



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aspectos controvertidos sobre o art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal

Juliano Hermont Hermes da Silva

Rio de Janeiro
2010

JULIANO HERMONT HERMES DA SILVA

Aspectos controvertidos sobre o art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal

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

Prof: Néli Luiza C. Fetzner
Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

ASPECTOS CONTROVERTIDOS SOBRE O ART. 387, INCISO IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Juliano Hermont Hermes da Silva

Graduado pela Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais de
Barbacena. Advogado.

Resumo: A nova redação do art. 387, inciso IV do CPP passou a prever a condenação do réu ao pagamento de indenização mínima à vítima. Deve ser analisada se tal previsão encontra-se de acordo com o sistema constitucional vigente, bem como as características e efeitos desta decisão dada em sentença penal condenatória.

Palavras-chaves: Processo Penal, Sentença Penal Condenatória, Indenização, Competência

Sumário: Introdução. 1. Alteração legislativa. 2. Constitucionalidade. 3. Legitimidade 4. Princípio da Congruência. 5. Dano. 6. Ação Civil *Ex Delicto*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho pretende abordar toda problemática criada após o advento da Lei n 11.719/08, que promoveu profunda reforma no Código de Processo Penal, o art. 387, inciso IV, passando a prever na sentença penal condenatória a fixação de um valor mínimo a título de indenização levando em consideração os prejuízos sofridos pelo ofendido. Verifica-se a necessidade de analisar tal dispositivo e indicar se ocorre invasão de competência, tendo a matéria decidida no juízo penal produzindo efeitos civis, com a possibilidade de ser inconstitucional. Verificando a existência da possibilidade de reparação civil dos danos

decorrentes da prática de delitos antes da reforma do CPP. É importante analisar se trata de poder ou dever do juiz criminal em fixar a indenização, devendo estar previamente pedido pelo autor da ação penal, sob pena de violação do Princípio da Congruência ou Correlação. Deve ser abordada a legitimidade do Ministério Público para cuidar de interesse disponível do ofendido. Por fim, analisar se a indenização refere-se somente aos danos materiais efetivamente sofridos e comprovados na instrução criminal ou se englobaria possíveis danos morais, devendo verificar se tal valor pode ser discutido no juízo cível.

Trata-se de questão controvertida, havendo divergência quanto à aplicação ou não do dispositivo legal, sendo observados posicionamentos em ambos os sentidos, servindo o artigo para trazer os fundamentos favoráveis e contrários à fixação da indenização na sentença penal condenatória, com a exposição do posicionamento dos doutrinadores do ramo do Processo Penal e Processo Civil.

1. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA

A Lei n 11.719/08 reformou o Código de Processo Penal, sendo analisado, especialmente, a alteração do art. 387, inciso IV, que incluiu a obrigatoriedade do juiz criminal fixar, na sentença penal condenatória, um valor mínimo a título de indenização a ser pago pelo condenado.

O art. 91, inciso I do Código Penal, que diz ser efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, encontra no *novel* dispositivo uma forma de facilitar sua ocorrência, pois já estabelece um valor mínimo para se pago pelo condenado, que já pode se executado.

Da mesma forma, para se propiciar efetividade ao dispositivo estudado, foi introduzido o parágrafo único no art. 63: "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".

Por fim, por ser norma de cunho processual, deverá ser aplicada aos fatos anteriores à sua vigência e a todos os feitos em andamento desde o momento da entrada em vigor da Lei 11.719/08, não importando se o fato típico tenha ocorrido anteriormente.

Não se vislumbra sua caracterização como norma de caráter penal, o que impediria sua aplicação ao réu que cometera a infração penal antes da entrada em vigor da lei, por não ser uma pena a ser fixada, e sim um efeito da condenação, devendo o juiz obrigatoriamente fixar o valor indenizatório na sentença condenatória.

2. CONSTITUCIONALIDADE

Cumprir analisar a possível inconstitucionalidade da referida norma, já que estabelece decisão de matéria cível em sede criminal.

A separação da jurisdição civil e penal restou por mitigada com introdução da norma. De acordo com CÂMARA (2009), o inciso IV do art. 387, violaria a previsão constitucional do art. 125, que estabelece que a determinação da competência *ratione materiae* dos juízos estaduais é tema de organização judiciária reservado à legislação estadual de iniciativa dos Tribunais de Justiça. Assim, lei federal não poderia tratar da matéria, havendo, então, o vício da inconstitucionalidade formal.

