



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Efetividade da Fixação de Valor Mínimo a Título de Danos na Sentença Penal
Condenatória introduzida pela Lei 11.719/2008

Manoelly Velasco Santos

Rio de Janeiro
2010

MANOELLY VELASCO SANTOS

A Efetividade da Fixação de Valor Mínimo a Título de Danos na Sentença Penal
Condenatória introduzida pela Lei 11.719/2008

Artigo Científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^a. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof^a Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

A EFETIVIDADE DA FIXAÇÃO DE VALOR MÍNIMO A TÍTULO DE DANOS NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA INTRODUZIDA PELA LEI 11.719/2008

Manoelly Velasco Santos

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos - FDC. Advogada

Resumo: A reforma do Código de Processo Penal trazida pela Lei 11.719/2008 deu nova redação ao art. 387, IV do CPP, possibilitando que haja condenação em valor mínimo de reparação de danos na sentença penal. A referida condenação trará consequências ao Direito Processual Civil refletindo em alguns dos seus consagrados institutos, como o do princípio da efetividade, ampla defesa, contraditório e limites da coisa julgada. Partindo do pressuposto de que a condenação em danos na sentença penal não impedirá o ajuizamento de demanda civil para a reparação de danos, faz-se necessário analisar a efetividade de tal medida, não esquecendo do objetivo primordial do processo, qual seja, o alcance da efetividade da tutela jurisdicional.

Palavras-chaves: Reparação. Dano. Sentença. Penal. Condenatória. Efetividade.

Sumário: Introdução. 1. As mudanças introduzidas pela Lei 11.719/2008 com a nova redação do art. 387, IV do CPP. 2. Principais institutos do direito processual civil afetados com a reforma da Lei 11.719/2008. 2.1. Princípio da efetividade do processo e as reformas legislativas. 2.2. Garantias da ampla defesa e do contraditório. 2.3. Princípio da correlação entre a demanda e a sentença. 2.4. A ofensa aos limites subjetivos da coisa julgada. 3. Controvérsias surgidas na doutrina e na jurisprudência. 4. Questões Práticas Relevantes. 4.1. Prova do dano no juízo criminal. 4.2. Da possibilidade de interposição de embargos de declaração e de apelação. 4.3. Do cabimento de revisão criminal. 4.4. Do ajuizamento concomitante de ação penal e de ação civil para a reparação dos danos no juízo cível. 4.5. Da aplicação da regra do art. 387, IV do CPP no Tribunal do Júri. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda a repercussão de reforma do Código de Processo Penal (CPP), trazida pela Lei 11.719/2008, que deu nova redação ao art. 387, IV do CPP, no âmbito do processo civil. A alteração no referido artigo estabeleceu a possibilidade do magistrado na sentença penal condenatória arbitrar um valor mínimo de danos causados à vítima. Ocorre que apesar da intenção do legislador ter sido a de possibilitar uma prestação jurisdicional mais célere, a nova sistemática interfere em alguns princípios dispostos na Constituição Federal, além de não observar institutos consagrados no direito processual civil.

Neste contexto, é importante se atentar para a efetividade de tal medida, uma vez que a condenação em danos na sentença penal condenatória não irá impossibilitar que a parte demande na esfera cível a reparação pelos danos sofridos.

É de se observar, sobretudo, o desrespeito as garantias previstas na Constituição, principalmente, a ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.

Ressalte-se que, a se admitir que o juiz fixe na sentença penal um valor mínimo referente aos danos sofridos, é necessário que tenha havido pedido, sob pena de se afrontar o princípio da correlação entre a demanda e a sentença e os limites da coisa julgada. Surgindo, pois, outro problema a ser analisado, qual seja, quem fará o pedido.

Levando-se em consideração que a norma é uma faculdade conferida ao juiz, cabe realçar a importância da atuação do magistrado na aplicação da medida, além do posicionamento jurisprudencial a respeito da temática.

Dessa forma, é importante que os operadores do direito se deparem com estas questões para que diante da aplicação ou não da norma ao caso concreto se consiga alcançar o resultado esperado em um processo judicial, qual seja, a efetividade e justiça na prestação da tutela jurisdicional.

1. AS MUDANÇAS INTRODUZIDAS PELA LEI 11.719/2008 COM A NOVA REDAÇÃO DO ART. 387, IV DO CPP

A reforma do Código de Processo Penal implementada pela Lei 11.719/2008 trouxe em seu bojo a possibilidade de a sentença penal condenatória fixar um valor mínimo de indenização referente aos danos causados à vítima pela prática da infração penal.

O art. 63 do CPP estabelece que após o trânsito em julgado da sentença condenatória o ofendido poderá promover a execução no juízo cível. Esse direito conferido ao ofendido decorre da previsão do art. 91, I do CP que determina como sendo efeito automático da condenação a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

A Lei 11.719/2008 introduziu o parágrafo único ao art. 63 do CPP possibilitando a execução no juízo cível pelo valor fixado nos termos do inciso IV do art. 387, ressaltando-se, contudo, eventual necessidade de liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Verifica-se, portanto, que antes da reforma, era assegurado à vítima a possibilidade de, estando diante de uma sentença penal condenatória, tida como título executivo judicial, nos termos do art. 475-N, II do CPC, postular no juízo cível a liquidação de sentença para, posteriormente, promover a instauração da execução, ou propor a ação civil *ex delicto*, ajuizada no âmbito civil para a obtenção da indenização, ainda que na pendência da ação penal. Ao ofendido era imposto que, previamente à execução, apurasse o valor efetivo do dano a ser reparado por meio da dedução de liquidação no juízo cível, comprovando, assim, o *quantum* do dano civil.

