

O Valor Mínimo da Indenização Cível Fixado na Sentença Condenatória Penal: Notas sobre o Novo Art.387, IV do CPP

Antonio do Passo Cabral

Procurador da República. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil da UERJ. Mestre em Direito Público pela UERJ. Doutorando em Direito Processual pela UERJ e pela Ludwig-Maximilians Universität (Munique, Alemanha).

1. INTRODUÇÃO. INCIDÊNCIA MÚLTIPLA E SISTEMAS DE INTERFERÊNCIA ENTRE AS JURISDIÇÕES CIVIL E PENAL

O fenômeno da incidência múltipla permite que um mesmo fato jurídico repercute e tenha consequências jurídicas em diversas esferas: penal, civil, administrativa. Assim, quando praticado um crime, além da repressão através da pena, pode ser cabível sanção administrativa ou disciplinar, e também a reparação do dano patrimonial causado à vítima.¹

Os sistemas no direito comparado variam entre modelos diversos no que tange à possibilidade de que o juízo criminal fixe diretamente, na própria sentença penal, o valor da indenização civil.² Dentre estes modelos, os mais importantes são os sistemas

¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 26ª Ed., v. II, 2004, p. 2; BURINI, Bruno Corrêa. *Efeitos civis da sentença penal*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 36.

² TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, tomo II, 1956, p.107-113; *Idem*, *Instituições de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense,

da separação e da adesão. O sistema da separação proíbe que seja postulada reparação civil no processo penal (modelo anglo-americano e holandês). Já o sistema da adesão, previsto na Itália, Alemanha e Portugal, determina a fixação da indenização pelo juízo penal, postulada, ou pela vítima e seus sucessores (chamados frequentemente de “partes civis”), ou pelo Ministério Público como substituto processual.³ E restringe, por consequência, os requerimentos indenizatórios no juízo cível.

No Brasil, a evolução legislativa foi a seguinte: no Código Criminal do Império de 1830 foi adotada a adesão facultativa, pois a vítima poderia requerer a reparação no juízo cível. Posteriormente, sobreveio o modelo da adesão obrigatória, a partir do Código de Processo Criminal do Império de 1832. Com o advento da Lei n. 261 de 1841, passou-se a adotar o sistema da separação entre as instâncias civil e criminal, que vige até os dias atuais e desvincula a sanção penal da responsabilidade civil.⁴ É verdade que o projeto de novo Código de Processo Penal, em tramitação no Congresso Nacional, prevê a adesão facultativa da parte civil,⁵ mas ainda

v. III, 1959, p. 432 e ss; ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: RT, 2ª Ed., 2000, p. 44; MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008, p. 238. Sobre a história romana, e a comparação entre os sistemas francês e os diversos modelos dos *Ländern* à época, Cf. BINDING, Karl. **Grundriss des deutschen Strafprozessrechts**. Leipzig: Duncker & Humblot, 5ª Ed., 1904, p. 115-116.

³No sistema italiano, discute-se se a parte civil é litisconsorte, terceiro interveniente ou se haveria conexão de causas. Cf. LEONE, Giovanni. **Lineamenti di Diritto Processuale Penale**. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1954, p. 117-118 e 121. Na Alemanha, Cf. VOLK, Klaus. **Grundkurs StPO**. München: C.H.Beck, 6ª Ed., 2008, p. 341; BEULKE, Werner. **Strafprozessrecht**. Heidelberg: C.F.Müller, 10ª Ed., 2008, p. 359 e ss.

⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008”, in **RDPP**, n. 56, junho-julho, 2009, p. 72; TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. *Op.cit.*, p. 113-115; Idem, **Instituições de Processo Penal**. *Op.cit.*, p. 439-440.

⁵Sistema similar é adotado na Suíça, como nos mostra SCHMID, Niklaus. **Strafprozessrecht. Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozesses des Kantons Zürich und des Bundes**. Zürich: Schulthess, 4ª Ed., 2004, p.170: “*In dem von den Strafverfolgungsbehörden von Amtes wegen betriebenen Strafverfahren beschränkt sich die Rolle des Verletzten üblicherweise darauf, als Zeuge oder Auskunftsperson über den Deliktshergang auszusagen und/oder im Sinne eines Zivil- oder Adhäsionsklägers für den erlittenen Schaden (eingeschlossen Genugtuung und Zins) Ersatz zu beanspruchen. Es soll dem Geschädigten ermöglicht werden, gleichsam im Schlepptau des Strafverfahrens und vor der gleichen Instanz Schadenersatz zu erlangen. Ein zusätzlicher Zivilprozess gegen den Täter wird ihm so erspart, obwohl er einen solchen separat führen kann*”.

vige nosso modelo de separação de instâncias, regra consagrada no art. 1.525 do Código Civil de 1916, e reproduzida no Código Civil de 2002 (art. 935): “A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Pela leitura do dispositivo, vê-se que a separação de instâncias não é absoluta, mas mitigada, imersa num mecanismo de interferência, com prevalência da jurisdição penal.⁶ Se as questões referidas do art. 935 do CC não forem decisivamente definidas na esfera penal, mantém-se aberta a via cível. Neste sentido, o art. 66 do CPP complementa: “não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato”.

Este modelo de separação relativa de instâncias foi moldado a reboque da publicização do direito penal. Como se sabe, nos primórdios de sua trajetória histórica, o direito penal era “privatizado”, e a sanção penal protegia um direito subjetivo da vítima. Aos poucos, a repressão penal passou a tutelar interesses públicos, valores dignos de proteção no ordenamento jurídico (os bens jurídicos), e com isso uma das consequências naturais seria apartar discussões sobre questões patrimoniais do processo criminal.⁷ A vítima teve seu papel reduzido e limitadas suas faculdades processuais. No mais, entendia-se que a responsabilidade penal, por ser obrigatória como regra, deveria ser separada

⁶ Interferência que se observa também na Argentina. Cf. MAIER, Julio B. J. **Derecho Procesal Penal: fundamentos**. Buenos Aires: Del Puerto, 2ª Ed., 3ª Reimpressão, 2004, p. 178.

⁷ Sobre as teorias e a terminologia em torno do bem jurídico, com referências tanto ao direito brasileiro como em relação ao debate no estrangeiro, é lapidar a síntese empreendida por GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”, in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004, *passim*; ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. Parte Geral. São Paulo: RT, 5ª Ed., 2004, p. 438 e ss. Sobre a publicização do direito penal e o bem jurídico, Cf. VON LISZT, Franz. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. Berlin: J.Guttentag, 8ª Ed., 1897, p. 59-61, especialmente nota 1 da p. 59-60.

da responsabilidade civil, esta facultativa porque toca interesses disponíveis.⁸

Nesse contexto, nosso sistema da separação de instâncias não previa a fixação de indenização em favor da vítima no processo penal, mas sempre atribuiu ao lesado a ação civil *ex delicto*, ajuizada no juízo cível para obtenção da indenização, ainda que na pendência da ação penal (art. 64 do CPP).⁹ A vítima lesada tem ainda a opção de aguardar o trânsito em julgado da discussão criminal e utilizar a sentença penal condenatória como título executivo na esfera cível (art. 475-N, II do CPC), porque um dos efeitos “genéricos” da sentença penal condenatória, automático e que não precisa sequer ser mencionado pelo juiz na sentença, é tornar certa a obrigação de indenizar (art. 91, I do CP).¹⁰

Cabe lembrar que, mesmo sendo título executivo, a sentença penal condenatória transitada em julgado, como não continha, historicamente, fixação do valor da indenização, era um título carecedor de um dos requisitos para sua constituição válida: a liquidez. Fazia-se necessária a instauração prévia de processo de liquidação de sentença para que fosse quantificado o valor do dano e então executada civilmente a condenação criminal (utiliza-se até hoje a liquidação por artigos, prevista no art. 475-E do CPC).