Apesar da posição do renomado processualista, há que se entender a razão de ser na referida norma. Buscou o legislador atender ao princípio da economia processual ao trazer ao processo criminal o início da reparação dos danos sofridos pela vítima, fixando desde logo o pagamento de uma indenização. A condenação ao pagamento de determinado, ainda que mínimo, já afasta a discussão no juízo cível quanto à existência do dever ou não de indenizar, restando apenas analisar os danos e quantificar o valor devido.

O valor fixado na sentença condenatória já pode ser de plano executado no juízo cível, cabendo discussão quanto a uma possível complementação, já que a quantia é fixada em seu mínimo e, ainda, a análise de uma reparação por danos morais em decorrência do delito que devem ser feitas no âmbito civil.

Além da análise da separação de jurisdição, cabe a verificar se ao se fixar a indenização na sentença, restam respeitados o contraditório e a ampla defesa.

Para garantir o respeito ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, impõe-se a necessidade de que haja dentro do processo penal a oportunidade de se discutir a existência do dever do réu em indenizar a o ofendido e o seu *quantum*. Assim, havendo o pedido e sendo efetivamente discutido no processo penal, não se pode entender como inconstitucional.

Na norma analisada mostra presente a economia processual e a efetividade da prestação jurisdicional, já que apresenta uma resposta mais rápida e satisfatória para a vítima.

3. LEGITIMIDADE

3.1 MINISTÉRIO PÚBLICO

O interesse constante no pedido de ressarcimento dos danos oriundos da prática delituosa é evidentemente individual e disponível. Tomando por base tal entendimento, com base no art. 127 da Constituição Federal, o Ministério Público não teria legitimidade para realizar o pedido de ressarcimento, não sendo permitido, desta forma, pleitear a produção de provas para comprovação dos danos.

No entanto, limitar a atuação do Ministério Público poderia esvaziar a efetivação da norma ora analisada, pois não permitindo sua atuação positiva, estaria condicionando o cumprimento da determinação da lei processual penal à realização de pedido por parte do ofendido ou seus sucessores.

Permitindo sua atuação, há que se considerar a necessidade de que o pedido deveria ser cumulado junto com o pedido de aplicação da lei penal, formulado na denúncia, por ser este o momento oportuno, que já daria ciência, desde logo, ao réu que tal requerimento foi formulado.

Também se vislumbra a hipótese de ser a vítima do delito que possua o direito a ressarcimento ser incapaz, o que impõe a atuação obrigatória do *Parquet*. Assim, não se poderia afastar a legitimidade do órgão ministerial para pleitear a fixação do valor mínimo na sentença condenatória.

Assim, o melhor entendimento para se atingir a efetividade da norma é de se permitir ao Ministério Público a possibilidade de formular o pedido indenizatório, sendo que este deve integrar a denúncia, juntamente com o pedido da aplicação da lei penal. Desta forma, considera-se como exceção por aceitar que o órgão ministerial atue na defesa de interesses disponíveis, já que está diretamente ligada à aplicação da lei penal e da restituição do *status quo ante* da situação da vítima.

3.2 VÍTIMA

Diante da divergência quanto a possibilidade do membro do Ministério Público pleitear a indenização e tomando por base a atribuição concedida pela Constituição Federal, entende-se que somente a vítima poderia fazer o pedido expresso de ressarcimento dentro do processo criminal, por ser a maior interessada na reparação. Para tanto, deveria se habilitar nos autos como assistente de acusação, conforme permissão do art. 268 do Código de Processo Penal. Desta forma, passaria a fazer parte da relação processual, sendo-lhe permitido a produção de provas dos danos experimentados em razão do ilícito penal, para possibilitar a efetivação do contraditório quanto a esse pedido.

Nesse sentido, NUCCI (2008, p. 235) “De todo modo, parece-nos que somente o ofendido poderia solicitar a indenização e o juiz não teria condições de fixá-la de ofício, sem nenhum pedido”. Para o referido autor, o Ministério Público não poderia agir em nome do ofendido, devendo a legitimidade ser deferida exclusivamente a este, em atuação como assistente de acusação.

Importante também se observar o efeito que a fixação deste valor no processo criminal representa para vítima ou seus sucessores. O Direito Penal, em sua essência, visa aplicar sanções a quem viole as leis penais, fazendo com que este evite voltar a delinquir, além de demonstrar para a sociedade em geral, quais consequências de se desobedecer aos ditames legais, desestimulando a prática de delitos.

