

CRIME E CASTIGO: RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO ILÍCITO PENAL[†]

Sônia Maria Amaral Fernandes Ribeiro

*Não há no mundo coisa mais difícil do que a sinceridade e
mais fácil que a lisonja.*
DOSTOIÉVSKI

Sumário: Introdução. 1. Considerações Preliminares e Relevantes Sobre Responsabilidades Jurídicas. 2. Responsabilidades Civil e Penal: Diferenças e Pontos de Contato. 3. Sistemas Processuais de Reparação Civil em Face do Ilícito Penal. 3.1. Tipos de Sistemas. 60123.2. Sistema adotado pela legislação brasileira. 4. Dos Efeitos do Ilícito Penal no Contexto da Reparação Civil. 60165. Dos Danos no Contexto da Reparação Civil Ex Delicto. 5.1. Características do dano. 5.2. Conceito, tipos gerais e formas de reparação dos danos.6027 5.3. Da controvérsia sobre o tipo de dano mínimo indenizável. 6. Outras Controvérsias Decorrentes da Fixação do Dano Mínimo pelo Juízo Criminal. 7. Conclusões. Referências 6051

INTRODUÇÃO

“Aliás, para julgar imparcialmente certas pessoas é preciso desprendermo-nos primeiro de certos hábitos cotidianos, abstermo-nos de julgarmos o indivíduo e os objetos que costumam rodear-nos”.
(DOSTOIÉVSKI, *Crime e Castigo*, p.540)

[†] Relatório do seminário da disciplina de Direito Civil, do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL.



Como regra, toda e qualquer ação humana, das mais simples e cotidianas às mais complexas e específicas, produzem consequências, que resultam, no mais das vezes, em responsabilidades. Da assinatura de uma declaração ou de um contrato de compra e venda de um imóvel, passando pela possibilidade de dirigir o veículo sem dispor de carteira de habilitação, por exemplo, as pessoas estão a praticar ações ou omissões passíveis de responsabilização.

Algumas ações ou omissões não ultrapassam a esfera cível, porquanto a conduta do agente não encontra tipificação penal, a despeito de poder gerar responsabilidade pelo prejuízo causado a outrem. Trata-se, na espécie, de danos decorrentes do ilícito civil.

Outras, contudo, podem decorrer da prática de ilícito penal, ou seja, de ações ou omissões tipificadas na legislação penal como crime ou contravenção, que poderão gerar tanto responsabilização criminal, quanto cível, em muitos casos.

É este último tipo de responsabilização, ou seja, aquele que em decorrência da prática do crime tem reflexos na esfera cível, que se pretende abordar. Trata-se, pois, da responsabilidade civil em face do delito.

No entanto, não se limita o presente trabalho apenas a essa abordagem teórica, rica em possibilidades e conclusões as mais variadas, é certo. Pretende-se, de fato, abordar o tema da responsabilidade civil *ex delicto* a partir das modificações introduzidas nos artigos 63, parágrafo único¹, e 387, IV², do

¹ O parágrafo único do artigo citado abaixo não existia antes da Lei nº 11.719/2008.

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

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.”

² O artigo citado abaixo sofreu várias modificações, com a Lei nº 11.719/2008, e no

Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.719/2008, que permitiram ao juiz criminal, ao condenar o réu, fixar indenização mínima pelo dano, sem excluir a possibilidade de a vítima ingressar, durante ou depois da apuração da responsabilidade criminal, com ação no juízo cível, para que lhe seja concedida indenização pelos danos efetivos.

Com o permissivo, entre a jurisprudência majoritária e a doutrina dominante, mesmo que incipientes diante do pouco tempo da mudança para gerar uma reflexão madura, percebe-se um verdadeiro descompasso, pois, na prática, os tribunais, regularmente, têm buscado variadas formas de justificar a não fixação na seara criminal da indenização mínima pelo dano, enquanto que a academia reafirma a possibilidade, sem reservas.

Com efeito, tendo em foco essas controvérsias, deseja-se trilhar os caminhos que levam à reparação civil mínima em face do delito, ambicionando responder, ao final, com base na dogmática da responsabilidade e na interpretação sistemática da norma, os questionamentos que se passam a detalhar.

Noutras palavras, fixado esse objetivo geral, que metodologicamente exige compreensão dos fenômenos que sustentam os institutos das responsabilidades civil e penal; passando pelo exame da norma, como parte do ordenamento e em conformidade com os princípios constitucionais; ao fim e ao cabo, todo esforço será empreendido na tentativa de responder a quatro questões:

1º) *Qual ou quais os objetivos do legislador pátrio, com o alargamento da competência do juízo da vara criminal, permitindo a fixação da indenização mínima pelo dano*

que diz respeito ao inciso IV a redação foi totalmente modificada.

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

IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;” (*redação atual*).

“ IV - declarará, se presente, a periculosidade real e imporá as medidas de segurança que no caso couberem;” (*redação anterior*).

decorrente da infração?

2º) *Em relação a que tipo de dano é possível o juiz criminal, quando da condenação, fixar indenização?*

3º) *O dano mínimo a ser fixado pelo juízo criminal é efeito automático da condenação ou depende de requerimento?*

4º) *Em face de decisão consagrada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no sentido de conferir à Defensoria Pública legitimidade para requerer reparação civil ex delicto no juízo cível, no caso em que o titular do direito for considerado pobre; afastando como regra a legitimidade do Ministério Público, em se tratando de indenização mínima fixada pelo juízo criminal é exigível a mesma observância, ou seja, se a vítima for pobre tem o Defensor Público de formular o requerimento de reparação civil mínima?*

Dito isso, que permite identificar claramente a linha de investigação, seu propósito, e delimitar o alcance do trabalho, explica-se que, para responder às indagações propostas, é mister firmar alguns conceitos e diferenciações relevantes para caracterização adequada de cada tipo de responsabilidade jurídica; conhecer os diversos sistemas processuais de reparação civil, em face da prática do ilícito penal; para só então ingressar no tema propriamente.

Com efeito, a partir daí será possível adentrar na questão da reparação civil mínima *ex delicto*, analisando as motivações dos que defendem ou rechaçam a fixação pelo juiz da esfera criminal da indenização mínima pelo dano; controvérsias essas surgidas a partir da adoção do sistema de adesão, mesmo que relativa, das ações cível e criminal, decorrente da nova redação conferida ao inciso IV, do artigo 387, do Código de Processo Penal, a par da existente e mantida separação mitigada entre os dois tipos de ação.

Em linhas gerais, mas sem maiores aprofundamentos, neste momento, aponta-se que a modificação operada visa alcançar mais de um objetivo, quais sejam: duração razoável do

processo e maior atenção à vítima.

Por outro lado, de pronto, afirma-se que indenização mínima pelo dano é constitucional, não ferindo o contraditório e a ampla defesa, desde que adotado por quem detém legitimidade para requerer a conduta processual adequada.

Nesse sentido, adianta-se posição no sentido de entender como legítimo o Ministério Público, em se tratando de crime de ação penal pública, requerer na denúncia a fixação do valor mínimo para efeito de reparação do dano, assim como o assistente de acusação, independente da situação econômica da vítima. Já no caso de ação penal privada, sem maiores divergências, o advogado constituído pelo querelante ou o Defensor Público, se a vítima se valer desse tipo de representação pública, gozarão de legitimidade para o mesmo pleito.

Por fim, observa-se nessas linhas introdutórias que o título adotado – “Crime e Castigo”, em flagrante plágio a uma das obras primas da Literatura Clássica Universal, escrita pelo insubstituível Fiódor Mikháilovitch Dostoiévsk, foi escolhido por duas razões: primeira, como singela homenagem ao autor dessa obra; e, segunda, por entender que o tema do trabalho guarda relação axiológica com a mensagem do livro, de que todo crime deve ter como resposta o castigo correspondente.

Logo, como neste foi exigido um esforço acadêmico que alcançasse as duas formas judiciais de responsabilização (criminal e civil), mesmo que o objeto de atenção tenha sido a responsabilidade civil, e considerando que só existe reparação próxima da plenitude se o Estado-juiz conseguir impor um “castigo” completo àquele que pratica um “crime”, considerou-se apropriado o título selecionado.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E RELEVANTES SOBRE RESPONSABILIDADES JURÍDICAS.

“Que te parece? Não ficaria apagada a mancha dum só cri-

me, insignificante, com milhares de boas ações? Por uma vida...mil vidas salvas da miséria e da ruína! Uma morte, mas, em troca, mil vidas...”.

(DOSTOIEVSKI, *Crime e Castigo*, p.80)

Pode-se dizer que a responsabilização do ser humano pelos atos praticados tem início com o convívio em sociedade. Isto é, no momento que se formaram agrupamentos e, dessas relações, como natural, surgiram conflitos de interesses, a par surgiram formas de responsabilização daquele que era considerado ofensor.

Sendo a responsabilização inicial exclusivamente penal, passo seguinte, com a *Lex Aquilia de Damno*, datada do final do século III a.C., apresentaram-se os primeiros parâmetros da responsabilidade civil extracontratual, ao permitir que a vítima de um dano injusto tivesse direito a receber uma compensação, em dinheiro, do causador da lesão.

Pois bem, com a consagração pelo Direito romano da responsabilidade civil em face do ato ilícito, todas as codificações posteriores adotaram-na como regra, resultando na possibilidade do ofendido receber do causador do mal uma compensação pecuniária e, em sendo o caso da ofensa, consubstanciar um crime, vê-lo cumprir as penas impostas, paralelamente; fixando-se, assim, dois tipos de responsabilização: a civil e a penal.

Entretanto, em que pese as responsabilidades civil e penal poderem ser impostas tendo como fonte um só fato, os pressupostos e os elementos que as compõem são diferenciados.

Para efeitos de responsabilidade penal, há que se levar em conta se o fato é típico e antijurídico, porquanto pressupostos indispensáveis à caracterização da conduta criminosa.

No contexto da esfera penal, a conduta do agente capaz de gerar uma imputação criminal tem de estar prevista na

norma como tal, considerando-se, pois, como fato típico. Noutras palavras, nem toda conduta humana que causa lesão a terceiros será considerada como sendo da esfera criminal, pois deve se adequar ao tipo previsto na lei penal.

Dessa forma, fato típico é toda ação ou omissão, praticada pelo ser humano, que provoca um resultado previsto na lei penal como infração, e, em sendo contrário à norma, é considerado, presumidamente, como antijurídico. Diz-se presumidamente, uma vez que pode haver conduta típica, ou seja, que se encaixa na norma de proibição, mas que, presentes os excludentes do artigo 23³ do Código Penal – estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, ou no exercício regular de direito, afasta a ilicitude ou antijuridicidade do ato.

Além disso, para que o fato típico tenha como consequência a imposição da pena, outros elementos devem se apresentar: culpa em sentido amplo (culpa em sentido restrito e dolo); resultado jurídico⁴;nexo de causalidade entre conduta e resultado; e imputabilidade.

O elemento culpa, em termos amplos, mas ao mesmo tempo restrito à definição criminal, deve ser entendido como sendo a reprovação da ordem jurídica à conduta humana antijurídica, portanto, típica. No sentido restrito, a culpa recebe feição de resultado típico alcançado pela conduta negligente, imprudente ou imperita; ao passo que no dolo, o resultado típico é obtido pela vontade deliberada de produzir a lesão.

É dizer, tanto na culpa em sentido restrito, quanto no dolo, a conduta do agente é voluntária. Contudo, neste, a

³ Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁴ Adotou-se a expressão resultado jurídico, usada por Greco (2005, p.239), para contemplar tanto o resultado naturalístico, isto é, o que produz modificações visíveis no mundo exterior, quanto os crimes de mera conduta, que não produzem modificações visíveis no mundo exterior.

conduta já nasce ilícita, uma vez que o agente age para concretização de um resultado antijurídico; enquanto que, naquele, a conduta nasce lícita e, no percurso, pode desviar dos padrões considerados adequados, vindo a colidir com a norma.

Quanto à imputabilidade, tem-se como a capacidade que detém o agressor de responder pelo fato típico que sua ação ou omissão gerou, desde que comprovada sua culpa. Ou seja, é a legitimidade passiva conferida pela lei ao que delinque, para que expie, a partir da pena imposta pelo Estado, a sua culpa.

Em suma, os pressupostos caracterizadores da conduta criminosa e os elementos para a imputação da pena, ao fim de tudo, são as condições objetivas de punibilidade ou de responsabilização penal.