Esta equação entre as esferas criminal e cível revelava um cenário pernicioso que tornava a reparação civil do dano decorrente de um fato criminoso mais demorada e cara, seja pela ação civil

⁸ HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, in *Revista da AJURIS*, v. 36, n. 114, junho, 2009, p. 63.

⁹ Claro que, se a ação civil for ajuizada na pendência da ação penal (art. 64 CPP), é medida cautelosa suspender a demanda cível para não gerar decisões conflitantes (art. 63, parágrafo único CPP). A suspensão da ação civil *ex delicto* é facultativa, a teor dos arts. 110 e 265, IV, a, do CPC, mas convém. Cf. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 442; HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p. 68. Sobre o tema, Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 11ª Ed., 2009, p. 171; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, v. I, 1980, p. 235-236.

¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 238-239.

ex delicto, seja pelas delongas do processo de liquidação. Além disso, era um modelo que multiplicava o número de processos em tramitação no Judiciário, ainda que a cognição judicial, em todos eles, tivesse pontos comuns de fato e de direito.¹¹

A recente reforma do processo penal modificou os arts. 63 e 387, IV do CPP, afirmando que o juiz fixará o valor mínimo da indenização dos danos decorrentes da infração penal, tornando o título executivo parcialmente líquido. O art. 63, parágrafo único do CPP afirma ainda que o valor fixado na sentença penal não impedirá que a parte busque a liquidação para apuração de quantia superior, obtendo, assim, a integral reparação do dano. Note-se que uma só sentença penal pode dar ensejo, concomitantemente, a uma execução pela parcela líquida (o valor mínimo fixado) e à liquidação para fixar o *quantum* do restante.¹² Neste ponto aplica-se o art.475-I, § 2º, do CPC.

A aplicação prática destes novos dispositivos vem criando uma série de problemas e fomentando grande número de indagações sobre seu correto tratamento. O desenho de um sistema coerente e que coordene processo civil e processo penal é um grande desafio para quem estuda a nova legislação. Tentaremos, nas linhas seguintes, passar nossas primeiras ideias e impressões a respeito.

2. OBJETIVO DA REFORMA. CELERIDADE. ALTERAÇÃO DO PAPEL DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O principal objetivo da reforma foi conferir celeridade à indenização, sem que o lesado tenha que suportar a demora do processo de liquidação de sentença ou ajuizar ação autônoma: algum valor já fica definido desde logo.¹³ Mas também foi escopo da

¹¹ Em favor do modelo da cumulação de questões cíveis e criminais no mesmo processo, argumenta-se com economia processual e a vantagem em aceitar a colaboração do ofendido, sem contar a necessária coerência das decisões por serem juízos sobre fatos idênticos. Cf. VOLK, Klaus. *Grundkurs StPO*. *Op.cit.*, p. 341; TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.433-434.

¹² HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p. 69-70.

¹³ O que veio afirmado expressamente na exposição de motivos da lei reformadora, publicada na Mensagem n. 213, em 30.03.2001, no *Diário da Câmara dos Deputados*, p. 9510.

nova regra reduzir o número de processos, acompanhando uma tendência mundial de resolver certas questões, em casos de incidência múltipla, na mesma relação processual, procurando reduzir ou apagar, de uma só vez e aproveitando a cognição sobre pontos comuns, todos os efeitos que o crime possa ter gerado.¹⁴

Ao mesmo tempo, e talvez mesmo sem que este fosse um objetivo direto da lei, a nova regra remodela o papel da vítima no processo penal brasileiro, o que também foi sentido no direito comparado nas últimas décadas.¹⁵ Com efeito, o lesado passa a ter seus interesses patrimoniais parcialmente tutelados, o que imporá certamente novas configurações das faculdades e poderes processuais do assistente de acusação.

Vê-se, então, uma tendência de “redescobrimto” da vítima, que se reflete na preocupação do sistema penal com a reparação civil.¹⁶ É verdade que, sistemicamente, o modelo penal brasileiro sempre esteve atento à reparação do dano, o que se percebia em diversas disposições do Código Penal, das quais se pode ver que a reparação possibilita *sursis* especial (art. 78 § 2º); é condição do livramento condicional (art.83, IV); pode ser causa de diminuição de pena (art. 16) ou circunstância atenuante (art. 65, III, b), a depender do momento em que empreendida; é condição para a reabilitação (art. 94, III) e causa de extinção da punibilidade no peculato culposo (art. 312 § 2º). E a redescoberta da vítima vem sendo notada também, de algum tempo, em vários diplomas legais do direito processual penal, como na Lei 9.807/99, que trata da proteção de vítimas e testemunhas ameaçadas, na composição ci-

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 5.

¹⁵ Na Alemanha, p.ex., a *Opferschutzgesetz* de 18.12.1986 (“lei de proteção de testemunhas”), em vigor a partir de 01.04.1987, já alterara a assistência, o procedimento da adesão para fins da reparação *ex delicto* (*Adhäsionsverfahren*) e os poderes da vítima no processo penal alemão. Posteriormente, em 24.06.2004, pela lei de reforma dos direitos das vítimas (*Opferrechtsreformgesetz* ou *OpferRRG*) os direitos das vítimas foram precisados e ampliados. Sobre a evolução, Cf.ROXIN, Claus. “Einführung”, in *Strafprozessordnung*. München: Deutscher Taschenbuch, 45ª Ed., 2009, p. XXI e XXIV.

¹⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; OLIVEIRA, Ana Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999; RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª Ed., 2009, p. 581.

vil dos danos (positivada na Lei 9.099/95) ou na reparação do dano como condição para a transação penal em crimes ambientais, prevista pela Lei 9.605/98 (art. 26). No bojo das recentes reformas, o ofendido teve também ampliados seus poderes processuais (art. 201 do CPP). Então, cabe enfatizar que esta alteração do art. 387, IV do CPP não é uma mudança brusca, mas resultado de um processo gradual.¹⁷

No mesmo sentido, queremos destacar que a possibilidade de o juiz fixar, na sentença penal, montante indenizatório em favor da vítima do delito não é novidade no ordenamento brasileiro. O Código de Trânsito já previa, em seu art. 297, uma multa reparatória para a vítima quando a infração tiver causado prejuízos materiais, estabelecendo ainda que a multa será descontada da indenização fixada no cível. Outra disposição similar já tinha sido introduzida no próprio Código Penal pela Lei 9.714/98, que criou a pena de prestação pecuniária, que pode ser revertida em favor da vítima. Embora seja uma pena (sanção criminal), e tenha seu valor balizado e limitado pela lei, seu valor será descontado na indenização total a ser fixada na esfera cível (art. 45 § 1º do CP).

