

A Sentença Criminal Condenatória e a Reparação de Danos

Roberto de Abreu e Silva

*Desembargador do TJ/RJ. Professor da
EMERJ e Presidente do Fórum Permanente
dos Juízos Cíveis.*

1. INTRODUÇÃO

Analisa-se neste estudo os aspectos positivos e negativos da Lei 11.719/08 na alteração introduzida no inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal em conformidade com a Constituição da República de 1988 por dois relevantes motivos. Primeiro, identificar a melhor estratégia de atuação da vítima na tutela de seus interesses em demanda de reparação de danos civis causados na prática de ilícito criminal. Segundo, se necessário, alvitrar alteração legislativa *de lege ferenda*, objetivando a adequação da novel alteração legislativa aos princípios fundamentais da Constituição da República de 1988, no propósito de afastar obstáculos processuais e acelerar o acesso da vítima à reparação de danos civis praticados em ilícito criminal.

2. ASPECTOS POSITIVOS DA LEI Nº 11.719/08 NA ALTERAÇÃO DO ARTIGO 387, IV, DO CPP

A Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV do CPP, avança na tutela dos interesses da vítima legitimando o juiz criminal a arbitrar e condenar o réu a reparar valor mínimo de danos materiais e morais causados por ilícito criminal, destacando-se os seus aspectos positivos a seguir. 1. Há economia processual porquanto o juiz criminal decidirá, em processo único de natureza penal, as questões relativas às lides criminal e civil oriundas de

suporte fático comum praticado pelo mesmo agente ativo, mediante condenação do réu à sanção penal e fixação, ainda, de valor mínimo relativo à reparação de danos civis a favor da vítima.

2. Com relação às pessoas legitimadas a responderem pelo fato de outrem - os pais pelos atos de filhos, o patrão ou a empresa pelos atos cometidos por seus empregados no exercício de seus ofícios, as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadores de serviços públicos (art. 37, § 6º. da CRFB/88), de maior potencial econômico e financeiro para responderem pelos danos causados - verifica-se, também, economia processual, quando intimadas, se comparecerem no processo penal e efetivarem acordos civis na jurisdição criminal.

3. A possibilidade de acordo ou transação civil afigura-se mais efetiva na jurisdição penal, notadamente, nos crimes de menor potencial ofensivo perante JECrim. Aproveita-se da pressão psicológica, o peso da espada de Dâmocles sobre a cabeça do delinquente e do seu interesse em conseguir algum benefício na jurisdição criminal, v.g., suspensão condicional da penal, prestação de serviço à comunidade, fornecimento de cesta básica, etc., para se efetivar um acordo sobre a querela civil.

4. A inovação da Lei nº 11.719/08 possibilita o acesso mais rápido da vítima à reparação dos danos materiais ou morais em valores mínimos arbitrados pelo juízo criminal na sentença condenatória.

5. O direito positivo vigente permite a execução da sentença penal condenatória, no juízo cível, mais célere, em caso de acordo do *quantum debeatur* indenizatório estabelecido na transação penal, devidamente homologado pelo juiz criminal, dispensando-se a prévia liquidação na jurisdição civil.

6. A inovação introduzida pela Lei nº 11.719/08, impondo a obrigação de indenizar os danos perpetrados por ilícito criminal na jurisdição penal em valor mínimo, aproveita-se do processo penal, considerando as unidades do fato e do agente ativo do crime. Essa nova situação jurídica transpõe de ampla aplicação na jurisdição criminal tradicional e, principalmente, no Juizado Especial Criminal, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, cujas penas não sejam superiores a 2 (dois) anos. Igualmente, nos ilícitos de trânsito por violação do artigo 291 da Lei 9.503/97 com pena até 4 anos; e no Estatuto do

Idoso, Lei 10.741/03 em crimes não que tenham pena máxima superior a 2 (dois) anos e igual ou inferior a 4 (quatro) anos, no procedimento da Lei 9.099/95. 7. Denota-se a vantagem processual de se economizar o procedimento recursal para o segundo grau de jurisdição, em razão do acordo civil homologado em matéria cível na jurisdição penal. Por isso, não se admitirá recurso em função da sanção fixada em valor mínimo a título de reparação de danos, porquanto não se justifica a exacerbação da sanção na jurisdição penal, em segundo grau, considerando que a legislação faculta à vítima exercer tal pretensão na jurisdição civil. 8. Com relação ao réu, também, não se justifica o recurso na esfera criminal, em relação à matéria cível, porquanto se trata de indenização mínima, piso básico de reparação que lhe favorece, situação que evidencia sua falta de interesse processual na jurisdição criminal, implicando, por isso, não conhecimento ou desprovimento de recurso interposto se interposto no segundo grau de jurisdição. 9. A fixação do valor mínimo de indenização na sentença penal evita contradição com o *quantum* médio ou máximo que possa ser arbitrado na ação civil perante o juízo cível, a título de reparação dos danos materiais e morais. 10. O atual avanço legislativo constitui o primeiro passo para a implementação da **Justiça Restaurativa** na visão do jurista americano, Howard Zer¹, 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. No mesmo sentido é a lição de Cândido Furtado Maia Neto², na doutrina sobre “Justiça penal democrática e os direitos humanos”, em que propugna pela proclamação do **Direito Penal do Perdão**, no sentido de modernizar a função da práxis forense criminal para fins de alcançar uma Justiça recriativa, democrática, popular e participativa, em troca da Justiça retributiva. 11. Quando a conduta do autor do

¹ HOWARD Zerh -ENM -AMB Informa -1º a 30 de abril de 2008, p. 9.

² Cândido Furtado Maia, promotor de Justiça no Paraná, pós doutor em direito. Mestre em Ciências Penais e Criminológicas- Informativo - Coad - ADV. Fascículo 15/2008 p. 243/246.

ilícito não apresenta maior relevância na reprovação penal como no dano párvulo, de ninharia ou de bagatela, que não integra o tipo penal, impõe-se o não acolhimento da ação penal, sendo possível excluir-se a tipicidade formal (TACRIM-SP, AC. 481.889-Rel. Gonçalves Nogueira³). Não obstante, deve o juiz criminal aproveitar-se do processo criminal para efetivar acordo quanto à composição dos danos causados à vítima inocente. Nesse diapasão doutrina Raúl Zaffaroni, ao comentar sobre o **princípio da humanidade**, assinalando que é possível ao **juiz dispensar a pena ou aplicar abaixo do mínimo legal, sempre que a reprimenda ao delinqüente tenha alcançado a reparação do dano**, ou ainda, quando o próprio fato causar-lhe um grave dano ou sofrimento. **12.** No crime de peculato culposo, a reparação do dano constitui causa de extinção da punibilidade, assim como no Juizado Especial Cível, artigo 312, § 3º, do Código Penal. **13.** Com relação ao réu, a reparação do dano causado à vítima apresenta, ainda, as vantagens seguintes: a) **atenuante genérica** do artigo 65, III, b, do Código Penal; b) na **suspensão condicional atenua as condições exigidas** pelo artigo 78, § 2º, do Código Penal. Acresce, ainda, que no **livramento condicional, a reparação do dano exsurge como condição necessária, salvo se demonstrada a impossibilidade do réu ut** artigo 83, IV, do Código Penal. **14.** A Lei nº 11.719/08, no artigo 387, IV, do CPP, possibilita a execução da reparação fixada no juízo criminal mediante acordo ou prévia liquidação da sentença condenatória criminal na jurisdição civil na interpretação literal do artigo 475-1, § 2º do CPC. No entanto, a legitimação do julgado penal no cível reclama a adoção de processo de adesão, como se demonstrará a final, para se evitar incidente de inconstitucionalidade, inovação que se destaca ***ad cautelam*** no tópico dos aspectos negativos, bem como no final deste estudo. **15.** A Lei nº 11.719/08, no artigo 387, IV, do CPP,