Quanto à responsabilidade civil, num brevíssimo caminhar histórico, destaca-se que no Direito romano a identificação dos elementos que hoje a distinguem, *a priori*, eram dispensáveis, pois cada delito era autossuficiente na sua caracterização, e, somente com a *Lex Aquilia*, esses pressupostos começaram a ganhar relevância, visto que era necessário nomear o elemento *iniuria*.

Posteriormente, a questão se tornou ainda mais densa com a introdução da “culpa”, e, com base na teoria de Jhering, a questão da responsabilidade civil ganhou novos contornos pela adoção de um sistema analítico de responsabilidade.

O certo é que, a depender do sistema adotado de divisão dos elementos da responsabilidade civil – de orientação descritiva ou de orientação sintética, obter-se-ão distintos ordenamentos.

Levando-se em conta a orientação descritiva, têm-se como elementos: fato, ilicitude, culpa, nexos de causalidade e dano. Ao passo que, para o sistema sintético, basta o ato de ilicitude e o prejuízo reparável. No segundo caso, o ato de ilicitude abarcaria o fato, a ilicitude e a culpa; e o prejuízo reparável responderia pelo dano e o nexos de causalidade.

À parte as discussões doutrinárias sobre a melhor forma de ordenar os pressupostos da responsabilidade civil – descritiva ou sintética, o fato é que, a exemplo da responsabilidade penal, existem elementos a serem identificados, e que devem estar presentes, no todo ou em parte, a depender do tipo de responsabilidade civil em evidência no caso *in concreto*.

Como fato, entendem-se todos os atos humanos capazes de causar resultado, tanto os que decorrem de uma ação, quanto de uma omissão. Estes entendidos, respectivamente, como a conduta positiva, que tem como propósito alcançar certo fim; e a conquista do fim almejado pela inação do agente, quando tinha a obrigação de praticar conduta contrária.

Cordeiro (2010, p.435/441), acerca do fato capaz de gerar responsabilidade civil, informa que o termo “responsabilidade” advém do Direito penal, referindo-se a ato ou fato praticado pelo ser humano, e que contempla ações e omissões; sendo este último o “nada existe”, motivo pelo qual só o considera como fato se, anteriormente, existia por parte do agente a obrigação de praticar um ato.

Acrescenta que, independente das teorias que ora apontam a conduta ora o resultado como relevantes na determinação do que seja fato passível de ensejar responsabilidade civil, entende ser impossível dissociá-los (conduta e resultado), pois ambos exprimem o que seja fato jurídico, valendo a ilicitude como critério de escolha da relevância.

Por culpa, em sentido amplo, entende-se a inobservância de um dever que competia ao agente observar; ou, mais detalhadamente, e seguindo os passos do Direito Penal, a culpa, para efeitos da responsabilidade civil, deve ser compreendida como ato culposo ou doloso.

Nessa esteira, age com culpa o agente que conduz seus atos sem a diligência que a vida em sociedade impõe ou pela

inobservância da norma, merecendo, pois, censura ou reprovação. Ressalta-se a inquestionável ligação entre ilicitude e culpa, já que a primeira é a materialização da segunda e, não mais, uma abstração moral.

O nexó de causalidade, também chamado de relação de causalidade, é o pressuposto que estabelece o liame obrigatório entre o fato ilícito e o dano produzido, sem o qual não se apresentam as consequências do reconhecimento da responsabilidade civil. Noutras palavras, se entre o fato ilícito e o dano suportado pela vítima existe relação, por conseguinte, há nexó causal capaz de gerar responsabilidade.

Por fim, quanto ao conceito de danos, pode-se afirmar ser este a supressão ou a diminuição de uma situação favorável àquele que sofre a ofensa e que, segundo Rizzardo (2011, p.13), “é o pressuposto central da responsabilidade civil”.

A partir dessas considerações, é possível reconhecer distensões, algumas relativas e outras absolutas, bem como igualdades entre os pressupostos e elementos da responsabilidade penal e da civil.

O pressuposto da tipicidade, oriunda da responsabilidade penal, não encontra paralelo na responsabilidade civil, pois que neste a norma, ínsita no artigo 186⁵ do Código Civil, é aberta. Ou seja, toda vez que o ato resultar em violação de direitos e causar danos, poderá ter como consequência o dever de reparar ou indenizar, não se fazendo necessário que a conduta esteja descrita na norma.

De igual maneira, a imputabilidade é um elemento da responsabilidade penal que não encontra sustentação na responsabilidade civil, uma vez que nesta poderá haver obrigação de reparar, independente da condição pessoal do agente ofensor.

⁵ Art.186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Por outro lado, apesar da ausência de tipicidade, o ato que resulta em responsabilidade civil é antijurídico, contrário à norma, porquanto viola direitos; com ressalva se for praticado em legítima defesa, exercício regular de um direito ou a fim de remover perigo iminente⁶, a exemplo do que sucede com a responsabilidade penal. Porém, essa aproximação da responsabilidade civil com a penal é relativa, pois há situações previstas em lei que permitem imputar responsabilidade civil, mesmo sem ilicitude na conduta, como no caso da “responsabilidade pelo risco”.

Já a culpa, conceitualmente, não encontra diferenciação entre os dois tipos de responsabilidades, todavia, a despeito dessa justaposição, a responsabilidade civil guarda posição antagônica à responsabilidade penal, quando da aplicação, em alguns casos. Na esfera civil, é possível admitir a responsabilidade objetiva, ou seja, independente da existência de culpa na conduta, coisa impensável para efeitos penais.

No que concerne ao nexos causal, contudo, tanto a identificação conceitual, quanto de aplicação são plenas. Não há diferenciação entre o nexos causal, enquanto elemento da responsabilidade penal, daquele exigido para fins de responsabilidade civil.

E mais, diferente da culpa e da ilicitude, que por vezes sequer se apresentam, mas mesmo assim subsiste a responsabilidade civil, o nexos causal nos dois tipos de responsabilização é inafastável, sob pena de não existir crime, nem ilícito civil.

Por fim, quanto às consequências da responsabilidade civil e penal, também se verifica alguma semelhança, porque ambas apresentam resultados consubstanciados em danos,

⁶ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

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

diferenciando, porém, quanto à extensão: no primeiro, o dano é pessoal; no segundo, o dano é social.

Feitas essas colocações preliminares, focadas em conceitos gerais e voltadas à individualização dos elementos pertinentes aos dois tipos de responsabilidade, civil e penal; colocações que demonstram a existência de pontos de contato e, ao mesmo tempo, de diferenciações entre elas; passa-se ao detalhamento de cada responsabilidade, em aspectos outros.

2. RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL: DIFERENÇAS E PONTOS DE CONTATO.

“O problema estava em saber se é a doença que engendra o crime, ou se o próprio crime, por sua natureza, é que é sempre acompanhado de um certo gênero de doença; mas isso era uma questão que ele não se sentia capaz de resolver.”

(DOSTOIÉVSKI, *Crime e Castigo*, p.86)

Dias (1944, p.1-2) assinala que diversas são as conotações que a palavra responsabilidade admite, a depender da concepção abraçada. Dessa forma, para alguns, a concepção de responsabilidade baseia-se no livre-arbítrio; ao passo que para outros, a noção reside na distinção entre psicologia normal e patológica; e outros, ainda, a têm como aspecto da realidade social, logo, decorrente de um fato social.

Acentua, em continuação, sem desmerecer as significações filosófico-jurídicas, por conta da afinidade da matéria com esse ramo do saber, que a maior aproximação que a palavra responsabilidade apresenta é com obrigação. Chega a essa conclusão a partir da raiz latina *spondeo*, que guarda relação com *respondere*, tendo a primeira o significado de ligar solenemente o devedor aos contratos verbais firmados, nos termos do Direito Romano. Portanto, “responsável” ou “responsabilidade” e todos os vocábulos conexos exprimem a ideia de contra-prestação ou obrigação, nascendo a partir daí uma gama de

responsabilidades jurídicas.

Por seu turno, Cavalieri Filho (2005, p.23), no intuito de conferir significação à responsabilidade jurídica, realça o “dever jurídico” enquanto característica determinante, e informa que, para “proteger o lícito e reprimir o ilícito”, a ordem jurídica estabelece deveres positivos, negativos e até um dever geral de não prejudicar ninguém como exigência de convivência harmônica em sociedade.

Já Stoco (2011, p.132), afirmando preliminarmente que a palavra responsabilidade tem sentido polissêmico, exemplifica que tanto pode ser sinônimo de diligência, em termos comuns, quanto de obrigação, na expressão jurídica. Diante desse cenário, reafirma a dificuldade de encontrar um conceito único que exprima a sua completude.

Todavia, apesar da locução responsabilidade jurídica comportar uma variedade de conotações e conceitos, uma coisa é comum: as consequências do ato podem resultar em respostas na esfera cível e na penal, isoladamente ou a um só tempo.

Assim, como a responsabilidade jurídica comporta duplicidade de resultados – cível e criminal, entre estas subsistem inúmeras diferenças, não obstante existirem pontos de contato, conforme já detalhado no capítulo anterior, quando da comparação entres os elementos que compõem cada tipo de responsabilidade.

Em termos macros, a grande diferenciação entre a responsabilidade civil e a penal circunscreve-se à norma em que estão inseridas: as normas civis, afetas às lesões da esfera privada, dizem respeito à responsabilidade civil; e as normas penais, cuja lesão atinge a ordem pública, à responsabilidade penal. Como consequência, a responsabilidade penal seria de interesse da sociedade; ao passo que a civil diz respeito aos interesses do lesado.

Não se quer dizer, entretanto, que o prejuízo imposto ao particular não interesse ao conjunto da sociedade. Ao contrário,

toda lesão de direito, seja tipificada como crime, seja considerada ilícito civil, afeta o equilíbrio social, motivo pelo qual o Estado-juiz deve preocupar-se e conferir a correspondente reprimenda.

O que se diz é que no ilícito civil o interesse é disponível, podendo ou não o lesado buscar restabelecer o *status quo* através da propositura da ação judicial competente. Já no ilícito penal, o Estado é quem toma a iniciativa, na maioria das vezes, promovendo a persecução criminal.

Outra diferenciação estaria na intensidade da lesão passível de responsabilização. Mesmo considerando que ambas importam na violação de um dever jurídico ou na infração da lei, o ilícito penal se apresentaria com maior nível de gravidade em face do destinatário final da lesão, que é a própria sociedade, o que eleva à condição de maior relevância em razão dos valores em questão.

Uma terceira diferença resta evidenciada pelo tipo de resposta que essas responsabilidades desencadeiam. Na responsabilidade civil, a forma de compensar o lesado se dá em termos patrimoniais, ou seja, o agente causador deve reparar o dano com diminuição do seu patrimônio em favor daquele. Na responsabilidade penal, o Estado-juiz confere uma pena ao acusado, que pode se dar a partir da restrição da liberdade, da restrição de direitos ou pelo pagamento de multa. Enfim, no primeiro caso, acionam-se mecanismos de reparação civil e, no segundo, movimenta-se o sistema repressivo ou preventivo do Estado.

Na responsabilidade penal, a norma correspondente, obediente ao princípio *nulla poena sine lege*, estabelece a tipificação de cada figura tida como criminosa. Em compensação, na responsabilidade civil, o legislador apenas estabelece, conceitualmente, na legislação civil substantiva (artigo 186 do Código Civil), os parâmetros pelos quais a pessoa pode buscar a reparação.

Sob outro prisma, a responsabilidade penal é pessoal, intransferível, sendo o réu o único a suportar seu ônus, no mais das vezes, com a privação da sua liberdade. Já no que concerne à responsabilidade civil, na ausência ou impossibilidade do autor do dano suportar o ressarcimento em prol da vítima com o seu patrimônio, os seus herdeiros ou responsáveis poderão ser demandados, porquanto é o patrimônio do devedor quem suporta a obrigação.

Em compensação, no caso de responsabilidade penal, o ônus de provar a culpa do acusado, excluídas ações criminais privadas, é sempre do Estado; enquanto na esfera civil, como regra, este ônus será suportado por quem alega o dano⁷.

No quesito culpa, também se vislumbra diferença de tratamento: a culpabilidade exigida para caracterização da responsabilidade civil permite uma leitura bem mais ampla do que na responsabilidade penal. Enquanto na primeira, por vezes, o elemento é até dispensado, como na responsabilidade objetiva, podendo inclusive ser o demandado condenado a suportar uma reparação, mesmo na ausência da culpa; no segundo, a depender da intensidade da culpa, poderá ou não resultar em reprimenda criminal.

