



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A fixação de indenização pelo juiz criminal

Leandro da Costa Martins

Rio de Janeiro
2010

Leandro da Costa Martins

A fixação de indenização pelo juiz criminal

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. Néilson Tavares
Prof^ª. Mônica Areal

Rio de Janeiro
2010

A fixação de indenização pelo juiz criminal

Leandro da Costa Martins
Advogado

Resumo: A Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, introduziu no Código de Processo Penal a fixação de valor mínimo de reparação dos danos pelo juiz criminal na sentença penal condenatória. No entanto, tal inovação faz surgir uma série de indagações, como se há necessidade de pedido expresso da vítima e qual o procedimento a ser adotado pelo magistrado. O objetivo desse trabalho é abordar algumas dessas polêmicas e tentar respondê-las, a fim de adequar a utilização desse novo instrumento ao ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Direito Processual Penal, Princípio da Congruência, Sentença condenatória, Indenização.

Sumário: Introdução. 1. A separação entre as instâncias cível e penal no direito brasileiro. 2. Da violação ao sistema acusatório e ao Princípio da Congruência. 3. Do procedimento para a fixação do valor mínimo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A redação anterior do artigo 387 do Código de Processo Penal não previa em seu texto a fixação de valor mínimo para reparação de danos. Com a aprovação da Lei 11.719/2008 o referido dispositivo legal passou a permitir que o juiz adotasse tal providência, conferindo à sentença penal condenatória uma liquidez que antes ela não possuía.

A alteração legislativa teve por objeto corrigir uma distorção presente na legislação processual penal vigente, consistente em uma preocupação excessiva com o réu e deixando de lado o ofendido que sofreu o dano decorrente da infração penal. Trata-se, pois, de um avanço, acompanhando uma tendência internacional de se valorizar a vítima.

Dessa forma, a reparação do dano passou a ser um elemento integrante da persecução penal. Saliente-se que essa é uma preocupação inclusive da Constituição Federal, que faz menção expressa à obrigação de reparar o dano no seu art. 5º, inciso XLV, *in verbis*:

Art 5º, XLV. “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;”

Na seara da reparação de danos o constituinte foi além, preocupando-se não só com o ofendido, mas também com aqueles que dele dependam. É o que se extrai da leitura do art. 245 da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público o dever de prestar assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilização do agressor.

Nesse contexto, percebe-se que a reparação dos danos causados pela infração penal deixa de ser matéria de interesse meramente individual, sendo em verdade uma questão de interesse público. Apesar de ser um inegável avanço dar maior liquidez à sentença penal é necessário prever outros mecanismos para enfrentar a falta de recursos do autor do crime.

Não obstante o esforço do legislador infraconstitucional em atender aos comandos da Lei Maior, a inovação legislativa trouxe algumas indagações. Questionam-se quais os parâmetros a serem utilizados na fixação do *quantum*, se essa indenização também abrange os danos morais e se é necessário ou não haver pedido expresso.

Com efeito, é este último questionamento o que mais atormenta aqueles que têm se ocupado do tema, pois muitos argumentam que sem o pedido não é possível estabelecer o

contraditório, além de haver uma violação ao sistema acusatório e ao princípio da correlação, concluindo pela inaplicabilidade do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal.

Se por um lado é verdade que o legislador poderia ter sido mais cuidadoso, tratando especificamente desses assuntos, de outro lado parece que tais omissões não devem ser motivo suficiente para deixar de aplicar o novel dispositivo legal, tendo em vista o que dispõe o art.4º da LICC e a presunção de constitucionalidade das leis.

O presente trabalho terá como intuito rechaçar argumentos contrários à inovação feita na legislação processual, bem como fornecer subsídios ao aplicador do direito para, além de afirmar a constitucionalidade da lei, permitir a sua aplicação com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

1. A SEPARAÇÃO ENTRE AS INSTÂNCIAS CÍVEL E PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

Quando um mesmo fato jurídico produz efeitos que atingem ramos diversos do Direito temos o fenômeno da incidência múltipla.¹ No caso de um crime, além, obviamente, dos efeitos penais, será possível também ter reflexos na esfera civil, concernente na reparação do prejuízo patrimonial sofrido pela vítima.

No que tange a esse efeito patrimonial decorrente de um ilícito penal existem dois sistemas que tratam da matéria, quais sejam, o da separação e o da adesão. O primeiro não permite a postulação de indenização em âmbito penal, já o segundo, ao contrário, possibilita ao juiz criminal fixar a reparação civil, desde que haja pedido expresso da vítima, de seus sucessores ou do Ministério Público. O sistema da adesão se subdivide ainda em adesão obrigatória ou facultativa, de acordo com a possibilidade de a vítima requerer reparação no juízo cível ou não.