³ TACrim. SP. AC 481.889.1- Rel. Gonçalves Nogueira. “[...]o dano é tão párvulo que o tipo não se integra impondo-se o desacolhimento da ação penal. Min. Francisco Assis Toledo: “[...] o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai onde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatela [...]”- *in Principios Básicos de Direito Penal*. Ed. Saraiva- SP, 1982, p.187/188.

compatibiliza-se com o princípio do acesso à justiça em tempo razoável, conforme o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da CRFB/88. No entanto, em **aspecto negativo**, a inovação normativa do artigo 387, IV, do CPP, na versão da Lei 11.719/08, aparenta sua ilegitimidade constitucional na fixação de valor mínimo a título de reparação de danos civis, situação que reclama nova regulamentação no sistema processual penal vigente por meio de **pedido de adesão da vítima** para fins de regularização da lide civil no processo penal. Nesse diapasão revela-se a experiência no direito comparado, notadamente, na Itália, França e Portugal,⁴ através **de lege ferenda**, sob pena de se encontrar sérios obstáculos processuais e incidentes de inconstitucionalidade, que retardarão ou impedirão o acesso rápido da vítima à reparação de danos civis em valor mínimo que se fixar no processo e jurisdição criminal. Antes, porém, torna-se necessária a verificação da natureza jurídica da sentença condenatória criminal quanto à reparação de danos civis.

3. NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL NO CAPÍTULO DA REPARAÇÃO DE DANOS

O agente ativo de ilícito criminal, que no exercício de sua liberdade de ação causa danos à pessoa inocente, viola ao mesmo tempo normas de direito penal e civil. Consequência lógica é sujeitar-se o autor da infração à responsabilizações penal e civil mediante o devido processo legal, que se efetivará nos processos penal e civil. Releva notar que o critério de avaliação da culpa no juízo cível é mais exigente que no juízo criminal, motivo pelo qual a configuração da culpa leve ou levíssima é suficiente para uma condenação civil e absolvição do réu na esfera criminal.

Nessa ótica, em uma condenação na jurisdição criminal por culpa do acusado, consubstanciada nas provas do processo penal, torna-se possível a condenação do réu à sanção penal e à reparação de danos, por economia processual, se não lhe faltar a

⁴ Os dispositivos do processo de adesão relativos à legislação da Itália, França e Portugal constam no final deste artigo, no tópico **de lege ferenda**.

obediência ao devido processo legal quanto à lide civil. Adiantou-se o legislador no campo do processo penal ao proclamar que na sentença condenatória criminal o juízo *fixará valor mínimo* a título de reparação de danos - artigo 387, IV, do CPP *ut* Lei 11.719/08 c/c os artigos 63 § único do CPP, 91, I do Código Penal e 475-N-II do CPC, tal como constam na interpretação literal da legislação vigente. Situação legislativa similar à atual ocorreu no direito antigo brasileiro resultando em experiência negativa, como se demonstra a seguir. O **Código Criminal de 1830**, à época do Império, adotou o *sistema da união* das ações penal e civil na jurisdição criminal para fins de decisão unitária das lides penal e civil no processo penal *ut* artigo 31 do Código Penal c/c art. 269, § 5º do CPP. Assinalou essa legislação a obrigação de indenizar como se a sentença criminal fosse **fonte da obrigação**. No entanto, a experiência revelou-se negativa pela insurgência de entraves processuais, situação somente pacificada com o retorno ao sistema legislativo anterior de separação relativa das ações penal e civil oriundas do mesmo fato, com a **revogação dos artigos 31 do Código Criminal e o parágrafo 5º do artigo 269 do CPP, pela Lei nº 261 de 03.12.1841, no artigo 68, bem como do artigo 69, “b”, do Código Penal de 1890** que passou a dispor que a condenação transitada em julgado tinha como efeito a obrigação de indenizar o dano. Nesse particular progrediu o legislador penal ao entender que a **origem da obrigação é o fato considerado ilícito**, ao afirmar que a condenação torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime, evidenciando sua natureza jurídica declaratória. Nesse aspecto, **declarar certeza jurídica, não é a mesma coisa que condenar**. Se um julgador declara que um cidadão cometeu um crime em uma sentença, mas não o condena, a sentença é de natureza declaratoria e não, condenatória. Igualmente, na ação civil - se o julgador declara certa a obrigação de indenizar, mas, também, não condena o réu, como no caso da sentença relativa à morte do jornalista Herzog, em cela de presídio, por exemplo, tal decisão é de natureza declaratória e não condenatória, razão pela qual o seu dispositivo torna-se inexecutível na jurisdição civil. Neste passo, a simples interpretação literal das normas dos **artigos 91,**

I do Código Penal, 63 e 387, IV do Código de Processo Penal⁵, revela que o juiz na sentença condenatória criminal apenas fixará valor mínimo a título de reparação de danos, situação clara a evidenciar a natureza jurídica apenas declaratória do julgado para os devidos efeitos civis. No segundo passo hermenêutico torna-se necessária a análise da doutrina sobre o relevante tema, notadamente, dos juristas que sempre perfilaram a natureza jurídica declaratória da sentença condenatória criminal para efeitos civis de reparação de danos, posicionamentos jurídicos respeitáveis, porquanto não abalados em suas essências pela *novatio legis* na expressão do artigo 387, IV do CPC. Na lição de DAMASIO E. DE JESUS⁶: “A sentença penal condenatória funciona como sentença meramente declaratória no tocante à indenização civil, pois nela não há mandamento expresse de o réu reparar o dano resultante do crime.” A natureza declaratória da sentença penal condenatória, com relação à certeza da obrigação de indenizar, também foi observada com propriedade por LIEBMAN⁷: “A sentença condenatória penal torna certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime...; ela funciona a este respeito como **sentença meramente declaratória**, e autoriza a proposição da ação para ressarcimento do dano no juízo cível...”. Na discussão sobre o artigo 584 do Código de Processo Civil, atualmente, 475-N-II, quando da elaboração legislativa, sobre a similar questão em análise, se a sentença penal condenatória constituiria título executivo judicial na jurisdição civil, assim, pronunciou-se o senador NÉLSON CARNEIRO: “As sentenças penais não tornam certa a obrigação de

⁵ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008). Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). CPC- Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005). I... II - a sentença penal condenatória transitada em julgado; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005).

⁶ **Direito Penal**, 1º volume - Saraiva, 4ª edição, p. 596.

⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio - **Processo de Execução** - Saraiva, 4ª edição, p. 68.

indenizar. Nem se contém na competência do Juízo criminal do direito brasileiro, essa atribuição, como assinala o eminente prof. Calmon dos Passos, da Bahia. Assim, a **sentença penal não deveria ser entendida como tendo efeitos condenatórios no juízo cível, mas apenas declaratórios, tomando certas a autoria e a responsabilidade.**” ALFREDO BUZAID, estudando o tema para fins de admissão ou não em concurso de credores asseverou que a sentença condenatória penal não se constitui em título executivo no juízo cível por ausência de pedido da vítima, assim proclamando: **“Por um lado a incompetência do juízo criminal para decidir matéria cível é absoluta. E, no sistema do Código de Processo Civil⁸, só a incompetência relativa se prorroga, não assim a absoluta, ou *ratione materiae*. Por outro lado, no processo criminal não cabe nenhuma condenação civil, porque não se formula pedido de indenização antes da aplicação da pena ao agente que praticou o delito. E se a sentença é a resposta do juízo ao pedido da parte, daí se segue que a sentença criminal não deve abranger condenação em perdas e danos, porque não há uma parte civil que formule tal pretensão.** No mesmo diapasão pontuou EDUARDO ESPINDOLA FILHO: **“que diferente é a orientação do Código de Processo Penal brasileiro, não autorizando qualquer pronunciamento do juiz criminal sobre a reparação do dano, não nos parece discutível, pois o seu sistema é claramente o da separação absoluta da ação civil e da ação penal. Bem se vê, portanto, que a sentença condenatória penal não pode ter o efeito de título executivo no juízo cível, nem autoriza a admissão do credor ao concurso”.**⁹ Essas doutrinas permanecem híginas, válidas e eficazes, atualmente, quanto à hermenêutica da norma do artigo 387, IV do CPP introduzida pela Lei 11.719/08 ao proclamar que na sentença condenatória criminal o juiz **fixará** valor mínimo a título de reparação de danos. O verbo **fixar**¹⁰ na realidade não

⁸ ALFREDO Buzaid- *Do Concurso de Credores no Processo de Execução* - Saraiva, p. 311.

⁹ Os destaques em itálicos e negritos são deste autor.

¹⁰ *Dicionário Houaiss*- Em sua derivação por extensão de sentido significa: 5. *indicar, recomendar com precisão; determinar, prescrever* Ex.: *fixou(-lhe) normas rigorosas, difíceis de cumprir; transitivo direto e bitransitivo- Michaelis 1- Tornar(-se) fixo, firme ou estável.*

é sinônimo de **condenar**, porquanto significa indicar, recomendar, prescrever. Por isso, não se confunde nem se pode transformar na dogmática nem na prática uma sentença condenatória criminal em sentença condenatória civil na interpretação dos artigos 475-N-II do CPC, 387, IV do CPP e 91, I do CPP. Com efeito, o verbo fixar no tempo futuro utilizado pelo legislador significa uma recomendação e não uma legitimação do juiz criminal para condenar o réu em reparação de danos civis, situação que, a rigor, jamais ocorrerá na prática jurisdicional. Consequência lógica, **a sentença criminal condenatória que fixar valor mínimo a título de reparação de danos produzirá apenas eficácia declaratória na jurisdição civil, valendo, ainda, como forte instrumento de prova, para fins de condenação do réu ou responsável civil na conexa e heterônima ação de responsabilidade civil.** Não obstante, impõe-se, ainda, uma análise reflexiva das normas legislativas em estudo na ótica dos **elementos objetivo e subjetivo da coisa julgada**, para fins de verificação da validade e eficácia da sentença condenatória criminal como título executivo na jurisdição civil.

4. A SENTENÇA CONDENATÓRIA E OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DA *RES JUDICATA* PENAL OU CIVIL

A validade e eficácia de sentença condenatória criminal como título executivo na jurisdição civil na doutrina clássica da coisa julgada pressupõe a presença dos elementos imprescindíveis à sua configuração como ***res judicata*** para a eficácia dos efeitos civis, tais como: as partes, os objetos - mediato e imediato - e as causas de pedir - ativa e passiva - mediante a análise dos elementos das ações penal e civil oriundas do mesmo suporte fático. Nesta pesquisa verifica-se ***ab initio*** que não há identidade das partes, de objetos, nem das causas de pedir ativa e passiva. Com efeito, o autor na ação penal, em regra, é o Ministério Público, que, sem dúvida, representa a sociedade e o Estado no exercício da ação penal pública objetivando a punição do acusado pela prática de crime previsto no Código Penal. A construção dogmática no sentido de que o lesado, como membro da sociedade que estaria por ele representado, afigura-se construção artificial, notadamente, quando o próprio Ministério Público se convence e requer a absolvição do acusado no processo penal. Nessas circunstâncias torna-se difícil entender que

o Ministério Público estaria a representar o legítimo interesse do lesado ou vítima, porquanto, na realidade, representa a sociedade no exercício do seu poder postulatório de condenação ou de absolvição do acusado ao juiz criminal na atuação do seu mister na esfera jurisdicional. Por seu turno, o titular na ação civil é o autor ou lesado em atuação por seu representante legal, advogado ou defensor público, personalidades distintas do representante do Ministério Público, que é o titular para a promoção da ação penal pública na tutela dos interesses públicos da sociedade em regra, na seara do processo criminal.

Os objetos das demandas de ordem penal e civil também não se confundem. O objeto da ação penal é a aplicação da pena, se configurada a responsabilidade criminal, enquanto que o objeto da ação civil é a reparação dos danos civis sofridos pela vítima em decorrência da prática de ilícito civil. A *causa petendi* ativa na ação penal é o fato ilícito violador da norma penal, ao passo que a *causa de pedir* ativa na ação civil é a violação da norma de direito civil. Quanto às causas de pedir passivas, também, não se identificam nessas ações. Na ação penal é a perturbação da ordem pública, ferindo interesses sociais, enquanto que, na ação civil, é o dano material ou moral perpetrado em violação a interesse individual. Evidentemente, não havendo coincidências desses elementos, não se pode admitir a coisa julgada criminal, com a mesma autoridade de coisa julgada cível para sua plena validade e eficácia na jurisdição civil. Por essas razões, a sentença condenatória criminal que fixar valor mínimo a título de reparação de danos sem pedido da vítima e oportunidade de defesa do réu, quanto à lide civil deverá produzir apenas **efeitos declaratórios e não condenatórios na esfera jurisdicional civil, sob pena de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa do réu e nos capítulos dos limites objetivo e subjetivo da coisa, por violações das normas do artigo 5º., LIV e LV da CRFB/88 e artigo 472 do CPC.** Na linha deste entendimento, pontuou a doutrina do magistrado carioca André Nicolitt¹¹, em obra recente referente ao tema em estudo, dissentindo da condenação criminal em reparação de valor mínimo a título de reparação de da-

¹¹ Nicolitt, André. *Manual de Processo Penal*. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro. 2009, p. 166.

nos civis sem o contraditório e o pedido da vítima, ao comentar a novel alteração da norma do artigo 387, IV do CPP, assim dispendo: “*Ousamos dissentir, vez que à luz da Constituição o juiz deve ser imparcial, portanto, inerte, não sendo possível prestar jurisdição sem que haja pedido. Quanto à legitimidade, esta será do assistente habilitado, devendo em todo caso ser observado o contraditório.*” No plano concreto da prática jurídica, revela-se a experiência no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, embora haja exceções, pontuando-se no sentido de **decolar a parte de condenação de danos civis na sentença condenatória penal**, como consta da Apelação Criminal 2009.050.02023, no voto paradigma do relator Des. Marco Aurélio Bellizze, um dos primeiros julgados sobre o tema em estudo, na síntese da ementa seguinte:

“APELAÇÃO. Crime de roubo majorado pelo concurso de pessoas. Sentença condenatória. ...” Fixação de quantum indenizatório. Ausência de pedido do beneficiário e de prova que autorize a fixação do quantum indenizatório. Princípio da correlação. Violação do direito de defesa. Recurso a que se dá parcial provimento.”