Isso não implica dizer que, conceitualmente, a culpa civil e a penal são diferentes. Estas são iguais e têm os mesmos elementos. O que difere é o critério de aplicação, nas duas áreas sob comento, que possibilita ao julgador criminal, em casos de culpa levíssima, sequer efetuar o enquadramento legal.

A imputabilidade também serve para traçar a diferença entre essas duas responsabilidades. Apenas os maiores de 18 anos podem responder por seus atos civil e penalmente, a considerar que o menor infrator está sujeito somente às medidas de proteção e socioeducativas do Estatuto da Criança e do Ado-

⁷ Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

lescente⁸.

Porém, na área cível, admite-se a responsabilidade do menor de 18 anos, nos termos do artigo 928⁹, parágrafo único, do Código Civil, ao prever que este responda pelo prejuízo que causar, excluída a obrigação dos responsáveis pelo menor em face de ausência do dever ou falta de meios, observando, quando da fixação da indenização, o critério de equidade e, de novo, a permissão de exclusão, se ficar demonstrada a possibilidade de privação do menor ou de pessoas que dele dependam do mínimo necessário para sobrevivência.

Por derradeiro, destaca-se que, em termos de responsabilidade civil decorrente da prática de ilícito penal, apesar da independência adotada no regramento pátrio, que permite que as ações tramitem paralelamente, acredita-se que o fato da sentença condenatória do juízo criminal, bem como alguns casos de absolvição, fazerem coisa julgada no cível é um ponto de contato entre as duas formas de responsabilidades.

É dizer, não há necessidade de aguardar uma eventual condenação criminal do acusado para só depois ingressar em juízo para pleitear uma reparação civil, pois ambas, em tese, são independentes. Não obstante, se a decisão criminal convergir para a condenação do acusado, fará coisa julgada no juízo cível, convertendo-se em título executivo judicial; da mesma forma que alguns casos de absolvição impedem nova discussão no juízo cível.

Nesse contexto, finaliza-se apontando a ação civil *ex delicto*, quando resultar em sentença condenatória no juízo criminal, em ponto de contato entre os dois tipos de reparação, pois se tornará dispensável qualquer discussão sobre a obriga-

⁸ Lei n° 8.069/1990.

⁹ Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

ção do réu, servindo a base criminal como título apto à exigência imediata da reparação, que será então tornada líquida para efeitos de execução.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS DE REPARAÇÃO CIVIL EM FACE DO ILÍCITO PENAL

“Compreende, meu senhor, o senhor compreende o que quer dizer isso de não ter para onde ir?, de repente veio-lhe à memória a pergunta que Marmieládov lhe dirigira na noite anterior. Porque todo homem precisa de ter algum lugar aonde ir!”

(DOSTOIÉVSKI, Crime e Castigo, p.57)

Como visto, a prática da infração penal origina dois tipos de pretensão: aquela que busca a punição pelo Estado, que dá ensejo à ação penal; e a em que a parte ofendida persegue a reparação causada pela lesão, que resulta na ação civil. Portanto, é possível concluir que, conquanto possa ser somente uma lesão, as ações são diferentes e, em princípio, haveria independência entre as mesmas.

Tourinho Filho (1999, p.6), explicando as teorias de Toullier e Merlin¹⁰, informa que o primeiro lecionava que entre a ação criminal e a cível, nos casos de ilícito penal, há total independência, ou seja, não existe qualquer influência do julgamento proferido no juízo criminal em relação à decisão do juízo cível. Ao passo que o segundo afirmava que a sentença penal faz coisa julgada no juízo cível, quanto aos fatos e autoria, pois há identidade de causa, de objeto e de partes.

A conclusão de Toullier, originada a partir da crítica à teoria de Merlin, refuta a ideia de identidade entre as ações, pois a ação penal visa à punição, e a ação civil à reparação. Em sendo assim, completa, na *actio civilis ex delicto*, o pedido é pela satisfação do dano; e nem mesmo há identidade de partes,

¹⁰ Doutrinadores civilistas da Escola da Exegese.

como regra, já que esta pode ser proposta pelos herdeiros da vítima.

Malgrado a posição de Toullier não merecer acolhida no tocante à total independência entre as ações evocadas, pelo risco que representa à possibilidade de decisões conflitantes, pensa-se que andou bem com relação à crítica à teoria de Merlin. Afinal, os objetos entre as duas ações são, de fato, de naturezas diferentes, bem como nem sempre persiste a identidade entre as partes nas demandas.

Contudo, inobstante as críticas, as teorias expostas são as bases dogmáticas que sustentam os sistemas de reparação civil em face do ilícito penal, e que recebem tratamento diferenciado na legislação de cada país, a depender da solução abraçada.

3.1 TIPOS DE SISTEMAS

Apesar de cada sistema jurídico seguir, mais ou menos, uma das tendências teóricas, Toullier ou Merlin, não existe um consenso doutrinário quanto à divisão dos sistemas, e a nomenclatura varia ao sabor das escolhas.

Tourinho Filho (1999, p.8), discorrendo sobre os sistemas processuais de reparação civil decorrente da prática de crime, prega a existência de quatro diferentes sistemas mundo afora, os quais nomina da seguinte forma: a) da confusão, b) da solidariedade, c) da livre escolha, d) da separação.

No primeiro sistema, da confusão, explica o doutrinador ser possível que os dois pedidos de reparação – cível e criminal – integrem um só processo, e que sejam deduzidos no mesmo pedido. No segundo, da solidariedade, entende ser aquele que a pretensão do lesado pode até constar no mesmo processo, mas só que em pedidos distintos. No terceiro, da livre escolha, cabe ao ofendido a opção de buscar a reparação civil ainda no juízo criminal, ou deixar para pleitear no juízo cível. No quarto e último, da separação, o ofendido não desfrutaria da alternativa

da livre escolha, sendo obrigatório que os processos corram em separado, para cada um *de per si* conceder a resposta correspondente ao agravo.

No mesmo sentido, Baltazar Júnior (2009, p.285), com pequena variação em relação à divisão citada acima, aponta os seguintes sistemas: a) união, onde haveria unidade de processos criminal e cível; b) separação absoluta ou independência total, em que entre as ações não persiste qualquer laço, salvo a permissão de utilização de provas emprestadas de um processo para outro; c) separação relativa ou independência relativa, em que a competência jurisdicional é diferenciada, ou seja, ao juiz criminal só é dada competência para processar e julgar a questão da responsabilidade penal; d) adesão, no qual é conferida ao juiz criminal competência ampla, mas é facultado à vítima optar pelo requerimento da indenização naquele juízo.

Zaffaroni e Pierangeli (2001, p.858), ao contrário, só identificam dois tipos de sistemas, quais sejam: (a) da confusão ou solidariedade, e (b) da separação. Para os autores citados os sistemas “da confusão” e “da solidariedade” representam a mesma coisa, e o sistema “da livre escolha” é uma opção dentro destes.

Sem nominar os sistemas, Pacelli (2013, p.181) identifica a existência de alguns que permitem o ajuizamento simultâneo dos pedidos de ordem criminal e cível, e outros que preveem a separação entre as instâncias, variando entre maior ou menor grau de independência entre as decisões. Naquelas em que a independência é absoluta, diz tratar-se de separação total; e noutras, onde a independência é relativa, fala em separação mitigada.

Lemes (2009, p.90) reconhece dois grandes sistemas: da cumulação, que teria como variáveis os subsistemas da confusão e da solidariedade; e da separação ou da independência. Observa que o sistema da cumulação, adotado pelas legislações da Argentina, Peru e Portugal, por exemplo, tem sua origem

vinculada às legislações em que a jurisdição surge para substituir as partes, num processo que antes era privado.

Ao fim e ao cabo, seguindo a trilha mais resumida adotada por Zaffaroni e Pierangeli, e, ao mesmo tempo, sem entender necessário dar nome aos sistemas, como optou Pacelli, infere-se que, em linhas gerais, a busca da tutela cível dos danos causados pela prática da conduta criminosa pode ser alcançada, a depender do sistema seguido, pela adoção de uma só instância, que tem competência para conferir tanto a pena aplicável, quanto a reparação civil daí decorrente; ou pela adoção de instâncias separadas, onde o juízo criminal fixa a pena e o juízo cível apura a existência do direito à reparação ou indenização, podendo, também, em havendo condenação criminal antecedente, somente fixar o *quantum* devido a título de reparação civil.

3.2 SISTEMA ADOTADO PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A título de registro histórico, destaca-se, inicialmente, que o Código Criminal brasileiro de 1830 admitia a condenação à reparação dos danos na própria sentença criminal, podendo mesmo converter a prisão em trabalho, caso o réu não possuísse meios de pagar à vítima.

Em tempos mais recentes, desde o Código Civil de 1916, persistindo no atual de 2002, o legislador pátrio deu preferência à doutrina de Merlin, sem adotar, contudo, a pureza dos seus fundamentos, uma vez que, ao tempo em que reconhece a influência da sentença condenatória criminal no juízo cível, a outro estabelece a independência entre as ações. Nesse sentido, vide o artigo 1.525¹¹, da codificação de 1916; e o artigo 935¹²,

¹¹ Art. 1.525. A responsabilidade civil é independente da criminal; não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime.

¹² Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo

da legislação civil substantiva em vigor.

No dizer da doutrina, o sistema processual brasileiro de reparação civil em face do ilícito penal é de independência relativa ou separação mitigada, como afirma Pacelli e outros tantos.

Da teoria de Merlin, reforça-se, ficou o fundamento de que a sentença criminal condenatória faz coisa julgada na instância cível, afastada a independência absoluta entre as ações cível e criminal prevista por Toullier. Disso resulta que, no decorrer da ação penal, pode a vítima ou seus herdeiros ingressar com a ação civil visando à reparação dos danos, e, mesmo em alguns casos de absolvição do réu, não fica afastada a possibilidade de reparação civil.

Entretanto, no sistema brasileiro, essa independência é tida como mitigada, pois no decorrer da ação de reparação civil, se concomitante ao processo criminal, poderá o julgador da instância cível suspender o processo, caso entenda que para sua solução mister se faça a conclusão do processo penal.

Não obstante, em face da Lei nº 11.719/2008, que modificou os artigos 63¹³ e 387¹⁴ do Código de Processo Penal, em certa medida, hoje, é possível afirmar que adotamos também o sistema de adesão. No entretanto, como a possível condenação à reparação civil ainda no juízo criminal se dará em valores mínimos, crê-se mais adequado nominar de adesão relativa.

Pela nova redação, o juiz criminal deverá fixar o valor

questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹³ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

¹⁴ Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória:

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

mínimo para reparação dos danos, quando da condenação, sem excluir a possibilidade do lesado buscar o valor efetivo do dano com a propositura de ação no juízo cível.

É dizer, persiste a independência na propositura das ações, pois de forma concomitante pode tramitar em instâncias diferentes os processos civil e criminal, mas o juízo criminal deverá fixar um valor mínimo para a reparação civil, o que autoriza dizer que na atualidade convivem, no sistema processual brasileiro de reparação civil *ex delicto*, a independência mitigada com a adesão relativa.

4. DOS EFEITOS DO ILÍCITO PENAL NO CONTEXTO DA REPARAÇÃO CIVIL

“O problema estava em saber se é a doença que engendra o crime, ou se o próprio crime, por sua natureza, é que é sempre acompanhado de um certo gênero de doença; mas isso era uma questão que ele não se sentia capaz de resolver.”

(DOSTOIÉVSKI, *Crime e Castigo*, p.86)

A responsabilidade civil independe da responsabilidade penal, e vice-versa, porquanto o legislador pátrio optou pelo sistema de separação ou independência mitigada, o que representa dizer que, ocorrendo o crime e em havendo danos, pode o ofendido buscar a reparação civil na instância correspondente, enquanto o Estado, em regra, trata de promover a persecução criminal, visando à reparação penal.

Todavia, com a nova redação do artigo 387, IV, do Código de Processo Civil, foi introduzido o sistema de adesão relativa, uma vez que, em havendo condenação criminal, o próprio juiz criminal deverá fixar indenização por danos mínimos.

Porém, em face da relatividade da independência entre as ações penal e civil, em certas situações não poderá o juiz da esfera cível rediscutir a existência ou inexistência do delito e da autoria, assim como da ocorrência de circunstâncias que

excluem a ilicitude do fato, por já ter sido discutida no juízo criminal, fazendo coisa julgada.

Nas situações tais, na verdade, ora o juiz se limita a liquidar o valor do dano, pois já houve condenação do réu na esfera criminal; ora não pode sequer cogitar da fixação de qualquer indenização, porque a existência da conduta criminosa foi afastada de forma peremptória.

