



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Fixação de Indenização Mínima na Sentença Penal Condenatória: Inconstitucionalidade e Inocuidade

Roberta Ferraz Barbosa Silva

Rio de Janeiro
2010

ROBERTA FERRAZ BARBOSA SILVA

A Fixação de Indenização Mínima na Sentença Penal Condenatória: Inconstitucionalidade e Inocuidade

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

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

Rio de Janeiro
2010

A FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO MÍNIMA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA: INCONSTITUCIONALIDADE E INOCUIDADE

Roberta Ferraz Barbosa Silva

Graduada pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada – Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O trabalho analisa a lei 11.719/08 e suas alterações no Código de Processo Penal, com a previsão de fixação de indenização mínima pelo juiz criminal ao prolatar a sentença condenatória. Apesar do louvável intuito de privilegiar a vítima, a alteração é eivada de inconstitucionalidade e tem pouca valia prática. Assim, por uma ponderação de princípios, defende-se entendimento que enquanto não elaborada legislação que, além de privilegiar a vítima, vá ao encontro da ordem constitucional, deve prevalecer o regime de fixação de indenização antigo, em que a sentença condenatória era tida como meio a tornar certa a obrigação de indenizar.

Palavras-chaves: Fixação, Indenização Mínima, Sentença Penal Condenatória, Inconstitucionalidade, Inocuidade.

Sumário: Introdução. 1. Os Sistemas de Ações Decorrentes de Crimes ou Sistemas de Fixação da Responsabilidade Civil pelos Danos Decorrentes da Prática de Ilícitos Penais. 2. Não Cabimento de Fixação de Indenização Mínima de Ofício: violação aos princípios da correlação, do contraditório e da ampla defesa. 3. A Legitimação Para Pleitear a Indenização e A Competência Para o Julgamento do Pedido: inconstitucionalidade formal. 4. Réus Insolventes e a Impossibilidade de Indenizar. 5. Conclusão. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

O Código Penal Brasileiro (CP), em seu art. 91, I, estabelece ser efeito genérico da sentença penal condenatória o fato de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime. Nesse sentido, tem-se que, com a condenação, além do seu efeito principal e primário, qual seja fixar a pena após o reconhecimento do ilícito penal, há efeitos genéricos, secundários. Isso porque a prática de um crime não ofende, tão somente, a esfera penal, mas sim toda a ordem jurídica e, assim, admite-se a possibilidade de o ilícito penal ter possíveis implicações de natureza civil, como nos casos de constatado dano, ter a certeza de sua reparação pela via indenizatória.

A sentença penal condenatória transitada em julgado é considerada, nos termos no art. 475-N, II, do Código de Processo Civil (CPC), título executivo judicial. Isso significa que, ocorrido o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não é necessário, à parte, propor ação cognitiva na esfera cível para apurar se seria cabível, ou não, indenização em razão do dano causado pelo crime. Basta à vítima, ou aos demais legitimados, promover a execução da sentença penal condenatória.

Ocorre que essa sentença, antes do advento da Lei 11.719/08, era título ilíquido, pois apesar de conter o *an debeatur* (o que se deve), não possuía o *quantum debeatur* (o quanto se deve). Apesar de tornar certa a obrigação de indenizar, a sentença penal condenatória não fixava o valor da indenização devida. Desta feita, necessária a liquidação dessa sentença (na maioria das vezes a liquidação por artigos), e, somente após essa liquidação é que seria possível a sua execução. Era com base nesse procedimento que alguns autores, como CÂMARA (2008-2009), afirmavam que a sentença penal condenatória não poderia ser considerada um verdadeiro título executivo, mas, tão unicamente, um título para a liquidação da sentença.

A Lei 11.719/08, com intuito de fazer prevalecer os interesses da vítima, modificou o art. 387 do Código de Processo Penal (CPP), ao inserir, no inciso IV, a determinação de que o juiz, ao prolatar a sentença penal condenatória, deverá fixar uma indenização mínima para reparar os danos causados pela infração, considerados os prejuízos sofridos pelo ofendido. Assim, pode-se afirmar que, com a nova Lei, a sentença penal condenatória passa a ser título executivo judicial líquido, pois contém valor mínimo fixado pelo juiz penal quando da prolação da sentença de condenação. Isso, por sua vez, supostamente acelera o recebimento de indenização, mesmo que mínima, pela vítima, já que não mais se faz necessária a liquidação dessa sentença, que poderá ser diretamente executada.

Todavia, o diploma legal não trouxe uma simples alteração no regime de indenização da vítima como pode aparentar uma análise superficial do tema. Sequer se faz necessário um aprofundado exame do assunto para a ocorrência de muitos questionamentos: A fixação da indenização mínima também passaria a ser efeito genérico da sentença penal condenatória, e, assim, seria fixada de ofício, ou deveria ser feito um pedido específico? Se requerida a indenização, quem teria legitimidade para tanto? Não havendo pedido, como ficam os princípios do contraditório e da ampla defesa? Ademais, não havendo pedido, seria a sentença *extra petita* e violado seria o princípio da correlação entre o pedido e a sentença? O juiz penal tem competência para fixar essa indenização de natura cível? Sendo o condenado insolvente, como fica a indenização da vítima? Essas são algumas das muitas questões que surgem sobre o presente tema e que este trabalho busca explicar e tenta dirimir.