¹ CABRAL, Antônio 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 EMERJ, v. 13, n 49, 2010, p. 302.

Em um primeiro momento, no Brasil, adotou-se o sistema da adesão facultativa, no Código Criminal do Império de 1.830. Com o advento do Código Criminal do Império de 1.832 prevaleceu o sistema da adesão obrigatória. No entanto, veio a Lei nº 261 de 1.841 e instituiu o sistema da separação de instâncias.

A reforma do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.719/2008 estabeleceu, no inciso IV do Art. 387 do citado diploma legal, que o juiz fixará valor mínimo a título de reparação pelos danos decorrentes da infração. Dessa forma, cumpre analisar se a inovação legislativa teria acabado com o modelo da separação de instâncias. Com a devida vênia àqueles que pensam em sentido contrário, parece que o sistema pátrio continua sendo o da separação.²

Isso porque, o ordenamento jurídico já previa a possibilidade de o juiz criminal fixar indenização em favor da vítima desde antes da mencionada alteração legislativa no Código de Processo Penal. A título de exemplo, o Art. 297 do Código de Trânsito prevê multa reparatória quando a infração causar prejuízos materiais, estabelecendo ainda que o valor desta seja descontado em caso de indenização civil.

Essa questão da reparação dos danos causados à vítima sempre foi uma preocupação do direito penal brasileiro, como se pode perceber no Art. 91, I do Código Penal, que estabelece como um dos efeitos da condenação tornar certa a obrigação de indenizar. O instituto do arrependimento posterior, previsto no Art. 16 do diploma supracitado, é outro reflexo dessa preocupação, pois caso o autor da infração, por ato voluntário, repare o dano causado ou restitua a coisa antes do recebimento da denúncia ou queixa terá uma redução de pena.

No crime de peculato culposo, se a reparação do dano ocorrer antes da sentença irrecorrível será declarada extinta a punibilidade. Enfim, os exemplos são diversos na

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei 11.719/2008*, in Revista da EMERJ, v. 12, n 46, 2009, p.113.

legislação e essa postura do legislador se coaduna com uma revalorização do ofendido no âmbito do processo criminal.³

No direito comparado, países como Argentina, Itália e Portugal já prevêm em seus ordenamentos a reparação civil na esfera penal. Aliás, o Código de Processo Penal Português vai além, dispondo que o juiz se pronunciará sobre a indenização ainda que a sentença penal seja absolutória.⁴

Importante mencionar, nesse ponto, as palavras do eminente Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Roberto de Abreu e Silva, ao analisar os aspectos positivos da Lei nº 11.719/08:

O atual avanço legislativo constitui o primeiro passo para a implementação da Justiça Restaurativa na visão do jurista americano, Howard Zer, tendo como escopo responsabilizar o transgressor para que assuma a responsabilidade de seus atos recompondo os danos causados, visto que a prisão não recupera ninguém, não satisfaz o interesse da vítima e nem da sociedade. Na realidade, a efetiva Justiça satisfaz-se na tríade social: vítima, transgressor e comunidade.⁵

Noutro giro, dispõe o Art. 935 do Código Civil de 2002 que a responsabilidade civil é independente da criminal, mas não se poderá discutir mais sobre a existência do fato ou sobre quem é o seu autor se tais questões tiverem sido decididas no juízo criminal. É o que se chama de eficácia preclusiva subordinante da sentença penal.⁶

Portanto, percebe-se que a independência entre as instâncias civil e penal já era relativa, daí porque o melhor entendimento é no sentido de que o sistema continua sendo o da separação relativa, pois o legislador fez somente mais uma mitigação.

É importante ressaltar que a prova do prejuízo perante o juiz criminal deverá ser limitada, devendo ser admitida tão somente a prova simples, de fácil elucidação, como, por exemplo, um ofício do órgão público lesado. Deve-ser ter em mente que se trata de um valor

³ CABRAL, Antônio do Passo. *Op.cit.*, p. 307.

⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009, p. 263.

⁵ SILVA, Roberto de Abreu e. *A sentença criminal condenatória e a reparação de dano*, in *Revista da EMERJ*, v. 13, nº 50, 2010, p. 131.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9ªed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p.162.

mínimo, de maneira que qualquer discussão mais aprofundada sobre o *quantum* deverá ser realizada na esfera cível.

Notem que o juiz criminal sempre teve competência para decidir sobre questões civis de baixa complexidade, que não demandam larga dilação probatória, sem que se discutisse a constitucionalidade dessa atribuição (a questão da necessidade do pedido do autor será tratada em outro tópico).