Além da persecução penal e a resposta estatal substanciada na aplicação da sanção ao condenado, a vítima obtém um provimento que atende suas necessidades de forma mais expressa, ressarcindo dos danos sofridos em decorrência da conduta criminosa do condenado.

Assim, apresenta-se para a vítima a Percepção da Efetividade do Direito Penal, que não fica somente restrita a atuação do Ministério Público e aplicação da pena. Ao prever a possibilidade de se reparar o dano suportado pela vítima, retira-se a distância entre a vítima e o Estado que irá punir o agressor de seu direito.

Em caso de aplicação pura e simples da pena, não se obteria uma real satisfação à vítima, uma vez que havendo prejuízos materiais e não fossem ressarcidos, estes ainda se manteriam para a vítima como consequência do crime.

Apesar da consistência dos argumentos apresentados, o melhor entendimento deve ser aquele que permite que o pedido indenizatório seja feito tanto pelo Ministério Público quanto pela vítima ou seus sucessores.

Não se pode considerar apenas a natureza disponível do direito, mas na realidade, o ordenamento jurídico deve se mostrar efetivo, sem que não haja norma sem aplicação. Assim, não importando quem realize o pedido, deve-se exigir apenas sua presença para privilegiar as garantias das partes envolvidas.

Assim, diante da existência de interesse, mostra-se plenamente possível a realização de pedido a ser formulado tanto pela vítima, na qualidade de assistente de acusação ou, ainda, como titular na ação pena privada, assim como pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, no oferecimento da denúncia.

4. PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA

Quando apresentada uma pretensão ao Estado-juiz, este somente pode se manifestar nos limites dados pelo pedido inicial ou, no máximo, conforme o pleito deduzido por em sede de reconvenção, sob pena de ao prolatar sua decisão esta ser considerada *extra-petita* ou *ultra-petita*.

Limitação de que a decisão abarque somente aquilo que foi posto em análise perante o juízo, produz efeitos quanto a formação da coisa julgada. Além disso, reflete o Princípio da Congruência ou Correlação, segundo o qual, a sentença deve refletir o pedido de providência jurisdicional feito pelas partes.

Em atendimento ao mencionado princípio, deve ser apresentado ao juiz pedido expresso de fixação da indenização quando da prolação da sentença condenatória. Dessa forma, a fixação estaria condicionada a prévio requerimento.

Ao se reconhecer a necessidade de que o pedido de fixação da indenização conste dos autos, permite-se ao réu a ciência de que durante o processo criminal também se fará a discussão quanto ao referido valor.

Assim, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para realizar o requerimento da indenização, este deve ser feito na própria denúncia, juntamente com o pedido de prestação jurisdicional consubstanciada na aplicação da lei penal.

No entanto, considerando o próprio ofendido e seus sucessores (art. 31, CPP) como os únicos legitimados para realização da pretensão indenizatória, tem-se que somente poderia cogitar que o pedido venha a ser deduzido por estes, quando atuarem como assistentes de acusação, quando se tratar de ação penal pública incondicionada ou na condicionada à representação, já que na ação penal de natureza pública, de titularidade do Ministério Público, a vítima e seus sucessores somente se fazem presentes e podem se manifestar quando o pedido de assistência de acusação for deferido pelo magistrado.

Lado outro, em se tratando de ação penal privada e até mesmo da ação penal privada subsidiária da pública, deve o interessado na reparação dos danos se manifestar oportunamente quando do oferecimento da queixa-crime.

Assim, a necessidade de pedido faz com que haja dentro do processo debate acerca da matéria pelas partes interessadas, além de se evitar a prolação de sentença *extra-petita*.

Salienta-se que ao permitir a fixação de plano pelo juiz, independentemente de requerimento, acarreta a violação ao princípio da congruência, além de se dificultar o exercício da ampla defesa e do contraditório, pois certo que o réu será surpreendido por uma condenação ao pagamento de determinado valor, sem que ao menos tenha tido oportunidade de manifestar em juízo.

No entanto, em virtude do disposto no inciso IV do art. 387, do CPP, pode se considerar desnecessário tal pedido expresso, já que o magistrado poderá, *ex officio*, quando decidir acerca do processo criminal, fixar a indenização ali prevista.

Nesse sentido, TOURINHO FILHO (2009) entende que a fixação do valor indenizatório possui natureza de efeito civil da sentença penal condenatória já que torna certa a obrigação de ressarcir os danos, sendo considerada um adiantamento da fixação do valor. Assim, não seria necessário que a realização de pedido nesse sentido.