Nessa esteira, faz coisa julgada no cível a sentença criminal que condena o réu, logo, que reconhece a existência da conduta típica e imputa-lhe a correspondente sanção penal; assim como faz, também, coisa julgada aquela decisão terminativa no juízo criminal que absolve o réu, por reconhecer que está provada a inexistência do fato ou que o réu não concorreu para a infração, como autoriza o artigo 386, I e IV, do Código de Processo Penal, respectivamente.

É evidente que, se ficar provado que o crime não existiu ou, se existindo, restar comprovado que o acusado não é o seu autor, fica afastada a responsabilidade penal pela ausência de tipicidade e de antijuridicidade, no primeiro caso; e de culpabilidade, no segundo.

Em termos de responsabilidade civil, a impossibilidade de fixar indenização é justificada pela ausência dos elementos: nexo de causalidade, quando a absolvição for por reconhecimento da inexistência de crime; e culpabilidade, quando se referir à absolvição por estar comprovado que o acusado não o praticou.

Ao mesmo tempo, por força do disposto no artigo 65¹⁵ do Código de Processo Penal, combinado com o artigo 188¹⁶ do

¹⁵ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

¹⁶ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

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

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

Código Civil, também faz coisa julgada, no juízo cível, a absolvição do acusado fundada em circunstância que afasta a antijuricidade da conduta criminal (artigo 386, VI, primeira parte, do Código de Processo Penal), quais sejam: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito (artigo 23¹⁷ do Código Penal).

Pertinente citar observações feitas por Stoco (2011, p.219), no tocante à exclusão de ilicitude civil e, portanto, da correspondente responsabilização.

Afirma Stoco, referindo-se aos excludentes de ilicitude na lei substantiva civil, que o estado de necessidade, descrito na perspectiva penal, encontra abrigo no inciso II, do artigo 188, do Código Civil, ou seja, na previsão de “deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente”, e adverte que, em todos os casos, só haverá legitimidade se os atos se mostrarem absolutamente necessários e não houver excesso.

Mas é a partir dos artigos 929 e 930, do Código Civil, que a doutrina abre uma divergência digna de nota e de análise mais acurada com relação ao estado de necessidade. No que concerne especificamente a esse excludente de ilicitude, os artigos 929¹⁸ e 930¹⁹, do Código Civil, abrem a possibilidade de reparação civil daquele que sofreu danos, se ficar comprovado que a pessoa lesada ou o dono da coisa não foram culpados do perigo criado, prevendo ação regressiva contra o terceiro causador, a ser proposta por quem suportou o ressarcimento.

Acontece que o artigo 65²⁰, do Código de Processo

¹⁷ Ver nota n° 3.

¹⁸ Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram.

¹⁹ Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.

²⁰ Vide nota n° 9.

Penal, não sugere o permissivo de reparação civil, o que abre dúvidas se poderiam os artigos 929 e 930, do Código Civil, estabelecerem a exceção. Ou seja, se a regra processual penal estabeleceu a imutabilidade da decisão da instância criminal que reconheceu o estado de necessidade, não poderia a norma substantiva cível abrir exceções para permitir reparação civil.

Stoco (2011, p.220), discordando de Carlos Roberto Gonçalves e José de Aguiar Dias, que se posicionam contrários à exceção estabelecida na norma civil, defende que entre os artigos 65, do Código de Processo Penal, e 929 e 930, do Código Civil, não há antinomia. Na sua explicação, o artigo 929 tão somente acolheu a hipótese de responsabilidade sem culpa pela prática de ato ilícito.

Entende-se, como Stoco, que não existe entre os dispositivos das legislações civil e penal desconformidade. O elemento culpa, na responsabilidade civil, por vezes, se faz até despidendo, e diferente da responsabilidade penal. Naquela, as possibilidades de reparação são mais amplas, motivo pelo qual as exceções dos artigos 929 e 930, do Código Civil, apenas objetivam permitir que aquele que suportou os danos e não contribuiu para o evento possa buscar reparação do terceiro causador; sem ferir o dispositivo processual penal, uma vez que o réu absolvido nessas condições permanece isento da obrigação de reparação ou, se o fizer originalmente, tem direito a ação regressiva contra o real culpado.

Em suma, em todas as situações descritas, por coerente, prevalece a conclusão obtida na esfera mais gravosa, a criminal, afastando a possibilidade de reconhecimento do direito de reparação civil em prol daquele que alega a lesão; até porque restou provado que não há crime ou, mesmo tendo havido, restou provado que o acusado não foi o autor do ilícito penal, ou que existem excludentes de ilicitude.

Pensar diferente abriria a possibilidade de decisões divergentes entre os juízos criminal e cível, com demérito ao

próprio prestígio da Justiça, ou, como adverte Dias (1944, vol. II, p.388), como a Justiça é uma só, comportando divisões em termos de jurisdições, não pode uma esfera dizer “sim” e outra dizer “não”, sob pena de essa contradição tornar inviável a sua unidade.

Contudo, nos demais casos, a despeito da absolvição criminal, não fica excluída a possibilidade de a vítima buscar, na instância cível, o direito de reparação. Daí decorre que, nas demais situações previstas no artigo 386 do Código de Processo Penal, ainda que o juiz criminal absolva o acusado, poderá a vítima ter direito à reparação civil, a saber: (a) não haver prova da existência do fato (inciso II) ou (b) se essas provas não forem suficientes para uma condenação (inciso VII); (c) se, comprovada a existência do fato, não existir prova que o réu concorreu para o fato (inciso V); (e) não constituir o fato infração penal (inciso III); e (f) se existirem circunstâncias que isentem o réu de pena ou (g) fundadas dúvidas sobre a existência do crime (inciso VI, *in fine*).

Sobre os efeitos do julgamento criminal em relação à ação cível, em destaque a questão da absolvição criminal por falta de provas, Dias (1983, p.225) explica que nesses casos não há conclusões peremptórias, uma vez que a prova insuficiente para condenação do réu pode ser suficiente como base do pedido de indenização, “desde que contenha o germe da obrigação de reparar”.

Conclui Dias (1983, p.258), afirmando que “os fatos provados no crime não podem ser contrariados por prova cível”, mas o oposto não é verdadeiro, a considerar que aquela prova, que não foi suficiente para condenação criminal, pode sê-lo em relação à condenação cível, e isso é possível por conta da diferença de repercussão da culpa nas duas instâncias.

Para efeitos penais, a culpa é elemento subjetivo do delito, e só nessa configuração é permitido se pensar como sendo capaz de caracterizar a culpabilidade daquele tido como réu.

Ao revés, para efeitos civis, a culpa pode até ser excluída ou receber outras formas, enquanto elemento da responsabilidade, o que concede ao lesado o direito de pleitear no juízo cível a reparação dos danos, mesmo com a absolvição do acusado, nas situações elencadas nos incisos II, III, V, VI e VII, do artigo 386, do Código de Processo Penal.

Noutras palavras, é inadmissível a responsabilidade objetiva no julgamento criminal. Por via de consequência, só age com culpa se caracterizado o dolo ou a culpa em sentido estrito, ou seja, se comprovada a sua imprudência, negligência ou imperícia. Todavia, para fins de responsabilidade civil, sendo admitida a responsabilidade objetiva e outras formas, é possível condenação à reparação civil, mesmo sem culpa.

Schreiber (2012, p.7-51), em estudo primoroso sobre a responsabilidade civil, defende que hoje se vive o ocaso dos filtros da reparação, o que explica até a dispensabilidade da culpa enquanto requisito antes obrigatório, para se considerar o dever de reparar.

A análise de Schreiber foca em cada elemento constitutivo da responsabilidade, e, sobre a culpa, afirma o seguinte: a) que pela dificuldade histórica de demonstração da culpa por parte da vítima, foram criados inúmeros expedientes jurídicos para contornar essa barreira; b) exemplifica, como mecanismos nesse sentido, as teorias do risco e da responsabilidade objetiva, bem como as presunções legais de culpa; c) conclui que, na atualidade, pela configuração dada pela norma e as interpretações cada vez mais extensivas conferidas pela doutrina e pela jurisprudência, apesar da culpa continuar sendo relevante elemento da responsabilidade civil, se comparado há tempos outros, sofreu considerável desgaste, o que permite flexibilização na fixação do juízo de responsabilidade.

A partir dessas considerações, que são ratificadas pelo artigo 66²¹ da lei adjetiva penal, é possível concluir que, se o

²¹ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil

juiz criminal não afastar terminantemente a existência do crime ou participação do acusado na prática do ilícito, ou, ainda, o seu caráter ilícito, a vítima poderá pleitear reparação civil, uma vez que a questão ficou, de certo modo, em aberto naquela instância, podendo ser comprovada na esfera cível, até porque nesta os elementos de prova da culpabilidade, como demonstrado, são mais flexíveis.

No mesmo sentido, se o ato causador da lesão não for tipificado como crime, evidentemente não fica afastada a responsabilidade civil, porquanto pode constituir ilícito civil, de conceituação mais ampla. Por exemplo, se alguém emite um cheque sem provisão de fundos, comete o crime tipificado como estelionato (artigo 171, §2º, VI²², do Código Penal). Porém, se ficar provado que o cheque foi emitido não como pronto pagamento, mas sim como garantia de uma dívida, deve o acusado ser absolvido por ser uma conduta atípica, conforme interpretação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal²³. Inobstante, isso não faz desaparecer o prejuízo da vítima e, nos termos do artigo 186²⁴ do Código Civil, poderá ensejar a reparação dos danos.

Outras formas de exclusão da responsabilidade penal²⁵,

poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

²² Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

(...)

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

VI - emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento.

²³ Comprovado não ter havido fraude, não se configura o crime de emissão de cheque sem fundos.

²⁴ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

²⁵ Observe-se que, com exceção dos casos de inimputabilidade absoluta e embriaguez completa decorrente de caso fortuito e força maior (artigos 26 e 28, §1º), em

sem que represente o afastamento da responsabilidade civil, são as constantes dos artigos 20 (erro sobre o elemento do tipo), 21 (erro sobre a ilicitude do fato), 22 (coação irresistível e obediência hierárquica), 26 e parágrafo único (inimputabilidades penais absolutas²⁶ e relativas²⁷) e 28, §1º (embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior), todos do Código Penal.

Em suma, na questão da reparação civil em face do delito, existem certezas e possibilidades:

a) Certezas: com a condenação criminal e existindo danos, obrigatoriamente nasce o direito de reparação civil, só não sendo efetivada se a vítima não for em busca da indenização, já que se trata de direito disponível; em sendo absolvido de forma peremptória, não pode a vítima ingressar no juízo cível para buscar qualquer tipo de reparação;

b) Possibilidades: nos demais casos de absolvição do acusado, não necessariamente o réu é isentado de reparar os danos, se porventura estes ocorrerem e se os elementos de prova, no juízo cível, se mostrarem suficientes.

Por derradeiro, cumpre registrar que o arquivamento do inquérito ou a extinção de punibilidade²⁸ não ensejam a exclu-

que a condenação é afastada por completo, os demais permitem a redução da pena, a depender da intensidade da culpa.

²⁶ Doença mental e desenvolvimento mental incompleto ou retardado e se era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito e os menores de 18 (dezoito) anos.

²⁷ Perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito

²⁸ O art.107 do Código Penal, que prevê causas extintivas da punibilidade, não é taxativo, mas sim exemplificativo, pois há outras situações, que geram o mesmo efeito, dispersas na norma penal.

“Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

I - pela morte do agente;

II - pela anistia, graça ou indulto;

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou preempção;

V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;

VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;

são da responsabilidade civil, a teor do artigo 67²⁹, do Código de Processo Penal.

Conforme se desprende da leitura do artigo 18³⁰ do Código de Processo Penal, o arquivamento do inquérito sequer faz coisa julgada na esfera criminal, uma vez que resulta numa simples homologação feita pelo juiz a pedido do Ministério Público, podendo ser reaberto, desde que surjam novas provas. Portanto, com mais razão, o arquivamento não pode ser empecilho para o pedido de ressarcimento do dano na sede civil.

De igual sorte, como as causas de extinção de punibilidade não guardam relação com o nexo de causalidade do fato outrora punível, posto que situadas como condições externas aptas a afastar a punição do infrator, esse elo causal subsiste como fato material ou jurídico e, por conseguinte, capaz de gerar responsabilidade civil.