1 OS SISTEMAS DE AÇÕES DECORRENTES DE CRIMES OU SISTEMAS DE FIXAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS DECORRENTES DA PRÁTICA DE ILÍCITOS PENAIIS

A prática de um crime pode acarretar em ações tanto na esfera criminal quanto na esfera cível, já que um dos efeitos secundários da condenação é o de tornar certa a obrigação de indenizar a vítima pelo dano causado. O modo como essas ações serão propostas, processadas e julgadas no ordenamento jurídico é que vai determinar qual o tipo de sistema de ações decorrentes de crime será adotado.

Pode-se afirmar serem quatro os sistemas: o sistema da confusão, o sistema da solidariedade, o sistema da livre escolha ou da adesão e o sistema da separação ou da independência.

Pelo sistema da confusão, tem-se uma só ação, um só processo, que irá fixar tanto a pena quanto a reparação civil, ou seja, uma única ação é proposta, com fins penais e civis. Já no sistema da solidariedade, há duas ações, uma penal e outra civil. Todavia, essas ações são conexas, e, assim, é prolatada uma única sentença para os dois processos, ou seja, ambas as ações, criminal e civil, terão um mesmo desfecho. Com o sistema da adesão, há a possibilidade de a vítima, ou demais legitimados, pleitear, no processo penal, a reparação civil. Há, ainda, o sistema da separação ou da independência, em que as ações penal e civil são obrigatoriamente separadas, o juiz que irá julgar a ação penal não tem competência para o julgamento da ação civil, e assim respectivamente. Nesse sistema não pode haver postulação de reparação civil no âmbito do processo penal.

Com os atuais CP e CPP e antes do advento da Lei 11.719/08, a doutrina era quase unânime em afirmar que o sistema de fixação de responsabilidade civil pelos danos decorrentes da prática de ilícitos penais adotado era o sistema da separação total. Precedente à

alteração legal, não havia possibilidade de haver reparação civil e de fixação de indenização também na esfera penal, pois a antiga redação do art. 63 do CPP estabelecia que após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória a vítima ou demais legitimados poderiam executar essa sentença no juízo cível, com fins de obter indenização para a reparação do dano sofrido.

Com a nova lei, o art. 63 do CPP, passou a ter redação no sentido de que com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá ocorrer a execução do valor da indenização fixado pelo juiz penal na própria sentença penal condenatória, nos termos do art. 387, IV, do CPP. Ademais, poderá ocorrer liquidação, na esfera cível, para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Desta feita, para o autor CÂMARA (2009), o direito brasileiro passa, agora, a adotar o sistema da adesão facultativa. Isso porque, com a nova previsão, a ação indenizatória para a reparação de danos poderá ser proposta no juízo cível não obstante a sentença penal condenatória já conter indicação de valor mínimo da indenização devida ao ofendido. Assim, transitada em julgado a sentença penal de condenação a vítima passa a ter a escolha de promover, ou não, a liquidação dessa sentença. Se satisfeita com o valor fixado naquele provimento, o executará diretamente. Do contrário, será realizada a sua liquidação.

Autores como POLASTRI (2009) e PACELLI (2008) entendem que o sistema adotado no Brasil, a partir das alterações no CPP introduzidas pela Lei 11.719/08, passou a ser o da separação parcial. Para essa parcela da doutrina não há que se falar em cumulação de instâncias (penal e cível), mas sim em uma simples fixação de indenização mínima na sentença penal condenatória, indenização esta que terá valor especificado, já que o dano deverá ser cabalmente demonstrado durante a persecução penal.

Pode-se afirmar que o sistema da adesão facultativa é o que mais se adéqua ao atual sistema brasileiro de fixação da responsabilidade civil pelos danos decorrentes da prática de

ilícitos penais. Antes da alteração legislativa, no Brasil, a propositura da ação civil para a reparação de danos oriundos da prática de ilícitos penais poderia ocorrer previamente, durante ou posteriormente à propositura da ação penal, ou até mesmo sem que fosse proposta essa ação, já que totalmente independentes as ações civil e penal. Com a nova lei, além de poder propor a ação civil *ex delicto* (a vítima ingressa no juízo cível com ação civil em busca de reparar o dano causado pelo ilícito), a vítima, ou demais legitimados, pode executar diretamente a sentença penal condenatória, já que tem um título executivo judicial líquido, pois um valor mínimo de indenização foi nela fixado.

2. NÃO CABIMENTO DE FIXAÇÃO DE INDENIZAÇÃO MÍNIMA DE OFÍCIO: VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA CORRELAÇÃO

A nova redação do art. 387 do CPP, oriunda da Lei 11.719/08, introduziu, no inciso IV, determinação no sentido de que cabe ao juiz penal, ao prolatar sentença penal condenatória, fixar valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Há quem defenda na doutrina, como MENDONÇA (2008) e CAPEZ (2009), que para essa fixação não se faz necessário um pedido específico da parte ou de quem tenha legitimidade para tanto. Assim, ao entender pela condenação, além de fixar a pena, deve o magistrado, de ofício, estabelecer indenização mínima em razão dos danos oriundos do crime.

Para essa parcela da doutrina, um pedido específico de indenização é descabido. Não há necessidade que conste na denúncia ou na queixa esse pedido, pois para a própria redação do artigo contém comando nesse sentido. Desta feita, a fixação de valor mínimo a título de indenização para a reparação de danos, assim como a obrigação de reparar o dano (contida no

art. 91, I do CP), também é considerada efeito genérico da sentença penal condenatória. E, como efeito genérico, é efeito automático da condenação.

Nesse contexto, não há que se falar em qualquer pedido a ser feito pela parte, já que a fixação advém de comando legal próprio, é uma imperatividade do magistrado, sendo estabelecida de ofício.