O pedido de restituição ratifica o que foi dito acima. Como bem menciona a doutrina, o incidente de restituição de coisas trata de matéria inerente ao Direito Civil, a propriedade. Havendo dúvida sobre a titularidade do bem o pedido será autuado em apartado perante o Juiz Criminal competente para a ação penal, sendo assinalado prazo ao requerente para a produção de prova. Caso não seja sanada a dúvida, o juiz remeterá as partes para o juízo cível.

Logo, é forçoso concluir que o juiz criminal possui uma competência cível restrita, ou seja, em alguns casos expressamente previstos em lei pode ele resolver questão atinente à matéria civil, desde que a prova a ser produzida seja simples. Portanto, como já foi dito, o legislador não criou uma competência nova para o juiz criminal.

Finalmente, é sempre bom lembrar que a responsabilidade patrimonial do agente causador do dano em matéria penal encontra guarida no texto constitucional, consoante dispõe o Art. 5º, inciso XLV da CF/88.

2. DA VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO

Antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.719/08 o ofendido tinha duas formas para obter a reparação do dano: aguardar o trânsito em julgado da sentença penal

condenatória para liquidá-la e executá-la, ou ajuizar a ação civil *ex delicto*, prevista no Art. 64 do Código de Processo Penal.

Atualmente, nos termos do Art. 387, IV do CPP: “O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.”

Portanto, foi dada mais uma possibilidade à vítima, pois caso esta entenda que o valor fixado pelo magistrado é suficiente poderá promover diretamente a execução do título. Caso discorde do *quantum* deverá proceder primeiro à liquidação da sentença.⁷ Sobre o tema, assim se pronunciou Daniel Roberto Hertel:

Poderá, com efeito, ser promovida de modo simultâneo a execução da sentença penal condenatória com a sua respectiva liquidação. O Código de Processo Civil, no art. 475-I, §1º contempla essa possibilidade *in verbis*: Art. 475-I, §1º. Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.⁸

Como se vê, a alteração conferiu liquidez à sentença penal, atributo que lhe faltava. Percebam que agora o mesmo título executivo poderá levar à execução da parcela líquida e à liquidação para apurar o valor restante, hipótese prevista também no art. 63, §único do Código de Processo Penal.

A inovação trazida pela Lei nº 11.719/08 prestigiou o princípio da celeridade processual e da razoável duração do processo, ao mesmo tempo em que contribui para a já aludida valorização da vítima no processo penal buscando dar maior efetividade à norma contida no Art. 5º, XLV da CF/88.

Cumpre então analisar, à luz do texto legal, se a fixação desse valor mínimo é um poder-dever do juiz, podendo ser determinado *ex officio*, ou se é necessário que haja requerimento expresso, sob pena de violação ao sistema acusatório e ao princípio da congruência, também conhecido como princípio da correlação.

⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. op. cit, p.114.

⁸ HERTEL, Daniel Roberto. *Aspectos Processuais Civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória*, in Revista da EMERJ, v. 11, nº 44, 2008 p. 251-252.

Primeiramente, é preciso ter em mente que em se tratando de direito processual penal a correlação se dá entre a causa de pedir e a sentença, não entre esta e o pedido como no processo civil. A *causa petendi* no processo penal consiste na imputação da prática de um fato delituoso ao réu. Tanto é verdade que é comum a afirmação de que o acusado se defende dos fatos imputados a ele na peça acusatória. Nesse contexto, o princípio da correlação serve como uma garantia ao acusado de que não será condenado por fato diverso daquele que lhe foi imputado.

No mesmo sentido do que foi sustentado é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira:

Tem-se, portanto, que o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, absolutória ou condenatória, em sede de processo penal, há de se arrimar na *causa petendi*, isto é, no caso penal trazido a juízo, consistente na imputação da prática de determinada conduta, comissiva ou omissiva, que configure específica modalidade (tipo) delituosa.⁹

Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX, contemplou o princípio da legalidade penal, ou seja, somente por meio de lei é possível proibir ou impor uma determinada conduta sob pena de ser aplicada uma sanção. Como decorrência desse princípio, tem-se que o tipo penal é o modelo de conduta que o Estado, por meio de uma lei, proíbe ou determina que seja levada a efeito. Assim, acusar alguém é imputar-lhe a prática de uma conduta tipificada.

Não se desconhece que o sistema acusatório possui uma série de características, contudo para o presente estudo aquela que nos interessa é exatamente a distinção entre as atividades de acusar e julgar. No modelo processual penal pátrio essas funções encontram-se reservadas a pessoas distintas, de maneira que em se tratando de ação penal pública cabe ao Ministério Público a função acusatória, como se pode extrair do art. 129, inciso I da Constituição Federal.