5. DOS DANOS NO CONTEXTO DA REPARAÇÃO CIVIL *EX DELICTO*.

“Sim, mas os fatos não são tudo; pelo menos metade do caso assenta na maneira como se interpretam esses fatos.”
(DOSTOIÉVSKI, Crime e Castigo, p.158)

Indubitavelmente, dano é o elemento primordial quando se pensa em responsabilidade civil, visto que poderá até haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

VII - (Revogado pela Lei nº 11.106/2005)

VIII - (revogado pela Lei nº 11.106/2005)

IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

²⁹ Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

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

II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;

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

³⁰ Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.

Daí ser possível afirmar que, se a conduta do agente apresentar-se como culposa, *lato sensu*, estará passível de responsabilização penal, mas poderá ficar imune à responsabilidade civil se desta não resultar dano. Ao que se conclui, também, que o ato criminoso capaz de gerar responsabilidade civil, em princípio, não pode ser consubstanciado em “crime de mera conduta”; há que ser um delito material ou formal³¹, que resulte em algum tipo de dano.

Afinal, pensar diferente, isto é, aceitar a possibilidade de reparação civil em face da simples prática do ilícito penal, sem que esteja configurado o dano, seria militar em favor do enriquecimento sem causa e desviar-se do objetivo natural da responsabilidade civil, que não é outro senão, a partir do ressarcimento ou da reparação, afastar ou compensar o prejuízo suportado pela vítima.

Nesse sentido, tem apontado a jurisprudência em diversos julgados, merecendo nota à oriunda do Tribunal de Justiça de São Paulo³², que delimitou com precisão quais danos encontram suporte no Código Civil, a ensejar reparação ou ressarcimento.

A par da indispensabilidade da existência do dano, como fonte primária de criação do dever de reparação na instância cível por parte do acusado, identifica-se, hoje, uma crescente valorização desse elemento, tendo, inclusive, o direito de reparação de todo e qualquer dano sido elevado ao *status* de direito fundamental na Carta Política de 1988 (artigo 5º, X³³).

³¹ Crime material só se consuma com a produção do resultado naturalístico (homicídio); Crime forma, por seu turno, não exige a produção do resultado para a consumação do crime (ameaça); Crime de mera conduta, por fim, o resultado naturalístico não só não precisa ocorrer, como ele é mesmo impossível (porte ilegal de arma).

³² Somente danos diretos e efetivos, por efeito imediato do ato culposo, encontram no Código Civil suporte de ressarcimento. Se dano não houver, falta matéria para indenização. Incerto e eventual é o dano quando resultaria de hipotético agravamento da lesão. (TJSP – 1ª C. – AP. – Rel. Octávio Stucchi – j. 20.08.85 – RT 612/44)

³³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do

Schreiber (2012, p.82), após analisar os elementos culpa enexo causal, que integram a responsabilidade civil, e vaticinar seus ocosos, confere ao dano a condição de elemento primordial, porquanto, no mais das vezes, é praticamente o único identificável, havendo uma crescente valorização jurisprudencial deste na função compensatória.

5.1 CARACTERÍSTICAS DO DANO

Contudo, essa volúpia de valorização dos danos não exclui a observância de certos requisitos quando da sua caracterização. Santos (2003, 76) indica os seguintes requisitos como exigíveis para reconhecimento do dano passível de reparação civil: certeza, atualidade, subsistência e pessoalidade.

Diz-se que é “certo” quando se está diante da positividade do dano, isto é, a lesão tem de ser real, não pode se resumir a simples conjecturas, ilações, hipóteses. Trata-se de um dano já produzido, mas que também pode ser antevisto na perspectiva futura, enquanto evolução de um dano conhecido desde logo.

Destaca-se, no entanto, que entre a certeza e a eventualidade existe uma zona gris, nominada de dano por perda de uma chance, que tem como atributo a probabilidade da ocorrência do dano. Não se trata, pois, da certeza do dano positivado, nem a conjectura daquele que existe só na imaginação do lesionado. Trata-se de algo provável, não mera possibilidade.

No que diz respeito à atualidade do dano, este será assim considerado se existente no momento da ação para responsabilização do causador da lesão. Porém, também se considera como atual o dano potencial, isto é, aquele que decorre de um

direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

dano presente, desde que o julgador tenha elementos para apurar o prejuízo futuro. Exemplo nesse sentido é a enfermidade causada por um acidente, que diminua ano a ano a capacidade laboral da vítima, sendo então fixada uma renda a ser suportada pelo autor do dano.

No quesito subsistência, levar-se-á em conta o fato do causador da lesão ter ou não reparado o dano à época da propositura da ação. Motivo pelo qual, se o causador da lesão, quando da propositura da ação, já o tiver reparado, diz-se que o dano é insubsistente, logo, fica afastada a possibilidade de ressarcimento. Diferente se o dano for reparado pela própria vítima ou por terceiros, caso em que poderão buscar a compensação, acionando o causador.

Por fim, quanto à questão do dano ser pessoal, próprio, observam-se duas situações que são consideradas como tal, a despeito da lesão direta incidir sobre outra pessoa: a) quando a parte pleiteia a indenização como sub-rogado no direito do lesado, pois promoveu a reparação e tem direito de reaver o que despendeu com quem tinha obrigação de fazê-lo; b) no caso de homicídio, os parentes requerem direito próprio, já que a morte do pai ou do marido, por exemplo, pode comprometer a subsistência dos que ficaram.

5.2 CONCEITO, TIPOS GERAIS E FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS.

O artigo 5º, X³⁴, da Constituição Federal, que inscreveu o direito à indenização como direito fundamental, deixa claro que o dano passível de reparação é tanto o de ordem patrimonial, quanto extrapatrimonial.

É dizer, cometido o ato ilícito, civil ou penal, e a depender do interesse protegido, poderá a vítima ingressar em juízo com a finalidade de obter indenização pelos danos, cuja norma

³⁴ Vide nota n° 23.

constitucional estabeleceu poderem ser de ordem material (patrimonial) ou moral (extrapatrimonial).

Ressalta-se que se adotou a nomenclatura geral, dano patrimonial ou material e extrapatrimonial ou moral, por se entender que as variadas denominações, como por exemplo, dano estético, dano existencial, dano infecto e dano emergente são espécies daqueles.

Em linhas gerais, dano é prejuízo, um desvalor, resultado da conduta humana capaz de lesionar um interesse tutelado pelo direito, podendo incidir sobre o patrimônio ou em detrimento a afeições legítimas. Ao que se denomina, no primeiro caso, de dano material, o que incide sobre o patrimônio; e, no segundo, dano moral, que recai sobre o direito de personalidade.

De sua feita, se o dano material resultar em perda de ganho ou renda, diz-se que é dano emergente, e, se a perda refere-se ao impedimento do aumento do patrimônio, está-se diante de lucros cessantes.

No tocante aos danos morais, grandes divergências têm sido suscitadas na doutrina e na jurisprudência, principalmente quanto à sua natureza e à complexidade na fixação do valor desse tipo de dano.

Para alguns, quando do reconhecimento da existência dos danos morais, na fixação do valor indenizável, deve-se levar em conta tão somente o prejuízo sofrido, excluindo o caráter punitivo, porquanto não seria próprio da responsabilidade civil, conforme aponta Lourenço (2006, p.184-189), ao elencar os vários argumentos nesse sentido.

No que concerne à complexidade na fixação dos danos morais, faz-se importante recordar as duas correntes existentes, uma capitaneada por Savigny e a outra por Ihering (SANTOS, 2003, p.84-86).

Savigny não reconhecia sequer a existência dos danos morais, sob o argumento genérico de que os bens ideais, logo

inalienáveis, estão fora do comércio. Por consequência, os que defendem a mesma posição indicam outros óbices: a) impossibilidade de provar o dano moral; b) impossibilidade de medição da dor; c) imoralidade da compensação com dinheiro da perda de um pai ou da honra, por exemplo; d) representaria enriquecimento sem causa da vítima, pois haveria incremento de patrimônio, sem que tenha havido diminuição.

Ihering, contrário senso, sustentava que qualquer interesse é merecedor de proteção por parte do Direito; que o fato da dificuldade de aquilatar em dinheiro o valor da indenização não é razão para deixar o lesado ao desabrigo da lei, e que não existe nesse caso enriquecimento sem causa, pois a fonte da obrigação de indenizar é o ato ilícito. Arremata afirmando que, se por um lado o dinheiro nunca será suficiente para reparar esse tipo de dano, por outro, suaviza o sofrimento ao permitir aquisição de outros prazeres da vida que ajudam a mitigar o sofrimento.

De qualquer sorte, sendo ou não conveniente que a norma preveja a reparação do dano extrapatrimonial, e tampouco possa ou não o julgador fixá-la com vistas no *punitive damages*, nas duas linhas argumentativas é reconhecida a dificuldade de fixação do valor devido.

Na doutrina, algumas sugestões para objetivar a quantificação dos danos morais têm se apresentado, mas, ao fim e ao cabo, a conclusão é de que o prudente arbítrio do julgador, quando da aplicação da norma, é a receita final.

Por conta dessa dificuldade de fixar parâmetros objetivos para fixação do valor exato a ser pago a título de dano moral, no Brasil, em grande medida, percebe-se que os tribunais superiores têm se limitado a firmar a métrica do valor dos danos morais, avaliando, com base nos julgamentos de casos repetidos, se o *quantum* fixado é adequado ou desproporcional.

Nessa esteira, no mais das vezes, diferente dos valores fixados pela Justiça americana, percebe-se certo comedimento

da Justiça brasileira, que não adota como regra a reparação com função punitiva; por mais que, nos últimos tempos, tenha se constatado movimento em sentido contrário, em casos mais emblemáticos ou diante da insistência de alguns fornecedores, nas questões afetas ao direito consumerista de persistir na prática de condutas tidas como ilícitas.

5.3 DA CONTROVÉRSIA SOBRE O TIPO DE DANO MÍNIMO INDENIZÁVEL

Conquanto a ação civil *ex delicto* não enseje maiores divergências doutrinárias, posto que consolidada em seus muitos aspectos, a nova maneira de buscar a reparação ou ressarcimento *ex delicto*, introduzida pela Lei nº 11.719/2008 no Código de Processo Penal, que estabeleceu no inciso IV, do artigo 387, a possibilidade de fixação do “dano mínimo” em caso de condenação do réu, ainda causa algumas indagações e perplexidades, principalmente na jurisprudência, motivo pelo qual se faz necessário o debate.

Majoritariamente, os tribunais brasileiros³⁵ têm entendido que, em se tratando de danos mínimos, previsto na legislação processual penal, só é possível o julgador fixá-los em termos materiais.

Os argumentos utilizados, para os que acreditam que o dano mínimo a ser fixado no juízo criminal é somente de natureza material, são os seguintes: a uma, que textualmente a lei

³⁵ Apelação nº 0029971-78.2010.8.26.0196 (TJ/SP): Violência Doméstica. Autoria e materialidade comprovadas. Os danos do art.387, IV, do CPP, referem-se somente aos danos materiais.

Apelação nº 0242211-21.2007.8.19.0001 (TJ/RJ): Danos morais, em face de ilícito penal, devem ser buscado no juízo cível.

Apelação nº 7391415 (TJ/PR): Roubo simples. Sentença Condenatória. Instituto de caráter material. Ausência de parâmetros para fixação dos danos morais.

Apelação nº 785.774-3 (TJ/PR): Roubo. Condenação. Exclusão do dano mínimo, em face de abalo moral, pois “prejuízo sofrido pelo ofendido” só corresponde a dano material.

está a tratar somente do dano material, pois a expressão “prejuízo sofrido pelo ofendido”³⁶, pressupõe dano moral; a duas, que é estruturalmente inviável ao juízo criminal fixar danos morais, sendo esta apuração somente possível no juízo cível.

Em sentido oposto, crê-se que, com as recentes modificações, os danos mínimos alcançam as duas variáveis: patrimonial e extrapatrimonial.

Apesar de, em termos usuais, se conferir às palavras ressarcimento, reparação e indenização um tratamento igualitário, como se fossem sinônimas, tecnicamente, porém, não têm o mesmo significado.

Considera-se ressarcimento o pagamento de todo prejuízo material sofrido, abrangendo, pois, o dano emergente e os lucros cessantes, o principal e os acréscimos que adviriam com o tempo e com o emprego da coisa. Como reparação, entende-se a compensação pelo dano moral, a fim de minorar a dor sofrida pela vítima. Ao passo que indenização é termo reservado para a compensação do dano decorrente de ato lícito do Estado, mas lesivo ao particular.

Ressarcimento e reparação, portanto, decorrem da prática do ato ilícito, e a indenização tem origem no ato lícito, em virtude do poder Estatal de sobrepor o interesse da coletividade ao do particular.

