



UNISUL

UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

DILIENE DE SÁ SOUZA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS EM TORNO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI 11.719/08**

Palhoça

2011

DILIENE DE SÁ SOUZA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS EM TORNO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI 11.719/08**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Sidney Eloy Dalabrida, Dr.

Palhoça

2011

DILIENE DE SÁ SOUZA

**ASPECTOS CONTROVERTIDOS EM TORNO DO ART. 387, IV DO CÓDIGO DE
PROCESSO PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI 11.719/08**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Palhoça, 10 de junho de 2011.

Prof. e orientador Sidney Eloy Dalabrida, Dr.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. examinador Everson Becker
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. examinador Paulo Calgaro de Carvalho
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

ASPECTOS CONTROVERTIDOS EM TORNO DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: UMA ABORDAGEM À LUZ DA LEI 11.719/08

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca desta monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Palhoça, 10 de junho de 2011.

DILIENE DE SÁ SOUZA

Dedico este trabalho aos meus pais José Nérito e Florinda pelo carinho que sempre tiveram comigo, pela confiança e oportunidade de que eu efetuasse o curso de direito.

AGRADECIMENTOS

A realização do presente trabalho é imprescindível ao término da graduação, devendo ser efetuado com muita tranquilidade e sabedoria.

De tal modo, muitas pessoas contribuíram de forma fundamental para que esta pesquisa monográfica pudesse ser realizada com carinho e dedicação.

Assim, primeiramente, gostaria de agradecer a Deus por sempre estar ao meu lado, possibilitando que mais esta etapa fosse cumprida.

A minha grande companheira e mãe, Florinda de Sá Souza, por seu amor, carinho, por sempre acreditar na minha capacidade, enfim, pelo apoio incansável que sempre teve no decorrer de minha vida.

Ao meu pai, José Nérito de Souza, pelo amor, educação e por ter me proporcionado diversos ensinamentos que levarei por toda minha vida.

Aos meus irmãos Guilherme e Letiére, os quais servem como espelho de vida, além de serem verdadeiros amigos, sempre prontos para me ajudar de todas as maneiras.

À minha amiga Letícia, a qual não mediu esforços para me ajudar a elaborar a parte estrutural deste trabalho.

À Professora Cristiane Goulart, que de maneira muito gentil me auxiliou na escolha do tema dessa pesquisa, bem como a todos os demais professores que no decorrer da graduação contribuíram muito para o meu aprendizado.

Ao meu professor orientador, Sidney Eloy Dalabrida, pela calma e atenção proporcionadas durante os encontros monográficos, bem como pela dedicação a mim disponibilizada.

Enfim, a todos os meus colegas de faculdade, em especial à Carolina Quintana Guedes, Jorge Cruz e Jessica Gonçalves, os quais desde o início do curso eu admiro e possuo um eterno carinho.

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a modificação introduzida ao art. 387 do Código de Processo Penal por meio do inciso IV, o qual ampliou o dever do magistrado criminal, na media em que este agora necessita arbitrar um valor mínimo do dano cível na própria sentença criminal. Primeiramente, buscou-se trazer à baila alguns princípios norteadores do processo penal, os quais são fundamentais ao entendimento do tema. Logo em seguida, analisou-se superficialmente o conceito de ação penal e da pretensão punitiva, bem como de maneira mais aprofundada, as características da ação civil *ex delicto* e os efeitos civis da sentença penal condenatória e absolutória. Por derradeiro, foram estudadas algumas particularidades da sentença, como sua natureza jurídica e seus requisitos essenciais, para após se adentrar na discussão que paira a alteração efetuada a execução da sentença penal condenatória no juízo cível. Sendo assim, foi verificado o posicionamento da doutrina, bem como de algumas jurisprudências acerca do tema. Com isso, denota-se que apesar de não ser unânime a possibilidade de o juiz arbitrar valor mínimo do dano na própria sentença criminal, muito menos o grau de abrangência deste, a norma existe e está em vigor, cabendo ao seu operador concretizá-la da melhor forma possível, sempre primando pelo respeito à Constituição Federal.

Palavras-chave: Princípios processuais. Ação civil *ex delicto*. Sentença Penal Condenatória. Ressarcimento do dano. Valor mínimo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL	11
2.1 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL	12
2.2 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL	14
2.3 PRINCÍPIO DA CELERIDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO	15
2.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	18
2.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	21
2.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	23
3 SISTEMA DE REPARAÇÃO DO ATO ILÍCITO NO DIREITO BRASILEIRO: AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i>	26
3.1. AÇÃO PENAL E AÇÃO CIVIL <i>EX DELICTO</i> : PRETENSÃO PUNITIVA E PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO	28
3.2. LEGITIMAÇÃO.....	32
3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO.....	33
3.4 OS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	36
3.5 OS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA	39
4 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A MODIFICAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.719/08	45
4.1 CARACTERÍSTICAS DA SENTENÇA	46
4.2 MOTIVAÇÃO (NULIDADE POR FALTA).....	52
4.3 A NOVA REDAÇÃO LEGAL DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: VALOR MÍNIMO DO DANO	55
5 CONCLUSÃO	63
REFERENCIAS	65

1 INTRODUÇÃO

O aludido trabalho monográfico expõe que em determinadas situações, um delito causado pelo indivíduo, ultrapassa o campo do direito penal, eis que atinge também o campo da responsabilidade civil, ensejando a chamada ação civil *ex delicto*, que nada mais é do que a forma de pleitear o ressarcimento do dano civil causado pelo crime.

A esse respeito, há alguns sistemas processuais tratando acerca do tema, uns que permitem o ajuizamento simultâneo dos pedidos (penal e cível) no mesmo juízo, e outros a separação entre as instâncias, com maior ou menor grau de independência entre elas.

Vigora no sistema pátrio brasileiro, o sistema de independência relativa ou mitigada entre o juízo penal e cível, em razão da existência, em determinados casos, de uma subordinação entre uma instância e outra.

O Código de Processo Penal previa anteriormente, que a sentença penal condenatória transitada em julgado servia como título executivo à vítima, a qual poderia executá-lo no juízo civil, devendo, antes, liquidar o valor referente aos danos efetivamente sofridos.

A Lei n. 11.719/2008 alterou alguns artigos do Código de Processo Penal, dentre eles, o art. 387, IV, acrescentando o dever de o magistrado arbitrar valor mínimo para reparação dos danos causados pelo delito na própria sentença criminal, visando propiciar mais celeridade ao procedimento em razão de que não há mais necessidade de proceder à liquidação do título executivo.

Com efeito, referida alteração tem gerado discussões no cenário jurídico brasileiro, haja vista a divergência existente no tocante a quais danos podem ser arbitrados na sentença penal, se patrimonial e moral, ou apenas danos patrimoniais.

Por outro lado, questiona-se também se esse dever tem que ser exercido de ofício pelo magistrado, conforme estabelece expressamente o artigo mencionado, ou se a providência estabelecida deve apenas ser adotada depois de pedido exposto da parte interessada.

Há também desarmonia com relação à aceitação da mudança inserida no Código de Processo Penal, para muitos doutrinadores ela é de suma importância

para uma imediata e efetiva prestação da tutela jurisdicional no que tange a reparação do dano originado pela infração penal, contudo, para outros o princípio da economia processual não justifica a referida mudança.

Isto porque, em muitos casos o magistrado estaria arbitrando indenização no momento da sentença, sem, contudo, proporcionar à vítima a demonstração dos danos havidos, bem como ao acusado a oportunidade de demonstrar o motivo pelo qual o pedido de dano indenizatório deve ser improcedente, além de acabar ocasionando desordem ao processo penal.

Essas três pontuações são, pois, as problemáticas a serem respondidas pela presente monografia.

Tendo em vista a importância do tema, em razão da necessidade de uma prestação da tutela jurisdicional efetiva no que tange a reparação do dano originado pela infração penal, utilizou-se alguns teóricos principais para a concretização desse trabalho monográfico, tais como: Marcellus Polastri Lima, Sérgio Ricardo de Souza e Wilian Silva, Eugênio Pacelli de Oliveira, Antônio Alberto Machado, Denilson Feitoza Pacheco, Edilson Mougnot Bonfim, Guilherme de Souza Nucci, Fernando Capez, além de outros.

Nesse âmbito, a fim de exteriorizar a presente pesquisa, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, pois a análise iniciou-se com aspectos gerais de alguns princípios operadores do processo penal, as particularidades da ação civil *ex delicto* e o sistema adotado no Brasil com relação ao juízo cível e penal, para atingir especificamente a possibilidade de o magistrado arbitrar valor mínimo do dano cível na própria sentença criminal.

No tocante ao método de procedimento, será utilizado o monográfico, sendo a técnica de pesquisa adotada a bibliográfica, valendo-se para tanto de leis, livros e jurisprudência.

Com isso, o tema foi desenvolvido em cinco capítulos. O primeiro teve por finalidade a introdução do assunto tratado no presente trabalho, bem como a concretização da investigação.

O segundo capítulo é uma análise de alguns princípios norteadores do processo penal, os quais permitem um melhor entendimento do tema.

Com relação ao terceiro capítulo, esse teve por escopo examinar superficialmente a pretensão punitiva do Estado, estudando-se detalhadamente a

ação civil *ex delicto* e sua legitimidade, além dos efeitos civis da sentença penal condenatória e absolutória.

No tocante ao quarto capítulo, este se destina a analisar alguns aspectos da sentença, como sua natureza jurídica e seus requisitos formais, para finalmente discutir-se a inserção do inciso IV no art. 387, do Código de Processo Penal, o qual acrescentou uma prerrogativa ao magistrado no momento da prolação da sentença penal condenatória. Discutiu-se ainda, os pontos contrários e favoráveis a reforma acima citada.