Com a reforma, resta assegurado à vítima, caso esteja satisfeita com o valor fixado na sentença penal condenatória, promover, desde logo, a execução desse valor. Ao contrário, se desejar rever o valor fixado na sentença condenatória, deverá pleitear a liquidação da sentença penal para só depois promover a execução, conforme ocorria no sistema anterior à

reforma, ou, da mesma forma, propor a ação civil *ex delicto*, já que o art. 64 do CPP não foi alterado com a reforma.

Das considerações até aqui apontadas parece que a reforma veio a contribuir para a celeridade na prestação da tutela jurisdicional, podendo-se evitar uma demanda cível para se apurar o valor da indenização referente aos danos causados à vítima de um crime, na medida em que o próprio juiz com competência para proferir a sentença penal condenatória já poderá, desde logo, fixar o referido valor, poupando trabalho ao juízo cível e contribuindo para a efetividade da prestação da tutela jurisdicional.

Ocorre que as reformas legislativas muitas vezes não conseguem alcançar, na prática, o que se pretendia na teoria, seja por má aplicação dos operadores do direito, seja por esbarrar em importantes institutos do ordenamento jurídico, o que a torna, muitas vezes, até mesmo inconstitucional.

Dessa forma, importante analisar se a reforma implementada pela Lei 11.719/2008, ao possibilitar a fixação de valor mínimo de indenização por danos na sentença penal condenatória esbarra em algum instituto consagrado no ordenamento jurídico e se realmente irá contribuir para se ter um processo justo e efetivo.

2. PRINCIPAIS INSTITUTOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AFETADOS COM A REFORMA DA LEI 11.719/2008

As alterações trazidas pela Lei 11.719/2008, que ora se examina, esbarra em diversos institutos do direito processual civil e constitucional, tais como, ampla defesa, contraditório, correlação entre o que foi pedido e o concedido pelo juiz na sentença e os limites subjetivos da coisa julgada, como se passará a analisar.

2.1. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO E AS REFORMAS LEGISLATIVAS

Para DINAMARCO (1999, p. 271) o conceito de efetividade do processo se baseia na “almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como principal objetivo a efetividade da prestação da tutela jurisdicional. Tem-se visto com as intensas e frequentes reformas legislativas, e perto da aprovação de um Novo Código de Processo Civil e de Processo Penal, a procura incessante por uma reconstrução da imagem do Poder Judiciário, que anda com descrédito no meio de quem dele precisa para resolver os seus conflitos de interesse, diante da morosidade e da não efetividade das decisões judiciais que, muita das vezes, quando proferidas não conferem utilidade a quem por ela esperava justiça.

O que se procura com as reformas implementadas nas legislações é tentar dar uma resposta e solução às crises e críticas feitas ao Poder Judiciário, mas nem sempre é o que se consegue. Por vezes, a intenção do legislador quando da realização do projeto não é a mesma que se encontra prevista na lei após a sua publicação, ou então não se consegue na prática o resultado almejado quando da elaboração da norma.

É nesse contexto que se destaca a importância do magistrado na implementação das inovações legislativas, principalmente, quando se confere a ele a escolha entre a aplicação ou não da norma.

De acordo com CABRAL, (2010), a reforma teve por principal objetivo dar celeridade à indenização, sem que para isso fosse necessário que o lesado suportasse a demora do processo de liquidação de sentença ou que fosse preciso ajuizar ação autônoma, pois já teria algum valor definido desde logo na sentença.

Ocorre que o simples reconhecimento do direito em uma sentença não basta para se falar em justiça e efetividade. Conforme lição de BUENO (2009, p. 151) “é inócuo falar em um “processo justo” ou em um “processo devido”, dando-se a falsa impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão-só observância da correção do meio de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional”. Logo, não bastam mudanças legislativas prevendo meios de se implementar medidas que aparentemente contribuem para a prestação da tutela jurisdicional, mas que, na verdade, não garante às partes resultados práticos e concretos para a resolução de seus conflitos de interesse.

Por outro lado, sob o prisma da utilidade prática da reforma, não se verifica nenhum benefício no que tange a efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que esse novo regime não impede o ajuizamento de demanda civil de reparação de danos causados pela prática da infração penal, caso a vítima não considere adequado o valor mínimo fixado pelo juiz. E como o próprio art. 387, IV do CPP prevê que a fixação será em valor “mínimo”, automaticamente já desperta na vítima o interesse de se chegar a um valor máximo, ou que pelo menos considere adequado. Estimulando a propositura da liquidação da sentença penal no juízo civil sem se utilizar do suposto benefício trazido pela reforma coma a Lei 11.719/2008.