Data vênia abalizada doutrina, considerar a fixação de indenização mínima como efeito genérico da sentença penal condenatória é ofender, diretamente, princípios constitucionais básicos como o do contraditório e o da ampla defesa, além de o princípio da correlação entre a demanda e a sentença.

Sabe-se que o contraditório e a ampla defesa abarcam garantias constitucionais. O contraditório exige a garantia de participação do acusado durante toda a instrução, enquanto que a ampla defesa impõe a realização efetiva dessa participação. Com ambos os princípios, conforme preceitua PACELLI (2008), à parte é garantida a informação de todo e qualquer fato e alegação contrária ao seu interesse, bem como o direito de reagir, de contradizer esse fato ou essa alegação. Também lhe é oportunizada a resposta nos mesmos termos em que elaborada a acusação. Ou seja, com o contraditório e a ampla defesa visa-se a paridade entre a acusação e a defesa.

Nessa ordem de idéias, nada mais plausível com os aludidos princípios do que haver, seja na denúncia, seja na queixa crime, o pedido de indenização. Isso, pois, com o pedido expresso, ao acusado será oportunizada elaboração de defesa nos termos do que veio a ser requerido pela acusação. Do contrário, patente o cerceamento de defesa, já que ao réu será imposta uma sanção (a indenização mínima) sem que possa, no curso do processo, sobre ela se informar e, com isso, debatê-la, e, conseqüentemente, reagir.

Com o pedido de indenização pela acusação, tanto a própria acusação quanto a defesa poderão produzir as provas a fim de comprovar, ou não, o dano alegado e sua devida extensão

em razão do ilícito penal cometido. Ao juiz, destinatário final das provas no processo, caberá a fixação do valor mínimo, nos termos da lei e em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Pelo exposto, entender que a Lei 11.719/08 trouxe um imperativo ao magistrado, que deverá de ofício fixar uma indenização mínima ao prolatar a sentença penal condenatória, sem que seja oportunizada a ampla defesa e o contraditório ao réu, é afirmar pela inconstitucionalidade material dessa lei.

A inconstitucionalidade material se configura quando averiguada a contrariedade da norma ou do ato em relação à própria norma constitucional, ou até mesmo a um princípio constitucional. Assim, considerar que a fixação de indenização pelo juiz deve ser de ofício, sem que seja necessário um pedido da acusação, significa violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que, por sua vez, eiva de inconstitucionalidade a Lei em comento.

Cabe destacar, ainda, que, caso não haja pedido específico quanto à indenização pela acusação, também estará configurada a violação ao princípio da correlação entre a demanda e o pedido.

De acordo com os artigos 128 e 460 do CPC, a decisão judicial deve ser plena, deve analisar todos os pedidos feitos pelas partes, inclusive os pedidos implícitos, e a esses pedidos deve se limitar, não pode ir fora, além ou aquém deles. Leciona DIDIER JR. (2008) que o princípio da correlação é consequência da garantia do contraditório. Isso, pois à parte deve ser oportunizada a manifestação sobre qualquer questão que venha a interferir no conteúdo da decisão e, assim, o magistrado deve ater-se, tão somente, àquilo que foi demandado no processo, já que as partes só puderam se manifestar em relação a isso.

Nesse contexto, ao se fixar indenização mínima na sentença penal condenatória sem que tenha ocorrido pedido da acusação ter-se-á uma sentença *extra petita*, em que o magistrado terá decidido sobre pedido que não foi formulado.

Na denúncia ou na queixa crime o pedido da parte se resume, em regra, na condenação do acusado pelo crime praticado. Com isso, o provimento judicial que condenar o réu a algo que não veio a ser pleiteado pela acusação, e que, por conseguinte, não foi oportunizada defesa, não terá congruência com os elementos da própria demanda bem como a resposta do demandado.

É esse, inclusive, o entendimento de Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), como o Desembargador Marcus Quaresma Ferraz, da Oitava Câmara Criminal, e o Desembargador Marco Aurelio Bellizze, da Primeira Câmara Criminal (Apelação nº 2009.050.07157 – Julgamento: 16/12/2009 e Apelação nº 2009.050.04517 – Julgamento: 19/08/2009, respectivamente). É o que também sustenta o Desembargador Marcus Basílio, igualmente atuante na Primeira Câmara Criminal do citado TJRJ. Ao prolatar voto em sede de apelação criminal em que era relator (Apelação nº 2009.050.01628 – Julgamento: 20/05/2009), o douto julgador decidiu por decotar a verba indenizatória da sentença tendo em vista a ausência de pedido, o que, por sua vez, viola o princípio da correlação e, por conseguinte, o princípio do contraditório.

Importante destacar que a fixação de indenização mínima em sentença penal condenatória, introduzida no art. 387, IV do CPP pela Lei 11.719/08, não foi, de todo, uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) estabelece modalidade de multa reparatória e, em seu art. 41, determina que a multa consistirá no pagamento, mediante depósito judicial em favor da vítima, ou seus sucessores, de quantia a ser calculada com base em seu art. 49, § 1º do CP, e deve ser estabelecida sempre que houver prejuízo material

resultante do crime, não podendo, todavia, ser superior ao valor do prejuízo demonstrado no processo.