No mesmo sentido constam ainda diversos acórdãos proferidos em outras Câmaras Criminais do TJRJ, bem como os do E. TJRS sobre o tema em comento¹². Não obstante, prossegue o presente estudo na verificação se a sentença condenatória criminal configura ou não título legítimo para fins de execução de danos civis perpetrados no ilícito criminal.

¹² Nesse mesmo sentido constam, ainda, do E. TJRJ os arestos seguintes: (i) APELA-CÔES seguintes: 1-0008368-94.2008.8.19.0007 (2009.050.05830) 2-0016562-75.2008.8.19.0042(2009.050.02788) 3-0048066-28.2008.8.19.0001(2009.050.03008) 4-0001986-40.2007.8.19.0001(2009.050.03279) 5-0047869-54.2000.8.19.0001(2009.050.06346) 6-0028491-92.2008.8.19.0014(2009.050.07662) 7-0264619-69.2008.8.19.0001 (2009.050.04753) 8- 0079924-77.2008.8.19.0001 (2009.050.03930), bem como os v. acórdãos do E. TJRS, sob as relatorias dos desembargadores Sylvio Baptista Neto e Fabianne Breton Baisch, o primeiro por irretroatividade da lei e não obediência ao princípio do contraditório e o segundo, por violação aos princípios da irretroatividade da lei, do devido processo legal, do contraditório e ampla a defesa, quanto à condenação à reparação de danos civis.

5. A SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL NA ÓTICA DA CRFB/88 É TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL PARA FINS DE EXECUÇÃO DE CRÉDITOS CONCERNENTES À REPARAÇÃO DOS DANOS?

A norma do artigo 475-N-II, do CPC¹³, compreendendo o inciso IV do artigo 387, IV do CPP, introduzido pela Lei 11.719/08 proclama que, na sentença criminal condenatória, o juiz fixará valor mínimo a título de reparação de danos. O conteúdo dessa novel disposição legislativa revela em si a natureza declaratória ou condenatória da sentença criminal no capítulo do *quantum* fixado a título de reparação dos danos civis em valor mínimo? Na primeira hipótese, se a sentença condenatória criminal é de natureza declaratória, no capítulo dos efeitos civis, relativo à reparação de danos em parte mínima, torna-se ineficaz para fins de execução, ressalvada a hipótese de acordo judicial ou extrajudicial. Na segunda hipótese, se a sentença condenatória criminal é de natureza condenatória quanto à reparação de danos civis em parte mínima, ressalvada a hipótese de acordo judicial ou extrajudicial, torna-se ineficaz para fins de execução, por violar os princípios fundamentais da CRFB/88 relativos à coisa julgada, devido processo legal e à ampla defesa, artigo 5º, XXXIV “a” e XXXV, LIII, LIV e LV da CRFB/88. No prisma da legislação federal do CPC, a transformação da sentença penal condenatória em uma condenação civil malferre também as normas dos artigos 467, 468, 469, I, II e 472 do CPC que expressam a garantia constitucional do devido processo legal nos limites subjetivo e objetivo e da coisa julgada - *res inter alios acta - iudex nec procedat ex officio*¹⁴. Consequência lógica

¹³ EMERJ - TJ/RJ. Fórum Permanente dos Juízos Cíveis - Reunião nº 48, em 31.03.2009, sob a presidência deste expositor - tema: “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei nº 11.719/08. Aspectos positivos e negativos.” Palestra registrada em DVD, constante da biblioteca da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁴ Na doutrina de Tourinho Filho,.. “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in iudicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do *ne procedat iudex ex officio*, ou, como dizem os alemães, do princípio *Wo kein Ankläger ist, Da ist auch kein Richter*.

dessa situação é a inviabilização também da transformação da sentença condenatória criminal em título executivo na jurisdição civil na tipificação do artigo 475, N, II do CPC, porquanto na jurisdição penal não há pedido do autor nem do titular da ação penal quanto à indenização civil, nem se respeita o direito de defesa do réu quanto à lide civil. Tal situação jurídica também evidencia a violação aos princípios do *contraditório e da ampla defesa do réu* quanto à querela civil, gerando sua patente inconstitucionalidade por não passar na filtragem das normas fundamentais do artigo 5º, LIII, LIV e LV da CRFB/88. Por isso, no sistema jurídico vigente, a sentença criminal condenatória do réu em sede de reparação de danos em valor mínimo não se legitima como título executivo judicial para fins de validade e eficácia de título executivo na jurisdição civil.

Em síntese, a novel situação implementada pelo legislador no inciso IV do artigo 387 do CPP pela Lei 11.719/08 constituirá fontes de incidentes declaratórios de inconstitucionalidade, de invalidade e ineficácia da sentença criminal condenatória quanto à fixação de valor mínimo a título de reparação de danos civis, por quatro fundamentos básicos. Primeiro, na sentença criminal no processo penal, o juiz não condenará o réu à lide civil, apenas fixará valor mínimo a título de reparação de danos, situação jurídica que evidencia apenas a eficácia declaratória da sentença criminal e não condenatória quanto à lide e respectiva sanção civil. Segundo, a sentença condenatória criminal no processo penal, ao fixar valor mínimo a título de reparação de danos sem pedido da vítima e sem facultar a defesa do réu quanto à lide civil, viola os princípios da correlação do pedido e do contraditório, bem como dos limites subjetivo e objetivo da coisa julgada na previsão dos artigos 467, 468 e 472 do CPC. Terceiro, a sentença criminal condenatória em valor mínimo a título de reparação civil não se legitima como título executivo judicial no civil, na interpretação dos artigos 63, e 387, IV, do CPP (Lei nº 11.719/08) e art. 475, N, II, do CPC, por afrontar os princípios de direitos fundamentais seguintes: do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa da CRFB/88 - artigo 5º, inci-

tos LIV e LV - evidenciando, por isso, sua inconstitucionalidade. Quarto, a competência dos Tribunais é regida pelas normas da Constituição da República no artigo 125 e de organização judiciária do Estado membro *ut* artigo 93 do CPC. A competência funcional do julgador da jurisdição criminal quanto à querela civil reclama sua prévia definição na Constituição de cada Estado da Federação por meio de lei de organização judiciária de iniciativa de cada Tribunal de Justiça Estadual. Enquanto não se atender a essas exigências legais, a norma do artigo 387, IV do CPP na versão da Lei 11.719/08 não deve produzir os efeitos desejados pelo legislador, nos planos da validade e da eficácia, sob pena de inconstitucionalidade formal da novel normatização do artigo 387, IV do CPP em confronto com os artigos 125 da CRFB/88 e 93 do CPC, conforme se demonstra a seguir.