Na verdade, com a reforma estar-se-ia possibilitando que a vítima dê à sentença, na parte da indenização, o destino que pretender. Sendo certo que terá efetividade se ficar satisfeita com o valor nela fixado, promovendo, nesse caso, apenas a execução no juízo cível, mas se não ficar satisfeita poderá promover naquele juízo demanda pleiteando a indenização devida pelos danos causados pelo réu com a prática do crime. Isto porque o art. 64 do CPP autoriza o ajuizamento da ação para ressarcimento do dano na esfera cível, e a reforma em nada alterou essa norma. Note-se que a reforma estaria apenas conferindo ao ofendido o direito de escolher, uma vez transitada em julgado a sentença penal, caso se dê por insatisfeito

com o valor mínimo de indenização fixado nesse provimento, promover uma demanda cível para liquidação do referido valor.

Será que essa é a efetividade que se espera de uma decisão judicial? Que deixa à mercê de uma das partes o destino e efetividade do processo? Ao que tudo indica não.

2.2. GARANTIAS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

De acordo com CÂMARA (2008, p. 49-50) o princípio do contraditório pode ser considerado o mais importante dentre os que pertencem ao devido processo legal, pois para o referido autor, “não há processo justo que não se realize em contraditório”. E nesta linha de entendimento define o princípio do contraditório, sob o ponto de vista jurídico, como sendo “a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a consequente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.”

Neste contexto se insere a necessidade de garantir o contraditório e a ampla defesa, previstos no texto constitucional, art. 5º, LV, não bastando dar à parte a possibilidade de participar do processo, como por exemplo, sendo ouvida pelo juiz, mas é necessário que se dê a ela a oportunidade de influenciar na decisão do magistrado, sob pena de violação aos citados princípios constitucionais. Afinal de contas, vivemos em um Estado Democrático de Direito, e no dizer de DIDIER JR. (2009, p. 57) “democracia no processo recebe o nome de contraditório”.

O que se verifica da literalidade do art. 387, IV do Código de Processo Penal é que ao possibilitar que a sentença penal condenatória contenha a indicação de um valor mínimo da indenização devida ao ofendido sem que haja pedido expresso, está se retirando da parte contrária, que sofrerá a condenação, a possibilidade de influenciar na decisão do juiz, ferindo visivelmente o princípio do contraditório.

Ressalte-se, no entanto, que há na doutrina posição em sentido contrário defendendo que não se pode confundir o contraditório com a exigência de requerimento, uma vez que mesmo sem pedido o juiz poderia suscitar o debate intimando as partes para que controvertam a respeito do tema, mesmo sem requerimento. Corrente capitaneada por CABRAL (2010).

Entretanto, ao se permitir que o juiz suscite nas partes o debate sobre as controvérsias existentes, estar-se-ia admitindo que ele exerça o papel de acusar e julgar ao mesmo tempo, o que viola o sistema acusatório, além de desrespeitar o princípio da inocência. Isso porque o juiz já estaria, ao suscitar o debate, partindo do pressuposto de que houve danos patrimoniais a serem reparados, e nem sempre é o que ocorre com a prática de crime.

2.3. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DEMANDA E A SENTENÇA

Os pontos de conflito com a efetividade do processo e o desrespeito aos institutos do direito processual não param. Em relação ao princípio da correlação entre a demanda e a sentença a reforma também trouxe problemas.

Na lição de CÂMARA (2009, p. 114), “a necessidade de respeito ao princípio da correlação nada mais é do que a imperiosa garantia que devem ter as partes de que poderão prever, com absoluta exatidão, todos os possíveis resultados do processo”.

Observe-se, portanto, que a vítima deverá pleitear a condenação do valor mínimo a título de indenização por danos na sentença penal condenatória, para que seja respeitado o princípio da correlação. Por outro lado, deve ser assegurado ao réu a possibilidade de influenciar nessa decisão, para que se respeite o princípio do contraditório.

É importante observar que esse assunto não é pacífico na doutrina, tendo quem entenda não ser necessário o requerimento para que o juiz fixe o valor mínimo da

indenização, na medida em que essa fixação decorreria do próprio texto legal. É a posição defendida por CABRAL (2010) e PACELLI (2009).

Diante desse quadro a reforma esbarra em mais um problema, qual seja, a legitimidade para se pleitear a indenização. Quem teria legitimidade para tal? O Ministério Público, titular da ação penal?

Note-se que, diante da necessidade de se ter um pedido para que possa haver a fixação do valor mínimo de indenização na sentença penal, o autor da ação é quem tem, em regra, a legitimidade para pleiteá-lo. Ocorre que, ao se conferir ao Ministério Público tal legitimidade estar-se-ia tratando de legitimidade extraordinária que de acordo com as normas processuais exige expressa previsão legal. Dessa forma, como a lei não faz tal previsão não há se falar em legitimidade do Ministério Público. Esta é a posição defendida por CÂMARA (2009).