A condenação por reparação de danos no processo penal atribui ao Juiz o dever de prestação jurisdicional, sem provocação, pois, a pena indenizatória é de cunho acessório, sendo, portanto, imposta ao réu sem a necessidade de se consignar antes da efetiva condenação. Assim, não há violação ao direito de defesa, na medida em que o autor da infração deverá, ao cometer delitos, esperar que deva arcar com os prejuízos causados à vítima.

Apesar do forte argumento permitindo a fixação da indenização independente de pedido formulado nos autos, deve prevalecer a necessidade de se ter o pedido feito de maneira

expressa para se permitir uma completa discussão acerca da matéria, privilegiando o contraditório, e, principalmente, evitar-se que a sentença a ser proferida seja *extra petita*.

Assim, independentemente dos considerados legitimados a pleitear a indenização no processo, a necessidade da existência de pedido expresso se mostra evidente, impedindo qualquer alegação de cerceamento de defesa e violação do contraditório e ampla defesa.

5. DANO

O legislador ao estabelecer a redação do art. 387 não o fez de maneira adequada. Conforme se observa, determinou a fixação de valor mínimo para reparar danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Pela análise literal da norma, tem-se que devem ser levados em consideração os prejuízos sofridos pelo ofendido. Somente pode ser auferido de plano pelo magistrado os danos materiais sofridos, sendo excluídos os danos morais, que não possui fácil constatação.

Deve-se sempre ter em mente a razão da alteração legislativa, que é a pronta reparação dos danos decorrentes da prática delituosa. Assim, não sendo efetiva tal reparação esvazia-se a função da norma estudada.

5.1. DANO MORAL

Os danos morais são aqueles que acabam por abalar a honra, a boa-fé subjetiva ou a dignidade das pessoas físicas ou jurídicas. O sofrimento é experimentado pela vítima. Para se verificar a ocorrência dos danos morais é necessária a comprovação do nexo de causalidade entre o fato gerador do dano e as consequências sofridas pelo ofendido.

Serve a indenização por danos morais para reparar a dor, o sofrimento ou exposição indevida sofrida pela vítima em razão da situação causada pelo ofensor, havendo ainda, o interesse em ser um desestímulo para a prática de conduta semelhante, o que permite a utilização do caráter pedagógico, levando-se em consideração a capacidade econômica do ofensor, do ofendido e a razoabilidade do valor a ser arbitrado, que deve ser de forma que torne efetiva a punição, mas que não sirva de enriquecimento indevido por parte do ofendido. Assim, o critério de fixação do valor devido a título de indenização por danos morais é subjetivo.

Não resta dúvida que a prática do ilícito penal abala de forma a gerar a possibilidade de haver reparação por danos morais, mas pela sistemática do processo penal, não se torna possível haver a discussão e a efetiva comprovação da ocorrência deste dano, diferente do dano material.

A comprovação de dano moral demanda uma maior dilação probatória que não observa ser o objetivo da norma, por fugir à finalidade do processo criminal e que determina a fixação de valor mínimo, ou seja, passível de posterior discussão. Assim, tal discussão deve ser levada ao juízo cível, onde melhor se dará a verificação de sua caracterização.

Observa-se que ao deixar a reparação dos danos morais a ser discutida no juízo cível diante da dificuldade de sua comprovação, o legislador obriga a vítima a ingressar com tal pedido, acabando por diminuir o objetivo de se atender ao anseio da vítima por uma reparação efetiva.

5.2. DANO MATERIAL

O dano material não gera discussão quanto sua definição, havendo consenso na doutrina e jurisprudência. Entende-se como tal, o efetivo prejuízo patrimonial causado a alguém por outrem, sendo que pode ser apreciado e mensurado sua extensão.

A existência do dano está condicionada a sua comprovação, devendo ser demonstrada a extensão delimitando a sua abrangência e ao prejuízo efetivo, com a demonstração do quanto o patrimônio da vítima foi diminuído em virtude do ato ilícito praticado pelo agente. Evidente que também que deve haver a inclusão de todos os valores que deixou de lucrar, além de quaisquer gastos extras que se fizeram necessários em decorrência da situação. Assim, o dano material engloba o valor do prejuízo sofrido efetivamente pela prática do delito, além do lucro cessante correspondente ao valor que a vítima deixou de lucrar em virtude do ato ilícito praticado e os mencionados extras.