Vale lembrar, também, que o art. 20 da Lei 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) contém determinação no sentido de que a sentença penal condenatória, sempre que possível, deverá fixar o valor mínimo para a reparação de danos causados pela infração, devendo, para tanto, considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

Ocorre que, em ambos os casos citados, não há que se falar em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Isso, pois na hipótese dos crimes de trânsito, a multa já vem com o seu critério de fixação previamente estabelecido em lei o que permite à parte sobre ela defender-se, com a possibilidade, inclusive, de produzir provas, com o intuito de provar o não cabimento da multa no caso em concreto. Já nos crimes ambientais, havendo constatação de dano efetivo ao longo da instrução, preceitua o art. 19 do aludido diploma legal que deverá ser feita perícia de constatação de dano efetivo ambiental, e essa perícia, sempre que possível, deverá fixar o montante do prejuízo causado. Assim, tanto acusação quanto defesa têm plena ciência, desde o início da ação, da possibilidade de fixação de indenização mínima caso proferida sentença penal condenatória. Com isso, poderão, no curso do processo, produzir provas e, como já salientado, exercidos serão, com completude, os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Por todo conteúdo explanado outra conclusão não há se não a de que, ao contrário do fato de a condenação tornar certa a obrigação de indenizar, a fixação de indenização mínima na sentença penal condenatória não pode ser considerada efeito genérico desse tipo de provimento.

Esse efeito secundário (condenação tornar certa a obrigação de indenizar) estabelecido no art. 91, I, do CP tem sua razão de ser no próprio ordenamento jurídico brasileiro, que considera a prática de um crime tão ofensiva à sociedade que merece guarida e punição tanto

no âmbito penal quanto do âmbito civil, além de demais ramos do direito, dependendo do ilícito praticado. Isso significa que o fato de indenizar a vítima pelo prejuízo causado com a prática da infração realmente deve estar implícito na sentença penal condenatória, o que, todavia, não acarreta na consequência direta de ser fixada essa indenização sem que tenha, sequer, ocorrido pedido da parte para tanto, e, tampouco, ter sido oportunizada defesa do acusado.

Entender que a indenização mínima deve ocorrer de ofício pelo magistrado é permitir que interesses patrimoniais prevaleçam sobre garantias constitucionais (contraditório, ampla defesa e correlação da demanda com o pedido). Nada mais congruente, se não a formulação do pedido pela parte, seja na denúncia seja na queixa crime, e, assim, ter-se-á a oportunidade de defesa pelo acusado, bem como uma sentença plausível com o que pedido.

Ocorre que, principalmente quando a ação penal for pública, adentra-se na discussão se o Ministério Público (MP) teria legitimidade para pleitear essa indenização. Ademais, feito o pedido e, com isso, oportunizada a defesa e, conseqüentemente, produzidas provas, a fixação de indenização mínima será capítulo próprio da sentença penal condenatória, o que leva ao questionamento se o juiz penal teria competência para o julgamento e a fixação desse valor mínimo a título de indenização pelos danos sofridos em razão do ilícito praticado. São esses os pontos, e demais questões oriundas desses pontos, que serão abordados a seguir.

3. A LEGITIMAÇÃO PARA PLEITEAR A INDENIZAÇÃO E A COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DO PEDIDO: INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL

Preceitua o art. 127 da Constituição Federal (CF) que ao MP é incumbida a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tem-se por interesses indisponíveis de ordem pública, interesses públicos, e que, por isso, os titulares desses direitos não podem deles dispor. São direitos que nascem, desenvolvem e são extintos sem que haja qualquer interferência de seus titulares. Abarcam, por exemplo, direitos da personalidade. São, portanto, direitos intransmissíveis e irrenunciáveis e ao MP é atribuída a função de por eles zelar, seja em relação à coletividade, seja em relação a um único indivíduo.

Da conceituação acima, pode-se concluir que a proteção pelo *Parquet* não abarca Direitos patrimoniais. Direitos patrimoniais são direitos disponíveis, que podem ser transacionados, ou seja, o titular, como se depreende da própria nomenclatura, pode dispor desse direito, renunciando, cedendo, usando, gozando, comercializando, fornecendo, emprestando, dando, transferindo. O conteúdo patrimonial configura-se por meio de uma valoração, um sentido econômico financeiro que é atribuído a esse direito, vinculado, geralmente, às relações contratuais.

Sabe-se que o direito à indenização, tanto em decorrência de dano moral, quanto em decorrência de dano material adentra no âmbito dos direitos patrimoniais, portanto, no âmbito de direitos disponíveis.

Nesta ordem de ideias, ao ser pleiteada na denúncia, em sede de ação penal pública, a indenização em decorrência do dano causado pelo autor do ilícito penal (partindo-se da premissa que, como já salientado, a indenização mínima deve ser requerida na inicial, e, com isso, não pode ser fixada de ofício pelo juiz penal quando da prolação da sentença penal condenatória, sob pena de violação a princípios constitucionais), patente a configuração de ilegitimidade ativa para tanto.

Conforme determina o art. 129, I, da CF, é função institucional do MP, promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Isso significa que, a critério do legislador, foram selecionados quais os crimes em que a legitimidade para propor a ação seria

do *Parquet* em razão do bem jurídico tutelado, como, por exemplo, o crime de homicídio, que tutela o bem da vida, um direito indisponível e que, por conseguinte, se violado, terá sua defesa pelo MP, a quem compete tutelar pelos direitos indisponíveis.

Ao se deflagrar uma ação penal pública, como o oferecimento de denúncia pelo MP, objetiva-se, portanto, a tutela de direitos indisponíveis, supostamente, violados em razão da prática de um ilícito penal. Desta feita, não tem o *Parquet* legitimidade para, em sede de denúncia, além de requerer a condenação do réu, pleitear sua condenação ao pagamento de indenização à vítima, já que nesse caso o que se tem, como já destacado, é a tutela de um direito patrimonial disponível.