Restaria, pois, conferir ao ofendido a legitimidade para postular a indenização perante o juízo criminal. E no dizer de CÂMARA (2009, p. 115) “estar-se-ia a reconhecer a competência do juízo criminal para o processo civil que tivesse por objeto a reparação do dano causado pelo mesmo fato que, no processo penal, se afirma ser crime.”

Diante de tal afirmação, o referido doutrinador, defende uma inconstitucionalidade formal na medida, uma vez que esbarra no art. 125, § 1º da CRFB/88. Defende o mesmo autor que a competência *ratio materiae* dos juízos estaduais deve estar prevista em normas de organização judiciária, reservado à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça, o que não ocorreu na hipótese. Diferentemente, o que se verifica é uma lei federal conferindo atribuição a um juízo cível, o que demonstra a inconstitucionalidade formal da norma.

Em tentativa de solucionar o problema, CÂMARA (2009) sugere que a fixação do valor da indenização pelo juízo criminal não dependa de demanda civil. Ocorre que, como o próprio doutrinador afirma, isso traria outro problema só que de ordem constitucional, uma

vez que a fixação do valor mínimo sem pedido esbarraria no princípio da correlação entre demanda e sentença, que por via reflexa, ofenderia a garantia do contraditório, continuando, a ser inconstitucional.

Dessa forma, se verifica que a alteração de que trata o art. 387. IV do CPP encontra-se eivada de inconstitucionalidade, não podendo ser, pois, aplicada.

2.4 – A OFENSA AOS LIMITES SUBJETIVOS DA COISA JULGADA

Ao se admitir que o juiz penal fixe o valor mínimo a título de danos na sentença penal condenatória sem que haja para tanto requerimento, surge um novo problema a ser enfrentado, qual seja, a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada.

Os limites objetivos, como é sabido, dizem respeito ao contido na parte dispositiva da sentença, que decide o que foi pedido na inicial.

Neste ponto, considerando, hipoteticamente, que o juiz tem o poder-dever de fixar o valor mínimo, mesmo que para tanto não haja requerimento, a fixação referida estaria contida no pedido, e, portanto, abrangida pelo limite objetivo da coisa julgada.

O problema maior encontra-se nos limites subjetivos da coisa julgada, na medida em que por este instituto a sentença somente abrange quem foi parte na demanda, impedindo que seja proposta nova demanda com o mesmo pedido e causa de pedir. Como o ofendido não participa do processo criminal em que, eventualmente, será fixado o valor mínimo de indenização, não haverá para ele coisa julgada. Posição defendida por CÂMARA (2009).

Observe-se, portanto, como já analisado, que a nova regra do art. 387, IV do CPP não impede que o ofendido proponha uma liquidação do juízo civil mesmo diante da fixação do valor mínimo na sentença penal, ou que proponha uma ação civil *ex delicto* para se chegar

ao valor devido. Sendo certo que o juízo civil não está vinculado ao que foi decidido pelo juízo criminal, podendo, inclusive, discutir a existência ou não do dano.

Neste contexto, correta a conclusão de CÂMARA (2009) que não vislumbra qualquer utilidade na regra do art. 387, IV do CPP, na medida em que não vinculará o juízo cível, que poderá estabelecer valor menor, ou declarar a inexistência do dever de indenizar por ausência de dano indenizável. O autor vai além, considerando tal dispositivo inconstitucional por ferir o princípio da razoabilidade previsto no art. 5º, LIV do CRFB/88.

Não obstante, ser a posição supracitada a que se entende por mais correta, é importante destacar que a questão está longe de ser pacífica e, neste caso, conveniente apontar a posição em sentido contrário.

CABRAL (2010) entende que não se pode discutir a existência da obrigação de indenizar na esfera civil, se na sentença penal constar a fixação do valor mínimo, isto porque a certeza do título executivo estaria abrangida pela coisa julgada, por força do art. 91, I do CPP, permitindo que seja revisto apenas o *quantum* indenizatório. Ademais, o autor diferencia a vinculatividade da coisa julgada e os efeitos da sentença. Assim, mesmo se o mínimo indenizatório fixado fosse compreendido nos limites objetivos da coisa julgada e se tornasse imutável, ao réu condenado não seria dado rediscutir a questão no juízo cível, diante dos efeitos da sentença.

Para CABRAL (2010) os terceiros podem ser atingidos pelos efeitos de decisões tomadas em um processo, mesmo que dele não participem, sendo este o motivo de se admitir que haja no processo intervenção de terceiros. Dessa forma, ao invés de ferir o contraditório, o fato de terceiros poderem ser atingidos pelos efeitos da decisão é o que autoriza sua participação no processo.

No que tange aos limites subjetivos da coisa julgada, CABRAL (2010) sustenta que o instituto vincula aqueles que participaram do processo, sendo certo que estes não

poderiam rediscutir a matéria decidida no dispositivo da sentença, mas os terceiros que dele não participaram poderiam reabrir a discussão em outro processo.