Resta saber a necessidade de se comprovar os danos durante a instrução probatória. No caso de delitos patrimoniais, a comprovação do valor do dano possui maior facilidade, já que não sendo recuperado o bem que fora objeto do crime ou a perda deste bem, basta a fixação referente ao valor do bem.

No caso de crimes não patrimoniais evidente fica a dificuldade de estabelecer o dano material sofrido. Mas não podem ser considerados apenas os bens que sejam objetos dos delitos, devendo incluir todos os danos suportados pela vítima em decorrência do delito, desde que devidamente comprovados.

Suma importância se apresenta a necessidade de se provar a existência dos danos durante a fase instrutória do processo criminal, que pode ser feita por todos os meios admitidos em direito, cabendo o ônus da prova à vítima.

Realizando a discussão sobre os danos durante a fase instrutória, permite-se ao réu a possibilidade de apresentação de defesa, contestando a existência dos danos alegados, sua participação na ocorrência dos mesmos, bem como os valores atribuídos pelo ofendido. Desta forma, resta privilegiada a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, que jamais podem ser afastados das relações processuais.

Cabe ao magistrado diante das provas carreadas aos autos, verificar os danos sofridos pela vítima que efetivamente se originam da conduta do réu e fixar o valor correspondente indenização. Tal valor pode estar estabelecido entre o mínimo, suficiente para garantir uma reparação parcial dos danos, conforme a previsão legal, e a totalidade que possa abarcar todos os danos, se assim restar comprovado na instrução.

Para TOURINHO FILHO (2009), até mesmo no caso de não restarem comprovados os danos, em razão da modalidade da ação criminosa, poderá o juiz estabelecer um valor com base na sensibilidade e bom senso que não extrapole o mínimo. Da mesma forma, caso o crime cause apenas danos morais, pode o juiz deixar de aplicar o dispositivo analisado.

Uma vez estabelecido o valor, resta a análise da expressão “mínimo” constante da norma ora estudada e a possibilidade de se discutir a complementação do valor a ser apurado no juízo cível.

Quanto à discussão sobre eventuais danos morais, não resta qualquer dúvida quanto a sua impossibilidade, já que conforme mencionado, difícil é sua determinação na sentença penal condenatória.

Já os danos materiais estabelecidos na sentença condenatória necessitam de sua comprovação, sendo que devido ao fato que o processo criminal não possui como escopo a

análise detida acerca dos danos sofridos pela vítima, o mais aceitável para se atingir a efetivação da norma, é permitir nova discussão sobre o valor da indenização a ser realizada no Juízo Cível.

Frisa-se a própria redação do inciso IV, que determina a fixação de um valor mínimo, já garantindo ao ofendido buscar possível complementação da indenização, caso entenda não ter sido resguardado seu interesse.

Referida possibilidade de novo debate acerca do valor recebe duras críticas da doutrina, já que ao se permitir a reabertura da discussão o legislador afasta a real intenção pela qual a norma foi criada, retirando a eficácia de tentar diminuir o número de processos cíveis discutindo reparações decorrentes de infrações penais.

Para NUCCI (2008), seria correto a norma determinar o estabelecimento de um valor real, que deve ser debatido exclusivamente no processo criminal. Tal medida evitaria um sobrecarregamento da esfera cível ao se discutir algo que já poderia ter sido decidido em definitivo.

Além disso, entende o ilustre autor, no momento em que o ofendido obter a reparação e esta fixada no seu mínimo, não estaria satisfeito e seria obrigado a demandar novamente buscando a complementação do valor. Haveria desta forma, uma efetividade da pela metade, que deveria ser refutada com a apuração da reparação civil em sua totalidade no juízo criminal, impedindo a renovação da discussão.

Encerra, ponderando que os juízes criminais devem, diante da manifestação da vítima no sentido de querer a indenização, buscar a fixação do valor real, informando na própria sentença que assim agiu. Assim, pode-se argumentar a formação de coisa julgada material, impedindo a discussão no âmbito cível.

6. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

A ocorrência do dano em virtude de um fato criminoso permite que o prejudicado busque uma reparação através da Ação Civil *Ex Delicto*. Com a prática da infração penal, além de violar a ordem penal, se afeta a ordem social protegidas pelas leis civis.

A prática do ilícito penal dá ensejo a duas ações: a ação penal, na qual o Estado exerce o *jus puniendi* aplicando a lei penal, e a ação civil, ajuizada pela vítima para obter a reparação dos prejuízos sofridos em decorrência do crime. Note-se que ambas nascem para buscar o restabelecimento da situação anterior à prática do delito.