Diante desse quadro legislativo, anterior à última reforma, é possível afirmar que tenha havido alguma mudança nas relações entre as instâncias penal e civil? Teria a nova disposição do art.387, IV do CPP quebrado o modelo de separação das instâncias? Em nosso sentir, não se altera a classificação de nosso sistema, que continua baseado no modelo de separação. Como nenhum sistema é totalmente puro, trata-se apenas de mais uma atenuação da separação de instâncias brasileira, que já era mitigada.¹⁸ Ou seja, nosso sistema se mantém, mas ganhou, agora, outra exceção. As instâncias continuam independentes, até porque a vítima continua

¹⁷ PRADO, Geraldo. “Justiça penal consensual”, in *Diálogos sobre a justiça dialogal. Teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

¹⁸ Com razão MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 241. Sobre a “impureza” dos sistemas no direito comparado, Cf. TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p.107.

podendo recorrer ao juízo cível para obter a total reparação do dano.¹⁹

3. A QUANTIFICAÇÃO DO DANO COMO PODER-DEVER DO JUIZ, CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES

Cabe perquirir qual o espaço de conformação que a regra do art. 387, IV do CPP confere ao juiz. A literalidade do texto (“fixará”) mostra que se trata de um poder-dever. Não existe faculdade do magistrado. A lei pretendeu, como vimos, facilitar e acelerar a indenização *ex delicto*. Para tanto, a recente reforma ampliou apenas as possibilidades de cognição do magistrado na esfera penal. Com efeito, além de já ser um efeito automático da condenação “tornar certa a obrigação de indenizar”, permite-se agora que o juiz conheça dos prejuízos civis e seja quantificada quantia mínima, desde logo, no próprio processo criminal. Porém, ao contrário do efeito genérico de tornar certo o dever de indenizar, a fixação do *quantum* mínimo da reparação civil é um efeito secundário (ou anexo) da condenação, e tem que constar expressamente da sentença.²⁰

Não obstante, dizer que se trata de um poder-dever que deve constar da sentença não significa dizer que sempre haverá fixação da indenização ou tampouco que qualquer omissão em mencionar na decisão o *quantum* permita impugná-la. A quantificação do valor mínimo indenizatório depende da existência de provas nos autos que permitam ao juiz aferir a extensão do dano ou ao menos ter algum parâmetro para tanto. E não poderá o juízo criminal ampliar demais a atividade probatória a respeito do dano civil para não

¹⁹ Claro que, para chegarmos a esta conclusão, compreendemos a parcela do *quantum* indenizatório como sendo componente de um dos efeitos secundários extrapenais da sentença condenatória, e não uma pena, à moda da prestação pecuniária.

²⁰ BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, in NUC- CI, Guilherme de Souza (Org.). *Reformas do processo penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 283; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A sentença penal como título executório civil”, in *Revista de Direito Penal*, n. 4, out-dez, 1971, p. 46-47. Contra, afirmando não ser efeito da condenação e ser apenas uma faculdade do magistrado, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. *Op.cit.*, p. 581.

causar desvios procedimentais ou subverter a correta condução do processo para a solução da pretensão punitiva.

Em muitos casos, a avaliação não trará grandes dificuldades para o juízo, e tampouco introduzirá largos incidentes probatórios. Os exemplos são muitos, tanto na esfera federal como estadual. Pensemos em casos de roubos e furtos, onde o inventário de bens subtraídos, com avaliação indireta, ou um ofício do órgão público lesado, serviriam como balizamento razoável para o mínimo indenizatório; ou ainda um simples ofício do INSS quantificando o valor atualizado do benefício fraudado. Outras vezes, porém, será difícil fixar qualquer valor, mesmo mínimo, pela complexidade dos delitos envolvidos.

De fato, pode ocorrer que não haja elementos suficientes para fixar qualquer valor, inclusive mínimo, nas causas referentes a delitos muito sofisticados e a condutas que lesem uma grande quantidade de indivíduos. Exemplos são alguns crimes financeiros, fraudes societárias, formação de cartel, *insider trading*, etc., que podem gerar prejuízos variados a investidores, agentes econômicos, acionistas minoritários, muitos dos quais são ainda desconhecidos e outros que podem nem mesmo ter ciência da fraude ou do processo criminal. Nestes casos, os parâmetros para aquilatar o “mínimo” podem não ser trazidos aos autos sem sacrifício do bom andamento processual.

Isso pode ocorrer também nos crimes “tradicionais”. Sem embargo, e sobretudo nos delitos contra a vida e contra a honra, pode ser que também exista dificuldade em empreender a quantificação do valor do dano sem que se abram grandes incidentes instrutórios a este respeito.²¹ Em todas estas hipóteses, pode o juiz deixar de fixar o valor.

²¹ TJ/PR - Processo n. 0569880-2 - Rel. Des. Eduardo Fagundes, j.03.09.2009; TJ/RJ - Apelação n. 2008.050.06896 - Rel. Des. Marcus Quaresma Ferraz - Julg.18/02/2009: “(...) Tribunal do Júri. Artigo 121, § 2º, inciso IV e § 4º (...) No tocante a fixação da indenização, de acordo com a nova redação conferida ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, é grande a dificuldade de, no processo penal, ter a efetiva comprovação do valor dos danos sofridos pela vítima, ou pelos seus sucessores, principalmente quando esses sequer participaram do feito como assistentes, como no presente caso. O juiz, na verdade, não dispõe de elementos suficientes de convicção para aferir o valor da indenização, e, desse modo, é certo que deverá exercer esse novo atributo de forma muito cautelosa, a fim de que não

Entretanto, como se trata de poder-dever, o juiz deverá justificar a impossibilidade de quantificação.²² Por conseguinte, sendo ou não possível a quantificação, a ausência de manifestação do magistrado na sentença é atacável por meio dos embargos de declaração. Quando for possível quantificar, o vício será a violação do dever legal de fixar o valor mínimo; e quando não for possível, o vício será a ausência de justificação desta impossibilidade.

A legitimidade para embargar, contudo, é restrita: como se trata de um interesse patrimonial, disponível e individual, só o ofendido poderá recorrer, até porque é vedado pela Constituição da República que o Ministério Público patrocine causas individuais disponíveis. Apenas uma exceção pode ser imaginada para esta legitimidade: quando a ação civil *ex delicto* puder ser ajuizada pelo MP, na forma do art. 68 do CPP, é natural que ao *parquet* seja também assegurada a legitimidade recursal contra a parte da decisão que fixou erroneamente ou deixou de fixar o valor mínimo da reparação. Lembremos que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a norma do art. 68 do CPP é constitucional se (e enquanto) a Defensoria Pública não estiver adequadamente instalada para desincumbir-se da tarefa de tutela dos hipossuficientes econômicos.²³

4. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO. AMPLIAÇÃO LEGAL DA COGNIÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO OU À CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA

sejam praticadas injustiças, suprimindo do réu seus direitos fundamentais de exercício da ampla defesa e contraditório. Em consequência, como bem determinou a nova disposição legal, o juiz deverá restringir-se a fixação de um valor mínimo de indenização, e, assim, percebe-se com nitidez o exagero do quantum fixado na sentença, que muito além das indenizações globais, integrais, fixadas nos juízos cíveis, que se utilizam de todas as garantias atinentes ao devido processo legal para a correta fixação dessas indenizações, atribuiu o valor elevadíssimo de 100 salários mínimos, forçando frisar que tanto o apelante como a vítima têm precária situação financeira. Apelo parcialmente provido, para adequar as penas e fixar o valor mínimo da indenização na quantia correspondente a quatro salários mínimos, mantidas as demais cláusulas da sentença”.

²² MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 242; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 285.

²³ Confira-se RE 196.857, Rel. Min. Ellen Gracie, j.06.03.2001.