Nesse contexto, o *parquet* narra em sua denúncia um fato que é considerado ilícito frente à legislação penal, consistindo essa narrativa na acusação feita ao réu e também à causa

⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op.cit., p. 488.

de pedir da ação penal. Se o representante do órgão ministerial achar que a conduta praticada não constitui infração penal não deverá elaborar denúncia contra o suspeito.

O dever de indenizar imposto na sentença pelo juiz decorre de um prejuízo causado à vítima pelo réu da ação penal, em virtude da prática do fato delituoso imputado a ele na inicial acusatória. Se a sentença condenar o agressor pelo fato que lhe foi atribuído não há que se falar em violação ao sistema acusatório e nem ao princípio da correlação, pois o magistrado não terá feito nenhuma acusação e tampouco terá condenado o agressor por fato diverso do que lhe foi imputado.

A obrigação de reparar o dano causado é uma consequência lógica de ter sido ele o autor do fato danoso, e não uma acusação feita pelo julgador ao réu como sustentam alguns.¹⁰

Ressalte-se que o Art. 91, I do CP reconhece que a condenação tem como efeito tornar certa a obrigação de reparar o dano. Por sua vez, o Art. 935 do Código Civil de 2002 não permite que sejam discutidas no juízo cível as questões da autoria e da existência do fato. Logo, uma vez condenado criminalmente o réu somente poderá discutir o valor da indenização.

Sobre a impossibilidade de rediscussão no cível a respeito da obrigação de indenizar, assim se pronunciou Antônio do Passo Cabral:

Mesmo antes da reforma, por força do Art. 91, I do CP, sempre fora compreendido como um “efeito genérico” da sentença tornar certa tal obrigação. O *an* debeatur é definido pelo juiz criminal em cognição exauriente, e a “certeza” do título, fixada na esfera penal, torna-se imutável e indiscutível, não podendo haver rediscussão no cível, como já afirmava a doutrina clássica.¹¹

Se o magistrado der oportunidade para que o *quantum* seja debatido pelos interessados no trâmite do processo não vemos maiores problemas na fixação do valor mínimo. Aliás, o fato de haver ou não pedido expresso de indenização é irrelevante para que seja estabelecido o contraditório.

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.121-122.

¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. Op.cit., p. 315.

Ainda segundo Antonio do Passo Cabral¹², o magistrado poderia intimar os interessados para debater a respeito do tema, pois o que importa é que a defesa tenha oportunidade de discutir os valores apontados. Dessa forma, não se deve confundir contraditório com exigência de requerimento.

Aliás, a adoção dessa medida pelo juiz mostra-se necessária, pois afasta a alegação de que a sentença penal proferida fixando o valor mínimo de indenização não faz coisa julgada entre o ofensor e o ofendido já que estes não participariam do processo. Isso porque, reiterando o que acabou de ser dito, o exercício do direito ao contraditório não corresponde à necessidade de formulação de pedido expresso.

Além disso, no que tange à existência e a autoria do fato o agressor sempre ficará vinculado ao que foi decidido, uma vez que é o réu da ação penal. Inclusive, quanto a essas questões o acusado disporá até de menores restrições à prova, como bem observa Eugênio Pacelli de Oliveira ao tratar da prejudicialidade entre as esferas cível e penal:

Com efeito, uma vez admitida a hipótese de subordinação de uma instância a outra, ainda que apenas em relação a determinadas questões, a relação de dependência há de ser do juízo cível para o juízo criminal. É que neste a verdade processual é obtida a partir de critérios mais rigorosos, não se admitindo como suficiente à comprovação de uma alegação, por exemplo, a simples ausência de impugnação tempestiva a ela, tal como ocorre no processo civil (art. 302, CPC).¹³

Disso se pode extrair que o condenado pela prática do delito não poderá rediscutir a questão da autoria e da existência do fato em um processo civil. Admitindo-se a hipótese de a vítima não ter se habilitado como assistente de acusação, e como consequência não ter tido a oportunidade de poder influenciar na formação do convencimento do juiz, poder-se-ia concluir que ela estaria apta a discutir tudo novamente.

¹² Ibidem, p. 317.

¹³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. cit., p. 159.

Observa-se que, na linha do que leciona Antonio do Passo Cabral¹⁴, nessa situação o ofendido será o vencedor, tendo sido o valor mínimo de indenização fixado em seu favor, de forma que não haveria razão para que ele se opusesse à execução dessa parcela mínima.

Questão interessante a ser analisada, e que está diretamente relacionada com o tema debatido neste capítulo, diz respeito à possibilidade de formulação de pedido de reparação de danos pelo Ministério Público. Majoritariamente, a doutrina tem se posicionado contrariamente a essa possibilidade.