Numa interpretação literal, se o artigo 387, IV, da lei processual penal, que estabelece o dano mínimo a ser fixado no juízo criminal, utiliza a expressão “reparação”, e se “reparação” guarda relação com a forma de compensar a vítima por danos morais enfrentados, não há porque excluir a possibilidade de fixação desse tipo de dano ainda na esfera criminal.

Observa-se que, no Código de Processo Penal, no artigo

³⁶ Argumento apresentado pelo juiz FREITAS, Wladimir de Passos de. *Condenação civil na Ação Penal não funciona na prática*. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, set.2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-set-06/condenacao-civil-sentenca-criminal-aplicacao-pratica>. Acesso em: 11/10/2013.

64³⁷, o legislador usa o termo ressarcimento para se referir à ação civil *ex delicto*, visando à reparação integral da lesão, por puro desapego à terminologia empregada pela doutrina em relação à palavra. Na verdade, apesar de falar em “ressarcimento”, por certo se refere à reparação em termos amplos, já que se trata de ação civil voltada à reparação no juízo cível.

Solução diferente, com apego exagerado à literalidade da palavra, impediria a condenação do réu à reparação (danos morais) no juízo cível, em ação civil *ex delicto*, pois seria considerado como permitida só a ação voltada à compensação pelos danos materiais (ressarcimento).

De qualquer maneira, se for considerada a textualidade da expressão utilizada pela norma, acredita-se que, com mais razão, o legislador, ao estabelecer a possibilidade do juízo criminal fixar a reparação por dano mínimo, o fez na perspectiva do dano moral, uma vez que usou o termo “reparação”.

O segundo argumento, ou seja, de que o juízo criminal não tem meios de fixar os danos morais, demonstra ser ainda mais inconsistente, se se considerar que o juízo cível se vale do mesmo instrumental, qual seja, a prudente avaliação do julgador.

Diferente dos danos materiais, em relação aos quais, não raro, o juiz tem de se valer do auxílio de peritos balizados para poder fixar o *quantum* devido; nos danos morais, todo e qualquer juiz, independente da área de competência, terá de se valer de boa dose de subjetivismo e dose condizente de discernimento na fixação de valor proporcional e razoável.

Não bastasse tudo isso, que reforça não haver razão para afastar a fixação dos danos morais no contexto da legislação processual penal, pensa-se que, quando da ocorrência do ilícito penal, muitas vezes pode até não restarem danos materiais, mas

³⁷ Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.

difícilmente deixará de existir a lesão extrapatrimonial.

Como regra, a infração penal, mesmo que sem violência à pessoa, deixa marcas indeléveis no espírito dos que sofrem a lesão. Por conseguinte, como não reconhecer a existência dos danos morais naqueles que sofreram ataques injustos à sua honra, por exemplo, com conhecimento público dos fatos por toda uma comunidade? Como não reconhecer que a vítima de estelionato, tendo diminuição considerável do patrimônio por conta do golpe, se sente angustiada e fragilizada? Como não reconhecer que ter uma correspondência violada causa aflição?

Enfim, acredita-se que o dano moral é quase que uma consequência automática do ilícito penal, podendo mesmo acontecer sem que ocorra dano material; motivo pelo qual se conclui ser admitido, e até desejável, que, na fixação dos danos mínimos pelo juízo criminal, se estabeleça o *quantum* devido a título de danos morais, afora os materiais, se porventura existentes.

6. OUTRAS CONTROVÉRSIAS DECORRENTES DA FIXAÇÃO DO DANO MÍNIMO PELO JUÍZO CRIMINAL

“(...) o desejo do bem existe, embora sob uma forma pueril, e honestidade também se encontra, apesar de que, visíveis ou encobertos, abundam os velhacos; mas, pelo que respeita o sentido prático, não existe de maneira nenhuma. Quanto a senso prático, nada!” (DOSTOIÉVSKI, Crime e Castigo, p.172-173)

A par da insistência da jurisprudência pátria em reafirmar a impossibilidade de fixação dos danos morais mínimos na instância criminal, a teor do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, existe ainda quem defenda a impossibilidade de fixação de reparação civil, em face de qualquer tipo de dano³⁸,

³⁸ Apelação nº 0004103-37.2011.8.17.0480 (TJ/PE) : Crime de Roubo. Exclusão do valor do dano mínimo fixado. Por falta de pedido formal e por não ter sido facultado

remetendo a integridade da matéria ao juízo cível, valendo-se de variados argumentos.

Nas antíteses, que apelam para a inconstitucionalidade do dispositivo, a contrariedade resume-se em apontar: (a) ausência do contraditório e da ampla defesa, e (b) violação do artigo 125, §1º³⁹, da Constituição Federal.

A transgressão aos princípios constitucionais, estampados no artigo 5º, LV⁴⁰, que preveem, como direito fundamental, que os acusados tenham acesso ao contraditório e à ampla defesa, residiria no fato da responsabilidade civil não integrar o objeto da ação penal. Logo, ao não integrar a peça de acusação, quando o réu formulasse sua defesa, não restaria assegurado o contraditório e, portanto, a defesa não seria com a amplitude que a Constituição Federal faculta.

Como se dissessem que, se na denúncia oferecida pelo Ministério Público, no caso de ação penal pública, ou na queixa-crime apresentada pelo querelante, em se tratando de ação penal privada, não há espaço para requerer a reparação e/ou ressarcimento dos danos; não tem como o réu/querelado defender seu direito nesse tópico, por conseguinte, não exerce o contraditório e a ampla defesa no tocante à responsabilidade civil, o que impede o juiz criminal de fixar os danos mínimos.

Ademais, o dispositivo atacado seria inconstitucional, pois o artigo 125, §1º, da Constituição Cidadã estabeleceria

o contraditório e a ampla defesa.

Apelação nº 0056795-09.2009.8.19.0001 (TJ/RJ): Fixação dos danos somente levando em conta as declarações da vítima. Não houve juntada de documentos comprobatórios. Violação do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Apelação nº 2023/2009 (TJ/RJ): Ausência de pedido do beneficiário. Violação do princípio da correlação.

³⁹ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

⁴⁰ LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

competência privativa aos tribunais estaduais de organização das unidades jurisdicionais, via leis de organização judiciária de cada ente federado.

Por esse motivo, a lei infraconstitucional *sub analise* estaria avançando sobre a competência dos tribunais estaduais ao conferir atribuições cíveis ao julgador da esfera criminal, quando a lei de organização judiciária estadual teria fixado somente competência criminal.

As alegações contrárias às teses da inconstitucionalidade mais utilizadas no campo doutrinário são da seguinte ordem: (a) que a análise probatória no juízo criminal é mais ampla, sendo possível concluir com maior acuidade se o réu/querelado tem ou não culpa a ensejar as responsabilidades penal e civil; (b) que o acusado/querelado tem consciência de uma possível condenação relacionada ao dano mínimo, motivo pelo qual deve proceder à defesa nesse aspecto; (c) que deve ser levado em conta que a fixação dos danos mínimos na instância criminal atende aos princípios da duração razoável do processo e de economia processual; e (d) que a matéria é de ordem processual, cuja competência para legislar é de exclusividade da União, a teor do artigo 22, I, da Constituição Federal.

Não me parecem suficientes os argumentos que defendem a tese da inconstitucionalidade para afastar a aplicação do artigo sob comento. Mas, por outro lado, alguns dos argumentos utilizados para refutá-los também não se creem adequados.

A Constituição Federal, em seu inciso II, artigo 5º, estabelece que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. *Mutatis mutandis*, se existir lei prevendo a obrigação de fazer a pessoa não pode se escusar.

Corolário ao dispositivo constitucional citado no parágrafo acima, tem-se o artigo 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942, com as modificações introduzidas pela Lei nº 12.376/2010), que preceitua

que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

Ora, todas as exigências legais e consequências estão previstas no artigo 387, dentre as quais o dever do magistrado fixar o dano mínimo, desde que existentes, e, por certo, o direito do réu de na sua defesa atentar para a apresentação dos argumentos contrários que indiquem a inexistência dos danos, por exemplo.

O que se quer dizer, em última palavra, é que, gozando a norma de publicidade presumida, sendo exigível a observância por todos, não pode o acusado dizer que deixou de promover a sua defesa no tocante à responsabilidade civil, e aponte cerceamento de defesa.

Por outro lado, o comando normativo do artigo 387, IV, da legislação processual penal, obriga o magistrado e o representante do Ministério Público, enquanto poder-dever, a fixar o valor da indenização por dano mínimo, desde que presentes, e faculta ao advogado do querelante requerer a mesma condenação, logo, na condição de poder-querer.

Assim, cumprirá ao Ministério Público ou ao advogado do querelante, quando oferecer denúncia e queixa-crime, respectivamente, requerer de plano a fixação de dano mínimo, apontando provas nesse sentido; ao advogado de defesa compete, na peça de oposição, tentar afastar, por todos os meios cabíveis, a responsabilidade civil, também indicando provas no sentido oposto ao pleiteado pela vítima; e o julgador deve (não pode) fixar o dano mínimo, se comprovado.

Todavia, entende-se que, para não caracterizar burla aos princípios constitucionais, o Ministério Público ou o advogado do querelante devem reduzir o pedido a termo, quando da apresentação da peça inicial, sob pena de, não deduzindo no que consistem os danos alegados, de fato inviabilizar a defesa plena do réu/querelado.

Em suma, não se pode previamente considerar a fixação

do dano mínimo como inconstitucional por falta de observância do contraditório e da ampla defesa. Se formulado o pedido, pelo órgão de acusação ou pelo advogado do querelante, e o juiz na sentença condenatória reconhecer o dano e fixar valor mínimo pela reparação, não pode o acusado/querelado alegar posteriormente cerceamento de defesa. Se não atacou o pedido de reparação civil, tem de arcar com o ônus da omissão.

Dentro desse pensamento, entretanto, realça-se que a simples alegativa de promoção da economia processual e atenção ao princípio constitucional da duração razoável do processo não é suficiente para reforçar a aplicação da norma do dano mínimo, posto que os princípios do contraditório e da ampla defesa, em nenhuma circunstância, podem ser afastados.

Até porque nem se faz necessária tão grave violação a princípios constitucionais fundamentais e caros ao Estado democrático de direito, pois, como se afirmou à exaustão, para cumprir a norma impositiva, contida no artigo 387, IV, da legislação processual penal, basta que o Ministério Público ou o advogado manifestem, na peça acusatória, a pretensão de ver apreciada a fixação dos danos mínimos.

Dito isso, destacam-se dois pontos interessantes dentro desse tópico, e que exigem uma melhor análise: 1º) quanto à obrigatoriedade ou não do juiz fixar os danos mínimos, em toda e qualquer circunstância; 2º) da legitimidade do Ministério Público requerer a fixação do dano mínimo, por conta de decisão pacificada pelo Supremo Tribunal Federal – STF⁴¹, que

⁴¹ MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL EX DELICTO - CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 68 - NORMA AINDA CONSTITUCIONAL - ESTÁGIO INTERMEDIÁRIO, DE CARÁTER TRANSITÓRIO, ENTRE A SITUAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE E O ESTADO DE INCONSTITUCIONALIDADE - A QUESTÃO DAS SITUAÇÕES CONSTITUCIONAIS IMPERFEITAS - SUBSISTÊNCIA, NO ESTADO DE SÃO PAULO, DO ART. 68 DO CPP, ATÉ QUE SEJA INSTITUÍDA E REGULARMENTE ORGANIZADA A DEFENSORIA PÚBLICA LOCAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF - RE: 341717 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/08/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010

estabelece como sendo atribuição da Defensoria Pública, onde houver, promover a execução da sentença condenatória ou ação civil *ex delicto* em favor daqueles considerados pobres, modificando, em parte, a aplicação do disposto no artigo 68⁴², do Código de Processo Penal.

A 2ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1⁴³ decidiu que a fixação dos danos mínimos é dever do juiz, mesmo nos casos em que não exista vítima determinada. Nesse julgamento, decidiu ser dever do magistrado fixar os danos mínimos, por compreender que o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, não exige a existência de vítima concreta, bastando, como na espécie, considerar como ofensa genérica à sociedade. O TRF1 chega a essa conclusão, justificando que o artigo citado não comporta interpretação restritiva, pois criaria exceção que o legislador não previu.

Em que pese achar-se que o dano mínimo é um poder-dever do julgador, não um poder-querer, não se acredita que a jurisprudência supramencionada seja adequada, posto que contrária aos princípios e normas, que devem ser levadas em consideração numa interpretação sistêmica, sofrendo tais argumentos de anemia.