Tem-se entendido majoritariamente que não é necessário requerimento para que o magistrado fixe o valor mínimo da condenação. Por força do art.387, IV do CPP, a cognição judicial e o *thema decidendum* são estendidos *ope legis* à quantificação do dano, isto é, o poder de fixar o valor mínimo decorre diretamente da lei, já que o objetivo da reforma é tornar, ao menos parcialmente, o título executivo líquido.²⁴

De fato, o pedido ou requerimento a respeito foi dispensado pelo legislador, até porque a vítima muitas vezes desconhece o direito à indenização ou possui algum temor em ajuizá-lo. Assim tem sido também o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.²⁵

Se não é necessário requerimento, entendo que devam ser afastados todos os argumentos que apontam ofensa à correlação entre acusação e sentença ou ao sistema acusatório.²⁶ Ou ainda posicionamentos que concluem pela inconstitucionalidade da postulação, se formulada pelo MP em favor da vítima, porque um tal pedido do órgão acusatório em benefício do ofendido seria decorrente de uma legitimidade extraordinária não pre-

²⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal. Op.cit.*, p. 170; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 286.

²⁵ TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.03079 - Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira - julg.11/08/2009; TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.04847 - Des. Suely Lopes Magalhães - Julg. 19/08/2009 - “(...) Embora desnecessária a manifestação do Ministério Público, cabe ao juízo considerar o prejuízo sofrido pela vítima, nos termos exatos do artigo 387, inciso IV, do CPP, e justificar adequadamente a fixação do valor a ser pago a título de reparação. (...)”; TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.00995 - Des. Suely Lopes Magalhães - julg.11/03/2009: “(...) Desnecessário o pedido formal com vistas a apuração do valor mínimo para a reparação, quando este encontra-se cabalmente demonstrado.”

²⁶ Pela necessidade de pedido, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal. Op.cit.*, p. 582-583. Câmara afirma que haveria incompatibilidade da regra com o sistema acusatório. Se o MP não pode formular pedido a respeito, as funções de acusar e julgar estariam na mesma pessoa: o juiz. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 79. Não obstante, estamos com aqueles que ligam o modelo acusatório à pretensão punitiva, ao delito e seus aspectos penais. Não há que confundir ação civil e ação penal, e esta exista, para aplicação do direito penal. Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal. Op.cit.*, p. 4; MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal. Op.cit.*, p. 83; MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Op.cit.*, p. 443 e ss.

vista em lei.²⁷ Sem embargo, se houvesse necessidade de requerimento, a reparação deveria ser postulada pela vítima, como nos sistemas europeus de adesão, o que não é o caso brasileiro, antes ou depois da nova lei.

5. A PROTEÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL: VALOR MÍNIMO E RESTRIÇÃO DA COISA JULGADA

Numa primeira aproximação, as restrições probatórias sobre a extensão dos danos civis poderiam ferir direitos processuais do réu, que poderia ver violado o devido processo legal e sobretudo seu direito à prova, que reflete importante aspecto da ampla defesa: o direito de defender-se provando.²⁸ Isto se dá porque, no curso do processo-crime, seria inconveniente abrir instrução probatória muito detalhada, ou ainda introduzir espaço de larga cognição judicial a tal respeito, o que poderia gerar transtornos à boa tramitação do processo penal.

Porém, a lei, de alguma forma, procura atenuar os prejuízos que o réu poderia sofrer em seu direito de defesa, ao prever que a fixação do valor do dano, no juízo criminal, pode gerar apenas uma avaliação parcial. Trata-se de uma compensação sistêmica a este déficit defensivo. Ao juiz cabe fixar o *valor mínimo*, deixando a definição do valor integral do dano sofrido para um procedimento mais alongado, sem restrições de prova e onde todas as garantias fundamentais processuais serão amplamente observadas.

Assim, se os argumentos e a prova a serem levados ao processo penal para a definição do prejuízo não podem ser sempre muito aprofundados, a fórmula que a legislação encontrou para, ao mesmo tempo, facilitar a indenização ao lesado e proteger os direitos do réu ao devido processo legal, foi limitar a indenização, na sentença condenatória penal, apenas ao valor mínimo do dano, que deverá ser descontado na esfera cível.

²⁷ Assim sustenta CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n. 11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 74.

²⁸ Confira-se, por todos, GRECO, Leonardo. “As garantias fundamentais do processo: o processo justo”, *in Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Fac. Direito de Campos, 2005, p. 282.

Além disso, as restrições probatórias e redução da cognição exigem outra compensação, a favor dos direitos fundamentais, referente à estabilidade da decisão que fixa o valor indenizatório na esfera penal. A doutrina brasileira sempre compreendeu que, toda vez que restrições de natureza diversa, inclusive probatória, reduzirem a possibilidade de aprofundamento da cognição judicial, as decisões não podem tender à definitividade. A superficialidade do conhecimento do juiz e possíveis ofensas a garantias processuais são as razões pelas quais não se admite que tais decisões sejam revestidas da autoridade de coisa julgada.²⁹

Ora, se a fixação criminal sobre o dano, ainda que em valor mínimo, fosse firmada sempre em caráter definitivo, ou seja, se sobre o mínimo fixado na esfera criminal houvesse formação de coisa julgada, não poderia haver restrições probatórias. Portanto, devemos concluir que, diante das limitações que impedem ampla produção de prova para a fixação do valor mínimo do dano, a cognição judicial revela-se sumária. A consequência teórica desta constatação é compreender que, neste ponto, a sentença criminal pode não assumir uma estabilidade forte, típica da coisa julgada. Vale dizer, o valor indenizatório mínimo adquire apenas uma estabilidade fraca, própria de decisões precárias, baseadas em cognição menos intensa e sujeitas a alterações.³⁰ Assim, a cognição sobre a quantificação do dano poderá ser reaberta integralmente no futuro, e mesmo aquele valor mínimo definido na esfera penal

²⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2ª Ed., 2000, p. 124 e ss.

³⁰ Algo similar é previsto no sistema germânico. A *Strafprozessordnung* prevê no § 406 que o juiz decida sem resolver a questão, hipótese chamada “*Absehen von der Entscheidung*”, na qual a decisão, segundo a doutrina, não é coberta pela coisa julgada. O efeito é apenas fazer cessar a litispendência, permitindo que o lesado, sem estabilidade da decisão, possa fazer valer a pretensão de outro modo. É a conclusão de BEULKE, Werner. *Strafprozessrecht*. *Op.cit.*, p. 360: “*‘Absehen von einer Entscheidung’ in diesen Fällen bedeutet, dass das Gericht den Antrag weder ablehnt noch verwirft. Das Absehen hat zur Folge, dass die Rechtshängigkeit endet, ohne dass rechtskräftig über die Ansprüche entschieden wird. Der Verletzte kann den Anspruch anderweit geltend machen*”. Lembramos ao leitor que este efeito de “fazer cessar a litispendência” tem, no modelo alemão, extrema relevância, por se tratar de um sistema de adesão com restrições à reparação *ex delicto* na esfera cível se o lesado não tiver requerido no juízo criminal.

poderá ser rediscutido, seja na liquidação do restante do prejuízo, seja na ação civil *ex delicto*, ou ainda na impugnação ao cumprimento de sentença.³¹

Diversa é a estabilidade da sentença criminal no que tange ao “dever de indenizar”. Mesmo antes da reforma, por força do art. 91, I do CP, sempre fora compreendido como um “efeito genérico” da sentença tornar certa tal obrigação. O *an debeat* é definido pelo juiz criminal em cognição exauriente, e a “certeza” do título, fixada na esfera penal, torna-se imutável e indiscutível, não podendo haver rediscussão no cível, como já afirmava a doutrina clássica. Tornaghi dizia que a sentença penal traz certeza não só no que se refere ao seu conteúdo criminal (a pena) mas também no que tange à declaração da obrigação de indenizar: resolve o *an debeat*, deixando para a liquidação o *quantum debeat*.³² E o panorama não mudou após a edição do art. 387, IV do CPP. É só a liquidez do título executivo, ou seja, a fixação do valor mínimo do dano, que está submetida potencialmente a novas discussões, de acordo com a prova produzida e a cognição possível.