6. A INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA NORMA DO ARTIGO 387, IV, DO CPP NA REDAÇÃO DA LEI Nº 11.719/08

A questão da inconstitucionalidade da norma do artigo 387, IV, do CPP na redação da Lei nº 11.719/08 **quanto à fixação de valor mínimo a título de reparação de danos civis *ex officio*** no processo penal, sem pedido da vítima e defesa do réu quanto à lide civil, foi proclamada pelos desembargadores do E. TJRJ Alexandre Freitas Câmara e Geraldo Luiz Mascarenhas Prado em suas palestras sobre esse tema na EMERJ em 31.03.2009¹⁵ - a despeito da discordância do Desembargador Nagib Slaib Filho na referida palestra que, atuando como debatedor, entendeu como legítima a validade e eficácia da Lei nº 11.719/08, na versão atual, com fundamento na teoria em conformidade com a Constituição. Dos debates resultou a primazia do entendimento da inconstitucionalidade do artigo 387, IV na redação da Lei 11.719/08 proclamada pelos dois primeiros desembargadores e juristas expositores mediante destaques das violações aos

¹⁵ EMERJ - TJ/RJ. Fórum Permanente dos Juízos Cíveis - Reunião nº. 48, em 31.03.2009, sob a presidência deste expositor - tema: "Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal. Reflexões sobre a Lei nº 11.719/08. Aspectos positivos e negativos." Palestra registrada em DVD constante da biblioteca da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

princípios constitucionais seguintes: a) do sistema acusatório¹⁶, que garante a imparcialidade do juiz e o impede de proferir a condenação *ex officio*¹⁷ em matéria penal ou civil; b) do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não observados no processo penal por essa lei quanto à lide civil.

No mesmo diapasão, Jacinto Coutinho¹⁸, convidado pelo Senado para elaborar o anteprojeto do CPP, pontuou que o dispositivo que prevê a indenização de natureza civil é inconstitucional. Ressalta que ninguém pode responder a um processo sem o devido processo legal e a ampla defesa. “Ninguém é denunciado para pagar uma reparação por dano. De repente a sentença traz essa condenação”, contesta. Por consequência lógica, a situação prevista na expressão atual do artigo 387, IV do CPP introduzida pela Lei 11.719/08 implica na impossibilidade do julgamento de ofício pelo juiz em processo penal, por denúncia do Ministério Público em matéria penal, a quem compete zelar pelos direitos assegurados na CRFB/88, artigo 129, I e II¹⁹, sem pedido expresso

¹⁶ Luiz Flávio Gomes, defensor do garantismo distingue os sistemas acusatório e inquisitório. Denomina de acusatório “todo sistema processual que configura o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o processo como iniciativa da acusação, a quem compete provar o alegado, garantindo-se o contraditório (...) podemos, ao contrário, chamar inquisitório o processo em que o juiz procede de ofício na busca de provas, atuando em segredo e por escrito, com exclusão de qualquer contraditório ou limitação deste. Em suma: é acusatório o modelo que respeita a proibição do *ne procedat iudex ex officio*”. “Constitucionalidade dos poderes inquisitivos do juiz. STF abre caminho para juiz político” in Moraes, Alexandre - coordenação - **Os dez anos da Constituição Federal - Temas diversos**, São Paulo: Atlas, 1999, p. 16.

¹⁷ Na doutrina de Tourinho Filho, ... “iniciada a ação, quer no cível, quer no penal, fixam-se os contornos da *res in judicio deducta*, de sorte que o Juiz deve pronunciar-se sobre aquilo que lhe foi pedido, que foi exposto na inicial pela parte. Daí se segue que ao Juiz não se permite pronunciar-se, senão sobre o pedido e nos limites do pedido do autor e sobre as exceções e no limite das exceções deduzidas pelo réu. Quer dizer então que, do princípio do *ne procedat iudex ex officio*.

¹⁸ Jacinto Coutinho- **Consultor jurídico, notícias**, por Lilian Matsuura p. 2/3. Aduz mais, no anteprojeto elaborado por advogados, promotores, delegados e professores, inclusive o Min. Hmlton Carvalhido do E.STJ sugere modificação no artigo 89 prevendo que “são direitos assegurados à vítima obter do autor do crime a reparação dos danos causados”, afastando, por consequência, a indenização em valor mínimo. [HTTP://www.conjur.com.br/2009-jul-04](http://www.conjur.com.br/2009-jul-04).

¹⁹ CRFB/88. Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;”

da parte civil, a vítima ou seus dependentes por seu representante legal concernente à lide civil, sob pena de configuração da inconstitucionalidade formal e material por violações dos núcleos dos artigos 125, § 1º, e 93 do CPC²⁰ 5º, LIV e LV da CRFB/88. No entanto, no sentido de otimização da legislação, torna-se necessária a ponderação dos aspectos positivos e negativos da Lei 11.719/08, na alteração da norma do artigo 387, IV do CPP no capítulo da reparação de danos civis, para fins de sugestão *de lege ferenda* a final, objetivando a legitimação constitucional da nova disposição legal, no propósito de melhor tutela dos interesses da vítima de ilícito criminal.

7. A PONDERAÇÃO DOS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA LEI Nº 11.719/08 EM SEDE DE REPARAÇÃO DE DANOS

A presente reflexão jurídica apresenta saldo positivo considerável na expressão da Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV do CPP, em sede de reparação de danos civis, na medida em que se aproveita da condenação do réu no processo criminal para a imposição de uma composição mínima dos danos causados pelo crime em sentença condenatória penal transitada em julgado. Constitui-se em considerável avanço jurídico no trâmite processual criminal objetivando, também, a sanção penal ou civil mediante acordo, pelos motivos expostos a seguir. **Primeiro**, porque se utiliza da pressão psicológica durante o curso do processo penal, em razão do peso da espada de Dâmocles sobre a cabeça do réu, agravado, ainda, por sua angústia em conseguir benefício penal, v.g. suspensão condicional do processo, prestação de serviço à comunidade, pagamento de cesta básica etc., *ut* experiência evidenciada no

²⁰ CRFB/88. Art. 125. *Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º. A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.*

CPC- Art. 93. *Regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de organização judiciária.* A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código. Obs.: A primeira parte do artigo 93, em sublinhado, refere-se à típica competência funcional originária dos tribunais locais, que é regulada por leis de organização judiciária.