O argumento utilizado é no sentido de que a Constituição Federal, em seu art. 127, *caput*, atribuiu ao Ministério Público somente a defesa de direitos individuais indisponíveis. Sendo assim, como a reparação de danos tem caráter patrimonial não seria de sua incumbência formular pretensão nesse sentido, sob pena de violação ao texto da Carta Maior.

É importante observar que a questão da reparação dos danos causados à vítima de um ilícito penal é uma obrigação constitucional do agressor, como se pode extrair do texto do art. 5º, inciso LXV da Constituição Federal, o que denota ser este um aspecto da intervenção penal que transcende o mero interesse individual, sendo uma verdadeira questão de interesse público.

Esse interesse público fica claro na leitura do art. 245 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 245. “A lei disporá sobre 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.”

A leitura conjugada desses dois dispositivos constitucionais leva-nos à conclusão de que a reparação do dano causado à vítima de um ilícito penal é mais do que um direito disponível individual, sendo verdadeira questão de interesse público a ser tutelada pelo Estado e constitui-se em um dos objetivos da persecução penal.

¹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. Op.cit., p. 327-328. Em sentido contrário, entendendo que o ofendido não fica vinculado ao que foi decidido na esfera penal: ¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p.119-120.

Dessa forma, sendo função do *parquet* promover, privativamente, a ação penal pública, não se pode negar que o pedido de fixação de indenização na sentença penal, enquanto componente da persecução penal à luz do texto constitucional, é perfeitamente compatível com a sua finalidade.

Insta salientar que não se está a defender que o Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil *ex delicto*. Em se tratando de discussão na esfera civil prevalecerá o caráter individual, marcadamente patrimonial, da demanda, ainda que por danos decorrentes de um ilícito penal, fugindo às funções do *parquet* formular o pleito indenizatório. Assim, caberá ao ofendido, por meio de advogado ou da Defensoria Pública ajuizar a ação.

Contudo, no âmbito do processo criminal, em que há um flagrante interesse público subjacente, a reparação do dano é medida que se impõe como forma de restabelecer a paz social, razão pela qual se entende ser possível ao Ministério Público formular tal pedido na seara penal.

Inclusive, ao se referir a valor mínimo no inciso do IV do art. 387 do Código de Processo Penal o legislador quis deixar claro que ali somente se discutirá o valor suficiente para amenizar o máximo possível os efeitos do ilícito penal. É esta reparação que se reveste de interesse público. Se o ofendido não se der por satisfeito passa a prevalecer o caráter patrimonial, daí porque não caber mais ao Ministério Público pleitear o restante, uma vez que o seu papel já terá sido cumprido.

A interpretação acima sugerida parece ser a que melhor concilia a reparação de danos enquanto questão de interesse público, até certo ponto, qual seja, o valor mínimo, com a falta de legitimidade do Ministério Público para tutela de interesses patrimoniais disponíveis.

Aliás, a formulação de pedido expresso em nada atrapalharia o membro do *parquet*, pois este deverá requerer a intimação do ofendido para se manifestar sobre a quantificação do

dano sofrido. No entanto, repita-se, o entendimento amplamente majoritário é em sentido contrário ao do texto.

Não obstante, tal fato não é capaz de impedir a aplicação da nova regra. Vamos então analisar o procedimento a ser observado pelo magistrado, a fim de que sejam respeitadas as garantias processuais previstas na Constituição Federal.

3. DO PROCEDIMENTO PARA A FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO

Pela redação do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, após a alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, a fixação do *quantum* mínimo de indenização constitui um verdadeiro poder-dever do juiz, o que permite maior agilidade na recomposição do patrimônio do ofendido.

Isso não significa dizer, no entanto, que sempre deverá ser fixado o valor mínimo para reparação de danos. É necessário que haja prova nos autos que permitam ao julgador avaliar a extensão do dano, ou que forneçam subsídios suficientes para pelo menos determinar uma base. Não havendo prova nos autos que forneça qualquer dos dois parâmetros acima, deverá o juiz se abster de fixar um valor.

Em razão disso, a primeira questão a ser analisada no que tange ao procedimento é exatamente o limite da atividade probatória da matéria civil no âmbito do processo penal. Apesar da inovação trazida pelo legislador, não se deve perder de vista que a finalidade do processo penal é resolver a questão da pretensão punitiva, razão pela qual não se devem permitir desvios no procedimento que prolonguem a solução do litígio.

Sendo assim, não se deve permitir uma discussão probatória aprofundada sobre a indenização. Em um primeiro momento, essa restrição à prova poderia levar à conclusão de

que não estaria sendo respeitado o princípio da ampla defesa em relação ao réu. No entanto, a afirmação não é verdadeira.