A ação civil *ex delicto* tem como base uma sentença penal condenatória, que nos termos do art. 91, inciso I do Código Penal torna certa a obrigação de reparar o dano causado pelo agente quando do cometimento do delito, sendo discutido apenas o valor a ser reparado, com a devida instrução probatória no âmbito cível.

Diferente do que ocorre na fixação da sentença penal condenatória ao atender o art. 387, inciso IV do CPP, há espaço para se discutir a reparação dos danos morais. TOURINHO FILHO (2009, p. 18) afirma que a doutrina e a jurisprudência de forma pacífica acatam a indenização por danos morais.

Evidente que algumas infrações penais não originam a pretensão à reparação civil dos danos, restando apenas a pretensão punitiva estatal. Nestas infrações, não se enquadra dano como uma consequência para a vítima, quer pelo bem jurídico tutelado quer pelo sujeito passivo do crime.

Justifica a previsão desta ação no CPP devido à importância dada pelo legislador a efetiva reparação dos efeitos da prática do delito, que se verifica com o cumprimento da pena pelo condenado e com o ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima.

A ação civil que vise à reparação de danos decorrentes de ilícitos penais pode ser proposta antes, durante ou depois da ação penal, ou mesmo sem que qualquer ação penal seja proposta, dada a independência entre ambas.

Sendo que esta independência não é total, já que pode haver a influência do que foi decidido no juízo criminal, afetando o juízo cível. Como exemplo dessa mitigação da independência entre as ações civil e criminal, quanto à reparação civil dos danos, o juiz criminal pode, desde logo, atribuir valor líquido e certo à sentença penal, que será executado no cível.

6.1 LEGITIMIDADE ATIVA

Possui legitimidade ativa para intentar essa ação, a própria vítima, seu representante legal, se for o caso, e seus sucessores.

Entende-se por ofendido aquele que foi diretamente atingido pelo fato criminoso, ou seja, a vítima do evento danoso. A vítima, portanto, pode ser qualquer pessoa, podendo ser maior, menor, capaz ou incapaz. Assim, se não possuir capacidade para ingressar em juízo, deverá ter a figura do representante legal, para representá-lo em juízo.

O representante da vítima vai a juízo em nome da vítima para representar os interesses desta, que é incapaz, conforme a lei, de ingressar por si só em juízo, não se confundindo desta forma, com a substituição processual, em que o substituto vai a juízo pleitear em nome próprio direito alheio.

Devem ser observadas as regras a respeito de capacidade e incapacidade, seja absoluta ou relativa, lembrando que o absolutamente incapaz será sempre representado por seus pais, tutores ou curadores, e o relativamente incapaz será sempre assistido por estes.

A razão da inclusão dos herdeiros da vítima como legitimados para a propositura da ação civil *ex delicto*, se dá no caso da vítima vier a falecer, em decorrência do fato criminoso ou não. Há o exercício do direito de sucessão, posto que a ação civil visa a reparação civil de um dano causado em decorrência de crime cometido. Assim, tendo esta cunho patrimonial, têm os herdeiros interesse na sua propositura, ou na continuidade de seu andamento.

O art. 68 do Código de Processo Penal também confere legitimidade ao Ministério Público no caso do titular de direito ser pobre. Cabe salientar que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela manutenção da legitimidade ao *Parquet* até a completa instauração da Defensoria Pública em todos os Estados da Federação.

O Ministério Público intervém na ação civil *ex delicto* como substituto processual da vítima ou de seus herdeiros, devendo de ser o titular do direito à reparação civil pobre e haver o requerimento deste para que o Ministério Público possa atuar, seja em execução de sentença condenatória, seja em ação reparatória em processo de conhecimento.

Assim como no caso de a parte propor a ação civil *ex delicto* para obter a sentença condenatória em sede de juízo civil, o Ministério Público pode ajuizar a ação antes mesmo da sentença criminal, pois, a vítima pode propor a ação civil independentemente da ação penal. Serve a lei para garantir que a reparação civil pelo delito seja efetivada, ainda que o titular do direito à reparação não tenha condições de dar andamento na ação civil.

6.2 LEGITIMIDADE PASSIVA

Quanto à legitimidade passiva, inclui-se como legitimado, o responsável pelo delito, e diferentemente da responsabilidade criminal que não pode passar da pessoa do agente, pode alcançar seu representante legal e seus sucessores, que suportarão pelos danos até o limite das forças da herança.