RESP 56.664, STJ 5ª Turma. Min. Laurita Vaz²¹, antes mesmo do advento da Lei nº 11.719/2008, na alteração do artigo 387, IV, do CPP. Essa situação retroassinalada facilita o acordo entre as partes no processo e ou responsável civil pelos danos materiais e ou morais perpetrados pelo lesante à vítima inocente. **Segundo**, porque a sentença criminal transitada em julgado, no mérito, fixa um valor mínimo para as reparações dos danos materiais e morais causados pelos ilícitos, criminal e civil, decorrentes do mesmo fato, favorecendo, sobremaneira, a situação da vítima inocente, para fins de execução e ou liquidação na jurisdição civil, se não lhe faltar a graça constitucional do devido processo legal. Em síntese, a nova Lei nº 11.719/08 constitui um relevante avanço no sistema jurídico brasileiro, na perspectiva de acelerar o acesso da vítima à reparação dos danos causados pelo crime, ainda que em parte mínima. Não obstante no plano da existência afigurar-se, a primeira vista, a legitimidade da norma do artigo 387, IV do CPP introduzida pela Lei nº 11.719/08, porquanto exarada em lei federal *ut* no artigo 22, inciso I da CRFB/88, nos planos da validade e eficácia a fixação de valor mínimo quanto aos danos civis, *data vêniam*, não é suscetível de produzir efeito condenatório, por sua evidente inconstitucionalidade, enquanto não se regulamentar a matéria nos

²¹ “ STJ. 5. Turma - RESP 56.664 - Min. Rel. Laurita Vaz - Unânime- Julg. 03.08.2004 - DJ 11.10.2004. Recurso Especial. Penal. Crime de usura. Lei n. 1.521/51. Suspensão condicional do processo. Condição obrigatória. Reparação do dano. Inteligência do art. 89, p. 1º., inciso I, da Lei 9.099/95. 1. Esta Corte entende que a reparação do dano é condição necessária para concessão do *sursis* processual, salvo na impossibilidade de fazê-lo de maneira justificada. Precedentes. 2. Cabe ressaltar que a obrigação de reparar o dano decorre da prática do crime. Na hipótese vertente, a suspensão condicional do processo decorre da prática do crime do art. 4º., alínea a, da Lei n. 1.521/51, que trata da cobrança de juros superiores à taxa permitida em lei, não se vinculando à posse e propriedade de determinado bem litigioso. PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO SIMPLES TENTADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. I - No caso de furto, para efeito da aplicação do princípio da insignificância é imprescindível a distinção entre ínfimo (ninharia) e pequeno valor. Este, *ex vi legis*, implica, eventualmente, em furto privilegiado; aquele, na atipia conglobante (dada a mínima gravidade)..II - A interpretação deve considerar o bem jurídico tutelado e o tipo de injusto. III - No caso concreto, o valor da res furtiva equivale a uma esmola, configurando, portanto, um delito de bagatela. IV - Circunstâncias de caráter eminentemente pessoal, tais como reincidência e maus antecedentes, não interferem no reconhecimento do princípio da insignificância. Recurso especial desprovido.”

Tribunais locais relativo ao tema de organização judiciária reservada à legislação estadual de iniciativa do Tribunal de Justiça de cada Estado *ut* artigo 125, § 1º. da CRFB/88 e 93, primeira parte do CPC. Acresce, ainda, que a norma do artigo 387, IV, na alteração do CPP *ex vi* da Lei 11.719/08, no atual sistema jurídico vigente, no aspecto procedimental, carece de compatibilização com os princípios da coisa julgada (limites objetivo e subjetivo - *res inter alios acta* - artigos 467, 469, I, II e 472 do CPC) e da garantia do devido processo legal na CRFB/88 (artigos 5º, XXXIV “a” e XXXV, LIII LIV e LV), eis que se fixa valor de reparação de danos sem pedido da vítima, nem condenação expressa, situação que afronta o direito de petição do autor e os princípios: *iudex nec procedat ex officio* - bem como o do contraditório e da ampla defesa do réu, conforme artigo 5º., LIV e LV da CRFB/88. Nessas circunstâncias, a normatização introduzida pela Lei 11.719/08 no artigo 387, IV do CPP, reclama sua imediata adequação às normas do CPC e da CRFB/88, sob pena de manutenção de sua da ilegitimidade legal e constitucional. Com efeito, a condenação do réu em reparação de danos materiais e/ou morais causados na prática de um crime pressupõe a oportunidade de defesa quanto ao fato constitutivo da indenização, da extensão e quantificação dos prejuízos a favor da vítima não previstos na Lei nº 11.719/08, sob pena de flagrante violação ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88).

No capítulo da reparação por dano moral, conforme pontua o magistrado JOÃO PAULO BERNSTEIN²² o seu arbitramento requer análise mais complexa das consequências do crime para o ofendido e seus familiares, condições econômicas do ofendido e do ofensor, o que depende de produção de prova para tal fim, evidentemente não compatível com o processo penal. As situações das pessoas jurídicas responsáveis pelo fato de outrem: os pais pelos atos de filhos, o patrão ou a empresa pelos atos cometidos por seus empregados no exercício de seus ofícios, as pessoas jurídicas de

²² JOÃO PAULO BERNSTEIN - <http://www.tjrs.jus.br/> - Artigo “A exigência de sumariedade documental ou pericial da prova no processo penal para a demonstração dos danos sofridos pelo ofendido.”

direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (art. 37, p. 6º, da CRFB/88) podem frustrar a eficácia da liquidação ou execução do valor mínimo arbitrado pelo juízo criminal na sentença, se não participarem da relação jurídica da demanda civil no processo penal, porquanto a *res judicata* não poderá afetá-los na jurisdição civil, na consideração do princípio - *res inter alios acta*. Salvo se o responsável pelo fato de outrem participar de acordo homologado, judicialmente, mediante prévia intimação judicial, providência possível que deve ser implementada pelo juiz criminal, no propósito de se efetivar acordo do valor mínimo dos prejuízos materiais e ou morais causados pelo ilícito criminal da pessoa pela qual é responsável civilmente. Demais, a condenação do réu em valor mínimo de reparação dos danos no juízo criminal, a princípio, não satisfará a vítima, tal como ocorre com o valor fixado em danos morais no juízo cível do primeiro grau, gerando sempre recursos para o segundo grau de jurisdição e ou Tribunais superiores. Em tais circunstâncias, a sentença condenatória criminal, com exceção de acordo homologado pelo juízo, não se legitima como título hábil a suportar execução no juízo cível a título de indenização e/ou reparação por danos materiais e morais, seja contra o lesante ou terceiro responsável civil, por falta de legitimação constitucional formal (art. 125, § 1º, da CRFB/88). Violam-se, ainda, os princípios básicos do processo civil moderno, considerando as ausências dos elementos da ação civil: as partes, causa de pedir e o pedido da vítima ou dependentes em sede do processo penal, bem como do princípio vinculativo da coisa julgada cível - *res inter alios acta* - artigo 472 do CPC e artigo 5º, LV, da CRFB/88, na expressão maior do devido processo legal, salvo a futura adoção do processo de adesão no sistema jurídico brasileiro.