Por fim, no último capítulo foram efetuadas as considerações finais da presente pesquisa, mostrando as diversas controvérsias existentes com relação ao tema.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL

Inicialmente, urge destacar que o processo penal tem por escopo garantir às partes um procedimento justo e evitar que o Estado cometa alguma arbitrariedade, sem, contudo, deixar de buscar a efetividade da tutela jurisdicional e tendo como fundamentando principal a Constituição Federal¹.

Partindo dessa premissa, os princípios podem ser destacados como "regras que norteiam (parâmetros) a aplicação da *sanctio juris* (da pena prevista para cada crime. Exemplo: no homicídio, pena de reclusão de 6 a 20 anos)"², sendo que "[...] outra coisa não representam senão postulados fundamentais da política processual penal de um Estado"³.

O termo princípio pode ser definido ainda, como essencial a estrutura do ordenamento jurídico, tendo em vista ser o alicerce da sociedade como um todo, podendo ou não se tornar preceito jurídico⁴.

Nesse âmbito, Nucci dispõe que:

Ninguém desconhece, no Processo Penal, os princípios [...]. Alguns deles estão expressos na lei, outros, implícitos; muitos são igualmente princípios constitucionais e outros não. [...] Os princípios gerais do direito, de modo geral, estão presentes em todo o sistema jurídico-normativo como elementos fundamentais da cultura jurídica humana, enquanto que os princípios constitucionais são os princípios eleitos para figurar na Lei Fundamental de um povo, de forma que possam servir de norte para toda a legislação infraconstitucional, além de informarem a própria aplicação das normas constitucionais⁵.

Outrossim, para Oliveira, os princípios devem ser entendidos como normas fundantes do sistema processual, pois sem eles o papel de garantir o

¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 44.

² ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 33.

³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, P. 16.

⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 5.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56-57.

cumprimento dos direitos fundamentais não seria cumprido⁶, inclusive porque servem para preencher lacunas existentes e servir como fonte acessória do direito⁷.

Assim, importante fazer, *ab initio*, uma análise de alguns princípios norteadores do processo penal, destaca-se aqui o princípio do juiz natural, princípio da economia processual, princípio da celeridade e duração razoável do processo, princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois o estudo aprofundado desses princípios possibilitará um melhor entendimento dos capítulos que serão desenvolvidos posteriormente.

2.1 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, inciso LIII que: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”⁸.

Com isso, Nucci ensina que, deve ser garantido às partes um juiz preliminarmente designado por lei para julgar a causa, devendo, este, sempre respeitar as regras constitucionais⁹, além de que: “todos tem a garantia constitucional de ser submetidos a julgamento por órgão do Poder Judiciário dotado de todas as garantias institucionais e pessoais previstas no Texto Constitucional”¹⁰.

Nessa conjuntura, denota-se que referida garantia prevista no texto constitucional, refere-se ao princípio do juiz natural, que conforme ensinam Junior e Senna, embora “não tenha sido expressamente consagrado com essas palavras na atual Constituição Federal, não resta dúvida que ele foi adotado como um dos princípios fundamentais do processo”¹¹.

⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 23.

⁷PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 99.

⁸ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

⁹NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 79.

¹⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

¹¹BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222.

Juiz natural é reconhecido por Oliveira, como um órgão do poder judiciário cuja competência deve obrigatoriamente fundar-se de fontes constitucionais¹².

Na mesma direção, Capez conceitua juiz natural como aquele previamente nomeado com base nas normas estabelecidas em lei e na Constituição Federal antes do acontecimento do delito penal, sendo que a este deverá ser asseverado total independência e imparcialidade¹³.

Por outro lado, “tal princípio impede a criação casuística de tribunais pós-fato, para apreciar um determinado caso”¹⁴, pois isso certamente acarretaria a preferência por magistrado incumbido de examinar e julgar caso específico, após a ocorrência do fato criminoso e de acordo com as características da pessoa a ser julgada, ferindo os critérios anteriormente estabelecidos em lei¹⁵.

No entanto, é inequívoco que o chamado juízo ou tribunal de exceção, proibido expressamente pela Constituição Federal em seu art. 5º, XXXVII, não pode ser confundido com as jurisdições especializadas, as quais podem ser conceituadas como meras divisões da atividade jurisdicional¹⁶.

Isto porque, na hipótese de criação de justiça especializada ou de vara especializada, não são designados órgãos para julgar pessoas de forma exclusiva, simplesmente a Constituição atribuiu competência a órgãos da estrutura judiciária, para que estes possam julgar matérias específicas¹⁷.

Com isso, conclui-se que do referido princípio “se destacam dois elementos indispensáveis: a anterioridade e a legalidade da criação do órgão judicial, dos quais decorrem a vedação da avocação de causas”¹⁸.

Dessa forma, conforme ensinam Junior e Senna “percebe-se a dimensão do princípio do juiz natural, sendo orientador para a elaboração de todas as regras

¹² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 25.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

¹⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 51.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 79.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71.

¹⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 133.

¹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 116.

relacionadas à competência, fundamental para o desenvolvimento de um processo justo, enfim, de um devido processo legal”¹⁹.

Por fim, Fernandes argumenta que respeitada essa garantia, é asseverada, por conseguinte, a imparcialidade do juiz, a qual não deve ser entendida aqui como uma característica deste, mas sim como um pressuposto da essência da própria atividade jurisdicional²⁰.

2.2 PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL

A priori, necessário mencionar que o processo é um instrumento, e como tal, não pode ocasionar despesas ou prejuízos excessivos aos bens e às partes que estão em litígio²¹.

Nessa esteira, vigora no sistema processual brasileiro o princípio da economia processual, o qual segundo Barros:

Defende que, entre duas alternativas, deve-se escolher a menos onerosa às partes. Isto não significa que se suprimam atos previstos no rito processual estabelecido na lei, mas a possibilidade de se escolher a forma que cause menos encargos²².

No mesmo segmento, Pacheco ensina que o processo deve ter por objetivo atingir seu fim com uma quantidade pequena de recursos temporais e materiais humanos, além de buscar pelo menor número de ações e com o mínimo custo possível²³.

Pode-se entender que o referido princípio visa aproveitar atos processuais praticados, mesmo que estes tenham sido realizados em desacordo com o que a lei determina, pois se preocupa em evitar que atos desnecessários sejam efetuados

¹⁹BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 222.

²⁰FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 131.

²¹CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

²²BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual penal**: volume I - teoria, jurisprudência e mais de 1.000 questões comentadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 37.

²³PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 102.

mais de uma vez²⁴. Além do que, para Capez "exprime a procura da máxima eficiência na aplicação do direito, com o menor dispêndio de atos processuais possível"²⁵.

Por outro norte, para Bonfim:

Se um ato determinado, embora tenha sido conduzido de forma diversa daquela estabelecida na lei, foi eficaz no atingimento dos objetivos para os quais foi realizado, é racional que o trâmite do processo não seja prolongado, uma vez que não houve qualquer prejuízo às partes ou ao processo. O princípio da economia processual é consagrado no brocardo francês *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo²⁶.

Outrossim, Capez ensina que no processo penal somente se anulam atos imperfeitos quando estes causarem lesão a acusação ou a defesa, bem como quando eles influenciarem na averiguação da verdade real ou no julgamento da causa, conforme prevê os arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal²⁷.

Por fim, restou demonstrado que o processo deve primar pela solução rápida dos litígios e sem se preocupar com o rigor formal, "e tendo em mente que a procrastinação desarrazoada é asilo de injustiças não só à vítima, mas também ao imputado"²⁸.

2.3 PRINCÍPIO DA CELERIDADE E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) foi a primeira manifestação do princípio da celeridade e do princípio da duração razoável do processo no Brasil, pois em seu art. 8º estabeleceu como sendo uma garantia judicial, a pessoa ser ouvida dentro de um prazo razoável²⁹.

²⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 69.

²⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89-90.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

²⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 53.

²⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

A Constituição Federal, com o advento da emenda constitucional n. 45/2004 passou a estipular expressamente como garantia constitucional no art. 5º, LXXVIII que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação"³⁰.

Partindo desse artigo, pode-se concluir que a Constituição Federal quis garantir "duas garantias fundamentais distintas, pois 'são assegurados', de um lado, a razoável duração do processo e, de outro, a celeridade da tramitação do processo"³¹.

Em outras palavras, conclui-se que a aludida norma tem por escopo que a duração do processo seja a mais célere possível, pois "a exigência social é de que, além do acesso e do direito de receber uma prestação jurisdicional, seja também garantido que esta prestação ocorra em um tempo razoável"³².

Nesse âmbito, convém primeiramente definir o princípio da celeridade, que segundo Bonfim:

Trata-se de um princípio pelo qual não só os atos processuais, vistos isoladamente como partículas do procedimento, mas também a concessão da própria tutela jurisdicional requerida, nos casos em que o requerente tenha razão, sejam providos com celeridade, privilegiando a eficácia da tutela concedida³³.

Outrossim, Souza e Silva ensinam, que o não cumprimento da celeridade impede que a sociedade obtenha um resultado justo, tanto no aspecto legal como temporal, de ver o acusado julgado pela conduta ilícita que cometeu³⁴.

Sob outro ângulo, o acusado também possui de fato um direito à tutela jurisdicional, a qual será principalmente materializada por meio do julgamento que

³⁰ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

³¹ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 125.

³² SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25.

³³ BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 102.

³⁴ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25.

deve ser pronunciado dentro dos prazos fixados em lei. Desse modo, se existe uma imputação em face do réu, este possui o direito de defender-se, na medida em que se esse direito for cerceado por um prazo duradouro, a ação se tornará ilegal³⁵.