Uma possível solução para a problemática aqui apresentada seria a atribuição ao MP legitimidade extraordinária.

A legitimidade extraordinária é uma exceção e, por isso, necessita de autorização legal para ocorrer, conforme preceitua o art. 6º do CPC. A parte, em nome próprio, pleiteia em juízo direito alheio, sendo caso de substituição processual. Nesse diapasão, sua ocorrência só é possível se expressamente autorizada em lei. Aqui, então, a impossibilidade de se adotar essa solução. Não há na Lei 11.719/08 nem em qualquer outro diploma legal do ordenamento jurídico brasileiro, até a presente data, qualquer autorização para o MP, em ação penal pública, pleitear, em nome próprio, indenização em favor da vítima. Consequentemente, não há como ser atribuída legitimidade extraordinária ao MP para fazer postulação nesse sentido.

O máximo de legitimidade que se poderia atribuir ao MP para pleitear a indenização nas ações penais públicas seria com a aplicação, por analogia, da previsão contida no art. 68 do CPP. Determina o citado artigo que nos casos em que o titular do direito à reparação for pobre, a execução da sentença penal condenatória ou a ação civil, prevista no art. 64 do aludido diploma legal, será promovida pelo *Parquet*.

Neste sentido, poder-se-ia entender que, assim como ocorre nos casos da ação civil *ex delicto*, sendo a vítima hipossuficiente financeiramente, o MP teria a legitimidade para pleitear a indenização nos autos da ação penal pública.

Necessário ressaltar que o citado art. 68 teve sua inconstitucionalidade progressiva declarada pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 196.857 – Informativo nº 219). Entendeu a Suprema Corte que nos locais em que houver Defensoria Pública devidamente instalada, é ela o órgão com legitimidade para pleitear o direito à reparação nos casos de vítima pobre, e não mais o MP, ou seja, a legitimidade do *Parquet* somente permanece quando não houver Defensoria Pública no Estado. Conforme previsão contida no art. 134 da CF, a Defensoria é a instituição para a defesa dos interesses dos necessitados.

Assim, atribuir a legitimidade do MP para os casos de vítima pobre não se vislumbra como solução mais adequada. Primeiro, porque essa atribuição não possui previsão legal, sendo oriunda de mera aplicação, por analogia, de determinação contida no art. 68 do CPP. Segundo, porque, de certa maneira, é uma solução de curta valia prática, já que o Pretório Excelsior, como salientado, entendeu pela inconstitucionalidade progressiva do aludido artigo que atribui a legitimação para o *Parquet*.

Outra solução que se vislumbra é a possibilidade de o pedido de indenização da vítima nas ações penais públicas ser realizado pela própria vítima ou por quem possa representá-la em juízo.

Seria o caso, por exemplo, de assistência, em que o MP, ao tutelar pelo direito indisponível violado, com a propositura da ação penal pública, pleitearia a condenação do réu, e a vítima, por meio de seu assistente de acusação, ao defender seu direito patrimonial disponível, pleitearia a condenação do réu ao pagamento de indenização em razão dos danos sofridos pela prática da conduta criminosa. O fato é que, se assim o fosse, configurada estaria violação à competência do juízo cível.

O juízo cível tem competência material para o julgamento de causas atinentes, justamente, às questões civis, como as hipóteses de fixação de indenização em razão de danos, tanto de cunho moral quanto de cunho patrimonial. Isso significa que a parte, ao pleitear a indenização, em regra, deve assim proceder perante o juízo cível, ocasião em que será desencadeado todo um procedimento, em obediência a uma série de princípios como o contraditório e a ampla defesa, com a produção de provas, pelo demandante e pelo demandado, para, ao final, o juiz decidir de acordo com o que foi requerido e comprovado, nos termos do que consta no processo.

Nesse raciocínio, interpretar a regra contida na Lei 11.719/08 (que alterou o art. 397, IV do CPP) no sentido de autorizar que a própria vítima ou quem possa representá-la venha a fazer pedidos dessa monta, em ação penal pública, é permitir a ampliação da competência material do juízo criminal.

Ocorre que o art. 125, § 1º da CF estabelece que a lei de organização judiciária é de iniciativa dos Tribunais de Justiça Estaduais; ou seja, a competência material, a atribuição da matéria que será respectiva a cada juízo, deverá ser feita por legislação estadual, oriunda dos próprios Tribunais de Justiça. Com isso, entender que a Lei 11.719/08 atribui competência material cível ao juízo criminal é (no sentido de o juiz criminal julgar o pedido de indenização por danos, pleiteada pela vítima ou por seus sucessores e sede de ação penal pública), conseqüentemente, eivá-la de inconstitucionalidade formal, já que lei federal estaria por estabelecer matéria atinente à lei estadual.

A inconstitucionalidade formal é aquela em que a norma padece de vício de forma. No presente caso, há inconstitucionalidade formal orgânica, em que ocorre usurpação de competência legislativa para a elaboração da norma. Uma norma que deveria ser elaborada por um órgão é elaborada por outro, exatamente como na hipótese em comento, em que lei federal trata de matéria que deveria ser estabelecida por lei estadual.