Releva notar, ainda, a inadmissibilidade da aplicação da norma do inciso IV da Lei 11.719/08, a fato criminoso praticado em data anterior à vigência desse diploma legal, *ex vi* do princípio da irretroatividade da Lei Penal.²³ Em síntese, a norma do artigo

²³ CÓDIGO PENAL- DECRETO-LEI N.º 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Anterioridade da lei. Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. Jurisprudência - "CRIME. ROUBO MAJORADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. APENAMENTO

387, IV, introduzido no CPP pela Lei nº 11.719/08 no propósito de facilitar o acesso da vítima à reparação gerará incidentes processuais ao argumento de violação aos princípios básicos do processo civil moderno, porquanto no processo penal não constam os indispensáveis elementos da ação civil: *as partes, causa de pedir e o pedido de reparação de danos da vítima ou seus dependentes em sede do processo penal*, a despeito de vulnerar, ainda, o princípio vinculativo da coisa julgada cível, se a execução afetar terceiro, o empregador, v.g. - *res inter alios acta* artigo 472 do CPC. Nesse contexto, *d.m.v.*, se suscitadas essas questões, a consequência inelutável é a inviabilidade ou retardo da execução da sentença penal condenatória em matéria cível, contrariando a ***voluntas legis***, ressalvada a hipótese de acordo efetivado pelos litigantes perante o juízo criminal, situação que consubstancia em título executivo, nos termos do artigo 475, N-II do CPC. Por isso, estudam-se a seguir, estratégias de atuação da vítima no resguardo de incidentes processuais, na perspectiva da melhor tutela legal dos interesses da vítima inocente.

8. ESTRATÉGIAS DE ATUAÇÃO DA VÍTIMA, NA ATUALIDADE, RESGUARDANDO-SE DE INCIDENTES PROCESSUAIS

No sistema jurídico vigente no Brasil, no propósito de facilitar o acesso da vítima à reparação dos danos injustos perpetrados em ilícito criminal, a legislação permite à vítima utilizar-se da sentença proferida no processo penal ou civil, que primeiro transitar em julgado, segundo sua conveniência, em uma das três hipóteses assinaladas a seguir. **Primeira**, exercer a demanda de reparação dos danos materiais e ou morais separada da ação penal,

ADEQUADO. REPARAÇÃO DE DANOS À VÍTIMA. AFASTAMENTO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. I. Havendo provas suficientes para ensejar decreto condenatório, impõe-se a manutenção da sentença atacada. II. Pena em perfeita harmonia com a dimensão dos fatos. III. Ocorrido o evento delituoso em data anterior à entrada em vigor da Lei 11.719/2008, diploma que deu nova redação ao inciso IV do artigo 387 do Código de Processo Penal - norma, frise-se, de direito material -, impõe-se afastar a determinação de reparação de danos à vítima. IV. Apelo parcialmente provido” (Apelação Crime Nº 70027899277, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 25/06/2009).

em processo de conhecimento na jurisdição civil independente da jurisdição penal. Este é o melhor caminho processual a ser utilizado pela vítima ou dependentes, na atualidade, ainda que haja a condenação civil a seu favor na jurisdição criminal. Dessa forma, a vítima resguardar-se-á de possível enfrentamento de questão de inconstitucionalidade e/ou de violação dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa previstos no CPC e na CRFB/88 relativos à Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV do CPP, impossibilitando ou retardando, a final, a sua plena eficácia quanto à reparação de danos civis. Releva notar que o arbitramento de indenização ou reparação civil na sentença penal transitada em julgado, à luz da recente alteração legal, não vincula a vítima nem a impede de exercer a ação civil, em separado, por não ser parte civil no processo penal, com base no princípio *res inter alios acta*, conforme artigo 472 do CPC. **Segunda**, a vítima deve aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para executar o valor mínimo fixado, em sentença no processo penal transitada em julgado. Não obstante, remanesce a possibilidade de se ultimar a liquidação dos valores complementares dos danos materiais e/ou morais dos valores integrais desses direitos, como condição necessária à execução. No entanto, a vítima corre o risco de enfrentar obstáculos legais, bem como incidente de inconstitucionalidade da Lei nº 11.719/08, na alteração do artigo 387, IV, do CPP, em embargos do devedor, por infringência aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa *ut* artigo 5º. LIV, LV da CRFB/88. Salvo a hipótese de valor acordado pelas partes, mediante homologação pelo juiz ou firmado em documento assinado pelo acusado e vítima perante duas testemunhas ou instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, Defensor Público ou pelos advogados dos transatores, conforme artigos 475 N, III, do CPC, por constituírem em título executivo passível de execução imediata. **Terceira**, a vítima poderá propor ação civil separada da ação penal - primeira hipótese - formulando os pedidos de reparação dos danos materiais e/ou morais na jurisdição civil em expressões complementares aos valores mínimos fixados ou acordados na jurisdição criminal. Neste

caso, proceder-se-á prévia liquidação da sentença criminal para a complementação dos valores relativos aos prejuízos materiais ou morais, como condição necessária à sua execução na jurisdição civil, com supedâneo no artigo 475- N, II, do CPC, na interpretação literal desse dispositivo. Sujeitar-se-á, no entanto, aos riscos dos obstáculos processuais que poderá enfrentar na demanda processual civil, dentre os quais o da inconstitucionalidade *ut* artigo 5º, LIV e LV, CRFB/88. Não obstante, **a melhora da posição legislativa atual reclama a adoção do processo de adesão para adequação da norma atual do artigo 387, IV do CPP aos princípios fundamentais da CRFB/88, artigos LIII, LIV e LV, facultando-se à vítima exercer a pretensão reparatória dos danos civis resultantes de ilícito criminal no processo penal ou no processo civil, *ut* experiência do direito comparado.**

9. SUGESTÃO DE LEGE FERENDA PARA ADOÇÃO DO PROCESSO DE ADESÃO OBJETIVANDO A LEGITIMAÇÃO DA NORMA DO ARTIGO 387, IV DO CPP À CRFB/88

As reflexões deste estudo revelam a necessidade de duas urgentes modificações legislativas, para se evitar o risco de declaração de inconstitucionalidade dessa novel normatização em controle concentrado ou difuso pelo órgão jurisdicional competente. **Primeira**, a alteração da redação do artigo 387, IV, do CPP na expressão da Lei nº 11.719/08 impondo-se o respeito aos princípios e garantias do processo conforme exige a CRFB/88 no artigo 5º., incisos LIII, LIV e LV concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, como entende o E. STF²⁴ e consta

²⁴ O E. Supremo Tribunal Federal, no julgamento do pedido de liminar em Habeas Corpus (HC 92091), destacou o Ministro Celso de Mello, como relator, que a jurisprudência do Supremo proclama que ninguém pode ser privado de sua liberdade, de seus bens ou de seus direitos sem o devido processo legal - “não importando, para efeito de concretização dessa garantia fundamental, a natureza do procedimento estatal instaurado contra aquele que sofre a ação persecutória do Estado”. Afirmou, ainda, que o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado constitucional da plenitude de defesa. “O reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público - de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais - exige a fiel observância da garantia básica do devido processo legal”.

do projeto de lei do CPP nº 156 de 2009 da AMPERJ²⁵. **Segunda**, avançar a legislação brasileira, a despeito de manter o sistema da separação absoluta das ações penal e civil decorrentes do mesmo suporte fático, para admitir no CPP processo de adesão **de lege ferenda**, como consta na parte final deste estudo.