Entretanto, para Távora e Alencar:

A celeridade a desbravar os matizes arcaicos da persecução penal deve exigir do legislador ordinário um enfrentamento racional e equilibrado da estrutura procedimental, eliminando-se expedientes de cunho meramente procrastinatório, mas jamais se distanciando das garantias fundamentais do processo ético e provido de ferramentas que impliquem em segurança ao imputado³⁶.

Isto porque, evidente que o princípio citado deve ser respeitado, contudo, devendo sempre ser levado em conta a necessidade de um nível considerável de segurança jurídica, em razão de que a tutela jurisdicional somente será efetivada se houver balanceamento entre a finalidade e a conformidade das decisões³⁷.

Ad argumentandum, "se não for respeitado o prazo previsto em lei para a prática dos atos processuais não haverá razoabilidade na duração do processo e, conseqüentemente, negado estará o acesso a justiça"³⁸.

Por isso, conforme ensina Mirabete, assegurar razoável duração do processo em seu desenvolvimento, garante que este se desenrole em um tempo imperioso para proporcionar que se atinja seu escopo, porém, sempre buscando a conclusão em prazo aceitável, a fim de que o julgamento não se torne injusto porque foi moroso³⁹.

Entretanto, evidente que a rapidez do processo não pode ser obstáculo para o exercício do direito fundamental da ampla defesa, nem pode prejudicar a finalidade do processo penal de aplicação sólida do direito penal⁴⁰.

³⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

³⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 53.

³⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 103.

³⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43.

³⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

⁴⁰ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 126.

Destarte, Carvalho expõe que o magistrado deve ter como propósito o fim do processo, lutando pelo cumprimento dos atos processuais dentro dos prazos fixados em lei, além de garantir que estes violem quanto menos possível a dignidade dos envolvidos⁴¹.

2.4 PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Contraditório é uma garantia constitucional que pode ser aplicada tanto no processo civil como no processo penal, sendo que conforme leciona Nucci "cuida-se de princípio ligado, essencialmente, à relação processual, servindo tanto à acusação como quanto à defesa"⁴².

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que, aludido princípio:

Traduz a ideia de que a defesa tem o direito de se pronunciar sobre tudo quanto for produzido em juízo pela parte contrária. Já se disse: a todo ato produzido em juízo por uma das partes caberá igual direito da outra parte opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte *ex adversa*. [...] Se o defensor tem o direito de produzir provas, a Acusação também o tem⁴³.

O art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, determina que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"⁴⁴.

Nessa esteira, referido princípio pode ser definido tendo como base o binômio da ciência e participação, em que se deve oportunizar às partes uma efetiva

⁴¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios constitucionais do processo penal. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 237.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁴⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). Vade Mecum. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

participação e manifestação sobre os atos que constituem o processo, podendo inclusive influir no convencimento do magistrado⁴⁵.

No mesmo segmento, Oliveira aduz que atualmente o conceito de contraditório abrange tanto a garantia do direito de participação das partes no processo, como também que seja oportunizado o direito de resposta na mesma amplitude e alcance⁴⁶.

Para Bonfim, para que o princípio do contraditório seja garantido, as partes devem ter participação intensa no processo, isto em decorrência do brocardo *audiaturet altera pars*⁴⁷. Contudo, o que se quer dizer é que não basta que os atos sejam cientificados às partes, mas sim que elas sejam ouvidas e possam manifestar seus argumentos antes que o juiz profira sua decisão.

Com efeito:

A motivação das decisões pelo julgador deve indicar os critérios adotados [...] já que constitui garantia (contraditório) de que os pedidos deduzidos pelas partes, bem como os argumentos trazidos para sustentá-los, ainda que não acolhidos, efetivamente influenciaram no resultado da decisão, legitimando assim o exercício do poder estatal⁴⁸.

No mesmo sentido, denota-se que não se alcança um processo legítimo e com a efetiva verdade dos fatos, sem que se propicie ao acusado e a defesa a oportunidade de desdizer as declarações feitas um do outro⁴⁹.

Em outras palavras:

Não se pode negar que o contraditório existe e sempre deve estar presente, de forma a caracterizar um devido processo legal, o que não deixa de equilibrar as partes, podendo, neste aspecto, se traduzir em um meio de alcançar a paridade de armas, ao menos no que se refere à instrução probatória processual⁵⁰.

⁴⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 47.

⁴⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 28.

⁴⁷ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73-74.

⁴⁸ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

⁴⁹ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16.

⁵⁰ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 39.

Do aludido princípio, decorre também a igualdade processual, em razão de se buscar uma igualdade de direitos e de tratamento entre as partes envolvidas, bem como uma liberdade existente dentro do processo, a qual propicia e faculta o acusado de nomear causídico que bem entender, e de escolher as provas que pretende produzir⁵¹.

A doutrina identifica dentro do gênero contraditório, duas espécies: o contraditório real e o contraditório diferido.

Contraditório real é aquele garantido juntamente com a produção das provas, como por exemplo, quando as testemunhas são inquiridas em juízo, conferindo-se na mesma oportunidade possibilidade para que a parte contrária faça reperguntas⁵².

Sob outro aspecto, "em alguns casos, tem um efeito diferido, postergado, pois é incompatível com a natureza da medida que se quer adotar. [...] o caso da decretação da medida cautelar, preparatória da ação penal [...]"⁵³.

Bonfim define contraditório diferido como aquele efetuado em momento posterior à produção de prova, no caso em que não foi possível garantir o contraditório real, seja pela natureza da prova, pela natureza do procedimento, ou ainda pelo momento de realização deste⁵⁴.

Por isso, CAPEZ argumenta que:

Em casos de urgência, havendo perigo de perecimento do objeto em face da demora na prestação jurisdicional, admite-se a concessão de medidas judiciais *inaudita altera parte*, permissivo que não configura exceção ao princípio, já que, antes da prolação do provimento final, deverá o magistrado, necessariamente, abrir vista à outra parte para se manifestar sobre a medida, sob pena de nulidade do ato decisório; o contraditório é apenas diferido⁵⁵.

Destarte, evidente que o princípio do contraditório é indispensável para a instrução criminal *lato sensu*, incluindo todas as atividades das partes a fim de

⁵¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 37.

⁵² BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

⁵³ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 18.

⁵⁴ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 74.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

embasar a decisão do magistrado. Entretanto, esta garantia não é assegurada ao inquérito policial, tendo em vista este não ser considerado instrução, mas sim fase de busca de subsídios para instruírem e autorizarem a instauração de um processo⁵⁶.

A esse respeito, Souza e Silva aduzem ainda que, embora o contraditório seja aplicado a todas as modalidades processuais, civil, trabalhista, penal, na fase extrajudicial do inquérito policial essa garantia é excluída⁵⁷.

Contudo, Fernandes aduz que, apesar de não ser necessária a intimação das partes para os atos a serem realizados na fase do inquérito policial, evidente a imprescindibilidade de se consentir a atuação da defesa na investigação, a qual poderá resguardar os interesses mais importantes do acusado, como por exemplo, o requerimento de diligências ou pedido de relaxamento de flagrante⁵⁸.

Por fim, de acordo com Nucci, o contraditório sempre deve ser respeitado para que haja um equilíbrio entre a pretensão do Estado em punir o indivíduo e o seu direito à liberdade⁵⁹.

2.5 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

É sabido que, o Estado é sempre considerado a parte mais forte do processo em virtude de seus órgãos serem constituídos e preparados para o julgamento da parte, tendo acesso a várias fontes para adquirir informações e dados.

Por outro ângulo, denota-se que o réu é considerado parte hipossuficiente, merecendo um tratamento justo e diferenciado, motivo pelo qual a

⁵⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 47.

⁵⁷ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21.

⁵⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68.

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

ampla possibilidade deste se defender é medida que se impõe para compensar a vantagem estatal⁶⁰.

O princípio da ampla defesa, como ocorre com o princípio do contraditório, também encontra-se previsto expressamente no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, tendo como finalidade:

[...] oportunizar a parte acusada de ser informada a respeito do que está sendo alegado pelo demandante, a fim de que possa produzir defesa de qualidade e indicar prova necessária, lícita e suficiente para alicerçar sua peça contestatória⁶¹.

Nesse diapasão, o princípio *in quaestio* assegura à parte, plena liberdade para afirmar fatos em sua defesa e propor meios de prova, isto porque, esse direito representa indeclinavelmente um interesse público ao Estado Democrático de Direito⁶².

Na mesma linha de raciocínio, Carvalho considera que ampla defesa inclui "[...] a possibilidade de contraditar as provas produzidas, contraprovar, tomar conhecimento das alegações da parte contrária, contra-alegar [...]"⁶³.

Considerando o princípio em tela, pode-se afirmar que o direito de defesa pode ser exercido de duas formas, por meio de uma defesa técnica, ou seja, efetuada por um advogado habilitado e que não deve medir esforços para juntar elementos favoráveis ao acusado, ou através da autodefesa, na qual se visualiza a participação pessoal do acusado, desdobrando-se no direito de audiência e no direito de defesa⁶⁴.

Segundo Souza e Silva:

O réu criminal tem asseguradas duas formas de 'ampla defesa', uma técnica, que deve ser prestada por advogado (CF, art. 5º, LIII; CPP, arts. 185 e 261) e a chamada autodefesa, que no nosso sistema tem lugar principalmente no ato do interrogatório, oportunidade em que o acusado tem

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

⁶¹ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 24.

⁶² Fazer Bibliografia Junior e Senna, p. 179

⁶³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 146.

⁶⁴ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 111.

o direito de não se auto-incriminar (*nemoteneatur se detegere*) e também o de se entrevistar diretamente com seu julgador (juiz natural), expondo-lhe, se for o caso, a sua versão dos fatos e os motivos que geraram aquela prática [...]⁶⁵.