Logo, por esse entendimento, o causador do dano, ou seja, o réu no processo penal, não poderia rediscutir a questão pois estaria vinculado à coisa julgada. Mas a vítima que não participou do processo (não se habilitou com assistente de acusação) não estaria vinculada à decisão, e, portanto, poderia rediscutir novamente no juízo cível. Conforme defendido por CABRAL (2010), como a vítima foi vencedora não faria sentido que ela contrariasse a execução da parcela mínima dos danos que lhe beneficiou, podendo apenas, se desejar, rever o valor fixado, já que este estaria excluído dos limites objetivos da coisa julgada por fazer parte de uma cognição sumária.

3 – CONTROVÉRSIAS SURGIDAS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Não obstante o posicionamento aqui defendido no que tange a não aplicação da regra do art. 387, IV do CPP uma vez que não trará efetividade ao processo, não é o que se verifica nas decisões do Rio de Janeiro que vem aplicando com frequência a referida norma, não obstante haver entre elas algumas controvérsias.

No que tange à natureza jurídica da norma trazida no art. 387, IV do CPP, para saber se teria caráter penal ou processual e a consequente aplicação imediata, a jurisprudência apresenta forte divergência. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro encontram-se posições em ambos os sentidos, mas vem prevalecendo tratar-se de norma de natureza penal, ou para alguns de caráter misto, e em sendo mais gravosa para o réu, só seria aplicada após a sua entrada em vigor, não podendo, portanto, retroagir. É o que se extrai da Ap. Crim. 0009201-15.2008.8.19.0007, Des. Siro Darlan de Oliveira com julgamento em 27/04/2010 e, ainda, Ap.

Crim. 0147460-76.2006.8.19.0001 Des. Marcia Perrini Bodart com julgamento em 20/04/2010, ambos pela Sétima Câmara Criminal.

Considerando a norma de natureza processual e, portanto, de aplicação imediata, tem-se a decisão proferida pelo Nosso Tribunal na Ap. Crim. 0012504-54.2007.8.19.0045 (2009.050.07558) Des. Márcia Perrini Bodart, julgado em 23/02/2010, Sétima Câmara Criminal, no sentido de que “A norma introduzida pela Lei 11.719/08 tem natureza puramente processual e aplica-se ao caso se à época da sentença já estava em vigor”.

A doutrina e jurisprudência controvertem a respeito da possibilidade do pronunciamento de ofício pelo juiz sem a necessidade de pedido da parte para a fixação do valor mínimo dos danos a serem reparados à vítima na sentença penal.

PACELLI (2009, p. 540) defende que o valor possível de ser fixado imediatamente na sentença penal condenatória será “aquele que tiver sido objeto de discussão ao longo do processo, prescindindo, porém, de pedido expresso na inicial”. No sentido da norma conferir ao juiz o dever de prestação jurisdicional *ex officio*, tem-se a Ap. Crim. 0041202-37.2009.8.19.0001 (2009.050.07155), Des. Guaraci de Campos Vianna, julgado em 12/01/2010, pela Quarta Câmara Criminal do TJ/RJ.

No entanto, parte da doutrina que escreve sobre o tema e parte da jurisprudência entendem que deve haver pedido do ofendido para que a fixação do valor mínimo de danos na sentença penal seja possível, sob pena de se violar o princípio da correlação entre a demanda e a sentença. Entre outros, é a posição defendida por CÂMARA (2009) e no TJ/RJ na Ap. Crim. 0008352-95.2007.8.19.0001, Des. Marcus Quaresma Ferraz, julgado em 28/04/2010, pela Oitava Câmara Criminal.

Destaque-se que pela literalidade do art. 387, IV do CPP é possível a fixação de valor mínimo de indenização por danos, sem especificar a natureza destes danos. Logo, diante de uma interpretação literal, o artigo não restringiu essa indenização tão-somente aos danos

patrimoniais, referindo-se, ao contrário e genericamente à “reparação de danos”. Neste contexto, em que pese a dificuldade de realização dessa estimativa, é possível a reparação, também, de danos de ordem moral eventualmente causados pela infração penal. Ademais, o legislador permitindo ao juiz criminal, por ocasião da sentença condenatória, estabelecer indenização mínima devida à vítima, objetivou possibilitar a esta ter satisfeito o prejuízo que lhe foi causado pela prática criminosa com maior prontidão, sem necessidade de aguardar as delongas de uma fase liquidatória prévia ao ajuizamento da ação executória. Como a fixação do valor mínimo na sentença penal visa a antecipar, em parâmetros mínimos, o valor que, em liquidação de sentença, seria apurado no juízo cível, e tendo em vista que no cível, pelo art. 186 do CC/02 a reparação de danos inclui tanto os morais quanto os materiais, resta claro que o legislador não fez nenhuma restrição.

Posição esta também defendida por CABRAL (2010) que, no entanto, faz uma importante ressalva, para ele a questão não deve ser resolvida pela natureza do dano mas sim pela prova necessária para se chegar ao valor mínimo dos danos. Assim, o que decidiria a fixação ou não dos danos morais seria a presença de meios de prova, o que, por vezes, se torna difícil, mas em existindo poderiam gerar a fixação na sentença penal.