O leitor poderia imaginar alguma incongruência: como imaginar que o valor mínimo, definido na esfera penal, possa ser rediscutido no cível? Poderia o juízo cível, após fixado o dever de indenizar no processo penal, concluir não haver valores a ressarcir? Ora, se isso ocorrer, não será estranho ao sistema processual, em que é possível a chamada “liquidação pelo valor zero”, na qual, apesar de fixado o *an debeat*, o processo liquidatório não apura qualquer valor.³³

6. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO

Anteriormente, ficou assentado que o juiz tem o poder-dever de fixar o valor mínimo da indenização, que independe de pedido

³¹ Portanto, a cognição depende do resultado da prova, e, em sendo sumária, não torna a discussão sobre o mínimo indenizatório imutável e indiscutível. Ocorre aqui algo similar à cognição no mandado de segurança.

³² TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal. Op.cit.*, p. 442-443 e 445-446.

³³ Claro que o fenômeno da liquidação por valor zero é excepcional, e geralmente, como bem lembrou Fredie Didier Jr., “patológica”, porque a existência de dano é pressuposto do *an debeat* do título. Não obstante, é uma possibilidade admitida na doutrina e que funcionaria como regra de fechamento sistêmico no modelo aqui proposto.

expresso. Ao magistrado são abertas cognição e decisão a respeito do tema por força de lei, podendo conhecer de ofício das questões referentes ao valor do dano.

Porém, a moderna configuração do princípio do contraditório exige que haja debate entre as partes mesmo a respeito das questões que o juiz possa conhecer *ex officio*. No processo contemporâneo, não são permitidas as chamadas decisões-surpresa ou juízos de “terza via”.³⁴ Portanto, embora seja dispensado requerimento do interessado, não basta que haja prova suficiente dos prejuízos: deve haver debate prévio no processo.³⁵ E isto se aplica também ao processo penal, mesmo impregnado do interesse público que lhe é característico.³⁶ Assim têm sido as decisões de nossos tribunais a respeito do art. 387, IV do CPP.³⁷

E o mesmo é notado também no direito comparado, onde, mesmo quando a lei processual penal permite que o juiz decida

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. “Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito”, in *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LX, nº 2, apr.-giug., 2005, p. 456-457; Idem, *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 247 e ss; DIDIER JR., Fredie. “O princípio da cooperação: uma apresentação”, in *Revista de Processo*, ano 30, n. 127, set. 2005, p. 77-78; FERRAND, Frédérique. “Le principe contradictoire et l’expertise en droit comparé européen”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 52, nº 2, 2000, p. 357; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*. Torino: G.Giappichelli, 2004, p. 58-59; NUNES, Dierle José Coelho. “O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa”, in DIDIER JR., Fredie e JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 168-169; DENTI, Vittorio. “Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio”, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1968, p. 224-225; GRECO, Leonardo. “O princípio do contraditório”, in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 24, mar., 2005, p. 76-77.

³⁵ Não podemos, com todas as vênias, concordar com HERTEL, Daniel Roberto. “Aspectos processuais civis decorrentes da possibilidade de fixação de indenização civil na sentença penal condenatória”, *Op.cit.*, p.65.

³⁶ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3ª Ed., 2005, p. 116-117.

³⁷ TJ/SP - Apelação nº 990.09.105572-7, Rel. Des. Pinheiro Franco, j.24.09.2009; Apelação nº 990.09.077292-1, Rel. Des. Fábio Gouveia, j.17.09.2009; TJ/MG - Processo n. 1.0243.07.004753-1/001, Rel. Des. Antonio Carlos Cruvinel, j.19.05.2009; TJ/MG - Processo n.1.0290.00.005820-3/001, Rel. Des. Renato Martins Jacob, j.24.06.2009; TJ/RS - Apelação nº 70028617801, Rel. Des. Dálvio Leite Dias Teixeira, j.16.09.2009; TJ/ES - Apelação nº 38070044276 - Rel. Des. Sergio Bizotto Pessoa de Mendonça, j.11.02.2009.

sem requerimento, exige-se contraditório.³⁸ O modelo português, p.ex., calcado no sistema da adesão, prevê que a vítima, para fins de obter a indenização cível, tenha que formular pedido no processo penal respectivo, restringindo as hipóteses de formulação de pedido indenizatório autônomo na esfera cível (arts. 71 e ss do CPP português). Mas permite que o juiz fixe o valor, mesmo na ausência de qualquer pedido, se circunstâncias especiais apontarem a necessidade de proteção da vítima. Neste caso, a lei lusitana é clara em exigir o contraditório (art. 82-A).

Não se pode, de outro lado, confundir necessidade de contraditório com exigência de requerimento. O contraditório não precisa de pedido ou requerimento para ser implementado. O magistrado pode suscitar o debate intimando as partes para que controvertam a respeito do tema. O mais importante é que a defesa do réu tenha oportunidade de discutir os valores apontados nos autos como sendo o prejuízo do lesado.

Na prática, alguns membros do MP têm solicitado ao juízo providências para que a questão da fixação do valor mínimo seja esclarecida, ora requerendo que conste do mandado de citação o alerta para que o réu também se defenda do valor, ora solicitando que aos autos venha alguma prova a respeito da extensão dos danos. Seriam válidas tais postulações? Entendemos que sim. Não se trata de requerimento parcialmente interessado, mas apenas com o objetivo de correta aplicação da lei, em favor da verdade real e preservando, até mesmo, o direito do réu ao contraditório.

7. INTERESSE RECURSAL NA APELAÇÃO

Já analisamos a possibilidade de oposição de embargos de declaração contra a decisão omissa a respeito da fixação do valor mínimo, tanto nos casos em que possível a quantificação, se o juiz não o fizer, quanto nos casos em que impossível aferir o valor mínimo, se o juiz não justificar a impossibilidade de fazê-lo. Para

³⁸ Pedimos licença para divergir de CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 74 e RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal. Op.cit.*, p. 582, que fazem associação necessária entre o contraditório e a existência de pedido.

tanto, tem-se entendido cabíveis os embargos, até porque, como vimos, trata-se de um poder-dever do magistrado.

Agora a questão é outra: tendo sido fixado um valor, e não concordando com ele o lesado ou o condenado, pode haver recurso de apelação dirigido àquele capítulo da sentença? Existiria interesse em recorrer? A questão é complicada porque, tanto para o réu condenado quanto para a vítima irressignada, haveria utilidade no julgamento do recurso pela superior instância, que colocaria o recorrente numa posição jurídica mais favorável do que aquela anterior ao provimento recursal.³⁹

Os Tribunais têm entendido cabível a impugnação por parte do réu. Seu interesse em recorrer parece ser mais facilmente compreendido pela relativa estabilidade que a decisão adquire mesmo em sede de cognição sumária, causando-lhe prejuízo imediato de ter que, na esfera civil, impugnar o valor já fixado no processo penal. Esperemos para ver se assim se firmará a jurisprudência.