O legislador se mostrou atento a isso, de forma que o mecanismo encontrado por ele para preservar a garantia processual do acusado foi exatamente limitar a possibilidade de fixação de indenização ao valor mínimo, o que poderá ocorrer de duas formas: mediante cognição exauriente ou superficial.

Quando a análise da extensão do dano puder ser feita de maneira simples, por exemplo, por meio de documentos, ter-se-á uma cognição exauriente sobre a fixação do valor mínimo, o que não irá permitir novo debate sobre o assunto. Trata-se de cognição plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”. Explica Fredie Didier Jr.

A cognição poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame. Somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se com a coisa julgada. Daí poder afirmar-se que a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas.¹⁵

Ainda segundo o autor:

A cognição poderá ser, ainda, plena e exauriente “*secundum eventum probationis*”: sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes.¹⁶

Sendo assim, se as provas carreadas aos autos não forem suficientes para delimitar a extensão do dano, indicando apenas parâmetros a serem seguidos pelo magistrado, uma vez que não se poderá alongar a produção de provas o debate sobre a quantia fixada poderá ser reaberto. Isso porque, no que tange ao *quantum* indenizatório, a decisão terá uma estabilidade fraca, não estando apta à formação de coisa julgada, já que fundada em cognição sumária.

Convém salientar que o raciocínio exposto não é aplicável ao *an debeatur*, ou seja, ao dever de indenizar. Em relação a ele a sentença faz coisa julgada, tornando-se imutável e

¹⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11ª ed., Salvador, Juspodivm, 2009, p. 304-305.

¹⁶ *Ibidem*, p. 305.

indiscutível, uma vez que a existência do fato e a sua autoria são analisadas em cognição exauriente na via criminal.

Como consequência desse entendimento, chega-se à conclusão de que a questão referente ao *quantum debeat* fixado na sentença penal poderá voltar a ser discutida no cível, seja na liquidação, seja em ação de conhecimento, inclusive quanto àquele valor mínimo já definido, de acordo com a prova produzida e a cognição exercida sobre ela.¹⁷ Nessas hipóteses o juízo cível poderia até mesmo entender que não há nenhum valor a ser ressarcido.

Tal possibilidade, todavia, não deve gerar perplexidade, como assinala Antonio do Passo Cabral: “Ora, se isso ocorrer, não será estranho ao sistema processual, em que é possível a chamada “liquidação pelo valor zero”, na qual, apesar de fixado o *an debeat*, o processo liquidatório não apura qualquer valor.”¹⁸

Outro ponto que não pode passar despercebido é a possibilidade de fixação de dano moral em sede criminal. Há na doutrina quem entenda possível a fixação, uma vez que o legislador não fez qualquer restrição na redação do art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal. Além disso, o dispositivo atribui ao juiz o dever de fixar reparação dos danos causados pela infração, sendo certo que uma infração penal pode redundar em dano material.

É o que sustenta, por exemplo, Daniel Roberto Hertel:

(...) Note-se que o dispositivo faz referência a valor mínimo “para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos”. É consabido que uma infração penal pode redundar em dano material e/ou moral. Nesse particular, não se pode vislumbrar qualquer impossibilidade de o juiz criminal fixar indenização tanto pelo dano material como pelo dano moral sofrido pelo sujeito passivo.¹⁹

Em sentido oposto é o entendimento de Luis Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto, quando dizem “Dano de cunho patrimonial que, em nosso exemplo,

¹⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Op.cit., p. 314-315.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ HERTEL, Daniel Roberto. Op.cit. p. 246.

inocorreu, nada impedindo o ofendido, contudo, de buscar, na esfera cível, eventual ressarcimento pelo dano moral.”²⁰

A melhor posição parece ser a que admite a fixação de valor mínimo de indenização por danos morais na sentença penal condenatória. Isso porque o dano moral, em razão de sua natureza imaterial, é insuscetível de avaliação econômica. Dessa forma, não se pode exigir que a prova dessa espécie de dano seja feita da mesma forma do que a do dano material. Em razão disso, afirma-se que o dano moral existe *in re ipsa*, ou seja, decorre da própria agressão, de maneira que provada a agressão também estará provado o dano moral.²¹

A toda evidência, é possível perceber que a quantificação do dano moral é uma questão de difícil solução por se tratar de algo que, como já foi dito, não possui valoração econômica. Nesse caso, a solução apontada pela doutrina é que o *quantum* fixado a título de dano moral seja determinado por arbitramento, levando-se em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade e observadas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.²²

A solução proposta acima se destina ao juiz cível, contudo como se trata de um arbitramento não há óbice para que o juiz criminal também o faça, à luz daqueles critérios. O fato de não se admitir uma larga dilação probatória sobre matéria cível na esfera criminal não é motivo suficiente, por si só, para afastar a possibilidade de fixação do dano moral, uma vez que o mesmo será feito por arbitramento seja qual for a instância.