Não obstante o posicionamento acima, PACELLI (2009) defende que a norma do art. 387, IV do CPP não trata de fixação do valor total da recomposição patrimonial. Mas a disposição legislativa se refere apenas ao valor mínimo que se mostre suficiente para recompor os prejuízos constatados na ação penal. E, neste caso, eventuais acréscimos da responsabilidade civil, como, por exemplo, lucros cessantes e danos morais, serão fixados na instância cível.

4. QUESTÕES PRÁTICAS RELEVANTES

Partindo da premissa que os magistrados estão aplicando a regra do art. 387, IV do CPP e que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro corrobora com a legalidade da fixação do valor mínimo a título de reparação de danos na sentença penal condenatória, conforme se verifica da jurisprudência supracitada, surgem algumas indagações práticas, conforme se passa a analisar.

4.1 . PROVA DO DANO NO JUÍZO CRIMINAL

Inicialmente, cabe destacar que a condenação em reparar danos exige que o fato alegado pela parte esteja provado, sendo certo que para que haja dano se faz necessária a presença do nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo sofrido pela vítima. Dessa forma, para que o juiz concretize a norma do art. 387, IV do CPP, devem estar presentes nos autos provas da ocorrência do dano, demonstrando os prejuízos suportados pela vítima, assim como a relação desses prejuízos com a prática da infração penal.

Neste contexto caberia ao ofendido o ônus de provar a existência efetiva desse prejuízo bem como deixar a disposição do juiz elementos que o possibilite fixar o mínimo da indenização que lhe será devida, uma vez que é ele o maior interessado na referida fixação, conforme doutrina de AVENA (2009).

Ressalte-se, contudo, existir entendimento no sentido de considerar que a atuação do juiz nesse caso deve ser de ofício, diante dos termos peremptórios insertos ao art. 387, IV do CPP, certo é que em respeito ao princípio da correlação da demanda e da sentença, aliado as garantias do contraditório e ampla defesa, sem se esquecer da imparcialidade do juiz, não há como se sustentar a atuação do magistrado *ex officio*, ou seja, sem que a parte requeira a fixação e demonstre os prejuízos efetivamente sofridos.

Nesse sentido, tem-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro sustentando, exatamente, que cabe ao juízo considerar o prejuízo sofrido pela vítima, nos termos exatos do art. 387, inciso IV, do CPP, e justificar adequadamente a fixação do valor a ser pago a título de reparação, com análise profunda e detalhada quanto à necessidade da vítima ou de sua família. Nesta mesma decisão o julgador realçou que o fato de não constar da denúncia pedido de aplicação do citado dispositivo legal, implicaria na afronta do Princípio da Correlação. (Ap. Crim. 0008352-95.2007.8.19.0001, Des. Marcus Quaresma Ferraz, julgado em 28/04/2010, Oitava Câmara Criminal).

Em sentido contrário, CABRAL (2010) entende tratar-se de poder-dever do juiz decorrente da lei.

Neste contexto, cabível realçar a afronta da nova redação do art. 387, IV do CPP ao sistema acusatório.

Como é sabido, o direito comparado prevê três espécies de sistemas processuais penais, quais sejam, sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto.

O modelo adotado no processo penal brasileiro foi o acusatório que possui como principal característica a distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, separando claramente as figuras do acusador e do julgador.

Note-se que ao se permitir que o juiz atue de ofício fixando um valor mínimo de reparação de danos na sentença condenatória sem que haja pedido da vítima, estar-se-ia, ferindo o sistema acusatório, o que nas lições de CÂMARA (2009), em havendo aplicação da norma, caberia ao juiz a atividade de acusar o réu de ter causado dano indenizável ao ofendido, conduta esta inadmissível pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O sistema acusatório é imprescindível para o enquadramento do direito penal às normas constitucionais, de onde se conclui que não há como afastá-lo para aplicar uma norma infraconstitucional.

CÂMARA (2009), diante desse contexto, realça que modernamente o conceito de sistema acusatório deve ser visto juntamente com o princípio da inocência, concluindo-se, pois, que o reconhecimento da culpabilidade não depende apenas de existência de um processo, mas que se deve ter assegurado um processo justo, em que se faça presente as garantias do contraditório e do devido processo legal, garantindo-se, assim, o respeito ao sistema acusatório.

Ainda nas lições do referido doutrinador, é preciso que estejam bem delineadas as funções do juiz civil e do juiz penal, sendo este um juiz de garantia em que se atribui a função de proteção ao demandado, bem diferente das funções conferidas ao juiz civil, e por isso, permitir que o juiz penal fixe valor de indenização contraria a sua função de garantidor, o que, nas palavras de CÂMARA (2009, p. 123) “reforça o argumento da existência de conflito entre essa regra agora inserida no CPP e o moderno processo penal, constitucionalmente legítimo, que se tem tentado construir no direito brasileiro.”

4.2. DA POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E DE APELAÇÃO

Uma questão muito interessante levantada por CABRAL (2010) consiste na análise da possibilidade de oposição de embargos de declaração e apelação contra a decisão que for, respectivamente, omissa a respeito da fixação do valor mínimo, ou que o lesado ou condenado não concorde com o valor fixado.