Porém, talvez a mesma solução não se encaixe bem na posição do ofendido. Ainda que vejamos forte tendência de prestigiar a vítima no processo penal brasileiro, continuamos no sistema de separação relativa de instâncias. Neste quadro, ao lesado faltaria o interesse na perspectiva da necessidade do provimento. Com efeito, como o lesado tem aberta a via cível para liquidar o valor restante do prejuízo, ou mesmo a possibilidade de ajuizar a ação civil *ex delicto*, fica mais difícil visualizar seu interesse-necessidade quando requer que a majoração ocorra no próprio processo penal.

8. FIXAÇÃO EM CAPÍTULO PRÓPRIO DA SENTENÇA. CRITÉRIOS PARA A FIXAÇÃO DO VALOR

Como questão de técnica, é conveniente que a reparação civil seja fundamentada de forma destacada na decisão. Isso ocorre porque a indenização cível enseja um capítulo próprio, que será tratado processualmente com relativa autonomia, dentro da teo-

³⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Interesse e legitimação recursal para recorrer no processo penal brasileiro: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas. São Paulo: RT, 2000, p. 185 e ss.

ria dos capítulos de sentença.⁴⁰ São várias as consequências deste tratamento, principalmente no campo recursal.

Por exemplo, se o condenado entender equivocado o valor fixado, terá legitimidade para recorrer; se o recurso for parcial, e atacar apenas esta parte da sentença, o restante da decisão transita em julgado e pode ser expedida carta de execução de sentença (“carta de guia” ou “guia de execução”) para cumprimento da pena.

Outra consequência relevante da aplicação da teoria dos capítulos de sentença tocaria a prescrição penal quando houver recurso parcial apenas para reformar o capítulo referente à indenização cível. Neste caso, o trânsito em julgado do capítulo referente à pena deve ser certificado, o que tem repercussão tanto na prescrição da pretensão punitiva (cujo marco final é o trânsito em julgado), quanto da pretensão executória (que se interrompe com o início da execução da pena). Além disso, se o juiz tivesse que esperar o trânsito em julgado do capítulo referente à indenização para executar a pena, haveria um incentivo à impunidade e aos recursos meramente protelatórios desta parte da decisão.

Na fixação do valor mínimo, pode o juiz criminal utilizar os parâmetros dos arts. 948 e seguintes do CC,⁴¹ que dispõem sobre critérios para a quantificação do dano em casos de homicídio, ofensas à saúde ou que diminuam a capacidade de trabalho, ofensas à honra, prisão ilegal, esbulho, cárcere privado, dentre outros.⁴²

E os tribunais têm sido equilibrados na aplicação do art. 387, IV do CPP. Já se decidiu que, se o valor fixado pelo juiz criminal é bem inferior à estimativa do dano, ou reflete razoável proporção às consequências do delito (pensemos em crimes graves, como o homicídio ou atentado violento ao pudor, p.ex.), a sentença não

⁴⁰ Sobre o tema, no processo civil, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. São Paulo: Malheiros, 1ª Ed., 2ª tiragem, 2004, *passim*.

⁴¹ BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 287.

⁴² Vejam-se as seguintes decisões: TJ/SP - Apelação n. 1172741001, Rel. Des. Fábio Rogério Bojo Pellegrino.

merece correção.⁴³ No entanto, se a *res furtiva* foi parcialmente recuperada e a fixação do valor mínimo levou em consideração o total dos bens furtados (por meio de avaliação indireta realizada a partir das declarações do próprio ofendido), haveria excesso do juízo criminal.⁴⁴

8.1. Fixação nas hipóteses de co-autoria. A diferença das responsabilidades civil e penal

Situação tormentosa na aplicação prática do art. 387, IV do CPP certamente será verificada nos casos de concurso de agentes, não só nos processos em que é imputada a prática de delitos em co-autoria ou participação, como também nos casos em que co-autores e partícipes não são processados na mesma relação processual, seja por razões de conveniência da persecução (art. 80 do CPP), seja porque só foram descobertas provas suficientes (justa causa) posteriormente ao ajuizamento da pretensão, já em fase adiantada do processo em andamento.

A dificuldade decorre da diferença de tratamento entre a responsabilidade civil e penal quando há concorrência de autores para o evento ilícito. Enquanto a responsabilidade civil é solidária, importando, de regra, em divisão *pro rata* da indenização entre os coautores (art. 942 e parágrafo único do CC), a responsabilidade

⁴³ TJ/RJ - Apelação n. 2009.050.03122 - Des. Denise Rolins Lourenço - julg. 18/06/2009: "(...) Por fim, não tem razão a defesa no que tange o afastamento da indenização imposta na sentença. Em relação à quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) fixada na sentença para reparação de danos, é ínfima, considerando-se o prejuízo sofrido pela vítima, no caso, uma motocicleta marca Honda, modelo CBX 250 Twister, ano 2007 que não foi recuperada. O determinado não se contrapõe ao disposto no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal. Recurso defensivo parcialmente provido". TJ/MG - Processo n.1.0470.07.037672-3/001 - Rel. Des. Julio Cesar Gutierrez, j. 20.05.2009: "Crime de Trânsito - Homicídio Culposo - Reparação dos danos - Quantum Indenizatório - Recurso Desprovido. A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela condenação deve considerar os prejuízos sofridos pelo ofendido ou sua família, nos termos do inciso IV do art. 387 do CPP, acrescentado pela Lei 11.719/08. - O arbitramento de indenização em 20 (vinte) salários, em virtude da morte, por atropelamento, de criança de três anos de idade, não atenta contra o princípio da razoabilidade, sendo inadmissível a redução do valor". Assim também o TJ/PR - Processo n. 0567227-7 - Rel. Des. Ronald Juarez Moro, j. 24.09.2009.

⁴⁴ TJ/RJ - Apelação n. 2008.050.07428 - Rel. Des. Siro Darlan de Oliveira, julg. 05/05/2009.

criminal é fixada na medida da culpabilidade de cada agente, com as possibilidades de consideração, p.ex., de participação de menor importância (art. 29 e parágrafo do CP).

É verdade que, a partir do novel art. 944 e parágrafo único do CC, as hipóteses de culpa concorrente, no direito privado, começam a levar em consideração os chamados “graus de culpa” e sua influência na fixação do montante da indenização, mas o dispositivo ainda é novo e muito polêmico.

No processo penal, em caso de condenação, se ambos forem coautores e tiverem condutas similares ou de igual importância para a produção do resultado, pode-se impor a fixação do mínimo dividida isonomicamente entre os condenados. Mas a questão assumirá contornos mais tortuosos quando a decisão for diversa para cada um dos agentes ou quando estivermos diante de autoria e participação, sobretudo de menor importância. Pensemos no exemplo de processo ajuizado contra dois réus, um condenado e o outro absolvido por falta de provas sobre o dolo. Ou na hipótese em que é extinta a punibilidade em relação a um dos agentes, p.ex., pela morte, e o corréu é condenado. Nestes casos, embora a responsabilidade criminal tenha sido afastada, a reparação civil ainda é possível: no primeiro caso, porque pode haver responsabilidade civil por culpa em sentido estrito; no segundo caso, porque os sucessores do falecido responderão civilmente nas forças da herança.⁴⁵ Como fixar o valor mínimo do dano?

Alguns autores, diante das dificuldades de tratamento da questão, vêm afirmando que não cabe indenização em casos de concorrência de culpas.⁴⁶ Em nosso entender, é possível a fixação, e a chave para resolver os problemas neste ponto é a compreensão de que a cognição sobre o valor total do dano não é excluída pela fixação do mínimo: não há formação de coisa julgada, podendo

⁴⁵ Se a morte for na fase executória, a execução civil já iniciada não sofre qualquer sobressalto, apenas com redirecionamento aos sucessores. Cf. BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 288.