Porém, no que concerne à legitimidade do Ministério Público pleitear a fixação do dano mínimo quando do oferecimento da denúncia, acredita-se que a decisão da mais alta Corte de Justiça do país não lhe afasta tal atribuição e, desta feita, independente da condição socioeconômica da vítima.

Já se disse que para se considerar como existente o dano, tem-se de observar os requisitos que lhes são intrínsecos, den-

EMENT VOL-02392-03 PP-00653 RSJADV mar., 2010, p. 40-41)

⁴² Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.

⁴³ Embargos Infringentes nº 0000884-16.2009.4.01.3600 (TRF1-2ª Seção): Tráfico de Entorpecentes. Obrigatoriedade do juiz fixar o dano mínimo. Art.387, IV do CPP não exige vítima determinada.

tre os quais ora se destaca a “certeza” e a “pessoalidade”. Ou seja, o dano é certo quando a lesão é real, não se trata de hipótese ou mera ilação de quem alega; e diz-se que é pessoal, quando quem pleiteia exerce direito próprio ou por sub-rogação ao direito do lesado, por ter suportado o ônus da lesão.

Ora, nesse diapasão, observa-se que, no caso de vítima indeterminada, o dano perde dois elementos – certeza e pessoalidade, descaracterizando-o como tal. Afinal, na hipótese de considerar a sociedade como vítima do dano, avança-se para o campo da mera presunção, que se encontra no mesmo patamar da teoria pura, não concreta; e, por igual, não preenche o requisito da pessoalidade, uma vez que não se pode considerar como próprio ou por sub-rogação, nos termos conceituais, um direito genérico.

Pelo atributo da “certeza”, o dano sofrido pela vítima é real, não hipotético, de sorte que não se faz possível aceitar a construção jurisprudencial como válida, sob pena de anular-se um dos caracteres identificadores do dano; pois, a partir daí, a simples presunção da lesão, já que a ofensa à sociedade representa um dano etéreo, ensejaria o dever de fixação do dano mínimo.

Ademais, se todo e qualquer crime, bem como os atos ilícitos da esfera cível, teoricamente, têm como vítima indireta a sociedade, porquanto nessas situações a desejada harmonia foi quebrada, o Estado-juiz estaria obrigado a fixar a reparação do dano tão logo fosse realizada a lesão, independente de requerimento da parte lesionada.

Ou seja, aceitar o argumento da vitimização da sociedade como justificativa para impor a fixação do dano mínimo equivale dizer que, mesmo nos casos de direitos disponíveis da seara exclusivamente cível, independente de provocação do Estado-juiz, ter-se-ia de estabelecer a obrigação do sujeito ativo em reparar o dano.

Por derradeiro, reforçando entendimento contrário à

jurisprudência em comento, entende-se que o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, por ter estreita correlação com a norma do artigo 63, do mesmo estatuto penal, que inclusive a ele remete, está a tratar da reparação civil sob a ótica do Código Civil, o que exige uma vítima e um dano determinado, e não difusamente.

No tocante à legitimidade do Ministério Público para pleitear ou não a fixação do dano mínimo, não se tem dúvida que, na esteira do artigo 387, IV, da norma processual penal, a decisão do Supremo Tribunal Federal não se põe em oposição, pois tem como destino unicamente a ação civil *ex delicto*.

E isso se justifica pelo fato da titularidade da ação penal pública ser do Ministério Público, sendo exclusivamente a este permitido o oferecimento da denúncia. Por evidente, se o pedido de dano mínimo deve integrar o corpo da denúncia, e se cabe ao representante do *parquet*, com singularidade, apresentar a denúncia contra o acusado, parece óbvio que tenha plena liberdade para requerimento do dano mínimo, independente, neste caso, da condição socioeconômica da vítima; diferente da ação civil *ex delicto*, por ser a vítima pobre, em que poderá a Defensoria Pública exercer a representação do lesado.

Quanto à segunda tese da inconstitucionalidade, acusando violação do artigo 125, §1º, da Constituição Federal, tem-se que, também, numa avaliação mais apropriada, não prospera.

É fato que a Carta de 1988 estabeleceu a competência dos tribunais estaduais para organizar o Poder Judiciário de cada ente federado, podendo criar a quantidade de varas, juizados e número de vagas na 2ª instância, bem como a distribuição da competência por matéria a cada uma das unidades jurisdicionais.

Porém, não é dessa matéria que trata o artigo 387, IV, da legislação adjetiva penal. De fato, esse artigo trata de matéria processual, tanto que inserido no Código Processo Penal, cuja competência é exclusiva da União. Seguindo essa direção, o

Superior Tribunal de Justiça – STJ firmou jurisprudência⁴⁴, afastando a inconstitucionalidade por igual argumento.

Não bastasse isso, conclui-se que, a vingar posição em sentido contrário, representa também um quadro de confusão entre os diversos julgadores. Na Justiça Estadual, nas instâncias iniciais, o juiz detém competência cível e criminal, o que resultaria, em tese, na possibilidade deste fixar o dano mínimo; enquanto o juiz criminal de entrância final, cujas competências são mais especializadas e detém atribuição cível ou criminal, não poderia decidir da mesma forma.

Acontece que a legislação processual brasileira é única, isto é, aplicável em todo território nacional, independente do magistrado exercer as funções no primeiro ou no segundo grau, na entrância inicial ou especial, e de compor a Justiça Estadual, Federal ou do Trabalho. Daí porque inviável alegar inconstitucionalidade nesses termos, pois se correria o risco de ferir o princípio da unicidade da jurisdição, com a aplicação diferenciada da legislação processual penal: quando o juiz da instância inicial, com competência criminal e cível, poderia fixar o dano mínimo, em face da condenação criminal; enquanto que ao juiz criminal da instância especial ou final seria vedada a fixação do mesmo dano.

Outros argumentos contrários à aplicação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, apresentam-se, desta feita no contexto infraconstitucional. Muitos advogam, principalmente em termos jurisprudenciais, que a disposição fere o princípio da inércia do juiz⁴⁵, constante no artigo 2^o⁴⁶ do Código de Pro-

⁴⁴ A Constituição – ao outorgar, sem reserva, ao Estado-membro, o poder de definir a competência dos seus tribunais (art. 125, § 1^o) – situou positivamente no âmbito da organização judiciária estadual a outorga do foro especial por prerrogativa de função, com as únicas limitações que decorram explícita ou implicitamente da própria CF. Desse modo, a matéria ficou subtraída do campo normativo da legislação processual ordinária: já não incide, portanto, na área da jurisdição dos Estados-membros, o art. 87 do CPP." (HC 70.474, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 17-8-1993, Primeira Turma, DJ de 24-9-1993.)

⁴⁵ Apelação nº 0004103-37.2011.8.17.0480 (TJ/PE) : Crime de Roubo. Exclusão do

cesso Civil, e que se trata de pedido *extra petita*⁴⁷, nos termos dos artigos 128⁴⁸ e 460⁴⁹ do mesmo diploma legal.

Noutras palavras, como o juiz fixaria *ex officio* o valor do dano mínimo, em caso de condenação, a norma seria contrária ao princípio da inércia, bem como *extra petita*. Para esses, a fixação dos danos mínimos na esfera criminal só comporta uma exceção, no caso da ação penal privada, e desde que seja formulado o pedido.

Em sentido oposto, as colocações que defendem a aplicação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, são as seguintes: a) que se trata de determinação legal; b) que a fixação do dano mínimo é efeito legal da condenação, a exemplo do que acontece por força do artigo 92⁵⁰ do Código Penal; e c) que, por ser efeito da sentença condenatória, integra o seu conteúdo decisório.

Explicando melhor, o artigo 92, da lei substantiva penal, estabelece diversos efeitos secundários decorrentes da conde-

valor do dano mínimo fixado. Por *falta de pedido formal* e por não ter sido facultado o contraditório e a ampla defesa.

⁴⁶ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

⁴⁷ Apelação nº 2023/2009 (TJ/RJ): Ausência de pedido do beneficiário. Violação do princípio da correlação.

⁴⁸ Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

⁴⁹ Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁵⁰ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado;

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

nação, que, portanto, integram o seu conteúdo decisório. Logo, tendo a obrigação de fixação do dano mínimo à mesma natureza, não se constituiria em deliberação a ser delegada à esfera cível, já que faz parte da própria decisão condenatória.

Embora favorável à tese da fixação dos danos mínimos na instância criminal, recepcionam-se os entendimentos de defesa da legalidade, nos termos acima, com reservas.

Entende-se que, como o dano mínimo consiste numa reparação civil, trata-se de direito disponível, logo deverá a vítima formular o pedido. Entretanto, não se limita ao caso de ação penal privada, por considerar que a lei não impôs essa restrição.

Afora isso, faz-se necessário o pedido se se levar em conta que, apesar do dano moral ser invariavelmente presumido em caso de ilícito penal, o dano material tem de ser provado. Dessa forma, importante se torna a participação da vítima, dando subsídios ao Ministério Público, assistente de acusação ou advogado, para que o pedido seja proposto consubstanciado em provas.

Até porque, se não houver pedido, pensa-se que haverá, aí sim, cerceamento de defesa e violação do direito à ampla defesa, já que não terá sido permitido ao réu o conhecimento ilimitado de todo o pedido, mas só dos motivos indicados para sua condenação criminal.

Não se desconhece que a ação penal pública tem como titular o Ministério Público e, portanto, após a prática do ilícito e convertendo-se em processo criminal, a vítima passa a ter um papel coadjuvante no impulso da ação penal. Porém, não há qualquer impedimento ou conduta imprópria, por parte do *parquet*, se buscar viabilizar a prova do dano junto à vítima ou familiares, para apresentação do requerimento de reparação civil mínima concomitante à denúncia.

Afinal, diferente do magistrado, ao representante do Ministério Público, se convencido da culpa do acusado, não se

pede imparcialidade, exige-se conduta ativa voltada à condenação daquele que delinuiu, em todos os seus termos.

Em conclusão, pela natureza da reparação estabelecida na norma processual penal, não se percebe ser esta tão somente efeito da condenação, mas sim uma forma encontrada pelo legislador para minorar os danos enfrentados pela vítima, por conta do ilícito penal. Entretanto, repita-se, por sua natureza é direito disponível, o que exige a formulação de requerimento.

7. CONCLUSÕES

“Há também de permeio uma teoria sua, pessoal, a sua teoria, segundo a qual os homens se dividem em seres materialistas e em seres especiais; isso é, em indivíduos para os quais, pela sua alta posição, a lei não foi escrita, antes pelo contrário, são eles quem dita a lei aos outros homens; isto é, aos materialistas, ao povo.”

(DOSTOIÉVSKI, *Crime e Castigo*, p.559)

Em tempos mais recentes, tem crescido sobremaneira a preocupação com a vítima, direta ou indireta, do ilícito penal. Afinal, se por um lado, foi importante o combate às atrocidades dos castigos aplicados àqueles que cometiam delitos, a partir da humanização das penas e respeito à dignidade da pessoa humana; por outro, de algum tempo a sociedade se ressentia de ações voltadas às vítimas dos delitos.

No Brasil, quanto à maior valorização da vítima do ilícito penal, visando tutelar também os seus interesses, exemplos de modificações legislativas nessa direção não faltam: multa reparatória⁵¹ a ser revertida em prol da vítima, prevista no Código

⁵¹ Lei nº 9.503/1997:

“Artigo 297. A penalidade de multa reparatória consiste no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia calculada com base no disposto no § 1º do artigo 49 do Código Penal, sempre que houver prejuízo material resultante do crime.

§ 1º A multa reparatória não poderá ser superior ao valor do prejuízo demonstrado

de Trânsito Brasileiro; composição dos danos, prevista na Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), em substituição à pena restritiva de liberdade⁵²; Lei nº 9.807/99, que versa sobre o programa especial de proteção das vítimas ameaçadas; e a Lei nº 11.690/2008, que incluiu no Código de Processo Penal a previsão de assistência psicossocial, jurídica e à saúde, a ser custeada pelo ofensor ou pelo Estado.

No campo normativo internacional, destaca-se a criação de dois mecanismos que conferem direitos às vítimas: Declaração dos Princípios Fundamentais de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotado pela Assembleia Geral do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, através da Resolução 40/34, no ano de 1985; e os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações das Normas Internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações, adotado pela Assembleia Geral da ONU, através da Resolução 60/147, no ano de 2005.