Para BONFIM defesa técnica pode ser definida como:

Aquela exercida em nome do acusado por advogado habilitado, constituído ou nomeado, e a autodefesa é exercida diretamente pelo acusado [...] e tem por finalidade assegurar ao réu o direito de influir na formação da convicção do juiz e o direito de se fazer presente nos atos processuais⁶⁶.

A respeito dessa diferença, importante destacar que a defesa técnica é sempre obrigatória, ao contrário da autodefesa, a qual é exercida de acordo com a conveniência do acusado, tendo em vista que este pode permanecer inerte e em silêncio, utilizando-se de direito previsto constitucionalmente⁶⁷.

Desse princípio decorre também, a necessidade de se observar a ordem natural do processo, na medida que a defesa sempre se manifestará em último lugar⁶⁸.

Com isso, pode-se concluir que a ampla defesa não significa produção de prova a qualquer tempo, mas sim que esta se produza no tempo processual oportunizado por lei.

Até porque, o indeferimento de provas por si só, não constitui cerceamento do direito à ampla defesa, pois se a prova não for indispensável para a apuração da verdade dos fatos, ou no caso de o magistrado entender dispensável a prova requerida, e assim fundamentar sua decisão, não será configurada nulidade nem conseqüentemente cerceamento de defesa⁶⁹.

2.6 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

⁶⁵ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 23.

⁶⁶ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75.

⁶⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

⁶⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

⁶⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76.

O princípio do devido processo legal é considerado a base dos demais princípios processuais existentes e o arcabouço jurídico processual, eis que todos estes derivam daquele.

Cuida-se de princípio que constitui o horizonte a ser buscado pelo Estado Democrático de Direito, a fim de garantir que os direitos e garantias fundamentais do ser humano sejam cumpridos. Até porque, se estes forem assegurados, o processo ficará livre de sofrer algum constrangimento ilegal⁷⁰.

Cinge destacar que o princípio *in quaestio*, trata-se de dogma constitucional, estando previsto no art. 5º, inciso LIV, da Carta Magna, o qual dispõe que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"⁷¹.

A palavra processo, descrita no artigo acima, deve ser entendida em seu sentido amplo, haja vista que engloba também procedimentos administrativos⁷².

Consoante anota Souza e Silva:

O devido processo legal incorpora também a idéia do 'devido procedimento legal', uma vez que é no corpo deste que se apresenta possível ao réu deduzir de forma mais ou menos extensa a sua ampla defesa e o seu contraditório [...]⁷³.

É de se destacar ainda, que o devido processo legal é aquele previsto em lei, devendo sempre ser sinônimo de garantia, a fim de atender as normas constitucionais. Por isso, imprescindível que o processo seja tipificado, sem que sejam suprimidos atos essenciais⁷⁴.

Sob o ponto de vista de Capez devido processo legal "consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens,

⁷⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.

⁷¹ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

⁷² PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 110.

⁷³ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13.

⁷⁴ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei (*due process of law* – CF, art. 5º, LIV)⁷⁵.

Para Rangel, o princípio deve primar por cumprir todas as formalidades dispostas na legislação para que haja a restrição da liberdade, tendo em vista que o processo regular e legal constitui direito inerente ao cidadão, sendo inadmissível restrição a esses direitos que não estejam previstas em lei⁷⁶.

Outro aspecto a ser analisado, é que o devido processo legal deve ser compreendido sobre dois aspectos, a aceção processual e o aspecto substantivo.

Na primeira hipótese, o devido processo legal propõe-se a respeitar integralmente as normas processuais, possibilitando oportunidades igualitárias às partes, no que diz respeito as garantias existentes no plano processual. Por outro lado, o caráter substantivo do devido processo legal visa verificar se há razoabilidade nas medidas aplicadas no processo penal, ou seja, se estas são legais e justificáveis⁷⁷.

Diante disto, conforme lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco, o poder e as prerrogativas da atividade jurisdicional, somente conseguem ser observados se houver um processo devidamente estruturado, ou seja, por meio do devido processo legal⁷⁸.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 33.

⁷⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3.

⁷⁷ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 139-140.

⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 131.

3 SISTEMA DE REPARAÇÃO DO ATO ILÍCITO NO DIREITO BRASILEIRO: AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*

É sabido que, no momento da prática de um crime, o indivíduo infringe um bem jurídico penalmente tutelado, possibilitando que lhe seja aplicada sanção penal adequada, sendo que em alguns casos, esse ato pode extrapolar a esfera criminal e gerar a obrigação de indenizar dano também provocado à vítima⁷⁹.

Percebe-se então, que a prática da infração penal pode produzir efeitos de ordem penal e cível ao seu responsável, razão pela qual há possibilidade de o ato ser analisado por duas jurisdições diferentes.

Partindo dessa premissa, surge a necessidade de verificar os diferentes sistemas processuais existentes que regulam a matéria, haja vista que para alguns a parte pode cumular em uma mesma ação e em um mesmo processo a pretensão punitiva e a pretensão reparatória, e para outros esses pedidos devem ser efetuados em processos distintos⁸⁰.

Nesse âmbito, urge destacar que a doutrina majoritária enumera os sistemas processuais da livre escolha, sistema da confusão, sistema da solidariedade ou da união e sistema da separação ou da independência, os quais serão a seguir descritos.

O sistema da livre escolha segundo Mirabete é aquele no qual a cumulação das ações no processo penal é facultativa, pois "cabe ao ofendido escolher se deseja ou não cumular as duas pretensões [...]"⁸¹, portanto, deduzir a pretensão da reparação do dano tanto em sede penal quanto em sede civil"⁸².

Ainda sobre esse sistema, ensinam que a parte faz uma opção entre o pleito reparatório na esfera cível ou na esfera penal, tendo em vista que as ações

⁷⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 153.

⁸⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

⁸¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 167.

⁸² BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

podem ser julgadas em conjunto ou separadamente na Justiça criminal, conforme a discricionariedade proporcionada à parte⁸³.

Por sistema da confusão, entende-se aquele em que a ação tem natureza dúplice, haja vista a imprescindibilidade de os pedidos serem cumulados em uma única ação⁸⁴.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que nesse sistema o pedido cível e o pedido penal são efetuados em conjunto na esfera criminal, sendo que a reinvidicação busca ao mesmo tempo a condenação pelo crime cometido e a reparação pelos danos causados por um ato ilícito⁸⁵.

Com relação ao sistema da solidariedade, também conhecido como sistema da união, denota-se neste a existência de duas ações diferentes, uma penal e outra cível, no entanto, estas são apreciadas em um processo único e pelo mesmo magistrado⁸⁶, "de modo a ser proferida apenas uma sentença"⁸⁷.

No referido sistema também percebe-se que as ações civil e penal podem ser ajuizadas por pessoas diferentes, e nem sempre os responsáveis por estas coincidem⁸⁸.

No tocante ao sistema da separação ou independência, entende-se que não há nenhuma ligação entre os juízos penal e cível, propiciando uma diversidade de decisões judiciais referentes a um mesmo fato⁸⁹.

Assim, é o sistema pelo qual as ações precisam ser propostas de forma separada em cada juízo competente, sempre respeitando-se o devido procedimento⁹⁰.

⁸³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

⁸⁴ BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

⁸⁵ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

⁸⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 167.

⁸⁷ BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

⁸⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

⁸⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 161.

⁹⁰ BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

Feitas alguns considerações acerca desses quatro sistemas adotados majoritariamente, necessário destacar qual destes é o adotado pelo sistema pátrio brasileiro.

Vigora no Brasil, o sistema da separação ou da responsabilidade independente entre os juízos cível e penal, "fazendo com que a ação penal destine-se à condenação do agente pela prática da infração penal e a ação civil tenha por finalidade a reparação do dano quando houver"⁹¹.

Neste contexto, o art. 935 do Código Civil prevê que:

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 criminal⁹².

Entretanto, Bonfim considera que essa separação é mitigada, haja vista não ser dar de forma completa⁹³.

Na mesma linha de raciocínio, Oliveira ensina que essa separação é considerada relativa, em razão de uma subordinação existente entre uma área e outra⁹⁴, até porque o sistema adotado no Brasil possui características próprias, mistas, as quais acabam determinando que o juízo criminal influencie no cível⁹⁵.

Dessa forma, é fácil perceber uma certa aproximação entre o juízo cível e penal, até mesmo com a interferência de uma instância na outra, mesmo com a adoção do sistema da independência⁹⁶.

3.1. AÇÃO PENAL E AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*: PRETENSÃO PUNITIVA E PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO

⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 234.

⁹² BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213.

⁹³ BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233.

⁹⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 161.

⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

⁹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

Precipuamente, denota-se que no momento da prática de uma conduta tipificada em lei e considerada antijurídica, ou seja, contrária ao direito, "surgem duas pretensões: a punitiva, que é pública e indisponível, e a pretensão de ressarcimento, que é privada e disponível"⁹⁷.

Partindo desse ponto, inicialmente pode-se conceituar ação penal como a forma de se exigir do Estado à prestação da tutela jurisdicional contra quem praticar ato contrário as normas estabelecidas pelas leis penais⁹⁸, isto porque, vigora o princípio da inércia da jurisdição, cabendo aos interessados provocar o Estado para a solução dos litígios por meio do direito de ação⁹⁹.

Com isso, em razão dessa faculdade disponibilizada ao indivíduo para que invoque a prestação jurisdicional do Estado, decorre o papel deste de proteção aos interesses da sociedade, evitando assim, a autodefesa pelo particular¹⁰⁰.

Referida faculdade, trata-se na verdade de direito fundamental do ser humano, porquanto prevista na Carta Magna em seu art. 5º, XXXV, o qual determina que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"¹⁰¹.

No que tange especificamente a ação penal, Mirabete aduz que esta é fundada na pretensão de punir crime praticado, o qual é capaz de atrapalhar a ordem da sociedade, cabendo ao Estado reprimi-lo por meio do *jus puniendi* e tendo sempre como fundamento, a aplicação de sanção legal e adequada ao delito praticado¹⁰².