Leciona CÂMARA (2009), ao analisar os efeitos civis e processuais da sentença penal condenatória criminal, com reflexões sobre a Lei 11.719/08, que a competência *ratione materiae* é tema de organização judiciária, reservada à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça. Assim, tendo uma lei federal, no caso a Lei 11.719/08, atribuído competência cível a um juízo criminal, será essa lei formalmente inconstitucional. Por conseguinte, não há possibilidade em admitir que o próprio ofendido, ou seus sucessores, postule indenização perante o juízo criminal, pois, do contrário, estar-se-á perante patente hipótese de inconstitucionalidade formal da Lei em questão.

O entendimento (de a vítima ou seus sucessores pleitearem indenização na ação penal pública) poderia ser posto em prática, caso a Lei 11.719/08 contivesse determinação no sentido de que caberia aos Estados, por meio de iniciativa de seus Tribunais de Justiça, estabelecer competência cível e criminal para as hipóteses em que se demonstrasse possível a fixação de indenização em sentença penal condenatória. Foi o que ocorreu, por exemplo, quando da entrada em vigor da Lei 11.340/06, a lei que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher. Em seu art. 14, há previsão no sentido de que os Estados podem criar Juizados de competência criminal e cível. Percebe-se, assim, que na lei federal houve previsão no sentido de que lei estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça criasse órgão com competência material distinta dos demais juízos.

Todavia, não há na Lei 11.719/08 qualquer previsão em relação aos Tribunais Estaduais modificarem a competência material em relação aos respectivos juízos (cível e criminal) para que se proceda a devida análise e fixação, quando possível, de indenização mínima em razão de danos pela prática de ilícito penal, no momento em que prolatada a sentença penal condenatória, nas hipóteses em que assim for pleiteado pela vítima ou por seus sucessores legais.

Pelo exposto, e como já salientado, não se pode vislumbrar a possibilidade de a vítima ou seus sucessores, no âmbito de ação penal pública, requerer a indenização mínima prevista do art. 387, IV, do CPP, pois, se assim ocorrer, eivada estará a Lei 11.719/08 de inconstitucionalidade formal, o que, por sua vez, torna inadmissível a sua permanência do ordenamento jurídico pátrio.

Cabe ressaltar que o mesmo raciocínio pode ser aplicado nos casos de ação penal privada. Não há que se falar aqui, todavia, em ilegitimidade da parte para pleitear a indenização. O titular para propor ação penal privada, nos termos do art. 100, § 2º do CP, é o próprio ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo. Assim, também teria ele legitimidade para postular indenização mínima quando configurado o dano em razão da conduta criminosa.

O problema se encontra, justamente, no alargamento de competência do juízo criminal, já que com o pedido de indenização mínima contido na queixa crime, deverá o juiz, ao proferir a sentença penal condenatória, proferir juízo de mérito em relação à matéria cível, ou seja, em que a competência para análise e julgamento é, de fato, do juízo cível. Por derradeiro, assim como nas ações penais públicas, nas ações penais privadas não há como se vislumbrar a possibilidade de a vítima ou quem possa representá-la, vir a pleitear, em sede de juízo criminal, indenização mínima em razão de danos morais ou patrimoniais sofridos.

4. RÉUS INSOLVENTES E A IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAR

Não bastasse toda a questão processual e constitucional demonstrada para justificar a impossibilidade de aplicação da Lei 11.719/08, em relação à alteração atinente à fixação de indenização mínima pelo juiz criminal quando da prolação de sentença penal condenatória, tem-se, ainda, a questão prática, que aponta como inócua a alteração em comento.

A afirmação supra tem razão de ser quando considerada a insolvência do autor da infração penal. Mesmo que toda a questão processual e constitucional venha a ser resolvida, não há que se falar em aplicação prática da modificação oriunda do diploma legal à baila nos casos em que o condenado não possuir condições financeiras para arcar com a indenização, mesmo que mínima, fixada pelo juiz criminal na sentença penal condenatória. E, considerando que em países como o Brasil a ocorrência de condenados insolventes é de grande valia, maior importância assume a avaliação do tema.

O fato de se constatar, quando fixada indenização mínima na sentença penal condenatória, que o réu não possui condições financeiras para com ela arcar acarreta, por conseguinte, na frustração da vítima, na não consubstanciação do seu direito à reparação.

Foi a partir desse pensamento que estudos voltados aos direitos da vítima desenvolveram raciocínio no sentido de que caberia ao Estado arcar com essa indenização nas hipóteses em que configurada a impossibilidade de o réu assim agir.

Até meados do século XIX doutrina, legislação e jurisprudência eram voltadas para um Direito Penal Estatal em que a ênfase dirigia-se ao delinquente, ao autor do delito. Buscava-se, assim, a apuração dos fatos, com a consequente condenação do réu e a imposição da respectiva pena. Nessa conjuntura, a vítima tinha atuação marginal no processo criminal. Limitava-se a esclarecer os fatos, e assumia, com isso, muitas obrigações, mas, em resposta, não possuiu ou não lhe era respeitadas uma série de direitos.

O fato é que com a evolução dos estudos no direito penal, principalmente no âmbito da vitimologia, passou-se a não mais ser permitida a marginalização da vítima. Doutrina, legislação e jurisprudência começaram a assumir orientação no sentido de que, sendo a vítima quem sofre, diretamente, as maiores consequências do delito (que implica em efeitos na esfera física, psíquica, econômica e social na vida do ofendido), é ela quem deve ser privilegiada

quando da aplicação da lei penal, momento em que se deve objetivar a reparação do dano a ela causado, em todos os sentidos possíveis.