De acordo com CABRAL (2010) o juiz deverá fixar o valor mínimo de indenização quando estiverem presentes elementos de prova nos autos que permita ao juiz com firmeza a referida fixação, uma vez que, segundo o autor, a norma do art. 387, IV do CPP determina um poder-dever ao juiz.

Dessa forma, quando não for possível a quantificação, em se tratando de um poder-dever, o juiz deverá justificar a impossibilidade da fixação na sentença, sob pena de interposição de embargos de declaração. Para CABRAL (2010) se a quantificação for possível e o juiz deixar de fixar na sentença, haverá um vício quanto a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando a quantificação não for possível e o juiz deixar de justificar, o vício consistirá, exatamente, na ausência de justificação. Neste contexto, em ambos os casos caberia a interposição de embargos de declaração para sanar a omissão da sentença penal.

No que tange à possibilidade de interposição de apelação, CABRAL (2010) trata da questão sob dois aspectos. De um lado tem-se a impugnação por parte do réu, e de outro a interposição por parte do ofendido.

O interesse do réu em recorrer é claramente percebido. Nas lições de CABRAL (2010, p. 318) “seu interesse em recorrer parece ser mais facilmente compreendido pela relativa estabilidade que a decisão adquire mesmo em sede de cognição sumária, causando-lhe prejuízo imediato de ter que, na esfera civil, impugnar o valor já fixado no processo.”

Cabe esclarecer que para o referido autor não há formação de coisa julgada sobre o mínimo fixado na esfera criminal diante das limitações que impedem ampla produção de provas para a fixação. Dessa forma, para CABRAL (2010), a cognição judicial, neste caso, revela-se sumária.

Do ponto de vista do ofendido, nas lições de CABRAL (2010), faltaria interesse na sua modalidade necessidade. Isso porque ao ofendido é conferida a opção de propor a liquidação do valor fixado na sentença penal condenatória ou de ajuizar a ação civil *ex delicto*, não havendo, portanto, por parte dele interesse em requerer que a majoração ocorra no processo penal.

Não obstante a interessante posição do autor acima explicada, há na doutrina entendimento no sentido de que a cognição da sentença que fixa o valor mínimo a título de

indenização é definitiva e, por isso, haveria também por parte do ofendido interesse em recorrer do valor mínimo fixado, mesmo tendo a possibilidade de ajuizar uma ação civil para se chegar ao valor que entenda justo.

4.3 . DO CABIMENTO DE REVISÃO CRIMINAL

A revisão criminal é uma medida que tem por objetivo a desconstituição da decisão penal condenatória transitada em julgado.

Para a propositura da revisão criminal é necessário a existência de dois pressupostos, quais sejam, existência de decisão judicial condenatória e ocorrência de trânsito em julgado.

A fixação de indenização na sentença penal a que se refere a nova redação do art. 387, IV do CPP faz parte da sentença condenatória. Logo, havendo o trânsito em julgado da sentença a revisão criminal é perfeitamente cabível mesmo que se refira apenas à parte da sentença que fixou valor a título de indenização mínima à vítima. O fundamento legal da referida ação revisional será o art. 621, III do CPP, quando o condenado conseguir, após o trânsito em julgado, obter novas provas, por exemplo, demonstrando a ausência de nexo de causalidade entre o dano causado e a infração penal por ele cometida, posição esta capitaneada por AVENA (2009).

Dessa forma, não se vislumbra nenhuma dificuldade quanto a possibilidade da propositura da ação revisional diante da fixação de valor mínimo a título de indenização devida à vítima.

4.4. DO AJUIZAMENTO CONCOMITANTE DE AÇÃO PENAL E DE AÇÃO CIVIL PARA A REPARAÇÃO DOS DANOS NO JUÍZO CÍVEL

É plenamente possível que no momento da prolação da sentença penal condenatória esteja tramitando uma ação no juízo cível para a reparação dos danos sofridos pela vítima em razão da infração penal cometida pelo réu.

Neste caso é importante que se separe três situações diferentes, conforme doutrina de AVENA (2009). A primeira quando no momento da prolação da sentença penal condenatória já se tenha decisão definitiva no juízo cível estabelecendo o *quantum* devido pelo autor do crime à vítima. Neste caso, a única solução plausível é não aplicar a norma do art. 387, IV do CPP diante da falta de interesse.

A segunda situação possível de ocorrer, é de quando da prolação da sentença penal condenatória ainda não se ter uma decisão definitiva no juízo cível. Neste caso, não se pode esquecer que a parte tem a faculdade de mover uma ação cível para a reparação dos danos sofridos pela prática do crime, no caso de não ficar satisfeita com o valor fixado pelo juízo penal. Ou de, estando satisfeita com o valor pleitear imediatamente a execução da sentença penal, sem que seja necessário passar pela liquidação.

A terceira hipótese se dá quando a petição inicial da ação cível se limite a pleitear a condenação do réu ao pagamento de indenização, o que necessariamente terá que passar por fase liquidatória anterior à execução. Neste caso, tendo a sentença penal condenatória fixado o valor mínimo de indenização a título de danos sofridos, não haverá interesse no prosseguimento da demanda na esfera cível, uma vez que já se alcançou com a sentença penal o que era pretendido no cível.