⁴⁶ BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 287.

ser reaberta a questão na esfera cível. Portanto, tenho que deva haver condenação pro rata na sentença criminal. Na esfera cível, os corréus condenados tanto poderão ser cobrados em conjunto pelo restante do prejuízo, caso a vítima assim deseje, como poderão regredir e discutir as “repercussões internas” do ressarcimento entre eles, seja pela solidariedade, seja pela diferenciação do grau de culpa.

A solução é um pouco diversa nos casos de absolvição e extinção da punibilidade. Quando houver decisão absolutória, é o fundamento usado pelo magistrado para a absolvição que será determinante: se os motivos excluïrem a responsabilidade civil, a fixação do mínimo reparatório cairá integralmente sobre o réu condenado no crime. Isso ocorrerá quando o juiz criminal concluir pela inexistência do fato ou negativa de autoria (art. 935 do CC) em relação ao corréu. Todavia, se os fundamentos absolutórios não excluïram a possibilidade de responsabilização civil, a fixação do mínimo na sentença condenatória não é coberta pela coisa julgada, e então haverá possibilidade de ajustes desta fixação no juízo cível.⁴⁷ Assim, o juízo criminal não precisa ficar receoso de impor valores excessivos a apenas um ou alguns condenados. Digo o mesmo nos casos de extinção de punibilidade em que seja possível a responsabilização civil: se o juiz criminal não fixar *pro rata* a indenização, qualquer exacerbação poderá ser resolvida na esfera civil, onde as repercussões internas da solidariedade poderão ser solucionadas inclusive com modalidades requintadas de intervenção de terceiros.⁴⁸

⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. *Op.cit.*, p.175, onde, comentando as interferências entre as instâncias, afirma que: “É de se registrar, todavia, que a matéria vedada à discussão na instância cível limita-se exclusivamente à existência do fato e à respectiva autoria. Assim, parece-nos perfeitamente possível a alegação, no cível, de concorrência de culpa no evento danoso, ainda que tal questão não tenha sido abordada no juízo criminal, ou, se abordada, não tenha se mostrado suficiente para afastar a responsabilidade penal”.

⁴⁸ Por todos, especialmente sobre o chamamento ao processo e sua ligação com a solidariedade, Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Malheiros, 4ª Ed., 2006, p.158-159.

8.2. Crimes em que o sujeito passivo é o Estado. A execução fiscal e o conceito de dívida ativa não tributária

Outra indagação acerca do tema é especialmente relevante para os processos de competência da Justiça Federal, onde frequentemente o sujeito passivo do delito é o Estado. Nestes casos, havendo dano ao erário, cabe à Fazenda Pública a execução civil da indenização.

Seria portanto de questionar se pode haver fixação do valor mínimo da condenação por parte do juízo criminal, porque a Fazenda Pública goza de especiais privilégios para a execução de seus créditos, quantificados pelo próprio Estado, que produz unilateralmente o título executivo. É o formato da inscrição em dívida ativa e execução fiscal.

É certo que a execução fiscal não se esgota nos créditos de natureza tributária (art. 2º da Lei 6.830/80), mas será que o procedimento abrangeria também créditos de natureza indenizatória? Será que o conceito de “dívida ativa não tributária” é tão amplo? Afinal, a Lei 4.320/64 menciona que as receitas não tributárias decorrentes de “indenizações” poderão ser inscritas em dívida ativa (art. 39 §§ 1º e 2º).

Humberto Theodoro Jr. tem posição ampliativa, admitindo que até mesmo obrigações de natureza contratual possam ser executadas por execução fiscal.⁴⁹ O STJ tem jurisprudência vacilante sobre quais são os créditos da Fazenda Pública que são passíveis de execução fiscal. Já se decidiu que a execução fiscal só poderia ser usada para créditos tributários ou aqueles decorrentes de ato ou contrato administrativo típico. Na hipótese, afastou-se a possibilidade de execução fiscal de indenização por danos praticados ao patrimônio do DNER em acidente automobilístico.⁵⁰ Nos casos de recebimento ilegal de benefício previdenciário, fraude comum na prática da Justiça Federal, o Superior Tribunal tem negado a possibilidade de execução fiscal.⁵¹ Porém, outros acórdãos já a admitiram.⁵²

⁴⁹ THEODORO JR., Humberto. *Lei de execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 5ª Ed., 1998, p.14.

⁵⁰ REsp n. 362.160-RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 18.3.2002.

⁵¹ REsp n. 414.916-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.5.2002.

⁵² REsp n. 381.721-PR, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 1.7.2002.

Entendemos que, embora amplo, o conceito de “dívida ativa não tributária” não permite que a Fazenda Pública transforme-se em exequente de qualquer de seus créditos. Os privilégios próprios da execução fiscal só fazem sentido se a dívida cobrada decorre de uma atividade típica da pessoa jurídica de direito público, onde de regra os fatos são mais ou menos padronizados e já existem procedimentos e regulamentação para auxiliar a quantificação do dano. Neste sentido é a jurisprudência mais recente do STJ, inclusive afirmando que pouco importa, para verificar se cabe utilizar a execução fiscal, se o crédito é, em tese, incluído ou excluído da disciplina de Lei 4.320/64.⁵³ Já se decidiu também que a incerteza fática em casos de reparação civil não se compatibiliza com o modelo da execução fiscal.⁵⁴ Portanto, ainda que o sujeito passivo seja o Estado, será, de regra, cabível e útil a fixação do valor mínimo.

Não obstante, temos que concluir que não deverá haver fixação do valor mínimo em delitos tributários. Isto porque a jurisprudência firmou entendimento de que a deflagração da persecução penal depende do término do procedimento administrativo fiscal,⁵⁵ onde já vem quantificada a obrigação tributária, e consequentemente, havendo inscrição em dívida ativa, já haverá liquidez. Seria inconveniente ao processo penal, além de ter pouca ou nenhuma utilidade, a abertura cognitiva a respeito.

⁵³ Assim afirmou o STJ: REsp n. 867.718-PR, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ 04.02.2009; REsp n.439.565-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 11.11.2002, e no REsp n. 414.916-PR, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.5.2002, em cuja ementa se lê: “(...)2.O INSS tem, sem sombra de dúvidas, o direito de ser ressarcido de danos materiais sofridos em razão de concessão de aposentadoria fraudulenta, devendo o beneficiário responder, solidariamente, pela reparação dos referidos danos. 3. O conceito de dívida ativa não tributária, embora amplo, não autoriza a Fazenda Pública a tornar-se credora de todo e qualquer débito. A dívida cobrada há de ter relação com a atividade própria da pessoa jurídica de direito público. 4. *In casu*, pretende o INSS cobrar, por meio de execução fiscal, prejuízo causado ao seu patrimônio (fraude no recebimento de benefício), apurados em “tomada de contas especial”. 5. A apuração de tais fatos devem ser devidamente apurados em processo judicial próprio, assegurado o contraditório e a ampla defesa (...)”. A questão da Lei 4.320 encontra-se decidida nos embargos de declaração ao referido REsp.

⁵⁴ REsp 440.540-SC, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.12.2003.

⁵⁵ BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 286.

8.3. A questão dos danos morais

Discussão candente em sede doutrinária tem sido a possibilidade ou não de que o juízo criminal fixe danos morais, ainda que em valor mínimo.⁵⁶ Discussões similares também diferenciam alguns componentes do próprio dano material, como danos emergentes e lucros cessantes, que devem ser igualmente ressarcidos na esfera cível.