A Declaração Universal dos Direitos da Vítima, em sua cláusula 12, determina que o Estado deve reparar a vítima nos casos em que o crime resultar de ato oficial ou quase oficial, ou, quando, não havendo seguro privado, o ofensor for insolvente, não podendo, com isso, efetuar a reparação com o pagamento de indenização, bem como quando não houver seguro privado.

Cabe destacar, também, a Resolução nº 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1985, que instituiu a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder.

A declaração contém disposição no sentido de que a indenização da vítima de crime deverá ser procedida pelo Estado quando o valor pago pelo delinquente, ou oriundo de demais fontes, não for suficiente. Para tanto, é recomendada a criação de fundos nacionais de reparação, ou, quando já existentes, o seu reforço e amparo.

Diante do explanado, percebe-se que a vitimologia tem configurado um raciocínio mundial direcionado ao estabelecimento do que se pode denominar de responsabilidade subsidiária do Estado nos casos em que não puder o réu arcar com a reparação do dano por ele provocado na vítima em razão de ilícito penal praticado.

O Estado, como pessoa jurídica de direito, assume uma série de deveres perante os jurisdicionados, os cidadãos, que pagam tributos para financiar a atividade estatal na prestação desses deveres, que, por sua vez, configuram-se como direitos desses cidadãos.

A segurança pública, nos termos do art. 144 da CF, é um desses deveres do Estado, assim como direito e responsabilidade de toda a sociedade, devendo ser exercida, por meio das polícias, de modo a preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

A prática de um delito acarreta na violação da paz social, na violação de direitos dos cidadãos, sendo, portanto, obrigação oriunda da segurança pública e, por conseguinte, do Estado, uma atuação preventiva, de forma a impedir a prática de condutas delitivas, bem como uma atuação repressiva, de modo a penalizar os infratores, nos termos da lei, em razão da ofensa a bens jurídicos tutelados.

Partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que a ocorrência de um crime, em regra, demonstra, em conjunto com o próprio infrator, a falha na prestação desse dever do Estado, que não atuou de modo suficiente a evitar a prática criminosa. Por isso o entendimento de responsabilidade subsidiária do Estado quando da indenização da vítima por danos sofridos em razão de infração penal praticada.

Certo é que o infrator tem responsabilidade por seus atos, e, assim, deve por eles responder, recebendo a condenação cabível. Com isso, não se pode atribuir, única e exclusivamente, a responsabilidade pela realização de um crime ao Estado em razão de ser ele a entidade a zelar pela segurança pública. Se desse modo o fosse, ter-se-ia o Estado como um segurador universal, o que, por sua vez, tornaria inviável a administração, já que não poderia o Estado sempre responder por todos os danos que seus administrados venham a sofrer.

Configurada a insolvência do condenado, deverá então o Estado atuar de forma subsidiária de modo a compensar a vítima pelos danos sofridos. Essa compensação pelo Estado se dá, justamente, em razão de sua função de defesa e segurança do cidadão, que tem o direito de ser compensado pela falha na prestação do serviço estatal de segurança pública. Cumpre ressaltar que a assistência do Estado à vítima não deve ser só de cunho patrimonial, mas também de cunho moral, psicológico, social.

Muitos são os países que já aplicam esse raciocínio, tendo criado sistemas estatais de reparação ou instituído fundos de reparação, podendo citar: Itália, França, Inglaterra, Canadá, EUA, Suécia, Alemanha, Áustria, Holanda, Finlândia, Cuba.

O ordenamento jurídico brasileiro só veio a abranger a idéia de atuação estatal na compensação da vítima com o advento da Constituição Federal de 1988.

Preceitua o art. 225 da CF que caberá à legislação infraconstitucional a disposição de hipóteses 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 ato ilícito.

O citado artigo é, na Classificação de SILVA (2002), norma de eficácia limitada. Isso significa que essa regra necessita de lei infraconstitucional para produzir seus respectivos efeitos. Caso não criada essa lei, não há como aplicar a previsão constitucional, já que a norma contida na Constituição não é auto-aplicável. Há, portanto, necessidade de lei que regulamente o aludido dispositivo, estabelecendo-se, com isso, um embrionário mecanismo brasileiro de atuação estatal no âmbito de compensação das vítimas de crimes. Contudo, não é somente essa lei que irá solucionar a problemática.

É recente o destaque da vitimologia no ordenamento jurídico brasileiro. Exemplo disso é a criação do diploma legal em análise, a Lei 11.719/08, que buscou privilegiar a vítima quando da prolação da sentença penal condenatória. Com a fixação de indenização mínima pelo juiz, o legislador procurou proporcionar à vítima a satisfação mais eficaz de seu direito a ser compensada pelos danos sofridos em razão da prática do ilícito. Todavia, as falhas do legislador no dispositivo em questão impedem a sua aplicabilidade.

O fato de não haver no ordenamento jurídico brasileiro sistema que preveja a responsabilidade subsidiária do Estado nos casos de insolvência do ofendido, acarreta na inocuidade da alteração do art. 387, IV, do CPP, trazida com a Lei 11.729/08, já que a vítima permanece sem ser indenizada, mesmo que fixado pelo juiz o montante devido.

Há, com a Lei 11.719/08, previsão de indenização mais rápida da vítima, mas nela não há meios satisfatórios para a sua eficácia. Com isso, necessária a criação de mecanismos mais eficazes.