Sob outro enfoque, denota-se que ação penal serve como meio para que o direito penal objetivo seja materializado em uma situação concreta¹⁰³, pois

⁹⁷SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 245.

⁹⁸DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 89.

⁹⁹TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

¹⁰⁰LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 136.

¹⁰¹BRASIL. Constituição Federal (1988). **VadeMecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 9.

¹⁰²MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 112.

¹⁰³SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 126.

"quando o direito de punir sai do plano abstrato para o concreto, diz-se que surgiu para o Estado a 'pretensão punitiva', [...] isto é, surge para o Estado o direito de fazer atuar a lei penal"¹⁰⁴.

Diante disso, o direito de punir do Estado, o qual deriva de uma afronta a norma penal, conseqüentemente não pode ser praticado sem comprovação e declaração judicial¹⁰⁵, até porque é imprescindível a realização de um processo e julgamento, a fim de evitar a aplicação arbitrária de sanção¹⁰⁶.

Por outro lado, sabe-se que o crime pode gerar reflexos também no âmbito cível, haja vista que o indivíduo, no momento da prática de um delito em face da vítima, pode praticar além de um ilícito penal também um ilícito cível.

O Código Civil, em seu art. 186, define que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"¹⁰⁷.

Nesse âmbito, os possíveis danos decorrentes do crime devem ser indenizados à vítima por aquele que lhes deu causa, obrigação esta, que "decorre da norma do art. 927 do CC, segundo o qual todo aquele que causar dano a outrem em decorrência de ato ilícito fica obrigado à reparação dos prejuízos"¹⁰⁸.

Corroborando com tal entendimento, o preceito fundamental previsto na Constituição Federal em seu art. 5, V, pelo qual se assegura ao cidadão o direito à indenização pelo dano material e/ou moral sofrido¹⁰⁹.

Com isso, surge a chamada ação civil *ex delicto*, a qual nada mais é do que a ação ajuizada no cível a fim de conseguir indenização pelo prejuízo provocado pela infração penal¹¹⁰, sendo que é evidente que referida medida abrange tanto o

¹⁰⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 1. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 297.

¹⁰⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 1. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

¹⁰⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 112.

¹⁰⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 161.

¹⁰⁸ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição Federal (1988). **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 7.

¹¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 233.

ressarcimento pelo dano patrimonial (dano emergente e lucro cessante) como a reparação de possível dano moral ocasionado¹¹¹.

Para que o dano *ex delicto* possa ser satisfeito, o direito processual penal brasileiro prevê dois tipos de ações, a ação de conhecimento independente da ação penal e a ação de execução da sentença penal condenatória¹¹².

A ação civil de conhecimento, prevista no art. 64 do Código de Processo Penal, pode ser proposta no juízo cível a partir do momento em que seja praticado o fato criminoso, podendo ser ajuizada antes do processo penal, durante este processo e, em alguns casos, depois de terminado o processo penal, como por exemplo, quando a absolvição no crime não faz coisa julgada no cível¹¹³.

Ademais, convém ressaltar que com relação a esta ação acima descrita, predomina o entendimento de que o responsável civil não sofre limites no exercício de suas provas, podendo alegar que não foi autor do ilícito ou que este nunca existiu, inclusive se essas matérias já foram anteriormente discutidas na esfera criminal¹¹⁴.

Destarte, o autor desta ação tem que ter como propósito provar o dano ocorrido por meio do crime praticado e a culpa do responsável, seja ela por imprudência, negligência ou até mesmo por abuso de direito. Após intentada, o magistrado cível poderá suspender o seu curso até julgamento final da ação penal que corre pelo mesmo fato, isto porque, evita-se a prolação de decisões contraditórias¹¹⁵.

No que se refere ao segundo tipo de ação permitida para a cobrança dos prejuízos cíveis causados pelo fato delituoso, pode-se afirmar que trata-se da possibilidade do interessado executar no juízo cível uma sentença penal condenatória transitada em julgado¹¹⁶.

Referida possibilidade, decorre do disposto no art. 91, I, do Código Penal, o qual determina que um dos efeitos da condenação criminal, é tornar certa a

¹¹¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 232.

¹¹² MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 67.

¹¹³ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal**: teoria, crítica e práxis. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 515.

¹¹⁴ ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.

¹¹⁵ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 71.

¹¹⁶ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 245.

obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, produzindo um título executivo judicial¹¹⁷.

Assim, conclui-se que a sentença penal a ser executada no juízo cível, possui caráter de natureza condenatória em relação ao crime cometido, entretanto, possui natureza declaratória no tocante a natureza de reparar o dano, pois nela não consta obrigação expressa ao acusado de indenizar¹¹⁸.

Por derradeiro, importante salientar que a ação civil *ex delicto* não se difere em nada das demais ações cíveis, porquanto tratar-se de ação vinculada ao juízo penal apenas por as duas possuírem causa de pedir ligadas em um mesmo fato, o qual além de constituir um crime, também constituirá um ilícito civil.

3.2 LEGITIMAÇÃO

A legitimidade para propor a ação civil reparatória, seja ela por meio da execução do título executivo penal, ou pela ação de conhecimento, pertence ao ofendido ou seu representante legal, seus sucessores, conforme estabelecem os artigos 63 e 64 do CPP, "ou quem quer que haja sofrido dano provocado pela infração penal e que possa ser reparado civilmente"¹¹⁹.

Essa legitimidade pode ser exercida tanto no interesse do ofendido como no seu próprio, sendo o primeiro caso quando for praticado o crime de homicídio e a vítima vier a óbito.

Nessa esteira, considera-se ofendido ou vítima, o titular do bem jurídico lesado e quem sofreu pessoalmente os danos provenientes do ato infracional¹²⁰.

Há situações em que o ofendido é considerado incapaz e "apesar de possuir legitimidade *ad causam* não possui legitimidade *ad processum*"¹²¹, devendo

¹¹⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 550.

¹¹⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157.

¹¹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234.

¹²⁰ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243.

por consequência, a ação ser ajuizada por seu representante legal nos termos previstos pela Lei Civil¹²².

Outra possibilidade é quando qualquer dos legitimados acima for considerado pobre, nos termos do art. 32, §§1º e 2º do CPP, sendo nesse caso, quando requerido por estes, deferida ao Ministério Público a possibilidade de ajuizar a ação civil, e atuar como substituto processual¹²³, consoante determina o art. 68 do mesmo *Códex*.

Após o advento da Constituição Federal de 1988 a legitimidade do *Parquet* começou a ser questionada, pois para alguns o art. 129 da Carta Magna, ao prever as atribuições deste órgão, não mencionou expressamente a legitimidade para propor a ação civil *ex delicto*. Na verdade, a omissão do texto constitucional foi para fim de delegar essa legitimidade para as Defensorias Públicas dos Estados¹²⁴, pois estes órgãos foram criados tendo como escopo garantir orientação jurídica e defesa aos necessitados¹²⁵.

Sob outro enfoque, Nucci aduz que a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem decidido reiteradamente no sentido da sustentabilidade da legitimidade do Ministério Público, entretanto, somente nos Estados em que a Defensoria não estiver devidamente organizada¹²⁶.

Por fim, no que tange a legitimidade passiva da ação civil, esta não será tratada nesse tópico, haja vista ser tópico principal do item 3.3.

3.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIRO

¹²¹ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 243.

¹²² MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 171.

¹²³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 623.

¹²⁴ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 241.

¹²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173.

¹²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 243.

Vigora no sistema pátrio brasileiro que, a obrigação de reparar os danos causados pela prática de um ilícito civil pode ultrapassar a legitimidade do autor do ato, pois há previsão para que algumas pessoas:

Em razão de parentesco ou do mau desempenho de atividade laborativa, respondam pelo risco assumido com a escolha de mandatário, empregado ou prestador de serviços (art. 932, III, CC), bem como do exercício do poder familiar (art. 1630 e seguintes, CC), ou da assistência devida aos descendentes, tutelados e curatelados, nos termos do art. 932, I e II, do CC¹²⁷.

Na mesma esteira, o art. 64 do Código de Processo Penal prevê que a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo civil em face do autor do dano e, se for o caso, contra o responsável civil¹²⁸.

A respeito do tema, uma questão oferece grande complexidade, pois, apesar de o responsável civil também ser parte legítima da ação de ressarcimento do dano, necessário se distinguir a via de reparação para o réu e o terceiro responsável.

Isto porque, conforme se sabe, os limites subjetivos da coisa julgada alcança efeitos, via de regra, a quem tenha feito parte do processo no qual se originou a decisão, razão pela qual, a execução da sentença condenatória transitada em julgado poderá ser efetuada somente em face do réu que tenha figurado no polo passivo da ação penal¹²⁹.

No mesmo sentido, tendo em vista o responsável civil não ter participado da relação jurídica processual penal, pode-se afirmar que o título executivo não se forma em desfavor dele, haja vista que em caso contrário, haveria ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, na medida em que "não pode responder como fato incontroverso e definitivo, aquele que não participou da ação penal"¹³⁰.

¹²⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 169.

¹²⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 625.

¹²⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238.

Ademais, conforme leciona Assis, os alcances da sentença penal somente podem ser conduzidos *in utilibus* para instâncias diversas da criminal, até porque, permitir que sua incidência atinja quem não efetuou defesa, viola as regalias constitucionais do processo¹³¹.

Com isso, para a responsabilidade de tais pessoas, poderá ser proposta ação de conhecimento, na qual se permite discutir amplamente a sentença condenatória prolatada no processo em que não foram partes, discutindo além da responsabilidade civil, também questões referentes ao fato e à autoria do delito¹³².