Pela Resolução 40/34, naquilo que diz respeito ao direito de reparação civil, fica assegurada rápida reparação do prejuízo sofrido pela vítima (artigo 4º) e reafirma a importância de evitar demoras desnecessárias nas resoluções das causas que lhes concedam indenização (artigo 6º, letra “e”).

De relevante no tópico da reparação civil, por seu turno, a Resolução nº 60/147 estabelece o direito à adequada, efetiva e célere reparação dos danos sofridos pela vítima, cabendo aos Estados nacionais preverem, na legislação doméstica, mecanismos apropriados para a uma reparação eficiente.

no processo.

§ 2º Aplica-se à multa reparatória o disposto nos artigos 50 a 52 do Código Penal.

§ 3º Na indenização civil do dano, o valor da multa reparatória será descontado.”

⁵² Artigo 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a

vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Como é possível concluir, a par da preocupação demonstrada pela comunidade internacional de oferecer à vítima mecanismos de reparação efetiva dos prejuízos enfrentados, percebe-se que há também uma inquietação de que as legislações dos Estados membros deem tratamento célere às demandas.

Em resumo, são claros os propósitos emanados das Resoluções citadas, exigindo que os países criem marcos normativos voltados à reparação das vítimas de danos decorrentes de infrações penais, que, além disso, atentem para um tempo razoável de resposta pelo Poder Judiciário.

Pari passu com as orientações dos órgãos internacionais, bem como em observância ao disposto no artigo 245⁵³ da Constituição Federal, o Brasil editou a Lei nº 9.807/99, instituindo normas de assistência e proteção às vítimas e testemunhas e, mais precisamente, em relação ao direito de reparação civil da vítima, o próprio artigo 387, IV do Código de Processo Penal, ao admitir a fixação de dano mínimo pelo juízo criminal.

E mais: com a Emenda Constitucional nº 45/2004, pelo acréscimo ao artigo 5º do inciso LXXVIII⁵⁴, o direito de todos à duração razoável do processo foi considerado como princípio constitucional fundamental.

Malgrado ter o Brasil adotado medidas legais objetivando se adequar às resoluções voltadas aos interesses das vítimas de ilícitos penais, emanadas dos organismos internacionais dos quais é membro, pensa-se que a receita adotada com a introdução da indenização por dano mínimo pelo juízo criminal, por força do acréscimo do inciso IV, no artigo 387, da legislação processual penal, não foi a mais adequada e tampouco suficiente aos fins perseguidos.

⁵³ Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

⁵⁴ LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

De fato e de direito, antes dessa mudança, a vítima só contava com a possibilidade de reparação civil, mínima que fosse, se ingressasse com a ação correspondente no juízo cível.

Porém, pensa-se que a solução encontrada, diante das alternativas, não foi a melhor, porquanto incompleta. Não bastasse isso, observa-se que mesmo essa “solução incompleta” tem sido alvo de resistência na aplicação, por parte dos julgadores; bem como de despreocupação, por parte do Ministério Público, quanto à efetividade.

O primeiro óbice diz respeito à exclusão de fixação de indenização por dano moral em sede de juízo criminal, como dano mínimo.

Nessa direção, exemplificativamente, cita-se as seguintes decisões: ACR 7107⁵⁵ (RS 5001034-43.2010.404.7107), do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4, que afirma não ser correto fixar dano mínimo, de natureza extrapatrimonial, porquanto o juiz teria de se valer de critério subjetivo; APL 14201320108260318⁵⁶, do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP ou o RC 71003855⁵⁷, do Tribunal de Justiça do

⁵⁵ PENAL. PROCESSUAL PENAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ALICIAMENTO DE TRABALHADORES. OMISSÃO DE ANOTAÇÃO EM CTPS. PRELIMINAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONEXÃO PROCESSUAL. MÉRITO. ART. 344 CP. NATUREZA FORMAL DO CRIME. PRESCINDIBILIDADE DO DANO EFETIVO AO PROCESSO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. ART. 149, CP. INOCORRÊNCIA. ARTS. 207 E 297, § 4º, AMBOS DO CP. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO CONFIGURADOS. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. VALOR DO DIA-MULTA. CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. REDIMENSIONAMENTO. *INDENIZAÇÃO MÍNIMA. DANO MORAL. NÃO CABIMENTO.* (grifou-se)

⁵⁶ APELAÇÃO LESÃO CORPORAL VIOLÊNCIA DOMÉSTICA AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES QUE SE IMPÕE - AUSÊNCIA DE PLEITO DA ACUSAÇÃO QUANTO À INDENIZAÇÃO DAS VÍTIMAS ART. 387, IV, DO CPP, QUE PREVÊ HIPÓTESE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (grifou-se)

⁵⁷ APELAÇÃO CRIME. LESÕES CORPORAIS LEVES. ARTIGO 129, CAPUT, DO CP. VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA, EM CONJUNTO COM A CONFIS-

Rio Grande do Sul – TJRS que, sem qualquer justificativa, admitem somente o dano material, dentre inúmeras outras no mesmo sentido.

Em que pese ser esta a posição jurisprudencial majoritária, entende-se que representa desarmonia com a norma imposta, já que nesta, em nenhum momento, foi conferida a limitação apontada nos julgamentos sobre a matéria.

Apenas a título ilustrativo, tentando-se demonstrar a incoerência dos que advogam que o artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, destina-se tão somente aos danos de caráter patrimonial, mencionam-se os crimes contra a honra – calúnia, injúria e difamação, que, sem embargo, causam danos morais, podendo causar eventualmente, também, danos materiais.

Daí porque, se admitida como válida essa tese, não se poderia pensar em reparação civil mínima no juízo criminal, como regra, nos crimes contra a honra, quando o legislador não excetuou, nesse tipo de crime, o efeito da fixação do dano mínimo, quando da condenação.

Afora isso, não se vislumbra, como muitos indicam, impossibilidade de conferir danos morais na instância criminal por falta de critérios objetivos, uma vez que também no juízo cível o critério a ser observado para fixação é subjetivo. Nas duas instâncias, por conta da dificuldade de estabelecer critérios legais objetivos para fixação da indenização por danos morais, o que se exige do julgador é atenção aos requisitos de proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, não se trata, como querem alguns, de dificuldades intransponíveis ao juiz que milita na esfera criminal, pois

SÃO DO RÉU. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. condenação por Dano moral afastada, art. 387, iv, cpp. Ocorrência do delito comprovada através da prova material e judicial produzida nos autos. Inexistência de razões para desqualificar o relato da vítima, que se manteve firme desde a fase policial, amparado, aliás, pelo exame de corpo de delito e pela própria confissão do réu, feita na fase pré-processual. Pena. Indenização fixada a título de danos morais afastada, haja vista que a indenização reparatória fixada no âmbito penal compreende somente eventual dano patrimonial. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA, POR MAIORIA. (grifou-se)

os desafios ao juiz cível são os mesmos, não dispondo esse último nem de meios outros, nem de legislação própria a apontar os tais requisitos objetivos que, por dedução, referem-se os opositores da fixação do dano moral mínimo.

Milita, ainda, contra a aplicação dos danos mínimos, a postura do Ministério Público ou do assistente de acusação/advogado/Defensor Público que, pelo que aponta a jurisprudência, não têm sido diligentes no requerimento de reparação civil, quando da denúncia ou da queixa-crime.

Disso resulta a exclusão dos danos mínimos, quando fixados pelo julgador sem que haja pedido nesse sentido, por afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conforme entendimento consagrado pela mais alta corte do país, o Supremo Tribunal Federal – STF⁵⁸, e repetido pelos demais tribunais.

Por outro viés, não se entende o motivo pelo qual o legislador optou, na mudança legislativa do Código de Processo Penal, pela adoção do dano mínimo na instância criminal, e não dos danos efetivos.

A opção do legislador, acredita-se ser uma solução incompleta e, por consequência, inadequada para atender aos anseios das vítimas e das orientações formuladas nas Resoluções 40/34 e 60/147, assim como contrária à tendência normativa adotada por outros países.

Na verdade, com o emprego desse meio termo, o legislador pátrio estabeleceu dois sistemas de reparação civil: (a) separação das ações, mas de forma mitigada, uma vez que se podem propor de forma concomitante as duas ações, guardando

⁵⁸ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSUAL PENAL. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ART. 387, INC. IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRARIEDADE AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (STF - RE: 724454 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 04/12/2012, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 07/12/2012 PUBLIC 10/12/2012)

independência, ao tempo em que a sentença condenatória criminal faz coisa julgada no cível; (b) adesão, mas de forma relativizada, porquanto é possível fixar indenização para reparação civil, pelo juízo criminal e em face da condenação, mas só que objetivando compensar parte do dano.

Ora, sem meias palavras, as resoluções destacam a importância dos Estados-membros da ONU em adotarem mecanismos legislativos que permitam efetiva reparação civil das vítimas de ilícitos penais. Ao que se entende ser a solução do artigo 387, IV, da legislação processual penal brasileira, inepta para alcançar a extensão pretendida.

Nesse contexto, por certo, os que se posicionam contrários ao sistema de adesão relativa no juízo criminal das duas formas de reparação dirão que não resta prejudicada a completa indenização da vítima, a considerar que se poderá sempre ingressar no juízo cível com a ação civil *ex delicto*.

A estes argumentos, lembra-se o outro objetivo das resoluções, reforçadas na Constituição Federal como direito fundamental, que é a celeridade processual ou duração razoável do processo.

Com efeito, se para a vítima obter a reparação pelos prejuízos sofridos, na integralidade, será preciso, mesmo que fixados os danos mínimos, ingressar com nova ação para receber a integralidade, desta feita no juízo cível, não se pode falar em celeridade.

No mesmo diapasão, se a vítima ingressar com a ação de reparação civil independente e concomitante à ação criminal, como permitido no artigo 935⁵⁹ do Código Civil, a chance de suspensão desta ação é considerável, nos moldes do artigo 64, parágrafo único⁶⁰, do Código de Processo Penal, já que difícil-

⁵⁹ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁶⁰ Art.64. (...)

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o

mente o juiz da instância cível sentir-se-á confortável de prolatar uma decisão, que responsabilize civilmente o réu, durante o trâmite da ação penal, pela possibilidade de decisões contraditórias.

Assim, nesses dois cenários – ação civil para conseguir a reparação não contemplada na fixação do dano mínimo e ação civil visando à integralidade da reparação, o tempo para solução definitiva será tão extenso que não será permitido falar em duração razoável do processo.

Por tudo exposto, conclui-se que melhor seria se o legislador tivesse adotado simplesmente o sistema de reunião das ações, na modalidade de adesão, visando às reparações criminal e civil em prol da vítima, a ser conferida pelo juiz da instância penal de forma integral.

A opção pelo sistema de reunião por livre escolha representa efetividade da reparação da vítima de forma mais próxima da completude, celeridade na resolução da demanda e, por que não dizer, economia de atos processuais.



REFERÊNCIAS

- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *A sentença penal de acordo com as leis de reforma*. In: Guilherme de Sousa (Coord.). *Reforma do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade Civil em Debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

- _____. *Da Responsabilidade Civil*. 11ª ed. revista, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Belfort Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. *Da Responsabilidade Civil*. vol.I. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.
- _____. *Da Responsabilidade Civil*. vol.II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1944.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor Mikháilovitch. *Crime e Castigo*. Rio de Janeiro: Nova Cultura, 1993.
- GALCEZ NETO, Martinho. *Responsabilidade Civil no Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Responsabilidade Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. vol.1, 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2005.
- JESUS, Damásio E.de. *Direito Penal. Parte Geral*. vol.1, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- LEMES, Alexandre Barbosa. *Direito Processual Penal*. vol.1 Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- JARDIM, Afranio Silva. *Direito Processual Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- _____. *Código de Processo Penal Interpretado*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. São

- Paulo: Método, 2011.
- _____. *Prática de Processo Penal. Teoria e Prática*. 4ª ed. São Paulo: HM Editora, 2005.
- NORONHA, E.Magalhães. *Direito Penal*. vol.1. São Paulo: Saraiva, 1979.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo Penal. O Direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- PORTO, Mário Moacyr. *Temas de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- REIS, Clayton. *Dano Moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil*. vol. 4, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela perda de uma chance*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade Civil por Dano Existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil 2. Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil. Doutrina e Jurisprudência*. vol.I, 3ª ed. Rio de Janeiro:

Aide, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. vol.2. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. vol.1, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Código de Processo Penal Comentado*. vol.2, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no Direito brasileiro*. São Paulo: E.V.Editora Ltda., 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl., PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZENUN, Augusto. *Dano Moral e sua Reparação*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.