Uma solução que se vislumbra, por exemplo, é, justamente, a criação de uma lei que determine a indenização do ofendido pelo Estado nas hipóteses em que o réu venha a ser condenado em sentença criminal e, em sede de ação civil, constate-se a sua insolvência. Importante destacar que, como a fixação de indenização mínima pelo juiz criminal fere a uma série de princípios constitucionais, bem como viola regra de competência (já que não possui o juiz criminal competência para avaliar matéria cível, no caso, a indenização) a citada indenização, como salientado, deverá ser pleiteada em ação civil *ex delict*, e não na própria ação penal.

Lecionam FERNANDES e MARQUES (1991) que essa suposta lei poderia conter disposição no sentido de que o financiamento dessas indenizações poderia advir, por exemplo, de custas judiciais em processos criminais, venda de bens apreendidos em razão de atos criminosos, ou até mesmo de parte do produto do trabalho de presos.

O legislador deve vislumbrar que o Estado é garantidor da segurança pública, e, com isso, possui responsabilidade perante seus administrados. Possui, por conseguinte, o dever de se responsabilizar pela compensação da vítima quando da configuração de dano em razão da prática de ilícito penal, bem como quando o ofensor assim não o puder fazer em razão de sua insolvência. Se assim proceder, poderá formular uma legislação favorável à vítima e que, portanto, não acarretará na inocuidade de outros diplomas legais, como a Lei 11.719/08, que, além de questões processuais, de questões constitucionais que impedem a sua aplicação, ainda possui essa questão prática, a da insolvência do ofensor, que por sua vez, a torna inócua, sem efetividade.

5. CONCLUSÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, muitas são as disposições relacionadas à atuação do Estado para a repressão do réu em razão da realização de conduta criminosa por ele praticada. Ao ofendido, em regra, é atribuída mera função de fornecer informações sobre o crime em que foi vitimado quando, muitas das vezes, lhe cabe somente atuar como mero expectador do processo em que é apurada a infração, sem nele pode atuar.

Ao prever normas atreladas à punição do agente infrator, a legislação brasileira acabou por adotar postura de marginalização da vítima, o que, por sua vez, não pode ser admitido. Isso porque, além da sociedade (daí a razão das normas punitivas), é o ofendido o maior prejudicado, quem é atingido diretamente pela conduta criminosa. E é com base nesse contexto que uma corrente, tanto doutrinária quanto legislativa e, ademais, jurisprudencial, vem se formando. Busca-se, além da repressão e condenação do indivíduo infrator, a valorização da vítima.

A Lei 11.719/08 foi elaborada como o intuito de introduzir no ordenamento pátrio inovações que buscassem valorizar o tratamento concedido ao ofendido no curso da persecução criminal. Inseriu no art. 387, IV do CPP determinação no sentido de que caberá ao juiz criminal, ao prolatar sentença penal condenatória, fixar indenização mínima ao ofendido.

O legislador, ao assim operar, vislumbrou uma satisfação mais eficaz à vítima ou aos seus sucessores, vez que já na esfera criminal obteriam, mesmo que em montante mínimo, reparação dos danos causados pelo ofensor quando da prática do ilícito penal.

Antes da entrada em vigor da lei em comento, havia sim previsão legal no sentido de indenização da vítima em razão da prática do crime. Todavia, essa indenização era pleiteada em ação própria, no âmbito da competência cível o que, por conseguinte, tornava mais lenta a compensação, quando, não muita das vezes, sequer chegava a se consolidar.

Fato é que a Lei 11.719/08 teve boas intenções ao vislumbrar a fixação de indenização mínima pelo juiz criminal quando da prolação da sentença penal condenatória. Entretanto, não se pode vislumbrar a sua eficácia, vez que a aplicação prática do dispositivo é eivada de inconstitucionalidade, bem como de inocuidade.

Enquanto não criadas leis devidas (que instituem, por exemplo, a indenização subsidiária pelo Estado), outra solução imediata não se pode vislumbrar se não a permanência do sistema de indenização da vítima por meio da ação civil *ex delict*, prevista no art. 63 do CPP.

Com a sentença penal condenatória, tem a vítima ou seus sucessores o direito de propor, no juízo cível, ação civil para a reparação do dano oriundo da prática de crime pelo ofensor, com a fixação da devida indenização.

Não obstante a menor efetividade desse procedimento (vez que a citada sentença penal é tida, por grande parte da doutrina, como título executivo judicial ilíquido, devendo, portanto, se proceder a liquidação no âmbito da juízo cível), tem-se ele como o mais adequado, por não violar regras constitucionais.

A vítima, assim, não deixa de ter seus direitos atendidos, e, por conseguinte, ainda permanecem como atuantes e prevalentes os princípios constitucionais, tanto os atrelados ao réu quanto os vinculados à própria vítima.

6. REFERÊNCIAS

- ARAKEN, Assis de. *Eficácia Civil da Sentença Penal*. 1. ed. São Paulo: RT, 2004.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol. 2. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008-2009.
- _____. *Efeitos civis e processuais da sentença penal condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei 11.719/2008*. Rio de Janeiro; Revista EMERJ nº 46, 2009.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, Werton Magalhães. DELGADO, Yordan Moreira. *Comentários à reforma do código de processo penal e lei de trânsito*. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 5. Salvador: Jus podivm, 2009.
- DINAMARCO. Candido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERNANDES, Antônio Scarance. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *O Estado na reparação do dano à vítima de crime*. São Paulo: Justitia, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer et al. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHAR, Sergio Cruz. *Curso de Direito Processual Civil. Execução*. vol. 3. 2 ed. São Paulo: RT, 2008.
- MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do código de processo penal*. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.
- MOURA, Maria Tereza Rocha de Assis. *As reformas no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar R.. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2008.