juiz penal arbitrar um valor a título indenizatório. Isso porque o efeito em voga não se traduz numa aspiração direta da parte, muito embora possa esta intimamente almejá-lo e, até mesmo, externá-lo em petição, sem que tal medida, todavia, exerça qualquer influência no despontar da referida eficácia. Defluindo diretamente da lei, tal efeito se produz toda vez que verificado o terreno fértil para a sua incidência, vale dizer, a prolação da sentença condenatória e a presença de elementos mínimos que norteiem o magistrado. Ora, em sendo efeito anexo, o valor mínimo emana da sentença automaticamente, por expressa previsão legal, sem que as partes possam impedi-lo ou mitigá-lo, da mesma forma que efeitos outros, como a formação do título executivo judicial e a concessão do *sursis*, exsurtem. Frise-se que a sua produção automática não representa uma obrigação de o magistrado, em toda sentença, fixar um valor mínimo pelos danos, já que pode o mesmo não estar seguro para lidar com tal incumbência. O que deve ocorrer em automatismo é a manifestação do juiz acerca da possibilidade ou não de acertar uma quantia mínima reparatória, especificando o porquê da impossibilidade ou, desde já, fixando o montante.

Outrossim, considerando-se o que foi exposto, não há como se conceber a perversão do sistema de independência pela tão consignada atribuição conferida pela lei 11.719/08 ao juiz criminal, pois que a mesma não compreende reflexo algum do pedido da parte, não significando a junção de um pedido penal a outro civil numa mesma lide, da forma como se opera em um sistema de união. Admitir-se, neste caso, o sistema de união, seria incumbir o Ministério Público, nas ações penais públicas incondicionadas, de velar por interesses privados, pois teria esta instituição que pleitear a indenização

expressamente na denúncia para que o juiz a concedesse em sentença. Tal afirmação padece de uma inconstitucionalidade patente, vez que a Carta Magna admite apenas a defesa de direitos individuais indisponíveis pelo MP, o que não se afina com o caráter disponível do patrimônio. Mesmo em se reconhecendo certo caráter público à indenização em nome do dano *ex delicto*, não se pode afirmá-lo com veemência tal que se torne objeto inescapável de persecução pela instituição em comento.

De qualquer forma, não se admitindo ao promotor tomar tal providência, conquanto inconstitucional, assomaria a figura do assistente de acusação, que, por assim dizer, teria de estar presente em todas as ações penais públicas para que o desiderato indenizatório da vítima fosse atendido. Tal solução por igual não atenderia aos anseios reformadores de se injetar maior celeridade no provimento reparatório do ofendido, pois condicionaria tal prestação à manifestação do assistente, o que nem sempre é possível, não se podendo, destarte, sequer falar em indenização, muito menos em celeridade. É plausível que caso fosse admitido o sistema de união face à nova incumbência entregue ao togado criminal, o sistema poderia rapidamente entrar em ocaso frente a falta de mecanismos internos que lhe mantivessem a própria estrutura, dado que o cerne do sistema de coordenação brasileiro continua sendo o de separação.

Destarte, o sistema brasileiro regedor das instâncias continua a ser o de separação ou independência, muito embora a sua estrutura compartimental sofra alguns abrandamentos em virtude da predominância dos julgados penais sobre os civis em determinados casos. Daí a intitulação de sistema de independência *mitigada* ou da separação *parcial*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 46.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Especial n. 135328. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 29.06.1994, Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 20-04-2001.

CAMPOS, Ephraim de. *Substituição Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

FILHO, Marçal Justen. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 1997.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa Julgada. In: *Código brasileiro de defesa do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 26 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

JÚNIOR, Vilanir de Alencar Camapum. *Da Indenização Na Ação Civil Ex Delicto*. 1.ed. São Paulo: Editora Distribuidora, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *A eficácia da sentença penal no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____, *Manual de direito processual civil*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Código Civil Comentado*. São Paulo: LTr, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENSAGEM 213, *Diário da Câmara dos Deputados*, 30 mar. 2001. p. 9510.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

MEZZAROBÀ, Orides. *Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 5.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

_____. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001.

_____. _____. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao CPC*. Forense, 1974. p. 111.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis et al. *As Reformas no Processo Penal*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 300.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA., 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

STOCCO, Rui. *Legitimidade do Ministério Público na Ação Civil Ex Delicto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 202.

TOURINHO, Fernando da Costa Filho. *Processo Penal*. 10.ed. Editora Saraiva.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2006.