Sob outro ponto de vista, denota-se a impossibilidade de o terceiro buscar o exame de questões relativas a autoria e a materialidade do delito no âmbito civil quando há sentença penal condenatória, haja vista que a apreciação destas teses não se inserem no campo da responsabilidade civil. Além do que, com o advento do art. 933 do Código Civil, a obrigação de reparar o dano dos terceiros legalmente responsáveis, passou a ser objetiva, ou seja, independe da comprovação de culpa¹³³.

Contudo, o mesmo autor entende que nos casos em que a ação de conhecimento for intentada antes da ação penal, ou de prolatada sentença penal transitada em julgado, o terceiro estaria apto a discutir matérias envolvendo autoria e materialidade do delito, mesmo porque verifica-se ausente a subordinação temática da esfera cível à penal¹³⁴.

Corroborando com tal entendimento, pode-se afirmar que buscando sempre evitar conflitos entre uma esfera e outra, a ação movida em face do responsável civil deve ter âmbito de discussão limitado, como por exemplo no caso de uma relação de emprego, se existe mesmo essa relação, bem como se o empregado no momento do crime não estava exercendo atividade particular:

Até porque, a culpa do referido responsável civil atualmente é objetiva, não mais se admitindo culpa *in vigilando* (se o patrão exerceu ou não

¹³¹ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 99.

¹³²LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 244.

¹³³OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 170.

¹³⁴OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 171.

corretamente seu poder de fiscalização sobre o empregado) ou *in eligendo* (se o patrão escolheu bem ou não se funcionário)¹³⁵.

Ad argumentandum, no tocante a reparação do dano civil pelos herdeiros do autor do fato, Bonfim aduz que deverá também ser ajuizada uma ação de conhecimento para que seja computada a responsabilidade destes, sendo o limite de ressarcimento as forças da herança¹³⁶.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que tratando de herdeiros do acusado, não pode ser efetuada simplesmente a liquidação do valor devido à reparação dos danos e executá-los, deverá sim, ser proposta uma ação de conhecimento¹³⁷.

Todavia, Machado diverge do entendimento acima descrito, pois aceita a possibilidade da execução da sentença penal condenatória ser promovida contra os sucessores do réu. Para sustentar tal posicionamento, descreve que a Constituição Federal em seu art. 5º, XLV, determina que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, contudo, prevê que a obrigação de reparar o dano civil se estende aos sucessores do réu, até o limite do patrimônio herdado¹³⁸.

Na mesma linha de pensamento, Lima afirma que a reparação civil em face dos herdeiros do réu, pode se dar por meio de uma ação de conhecimento ou por meio da execução, pois se tratando de ressarcimento civil não há o empecilho da personalidade da pena, conforme prevê a Carta Magna¹³⁹.

3.4 OS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹³⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 242.

¹³⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212.

¹³⁸ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 79.

¹³⁹ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 244.

O Código de Processo Civil em seu art. 475-N, II prevê quais são os títulos executivos judiciais existentes, sendo que dentre eles, está prevista a sentença penal condenatória transitada em julgado¹⁴⁰.

Partindo desse pressuposto, o *Códex Penal* vigente, em seu art. 91, I, prevê como efeito genérico e automático a qualquer condenação criminal transitada em julgado, tornar certa a obrigação de ressarcir o dano causado pelo delito, produzindo-se um título executivo judicial¹⁴¹.

Nesse âmbito, tendo em vista essa previsão para que a sentença penal seja um título executivo judicial na esfera cível, pode-se perceber com clareza o sistema adotado pela processualística brasileira, qual seja o da independência relativa ou mitigada entre as esferas penal e cível¹⁴².

Outrossim, o art. 63 do Código de Processo Penal assegura à parte interessada, o direito de executar no cível a sentença penal condenatória transitada em julgado¹⁴³.

O referido dispositivo "refere-se à unidade de justiça e que, embora examinada em instâncias diversas, deve-se como objetivo evitar contradições de julgamento"¹⁴⁴.

Sob outro aspecto, denota-se que essa forma de obter o ressarcimento do dano causado pelo delito por meio do título executivo, proporciona ao ofendido a reparação do prejuízo sem precisar ajuizar ação civil de conhecimento.

Contudo, para que o indivíduo possa se valer dessa possibilidade, imprescindível que estejam preclusas todas as vias recursais, a fim de que a decisão do processo se torne inalterável¹⁴⁵.

Para Capez, essa possibilidade de execução da sentença penal no âmbito cível, demonstra que se a esfera criminal considerou a ocorrência de um ato ilícito, é dispensável a discussão dessa tese novamente na instância cível, até

¹⁴⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 424.

¹⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.550.

¹⁴² BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 233.

¹⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 624.

¹⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 168.

¹⁴⁵ BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual penal**: volume I - teoria, jurisprudência e mais de 1.000 questões comentadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2006, p. 474.

porque, evidente a falta de interesse jurídico para tanto. Ademais, o autor considera que a infração penal caracteriza obrigatoriamente um ilícito civil, restando apenas a discussão no tocante a existência ou não de dano¹⁴⁶.

Ademais, Oliveira considera que não pode ser objeto de novas perquirições no juízo cível, questões acerca do dolo ou culpa atribuídos ao autor do fato, mesmo porque, trata-se de matéria inerente à própria autoria do delito¹⁴⁷.

Nesse contexto, o processo é facilitado e mais célere, pois é vedado a discussão em torno da culpa, merecendo alteração somente a respeito do montante da indenização, ou seja, do *quantum debeatur*¹⁴⁸.

No mesmo segmento, pode-se verificar que o título executivo em questão, é evidentemente incompleto, tendo em vista depender de liquidação para apuração do *quantum* devido para a execução imposta¹⁴⁹.

Por outro lado, convém destacar que no caso de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva antes da prolação da sentença, o título executivo necessário à execução não nascerá, e o mesmo acontece quando há incidência da chamada prescrição retroativa, pois esta excluiu a sentença, impedindo-a de transitar em julgado. Porém, advindo prescrição da pretensão executória, permanece valendo o título da sentença penal condenatória¹⁵⁰.

Na lição de Távora e Alencar, existindo a extinção da pretensão punitiva, a princípio não deve se falar em título executivo, entretanto, se ocorrer extinção da pretensão executória, alguns efeitos da sentença devem ser preservados, a fim de conservar incólume o título no que tange a busca pelo ressarcimento indenizatório¹⁵¹.

Destarte, conforme foi exposto, o Código de Processo Penal previa que a sentença penal transitada em julgado poderia ser executada no juízo cível, contudo,

¹⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 209.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, P. 166.

¹⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, P. 236.

¹⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, P. 168.

¹⁵⁰ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 232.

¹⁵¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

para tanto, deveria ser anteriormente liquidada, pois o juízo penal não fixava o valor correspondente à indenização¹⁵².

Contudo, o *Códex* Processual sofreu uma significativa reforma no que diz respeito a liquidação da sentença penal condenatória, sendo que este será o enfoque do último capítulo desse trabalho.

3.5 OS EFEITOS CIVIS DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA

Prima facie, cinge esclarecer que não são somente as decisões de caráter condenatório a refletirem no âmbito cível, haja vista que conforme estabelece o art. 65 do Código de Processo Penal:

Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer que o réu tenha praticado o ato em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito¹⁵³.

A Lei Penal conceitua e classifica essas circunstâncias como excludentes de ilicitude, ou de causas de abono, previstas no art. 23 do Código Penal, sendo que uma vez reconhecidas na sentença penal, não poderão mais ser debatidas na esfera civil¹⁵⁴.

Com isso, leciona Lima que "consoante o próprio Código Civil, havendo excludente de ilicitude penal, também será excluída a ilicitude civil (art. 188 do CC)"¹⁵⁵.

Isto porque, a ação penal que aceitar uma dessas discriminantes, automaticamente impossibilita a ação reparatória do dano civil, na medida em que quem sofre o dano não mais poderá debater acerca da responsabilidade do réu no

¹⁵²CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

¹⁵³BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 625.

¹⁵⁴BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, P. 237.

¹⁵⁵LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 240.

âmbito civil. Assim, o acusado uma vez absolvido por estar acobertado por alguma dessas discriminantes, estará isento de reparar o dano¹⁵⁶.

Nesse âmbito, segundo entendimento já manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça, mesmo que o trânsito em julgado da sentença absolutória fundada na legítima defesa se constitua após condenação na esfera cível, a obrigação do acusado de reparar o dano civil deve ser revogada¹⁵⁷.

Entretanto, a regra disposta no art. 65 do Código Processual Penal não é absoluta, pois possui duas exceções. A primeira refere-se ao chamado estado de necessidade agressivo, pelo qual o agente volta-se a pessoa ou coisa que não foi responsável pelo perigo atual, podendo o inocente pleitear indenização pelo dano sofrido¹⁵⁸.

Essa possibilidade decorre do disposto no art. 929 do Código Civil o qual determina que: "se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-à direito à indenização do prejuízo que sofreram"¹⁵⁹.

A segunda exceção diz respeito a quando o agente, incumbido de legítima defesa ou exercício regular do direito, por *aberratio ictus*, atingeum inocente que não foi responsável pela agressão, devendo nesse caso, ressarcir danos morais e matérias possivelmente causados a este¹⁶⁰.

No tocante a legítima defesa putativa, Junior ensina que não faz coisa julgada no cível, ou seja, não impede a vítima de entrar com ação de indenização, a decisão na esfera criminal que teve como base essa legítima defesa, pois considera a discriminante putativa como figura inerente da área penal a qual não opõe futura indenização¹⁶¹.

¹⁵⁶MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 73.

¹⁵⁷BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

¹⁵⁸NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240-241.

¹⁵⁹BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212.

¹⁶⁰BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

¹⁶¹JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**.4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 419.