Feitas essas considerações iniciais, deve ser analisado a partir de agora como se dará a provocação das partes para debater a matéria no juízo criminal sem que isso interfira na persecução penal em juízo. Como já foi dito linhas acima, o melhor entendimento é no sentido de que o magistrado poderá fixar a indenização independentemente de pedido expresso.

²⁰GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 314.

²¹FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 100-108.

²²FILHO, Sergio Cavalieri. Op. cit. p. 113-117.

Não obstante, isto não quer dizer que a fixação deva ocorrer sem prévio debate, pois é necessário resguardar o direito de defesa do réu. Portanto, caberá ao juiz provocar o ofendido para que compareça aos autos e se manifeste sobre um eventual prejuízo suportado, a fim de propiciar a defesa por parte do acusado.

Nesse caso, parece que o melhor é que o ofendido se habilite como assistente de acusação. Isso porque a vítima terá interesse direito na condenação do acusado, já que dela surgirá seu direito à reparação pelos danos sofridos. Assim, após o recebimento da denúncia²³ deverá o juiz intimar o ofendido para que se manifeste sobre a extensão do dano causado. Em seguida, determinará a citação do acusado, fazendo constar do mandado advertência para que se defenda sobre a manifestação do assistente.

Apresentada a resposta o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução, ocasião na qual serão produzidas todas as provas, de acordo com a redação dos arts. 399 e 400 do Código de Processo Penal. Insta salientar, como já foi dito, que a prova deve ser simples, pois não se pode permitir que a discussão da matéria cível atrapalhe a instrução criminal. Dessa forma, na linha de Guilherme de Souza Nucci, é perfeitamente possível a produção dessa prova em audiência, paralelamente à colheita da prova criminal.²⁴

Cumpra então analisar o interesse recursal das partes quanto ao capítulo da sentença que trate da reparação de danos.

Quando não há elementos suficientes nos autos que permitam ao juiz aferir o valor mínimo e este não justifica a impossibilidade, como determina o art. 93, IX da Constituição Federal, ou quando a fixação é possível e o magistrado se omite, será cabível a oposição de embargos de declaração. Nesses casos, a legitimidade para embargar será do ofendido, pois se

²³ BRASIL STJ, 5ª Turma – HC 138.089/SC, Rel. Min. Félix Fischer, j. 02/03/2010 – “ (...) I – A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; Luiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal. (...)”

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza, *Considerações sobre a indenização civil fixada no processo criminal*, in <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3131>, acesso em 05 de novembro de 2010.

trata de um direito patrimonial disponível, não cabendo ao Ministério Público a tutela de tal modalidade de direito. É como entende Antonio do Passo Cabral:

Por conseguinte, sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. Quando for possível quantificar, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando não for possível, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade. A legitimidade para embargar, contudo, é restrita: como se trata de um interesse patrimonial, disponível e individual, só o ofendido poderá recorrer, até porque é vedado pela Constituição da República que o Ministério Público patrocine causas individuais disponíveis.²⁵

A questão a ser analisada agora é a do interesse do ofendido em recorrer quando há a fixação de valor mínimo de reparação, mas o lesado não concorda com o *quantum* estabelecido. Diante dessa situação o melhor entendimento parece ser o do autor supracitado. Segundo ele, apesar de haver uma tendência em prestigiar a vítima no processo penal, o Brasil ainda adota o modelo de separação relativa entre as instâncias penal e civil.

Nesse contexto, faltaria ao lesado interesse de agir, do ponto de vista da necessidade do provimento almejado, pois a ele estaria aberta a via cível para liquidar o valor ou ajuizar uma ação civil *ex delicto*. Todavia, o mesmo não se pode dizer em relação ao acusado, pois a decisão criminal já lhe traz um prejuízo imediato de ter que impugnar o valor fixado na esfera civil.²⁶

Conforme mencionado acima, a questão referente à reparação civil deve ser tratada em um capítulo próprio na sentença, para que seja tratado com autonomia, de acordo com a teoria dos capítulos de sentença. Assim, o réu que entenda equivocadamente o valor fixado poderá recorrer apenas daquela parte da sentença, permitindo que o restante transite em julgado.