Ainda que a lei não faça qualquer restrição, majoritariamente se tem entendido não ser possível a fixação de valor mínimo a título de danos morais na sentença condenatória penal. Tal ilação, se não decorre da letra da lei, talvez seja tributária da tradição da doutrina do processo penal ao estudar a ação civil *ex delicto*, sustentando só ser cabível reparação civil quando o crime cause algum “prejuízo material”, o que excluiria os danos morais.⁵⁷

Tenho que a questão não seja resolvida pela natureza do dano, se material ou moral, se referente aos danos emergentes ou lucros cessantes, etc. O que deve ser o norte para tal verificação é a prova necessária para aferir o valor mínimo dos danos. E é forçoso reconhecer que dificilmente os danos morais podem ser provados sem grandes incidentes probatórios, p.ex., por prova exclusivamente documental. Note o leitor que o mesmo talvez não seja tão improvável de ocorrer com os lucros cessantes.

Portanto, embora na maioria dos casos o dano moral necessite de prova alongada para sua aferição, se a prova estiver nos autos ou puder ser facilmente obtida, pensamos ser possível a fixação.

9. A questão dos limites subjetivos da coisa julgada

Alexandre Câmara coloca uma objeção contra a aplicabilidade da nova disposição invocando a disciplina da coisa julgada.

⁵⁶ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, *Op.cit.*, p.424; OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de. *Curso de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 70; BALTAZAR JR., José Paulo. “A sentença penal de acordo com as leis de reforma”, *Op.cit.*, p. 87.

⁵⁷ Sobre a controvérsia, é de fundamental importância, mesmo sob o panorama legislativo pretérito, a leitura de TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal*. *Op.cit.*, p. 120-127 (especialmente p. 123 nota 24) e p. 132-135.

Para Câmara, após a reforma, os limites objetivos da coisa julgada criminal passaram a abarcar também a fixação do *quantum* referente ao mínimo indenizatório. E como a vítima não participou do processo, a vinculatividade ínsita à coisa julgada não poderia ser invocada por ela porque a coisa julgada não poderia beneficiá-la, a teor do art. 472 do CPC. Diz o autor: “Afinal, admitir que a coisa julgada alcance quem não participou do processo (nem foi substituído por alguém que tenha promovido a defesa de seu interesse), acarretaria uma inconstitucional violação ao princípio do contraditório”.⁵⁸ Portanto, em seu entender, se a coisa julgada não beneficia o ofendido que não participou, o condenado causador do dano poderia, na execução civil, discutir a própria existência da obrigação de indenizar, fixada anteriormente no juízo penal.

Assim não pensamos. Em primeiro lugar, a existência da obrigação de indenizar, a certeza do título executivo, é firmada na esfera criminal com formação da coisa julgada, como vimos. Ora, se isto ocorria antes da reforma, por força do art. 91, I do CP, não enxergamos como poderia ter sido modificado tal panorama após a alteração legislativa, que se limitou a modificar o sistema no que se refere à liquidez. A restrição probatória que justifica a queda de cognição (e a compensação de uma estabilidade mais tênue) diz respeito apenas à quantificação do valor mínimo. Por esta razão, discordamos também que a fixação do valor seja compreendida pelos limites objetivos da coisa julgada. Como afirmamos, se há restrições probatórias que impeçam cognição exauriente, não pode haver estabilidade forte típica da coisa julgada.⁵⁹

Além disso, é moeda corrente no direito processual a diferença entre a vinculatividade da coisa julgada e os efeitos da sentença, o que é até lembrado por Câmara em seu texto. Se assim o é, ainda que o mínimo indenizatório fixado fosse compreendido

⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. “Efeitos civis e processuais da sentença condenatória criminal - reflexões sobre a Lei n.11.719/2008”, *Op.cit.*, p. 77-78.

⁵⁹ É claro que, como afirma Dinamarco, citado por Câmara, no momento da execução pode ser que já tenha havido pagamento, o que desfaria a “certeza” do título. Mas a possibilidade de alteração posterior no mundo dos fatos (no caso, pelo pagamento), não implica negar que, no momento da prolação da sentença, o dever de indenizar tenha sido fixado em cognição exauriente e com formação de coisa julgada.

nos limites objetivos da coisa julgada e se tornasse imutável, com o que não concordamos, ao réu condenado não seria dado rediscutir a questão na esfera cível.

De fato, é justamente a diferença entre eficácia da sentença e autoridade de coisa julgada, clássica no pensamento de Liebman,⁶⁰ que permite compreender que o art. 472 do CPC não trata dos efeitos das decisões, mas da vedação de rediscussão ínsita à coisa julgada, isto é, da proibição de reabertura do debate sobre as questões decididas. Os efeitos de decisões tomadas em um processo podem sim atingir terceiros que dele não participaram,⁶¹ e inclusive são tais efeitos, atuais ou potenciais, que justificam o “interesse jurídico” nas intervenções de terceiros. Portanto, antes de ser violador do contraditório, compreender que terceiros podem ser atingidos pelos efeitos de uma decisão é justamente o que autoriza sua participação no processo.

O que os limites subjetivos da coisa julgada estabelecem (art. 472 do CPC) é que aqueles que participaram do processo (e portanto puderam argumentar, debater, impugnar), ficam vinculados ao que foi decidido, impedidos de rediscutir. Para outros sujeitos não participantes, não existiria tal vinculatividade, e estes poderiam reabrir o debate, em outros processos, sobre o que ficou decidido anteriormente.

No nosso caso, o causador do dano, o réu que discutiu a questão na esfera penal, que participou do processo e foi condenado, fica sim vinculado à coisa julgada. A este não será possível reabrir, em sede executiva, a discussão sobre a existência da obrigação de indenizar, pois ele próprio fica a ela vinculado.⁶² De outra parte, é verdade que a vítima que não se habilitou como assistente de acusação, e então não participou, estaria excluída da vinculatividade, e poderia rediscutir tudo novamente; porém, a vítima, aqui, foi vencedora, e não faria qualquer sentido que o próprio lesado se

⁶⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Rio de Janeiro: Forense, 4ª Ed., 2007, *passim*.

⁶¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 3ª Ed., 1986, p. 111-112.

⁶² TJ/SP - Apelação n. 892397700, Rel. Des. Richard Francisco Chequini.

opusesse à execução da parcela mínima dos danos que lhe beneficia. Lembremos ainda, no que tange ao *quantum* fixado, que este está excluído dos limites objetivos da coisa julgada porque sobre este ponto a cognição não é exauriente.

10. CONCLUSÃO

O debate sobre o novo art. 387, IV do CPP traz à tona diversas questões ainda muito novas e com escassa penetração nos Tribunais para que pudéssemos ver o norte das orientações jurisprudenciais.

No mais, como afirmamos anteriormente, imaginar um sistema coerente para aplicação da nova lei, bem como um modelo que coordene sem incongruências as esferas penal e cível, é tarefa deveras delicada, onde toda opção teórica e cada premissa adotada geram desdobramentos que podem, adiante, revelar-se contraditórios com algum ponto anterior da formulação. Procuramos, portanto, estruturar sobretudo um modelo consistente.

Assim, não foi nosso objetivo fazer um relato sobre as soluções judiciais atuais para os problemas que surgem de sua aplicação, mas apenas um inventário das discussões doutrinárias que vêm sendo observadas nas igualmente escassas manifestações dos especialistas, fornecendo aos leitores, a título propositivo, nossas primeiras impressões sobre como a reforma processual penal pode, neste ponto, ser corretamente aplicada. 