Neste contexto se concluiu mais uma vez pela não efetividade da regra disposta no art. 387, IV do CPP, na medida em que diante de três hipóteses, apenas em uma a fixação dos danos na sentença penal será satisfatória para parte.

4.5. DA APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 387, IV DO CPP NO TRIBUNAL DO JURI

Diante das peculiaridades que se extrai do procedimento do Tribunal do Júri, poderia haver questionamento quanto a possibilidade da aplicação da norma do art. 387, IV do CPP na sentença proferida pelo Tribunal.

Ocorre que, da simples leitura que se faça do art. 492, inc. I, alínea “d” do CPP percebe-se expressa remissão ao art. 387 do CPP, sem mencionar os incisos abrangidos. Logo, estar-se-ia incluído o inciso IV do mesmo artigo.

Poderia se questionar as dificuldades de, no procedimento do Tribunal do Júri, se conseguir demonstrar o prejuízo sofrido pela vítima, uma vez que na maioria dos casos, estará diante de crime de homicídio em que a vítima teve retirada a sua própria vida, sendo este bem indisponível e imensurável. Neste caso, haveria grande dificuldade em se quantificar o valor mínimo de danos sofridos.

No entanto, esta mesma dificuldade será encontrada nos demais casos, mesmo nos que não se tenha a morte da vítima, tudo a depender do que constar nos autos como comprovação dos efetivos danos sofridos pela vítima.

Por este motivo se sustenta que não compete ao juiz agir de ofício, mas para que ocorra a fixação do valor mínimo pelos danos a serem indenizáveis, a parte deverá ter pleiteado e, além disso, deverá constar nos autos os elementos necessários para a quantificação, sob pena da não aplicação da regra disposta no art. 387, IV do CPP.

Dessa forma, se os familiares da vítima, por exemplo, na hipótese de homicídio, juntarem aos autos os gastos despendidos nos tratamentos médicos da vítima e desde que haja pedido na inicial, poderá o juiz-presidente do Tribunal do Júri fixar o valor mínimo a título de indenização pelos danos sofridos. Exemplo retirado da doutrina de AVENA (2009).

CONCLUSÃO

As reformas legislativas têm como principal objetivo o alcance da efetividade da tutela jurisdicional e a contribuição para uma reconstrução da imagem do Poder Judiciário, mas nem sempre é o que se consegue. Especificamente a Lei 11.719/2008 que deu nova redação ao art. 387, IV do CPP objetiva, sobretudo, a celeridade processual uma vez que evitaria, ao menos em tese, demandas civis para a fixação de valor mínimo de reparação de danos quando na sentença penal já houvesse a fixação.

Ocorre que a nova norma não impede que a vítima, quando insatisfeita com o valor mínimo fixado na sentença penal condenatória, ajuíze uma ação civil *ex delicto*, ou proponha a liquidação da sentença penal, conforme já ocorria antes da reforma.

Dessa forma, não se verifica utilidade em uma medida que deixa a cargo de uma das partes a efetividade do processo, pelo que se defende a não aplicação da medida.

Neste contexto, se verifica a importância da atuação do magistrado na implementação da norma ao caso concreto, na medida em que o legislador deixou à sua escolha a aplicação do disposto no art. 387, IV do CPP, sendo pois, uma norma de aplicação facultativa, não obstante existir posicionamento em sentido contrário considerando que se trata de um poder-dever do juiz.

Ademais a norma do art. 387, IV do CPP ofende inúmeros institutos consagrados do direito processual civil, como o contraditório, ampla defesa, correlação entre a demanda e a sentença e os limites objetivos da coisa julgada, não contribuindo, pois, para uma prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva, o que corrobora para a sua não aplicação.

Não obstante, não é isto que vem sendo visto na prática, mas ao contrário, os juízes e tribunais têm aplicado com frequência a referida norma, fixando nas sentenças penais condenatórias o valor mínimo de indenização devida à vítima a título de danos sofridos com a

prática da infração penal, fazendo-se necessária, pois, a análise de algumas questões práticas relevantes, como a maneira de se provar os danos, a possibilidade de interposição de recurso e de revisão criminal.

Longe de pretender esgotar o tema, se o presente trabalho tiver despertado nos operadores do direito a vontade de contribuir, cada vez mais, para uma prestação da tutela jurisdicional efetiva, de modo que saiba aproveitar nas inovações legislativas os seus benefícios e descartar o que não contribui para o processo, com aplicação de institutos que realmente contribuam para o alcance de um processo com resultado justo e efetivo, o objetivo do trabalho terá sido alcançado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal esquematizado*. São Paulo: método, 2009.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. *O valor mínimo da indenização cível fixado na sentença condenatória penal: notas sobre o novo art. 387, IV do CPP*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro n. 49, janeiro/fevereiro/março de 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Efeitos civil e processuais da sentença condenatória criminal: reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro n. 46, junho-julho, 2009.

_____. *Lições de direito processual civil*. v. 1. 18 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 11 ed. Salvador: Podivm, 2009.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. v. 5. Salvador: Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 18 de junho de 2010.