O sistema de adesão apresenta vantagens e desvantagens. Vantagens: a) economia processual; b) uniformidade de julgados; c) celeridade de decisão sobre a reparação de danos, notadamente, nos ilícitos de menor potencial ofensivo; d) rapidez de decisão sobre a reparação de danos; e) cooperação do lesado no processo penal. Desvantagens: a) perturbações do andamento do processo penal; b) utilização do processo penal para fins privados; c) ativa a ação privada no processo penal; d) aplicação do princípio **in dubio pro reo** no processo penal implica a absolvição do réu, podendo tal situação repercutir na solução da conexa lide civil em trâmite na jurisdição penal. Não obstante, o melhor caminho que se alvitra para ajustar essas situações em conformidade com a CRFB/88 é

²⁵ Nesse diapasão é o projeto do Código de Processo Civil 2009 apresentado pela AMPERJ e subscritos pelo coordenador da comissão Ministro HAMILTON CARVALHIDO e relator-geral Eugênio Pacelli de Oliveira, destacando na exposição de motivos a exigência de respeito ao Estado Democrático de direito e ao catálogo de garantias e direitos individuais do artigo 5º da CRFB/88, abrangendo no capítulo I os princípios fundamentais e garantias processuais: a) o devido processo legal; b) o contraditório; e c) ampla defesa, com expressivas regulamentações nos artigos 2º a 5º, 16, 60 e 259. Na exposição de motivos consta destacam-se pela relevância e pertinência do tema as afirmações das necessárias garantias fundamentais no processo penal transcritas a seguir. “É de ver e de se compreender que a redução das aludidas garantias, por si só, não garante nada, no que se refere à qualidade da função jurisdicional. As garantias individuais não são favores do Estado. A sua observância, ao contrário, é exigência indeclinável para o Estado. Nas mais variadas concepções teóricas a respeito do Estado Democrático de Direito, o reconhecimento e a afirmação dos direitos fundamentais aparecem como um verdadeiro núcleo dogmático. O garantismo, quando consequente, surge como pauta mínima de tal modelo de Estado. De modo geral, o processo judicial pretende viabilizar a aplicação de uma norma de Direito, necessária à solução de um conflito ou de uma forma qualquer de divergência entre os jurisdicionados. Precisamente por isso, a decisão judicial há de se fundar em conhecimento - o mais amplo possível - de modo que o ato de julgamento não seja única e solitariamente um ato de autoridade. Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder.”

a admissão do processo de adesão no sistema jurídico brasileiro, respeitando-se o devido processo legal, mediante lei específica que outorgue ao juiz criminal competência para decidir matéria cível de reparação de danos conexa à demanda criminal, mediante pedido expresso da vítima. Adotando-se o processo de adesão, facultar-se-á ao lesado a formulação de seu pedido de reparação de danos no processo penal, razão pela qual impõe-se a demonstração a seguir da experiência legislativa do processo de adesão no direito comparado.

10. ESBOÇO LEGISLATIVO DE LEGE FERENDA

1. O pedido de reparação de danos civis em valor mínimo ou integral fundado na prática de ilícito criminal será formulado pelo Ministério Público na denúncia ou por advogado constituído mediante processo de adesão, respeitado o contraditório e a ampla defesa do réu, sem prejuízo da opção da vítima ou dependentes para a propositura da demanda em separado perante a jurisdição civil.

P. único. Escolhida a via processual penal pela parte civil não se permitirá a opção por outra, salvo se extinta a ação no processo penal sem julgamento do mérito.

2. A sentença penal condenatória em valor mínimo ou integral constituir-se-á título executivo judicial civil nos termos do artigo 475, N, II- do CPC, sem prejuízo da liquidação do crédito complementar, na primeira hipótese, e execução na esfera jurisdicional civil.

11. EXPERIÊNCIAS LEGISLATIVAS DO PROCESSO DE ADESÃO NO DIREITO COMPARADO

Portugal. O artigo 34 do Código de Processo Português de 1929 permitia ao lesado adotar o processo de adesão para viabilizar a reparação dos danos civis; há, no entanto, um peso de oficialidade, por autorizar a condenação civil do réu, em processo penal, pelo juiz criminal, sem pedido ou constituição do ofendido em parte civil. Na hipótese de condenação, segundo o art. 34: *Reparação por perdas e danos. O juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e*

danos, ainda que lhe não tenha sido requerida [...]. No entanto, o legislador do atual Código de Processo Penal optou pelo princípio da adesão da ação cível à ação penal, segundo o que dispõe a norma do art. 71 na expressão seguinte: “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei”.

França. Article 2. Modifié par Ordonnance n°58-1296 du 23 décembre 1958 - art. 1 JORF 24 décembre 1958 en vigueur le 2 mars 1959. *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique, sous réserve des cas visés à l'alinéa 3 de l'article 6.* Adota-se o processo de adesão, na medida em que a parte civil pode demandar o pedido de reparação juntamente com a ação penal perante a jurisdição criminal, por autorização do art. 3º do Code de Procedure Pénale, do teor seguinte: *L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique et devant la même juridiction. Elle sera recevable pour tous chefs de dommages, aussi bien matériels que corporels ou moraux, que découleront des faits objets de la poursuite.* Article 4. Modifié par Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 - art. 20 JORF 6 mars 2007. *L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique..* Versão-25.02.2008. www.legifrance.gouv.fr/thème -

Itália. Code de Procedura Pénale. Itália. Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Codice di procedura penale, Libro I. Titolo V, agg. all' 08.05.2007 (arts.74-89). TITOLO V-Parte civile, responsabile civile e civilmente obbligato per la pena pecuniária. Art. 74.

Legittimazione all'azione civile. 1. L'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno di cui all'articolo 185 del codice penale può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha recato danno ovvero dai suoi successori

*universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile...
Art. 76.*

Costituzione di parte civile. 1. L'azione civile nel processo penale è esercitata, anche a mezzo di procuratore speciale, mediante la costituzione di parte civile. 2. La costituzione di parte civile produce i suoi effetti in ogni stato e grado del processo.
www.altalex.com/index (codici + codice di procedura penale).

Alemanha. A experiência da Alemanha revela-se na doutrina de RIBEIRO DE FARIA, Jorge Leite Areias na obra, **Indenização por Perdas e Danos Arbitrada em Processo Penal. O chamado Processo de Adesão** - Livraria Almedina - Portugal, Coimbra 1978, p.124-129. O autor refere-se à adoção do sistema de adesão na Alemanha às fl.122 e em diversas passagens de sua obra.

Obras do autor da presente sugestão de alteração legislativa a respeito do tema em estudo e reflexão. (i) **Sentença Criminal e a Responsabilidade civil** - Freitas Bastos - Rio de Janeiro - 1987, p. 97/98, laureada em 1º. lugar, com o prêmio Teixeira de Freitas, *fine*; (ii) **A Falta Contra a Legalidade Constitucional**. 2ª. Edição. 2005. Rio de Janeiro. Versa sobre o tema **Responsabilidade Penal e Civil** - Capítulo I, p. 1/28. Lumen Juris Editora. (iii) **Sentença Condenatória Criminal e a Reparação de Danos**. Lumen Juris Editora. 2010. Rio de Janeiro. 