Concordando com tal entendimento, Bonfim aduz que a jurisprudência majoritária considera que no caso da legítima defesa putativa, não se exclui a responsabilidade de reparar danos cíveis como ocorre com a legítima defesa real, pois se trata de erro de fato, ao qual não se aplica o art. 65 do Código de Processo Penal¹⁶².

O art. 386 do Código de Processo Penal prevê hipóteses hábeis a gerar absolvição do réu, dentre as quais algumas impedem futura ação civil de conhecimento, enquanto outras não. A seguir, será verificada cada uma dessas causas.

Primeiramente, denota-se que se a sentença foi prolatada absolvendo-se o acusado, tendo em vista estar provada a inexistência do fato (art. 386, I, CPP), esta faz coisa julgada no cível e impede o ajuizamento de ação civil de ressarcimento, pois o magistrado entende não ter ocorrido o fato material, excluindo qualquer ligação com informações subjetivas do tipo penal¹⁶³.

Para Junior, reconhecida a inexistência do fato e fazendo essa sentença coisa julgada também na esfera civil, atinge-se o objetivo de primar pela consistência e confiabilidade do sistema jurídico, evitando-se conseqüentemente, decisões extremamente contraditórias¹⁶⁴.

Tal entendimento decorre do previsto no art. 66 do Código de Processo Penal, apesar de proferida sentença absolutória na esfera criminal, ação civil pode ser ajuizada, desde que não haja reconhecimento categórico da inexistência material do fato¹⁶⁵.

Hipótese totalmente distinta acontece com base no inciso II do art. 386 do Código de Processo Penal, pelo qual a absolvição do réu se deu apenas por insuficiência de provas para ensejar a condenação criminal, prevalecendo nesse caso o *in dubio pro reo*, princípio que não deve ser aplicado na esfera civil. Sendo

¹⁶²BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237.

¹⁶³SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248.

¹⁶⁴JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**.4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 417-418.

¹⁶⁵BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 625.

assim, não há impossibilidade para que a existência do fato e possíveis danos por ele gerados sejam novamente discutidos no âmbito civil¹⁶⁶.

Até porque, uma prova incapaz de ir de encontro com o princípio da presunção de inocência no processo penal, pode ser satisfatória para a procedência do pedido do autor no juízo civil¹⁶⁷.

Com relação ao fato não constituir infração penal (art. 386, III do Código de Processo Penal), entende Távora e Alencar que este pode não estar encaixado na tipificação penal, contudo, pode configurar ilícito civil, sendo que nesse caso, se um dano foi causado, a ação de indenização será admissível¹⁶⁸.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que nem todo ato ilícito civil alcança um bem jurídico-penal, isto porque, tratam-se de áreas de proteção diferentes, sendo possível à vítima ajuizar a respectiva ação de indenização quando o fato é atípico, conforme estabelece o art. 67, III, do CPP¹⁶⁹.

No que tange a absolvição do réu baseada na prova de que este não concorreu para a infração penal, ou seja, possibilidade prevista no art. 386, IV do Código de Processo Penal, a qual foi incluída pela lei 11.690/2008, denota-se a proibição de ajuizamento da ação civil, pois não se permite mais a discussão acerca dessa questão no juízo civil a fim de evitar contradições e se garantir credibilidade às decisões judiciais¹⁷⁰.

No mesmo norte, Bonfim aduz que a absolvição do réu baseada na existência de prova de que este não tenha concorrido para a infração penal, exclui a responsabilidade de algum dano decorrente exclusivamente do fato apurado na esfera penal, em decorrência do disposto no art. 935 do CC¹⁷¹.

Diante desses argumentos, evidente que se o juiz criminal reconhece que o réu não foi o autor da infração penal e nem concorreu para que ela acontecesse,

¹⁶⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

¹⁶⁷ JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418.

¹⁶⁸ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

¹⁶⁹ JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418.

¹⁷⁰ JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418.

¹⁷¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239.

não pode um juiz civil posteriormente alegar o contrário, sob pena de afetar a eficácia da justiça, razão pela é impedido o ajuizamento da ação de ressarcimento no âmbito civil¹⁷².

Todavia, o art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal não deve ser confundido com a hipótese anterior, haja vista que aqui não existe prova de o réu ter concorrido para a infração penal. Isto porque, "a instrução probatória foi deficitária, de sorte que a dúvida implica em absolvição"¹⁷³.

Além do mais, denota-se que a prova para condenação do acusado como autor da infração penal foi escassa, visto a exigência probatória que vigora no processo penal, motivo pelo qual não há empecilho para a ação de indenização na esfera civil, a qual possui um nível de exigência probatória inferior a esfera criminal¹⁷⁴.

Nessa conjuntura, pode-se afirmar que a diferença básica entre o inciso IV e o V do art. 386 do CPP, é de que no primeiro se trabalha com o aspecto da certeza, pois se conseguiu provar que o réu não concorreu para a infração penal, enquanto no segundo paira a questão da dúvida, porquanto as provas dos autos não terem sido exaustivas a fim de comprovar a participação do réu na infração penal¹⁷⁵.

A situação descrita no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, em que o réu é absolvido por existir circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência, na concepção de Junior, em regra, a ação indenizatória estará impedida de ser ajuizada¹⁷⁶.

Por outro lado, Távora e Alencar, afirmam que o reconhecimento de alguma excludente de ilicitude no âmbito penal, na maioria das vezes impede ajuizamento da ação indenizatória, contudo, no que refere as excludentes de

¹⁷² GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri** (Lei 11.689/2008) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 307-308.

¹⁷³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009, p. 186.

¹⁷⁴ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I.4**.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 418.

¹⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri** (Lei 11.689/2008) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 307-308, p. 306.

¹⁷⁶ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I.4**.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 419.

culpabilidade, estas não criam obstáculo ao ajuizamento da ação civil de reparação do dano¹⁷⁷.

Na mesma linha de raciocínio, Souza e Silva ensinam que:

Está impedida a ação civil para reparação do dano quando a absolvição tem alicerce em causa que exclua a ilicitude [...]. Não obsta, entretanto, a propositura da ação civil para reparação do dano, a absolvição com alicerce em causa que exclua a culpabilidade [...]¹⁷⁸.

Já para Capez, a absolvição do réu tendo como fundamento o inciso em questão, de nenhuma forma impede a vítima de ajuizar ação indenizatória civil¹⁷⁹.

No tocante ao inciso VII do art. 386 do Código de Processo Penal, urge destacar que se há dúvida quanto à prova ensejadora da condenação, novamente o princípio do *in dubio pro reo* deve prevalecer e outra não pode ser a decisão senão a de absolvição do acusado, contudo, a decisão baseada nesse argumento, não impossibilita a propositura da ação civil de reparação do dano¹⁸⁰.

Outrossim, como já foi anteriormente citado, tendo em vista a busca pela verdade real no processo penal, a exigência probatória é maior do que no âmbito civil, o que permite a condenação nessa esfera mesmo tendo sido a prova insuficiente para condenar na esfera criminal¹⁸¹.

Destarte, restou demonstrado que algumas circunstâncias impedem e outras não, a responsabilidade civil por danos eventualmente causados, após o réu ser absolvido na esfera criminal.

Isso porque, as condições exigidas para a condenação podem ser distintas daquelas estabelecidas para a reparação do dano, porém, o juízo cível não pode contradizer decisão tomada pelo juízo penal e nem deixar de conhecer fatos já manifestos nesse juízo¹⁸².

¹⁷⁷ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Jus PODIVM, 2009.

¹⁷⁸ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 248-249.

¹⁷⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 212.

¹⁸⁰ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 249.

¹⁸¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 420.

¹⁸² BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**: 5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 238.

4 A SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E A MODIFICAÇÃO TRAZIDA PELA LEI 11.719/08

O provimento judicial deve ser entendido como a exteriorização da ideia do magistrado no processo judicial, por meio do qual este pode dar impulso ao caso, resolver questão incidental ou o próprio mérito¹⁸³.

Nessa esteira, denota-se que parte da soberania do Estado democrático de direito é manifestada pelo poder de deliberação exercido pela figura do julgador, o qual efetua ações encadeadas a fim de proferir o ato mais importante do processo, qual seja a sentença, que nada mais é do que a forma de se materializar o anseio da lei¹⁸⁴ e a afirmação do direito na situação concreta¹⁸⁵.

A palavra sentença pode ser entendida em seu sentido amplo, o qual abrange qualquer declaração do julgador no decorrer do processo, umas com alcance maior e outras menor de intensidade, ou em seu sentido estrito, que deve ser compreendido como a decisão definitiva proferida pelo magistrado, por meio da qual este soluciona a causa e decide o mérito¹⁸⁶.

Com relação ao Código de Processo Penal, este entende que "sentença é apenas a decisão que julga o mérito principal, ou seja, a que condena ou absolve o réu. É a sentença definitiva ou sentença em sentido estrito"¹⁸⁷.

Nesse sentido, conforme leciona Carmona, as sentenças penais são aquelas que concluem o processo, sendo que podem apresentar caráter declaratório, condenatório ou constitutivo¹⁸⁸.

Após essa breve concepção acima, urge destacar a conceituação de sentença penal condenatória, que para Tourinho Filho é quando a pretensão de

¹⁸³ MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

¹⁸⁴ AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 335.

¹⁸⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 283.

¹⁸⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 822-823.

¹⁸⁷ PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006, p. 764.

¹⁸⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 95.

punir do Estado é julgada procedente total ou parcialmente, aplicando-se uma sanção ao acusado pelo delito¹⁸⁹.

Na mesma linha de pensamento, pode-se analisar a sentença penal condenatória sob dois aspectos, o primeiro é de que essa decisão visa declarar que há descumprimento de fundamento derivado da norma penal e o segundo é a própria aplicação da pena, pela qual se permite uma concreta utilização da força coercitiva do Estado¹⁹⁰.