Esse entendimento também gera reflexos na contagem do prazo prescricional penal, pois no caso de haver recurso parcial, somente do capítulo referente à indenização civil, transitará em julgado o capítulo que fixou a pena. Como se sabe, existem duas espécies de

²⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Op. cit. p. 311.

²⁶ *Ibidem*, p.318.

prescrição previstas na legislação penal: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória.

A primeira ocorre antes do trânsito em julgado da sentença penal e impede a formação do título executivo judicial, enquanto a segunda se dá após o trânsito em julgado do *decisum* e faz com que o Estado perca o direito de executar a pena imposta na sentença condenatória. Portanto, a contagem dos prazos prescricionais irá depender da data em que ocorrer o trânsito em julgado. Ademais, entender que o capítulo penal não transita em julgado enquanto não transitar o capítulo civil poderia levar a impunidade e incentivar a propositura de recursos protelatórios.

No sentido do texto é o entendimento de Antonio do Passo Cabral:

(...) Neste caso, o trânsito em julgado do capítulo referente à pena deve ser certificado, o que tem repercussão tanto na prescrição da pretensão punitiva (cujo marco final é o trânsito em julgado), quanto da pretensão executória (que se interrompe com o início da execução da pena). Além disso, se o juiz tivesse que esperar o trânsito em julgado do capítulo referente à indenização para executar a pena, haveria um incentivo à impunidade e aos recursos meramente protelatórios desta parte da decisão.²⁷

No que diz respeito à competência para conhecer e julgar tais recursos deverá a mesma ser das Câmaras Criminais, já que cabe a elas reformar ou manter as decisões proferidas por juízes criminais de primeiro grau, não obstante a matéria tratada ser de natureza cível. Analisando a jurisprudência sobre o assunto, verifica-se que é esse o procedimento que vem sendo adotado.²⁸

CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode-se perceber que o novo dispositivo legal tem causado discussão na doutrina, sendo que talvez os temas mais debatidos sejam as questões da falta de previsão

²⁷ CABRAL, Antônio do Passo. Op. cit. p. 319.

²⁸ BRASIL, TJ/RJ – Apelação nº 0170263-48.2009.8.19.0001 – Des. Siro Darlan – 7ª Câmara Criminal - julg. 13/07/2010; BRASIL, TJ/RJ – Apelação nº 2009.050.05483 – Dês. Rosa Helena Guita – 5ª Câmara Criminal – julg. 15/04/2010.

expressa de pedido e uma possível violação ao sistema acusatório e à ampla defesa e ao contraditório.

A importância dessas matérias é inegável, contudo não se pode perder de vista também o debate sobre a revalorização da vítima no processo penal, bem como o interesse social subjacente na reparação dos danos causados por um ilícito penal, e até que ponto essa indenização deixa de ser prioritariamente de interesse público para prevalecer um caráter patrimonial de cunho individual.

A intenção do legislador foi compatibilizar a reparação dos danos com os princípios da celeridade e da razoável duração do processo, tendo em vista que o modelo anterior era demasiadamente longo e não satisfazia adequadamente os interesses do ofendido.

O objetivo do trabalho foi trazer à baila as discussões doutrinárias referentes a alguns desses temas e tentar, à luz do ordenamento jurídico vigente, propor soluções que permitam a aplicação efetiva da inovação trazida pela Lei. 11. 719/08 dentro de um sistema coerente e sem contradições, sem perder de vista que o processo é um instrumento e não um fim em si mesmo.

Dessa forma, tendo em vista os argumentos utilizados no texto, não há razão para deixar de aplicar o novo dispositivo legal, pois como se pôde verificar é possível compatibilizá-lo com a Constituição Federal e a legislação processual penal vigente, sem perder de vista as garantias constitucionais do réu.

REFERÊNCIAS:

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 EMERJ, v. 13, n 49, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei 11.719/2008*, in Revista da EMERJ, v. 12, n 46, 2009;

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Juspodivm, 11^a ed., Salvador, Juspodivm, 2009, v. 1.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial*. 3^a ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6^aed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luis Flávio; CUNHA, Rogério Sanches e PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HERTEL, Daniel Roberto. *Aspectos Processuais Civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória*, in Revista da EMERJ, v. 11, n^o 44, 2008.

LAI, Sauvei. *Anotações sobre o novo art. 387, IV do CPP: o valor mínimo indenizatório na sentença penal condenatória*, in <http://www.ibccrim.org.br/>, acessado em 08 de outubro de 2010.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 4 ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Considerações sobre a indenização civil fixada no processo criminal*, in <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=3131>, acesso em 05 de novembro de 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9^aed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.

SILVA, Roberto de Abreu e. *A sentença criminal condenatória e a reparação de dano*,. In Revista da EMERJ, v. 13, n^o 50, 2010.