Por autor do fato entende-se quem praticou a infração penal, devendo também, incluir os co-autores e partícipes. Desta forma, todos os responsáveis pelo fato criminoso poderão ser incluídos na ação civil reparatória do dano penal.

Quando da propositura, o autor poderá se deparar com formação de um litisconsórcio passivo facultativo simples, no caso de ainda não haver sentença condenatória, por haver uma mesma situação de fato unindo os réus envolvidos na ação civil, qual seja, a participação no delito. Será, no entanto, simples já que a sentença poderá ser diferente para cada um deles, pois não há a certeza quanto o reconhecimento da responsabilidade de cada um.

Em havendo uma sentença penal condenatória, o litisconsórcio na ação civil reparatória será necessário, pois a execução do título executivo judicial, no caso a sentença, será contra todos, não cabendo opção ao autor em escolher determinado condenado para demandar.

No direito civil há a aplicação do Princípio da Intranscendência, permitindo que a ação civil reparatória seja proposta contra qualquer uma das pessoas citadas, não se limitando a apenas o autor do fato. Já na esfera penal, somente este ser processado, julgado e condenado pela prática de um ilícito penal.

Assim, a responsabilidade penal sempre será pessoal, já que depende da prática de um crime e este somente pode ser imputado a quem cometeu, e como sabido não pode a pena passar da pessoa do condenado. Lado outro, a responsabilidade civil, em regra, será de quem

praticou a conduta lesiva, mas poderá em alguns casos, levar à responsabilização do representante legal ou mesmo dos herdeiros, nos limites da herança.

Diante da natureza cível da ação civil *ex delicto*, permite-se o seu ajuizamento em face não apenas de quem figurou no processo criminal, como também em face de responsável civil do réu ou seus herdeiros, havendo fortes argumentos contrários e favoráveis.

A corrente favorável capitaneada por TOURINHO FILHO (2009) ressalta os efeitos civis produzidos pela sentença penal condenatória, no que tange a obrigação de indenizar, sendo assim, de cunho patrimonial, refletindo diretamente no patrimônio do réu, e não sobre a sua pessoa, como no caso da condenação criminal.

Desta forma, diante do caráter patrimonial da ação, pode ela ser proposta contra o réu ou, na falta ou no caso de patrimônio insuficiente deste, contra o seu responsável civil. Igual modo, de acordo com esta posição, pode a ação civil ser intentada contra os herdeiros ou o espólio do réu condenado criminalmente, por ser o patrimônio deste que responderá pelos danos.

Apesar de que, após a entrada em vigor da exigência de fixação de valor mínimo na sentença condenatória, considera-se forte o argumento exposto, não deve ele prosperar. De acordo com NUCCI (2008), somente se pode impingir a cobrança reparação patrimonial daquele que participou da ação penal, posto que houve amplo contraditório em sede processual penal, não havendo sequer a possibilidade de ser iniciada a instrução criminal sem que o réu tenha sido comprovadamente citado.

Evidentemente não pode aceitar-se a referida fixação sem que não tenha sido oportunizado ao réu o direito de manifestar sobre o valor pretendido, sendo certo que se não participou da ação penal, não pode ser responsabilizado.

6.3 AÇÃO CIVIL *EX DELICTO* NO DIREITO COMPARADO

Antes de analisar a ação civil *ex delicto* com base nos ordenamentos jurídicos alienígenas, é de suma importância tecer comentários sobre os sistemas das ações decorrentes de crime, quais sejam, o sistema da confusão, da solidariedade, da livre escolha e da separação.

De acordo com o sistema da confusão há no mesmo processo a aplicação de pena para o condenado que abrangia tanto a esfera civil quanto a penal. As duas pretensões são deduzidas em um único pedido.

Já no sistema da solidariedade há duas ações distintas, porém ambas são resolvidas ao mesmo tempo, em conjunto num mesmo processo. São duas pretensões deduzidas em único processo, mas em pedidos distintos.

No sistema da livre escolha, ou da interdependência, há a possibilidade de se ajuizar a ação civil no juízo cível ou pode pleitear o ressarcimento em sede penal, na própria ação penal.

Havendo escolha da parte na esfera civil, em virtude da possibilidade de se ter influencia da sentença penal exercer sobre a civil, deverá o processo cível paralisar o andamento da ação até o julgamento definitivo da ação penal, visando evitar decisões contraditórias.

E, finalmente, no sistema da separação, ou da independência, há a separação obrigatória das ações, devendo a ação civil ser proposta no juízo cível e a ação penal no juízo criminal.

O direito penal brasileiro adotou o sistema da separação ou da independência entre as ações civis e penais, havendo, no entanto, certa mitigação. Caso queira, a parte poderá promover a ação para a satisfação apenas na esfera civil.

Com a sentença penal condenatória transitada em julgado, pode-se executá-la no cível, não cabendo mais discussão quanto ao dever de se indenizar e sim quanto ao valor a ser pago.

Porém, há que se respeitar o mínimo que foi fixado na sentença condenatória nos termos do inciso IV do art. 387 do CPP, que não se sujeita nem mesmo à liquidação.

Caso proposta a ação civil com a ação penal em curso, o feito em trâmite perante o juízo cível deve ser sobrestado até final decisão da seara penal.

De acordo com LIMA (2009), observa-se que o ordenamento jurídico argentino adotou o sistema da adesão facultativa, posto que as ações podem ser cumuladas, a critério do ofendido.

Analisando a legislação de diversos países, TOURINHO FILHO (2009) menciona que o sistema mexicano mostra-se adepto à confusão, visto que as pretensões são deduzidas conjuntamente na mesma ação, pois cabe à vítima exercer a função de espécie semelhante à assistência ao Ministério Público, no que tange a ação reparatória de danos civis. Caso venha o réu ser absolvido, pode a vítima ingressar com a chamada ação reparatória anômala, que não sofre os reflexos desta absolvição no juízo criminal, salvo em caso de absolvição do réu por excludente de ilicitude, inexistência do fato ou não participação do réu.

Em Portugal, Itália, Espanha e França há a faculdade da intervenção da vítima no processo criminal ou a escolha pelo juízo cível, refletindo o sistema da livre escolha.

Por fim, no direito holandês verifica-se que é adotado o sistema da separação, já que somente no juízo cível é que se pode buscar a satisfação do dano.

CONCLUSÃO

A inclusão da obrigatoriedade de o juiz criminal fixar, na sentença penal condenatória, um valor mínimo a título de indenização a ser pago pelo condenado, com a alteração do inciso IV do art. 387 do Código de Processo Penal, apesar de ser criticada por parte da doutrina já demonstra sua utilidade e aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

Para tanto, a fim de se evitar qualquer questionamento quanto sua constitucionalidade, devem ser observados alguns requisitos para sua ocorrência.

É de fundamental importância, a necessidade de ser a pretensão deduzida em juízo, havendo pedido expreso quanto ao pleito indenizatório. Assim, garante-se o respeito ao contraditório e ampla defesa do devedor da obrigação de indenizar. Além do mais, constando dos autos o pedido, a sentença se encontrará em conformidade com o princípio da congruência.

Sendo imprescindível o pedido, este pode ser formulado pelo ofendido e seus sucessores na qualidade de assistente de acusação ou, ainda, como titular na ação pena privada. O pleito também pode ser feito pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, mesmo diante do caráter patrimonial do direito buscado. Isso porque, não se pode condicionar de nenhuma forma a efetividade da norma processual.

Representa ainda, como um provimento que atende as necessidades da vítima de forma mais clara do que simplesmente a aplicação de pena, ressarcindo dos danos sofridos em decorrência da conduta criminoso do condenado e, se não fossem ressarcidos, ainda se manteria para a vítima como consequência do crime.

Quanto à espécie de dano que pode ser reparado dentro do processo criminal, resta claro que somente aquele dano material que pode ser de plano demonstrado, sem a necessidade de dilação probatória extensa e complexa, pode ser objeto de ressarcimento.

Por fim, restou demonstrado que a reparação civil dos danos causados pela prática de delitos já ocorria através da ação civil *ex delicto*, sendo que serviu a alteração a propiciar uma maior efetividade ao estabelecer a fixação de um valor indenizatório, mesmo que mínimo, que desde logo já pode ser executado no juízo cível, permitindo-se discussão acerca da complementação do valor e da inclusão de indenização a título de danos morais.

REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Efeitos Cíveis e Processuais da Sentença Condenatória Criminal. Reflexões sobre a Lei 11.719/2009. *Revista da EMERJ*, v. 12, nº 46, 2009. Rio de Janeiro.

DELGADO, Yordan Moreira; COSTA, Werton Magalhães. *Comentários à reforma do código de processo penal e lei de trânsito*. Salvador: Juspodivm, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal vol II*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.