Por isso, esse tipo de sentença é considerado a forma de consolidação da norma abstrata, sendo que para ser proferida, imprescindível a comprovação da responsabilidade ou de um fato típico e culpável¹⁹¹.

4.1 CARACTERÍSTICAS DA SENTENÇA

Há uma discussão pelos processualistas acerca da característica principal da sentença ou de sua natureza jurídica, na medida de verificar se a sentença é um juízo lógico, por meio do qual se efetua um simples emprego mecânico das leis aos fatos, ou se o elemento básico da sentença é um ato de vontade.

Realmente, no momento da prolação de alguma decisão, o julgador primeiramente usa sua sensibilidade, seus anseios e seu modo de enxergar o mundo. De modo que o julgamento será sem dúvida, considerado ato humano proferido com certo grau de subjetividade¹⁹².

Não pode se negar, contudo, que não obstante esse ato de emoção, a sentença necessariamente deve ser sopesada como um ato lógico e racional, haja vista que o magistrado deve analisar as provas juntadas ao processo, bem como interpretar racionalmente a lei, a fim de aplicá-la com coerência ao caso em apreço¹⁹³.

¹⁸⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 789.

¹⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 498.

¹⁹¹ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 577.

¹⁹² MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 142.

¹⁹³ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 143.

Para Tourinho Filho existem na sentença dois elementos característicos, o emprego de um juízo lógico, ou seja, um juízo intelectual, bem como a afirmação da vontade, a qual é considerada como a própria decisão, pois nesse caso o julgador exterioriza ao caso concreto a pretensão da lei¹⁹⁴.

Os pensamentos acima descritos são corroborados com o entendimento de Aquino e Nalini:

Há um substrato lógico imprescindível, sempre mencionado na figura tradicional do silogismo – a premissa maior seria a norma jurídica, a menor o fato e a conclusão que se referiria à adequação entre ambas. Mas não é um silogismo puro, pois aplicável a realidades humanas. É também exteriorização da vontade estatal, impondo ao réu a interpretação válida sobre o alcance concreto do preceito normativo¹⁹⁵.

Dessa forma, sentença deve ser compreendida não apenas como uma atuação fundamentada na inteligência, porquanto ela também expressa a vontade e sentimentos do julgador e da lei na qual ela foi baseada.

Sob outro aspecto, em razão da sentença ser um ato jurídico-processual, esta precisa conter todas as formalidades indicadas na lei, "para que tenha existência, validade e eficácia jurídica"¹⁹⁶.

Essas formalidades estão previstas no Código de Processo Penal, o qual estabelece que:

Art. 381. A sentença conterá:
I – os nomes das partes ou, quando não for possível, as indicações necessárias para identificá-las;
II – a exposição sucinta da acusação e da defesa;
III – a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;
IV – a indicação dos artigos de lei aplicados;
V – o dispositivo;
VI – a data e assinatura do juiz¹⁹⁷.

¹⁹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 789.

¹⁹⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 336.

¹⁹⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 823.

¹⁹⁷ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

Nesse âmbito, a maior parte da doutrina está habituada em dividir os requisitos formais da sentença por meio da seguinte estrutura: "a exposição (ou relatório, ou histórico); a motivação (ou fundamentação) e a conclusão (ou decisão)"¹⁹⁸.

Contudo, segundo Tourinho Filhoa sentença é dividida em quatro elementos: "a) o relatório; b) a motivação ou fundamentação; c) o dispositivo, também chamado conclusão ou comando; e d) a parte autenticativa"¹⁹⁹.

Sob outra feição, Lima aduz que a sentença deve ser analisada quanto aos seus elementos formais intrínsecos, quais sejam, o relatório, a motivação e o dispositivo, além dos seus elementos formais extrínsecos, ou seja, a data e a assinatura do julgador²⁰⁰.

De qualquer forma, independentemente da divisão adotada, importante entender e conceituar todos os requisitos formais que devem ser respeitados pelo juiz no momento da prolação da sentença.

Pois bem, o relatório é o primeiro requisito intrínseco, sendo tratado nos dois primeiros incisos do art. 381 do Código de Processo Penal, sendo que nele deve constar além do que prevê expressamente o artigo citado, os acontecimentos fundamentais do decorrer do processo²⁰¹.

Assim, denota-se ser o relatório uma síntese do que aconteceu de primordial durante o feito, ou seja, um compêndio do processo²⁰², além de este consistir "no histórico do processo com o resumo da marcha do procedimento e seus incidentes mais importantes"²⁰³.

Em outras palavras:

Nesse relatório, o juiz deve, portanto, identificar as partes envolvidas, fazer um breve histórico dos fatos que estão em julgamento, um histórico ainda

¹⁹⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 483.

¹⁹⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 789.

²⁰⁰LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 824-825.

²⁰¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 789.

²⁰²TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação de pena e medida de segurança. 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 18.

²⁰³MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 483.

das provas realizadas nos autos e uma exposição resumida das teses sustentadas pela acusação e defesa. Assim, o juiz deve demonstrar no relatório que conhece bem a causa, as provas produzidas e, especialmente, todos os requerimentos e pretensões das partes²⁰⁴.

Corroborando com os entendimentos acima apontados, Demercian e Maluly afirmam não ser o relatório outra coisa, senão uma breve narrativa do processo, sendo também a ocasião apropriada para a declaração dos incidentes, das etapas do processo e das questões apontadas pelo autor e pelo réu, claro, sempre de forma concisa²⁰⁵.

O segundo requisito, qual seja o da motivação ou fundamentação da decisão, está previsto no art. 381, III, do Código de Processo Penal e art. 93, IX, da Constituição Federal e segundo Tourinho Filho: "feito o relatório, passa-se à motivação, por meio da qual o Juiz exterioriza o desenvolvimento do seu raciocínio para chegar à conclusão"²⁰⁶.

Referido requisito possui diversas particularidades e é muito importante, pois "a falta ou deficiência insanável da fundamentação se constituirá em nulidade absoluta"²⁰⁷, razão pela qual será o tema específico do tópico 4.2, em que será mais bem elucidado.

No tocante ao dispositivo ou conclusão, percebe-se que esse pressuposto é considerado o fim da sentença, por meio do qual o magistrado dispõe sobre o feito em análise e aplica a legislação ao caso real, devendo sempre primar pela harmonia da decisão com a fundamentação já proferida²⁰⁸.

Com isso, denota-se que o dispositivo é considerado a decisão propriamente dita, sendo que o juiz profere a decisão em face do réu, levando em conta o entendimento racional o promovido durante a motivação da sentença²⁰⁹.

²⁰⁴ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 151.

²⁰⁵ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 534.

²⁰⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 790.

²⁰⁷ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 824.

²⁰⁸ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 825.

²⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 485.

Na mesma linha de raciocínio, Tristão afirma ser na conclusão o momento em que o julgador coloca fim à demanda e especificando o direito aplicável ao episódio em discussão²¹⁰.

Por outro norte, nessa ocasião o juiz deve também atribuir pena ou absolver o acusado e além de fixar sanção, o magistrado deverá disponibilizar também possíveis benefícios legais que entender aplicáveis ao caso²¹¹.

Essa sentença pode ser processual ou de mérito, no primeiro caso a deliberação é apenas com relação às questões formais, de ordem ou discussão acerca da legalidade do processo, por outro lado, quando a decisão é de mérito a alteração é referente à existência ou não de um ato ilícito²¹².

Importante destacar que essa parte dispositiva é imprescindível para a sentença, até porque sua ausência importará, igualmente, nulidade absoluta, em decorrência do previsto no art. 564, IV, do Código de Processo Penal²¹³.

Há também os requisitos chamados de extrínsecos, quais sejam a data e a assinatura do juiz, este por sua vez, deve escrever a sentença "por seu próprio punho ou a máquina, o que é, aliás, usual. Neste caso, é necessário que rubrique todas as folhas, com exceção da última por trazer sua assinatura"²¹⁴.

A omissão de data na sentença não gera nulidade absoluta, porquanto pode ser corrigida por um carimbo de conclusão ou pela comprovação de recebimento do cartório, contudo, a falta de assinatura compõe vício incorrigível, como se a decisão nunca tivesse existido. Por outro lado, caso o juiz efetue rubrica ao invés de a própria assinatura, essa não acarretará nulidade absoluta²¹⁵.

Denota-se que as características mencionadas anteriormente, referem-se a todas as sentenças existentes, por isso, é imperioso uma análise mais detalhada da sentença penal condenatória e suas particularidades específicas, tendo em vista

²¹⁰ TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação de pena e medida de segurança. 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 20.

²¹¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 536.

²¹² SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 576.

²¹³ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286-287.

²¹⁴ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 287.

²¹⁵ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

que o tema principal desse trabalho é um dos requisitos exigidos do magistrado ao proferir esse tipo de sentença, o qual foi inserido pela lei 11.719/08.

Nessa esteira, evidente que a sentença penal condenatória, como qualquer outra sentença, deverá respeitar os elementos formais alusivos à exposição, motivação e conclusão²¹⁶, contudo, deve observar também, as exigências descritas no art. 387 do Código de Processo Penal, na medida em que o dispositivo dessa sentença conterá as requisições previstas no referido artigo²¹⁷.

Com isso, determina o Código de Processo Penal que:

Art. 387. O juiz, ao proferir a sentença condenatória:

I – mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no Código Penal, e cuja existência reconhecer;

II – mencionará as outras circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na aplicação da pena, de acordo com o disposto nos arts. 59 e 60 do Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III – aplicará as penas de acordo com essas conclusões;

IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido;

V – atenderá, quanto à aplicação provisória de interdições de direitos e medidas de segurança, ao disposto no Título XI deste Livro;

VI – determinará se a sentença deverá ser publicada na íntegra ou em resumo e designará o jornal em que será feita a publicação (art. 73, §1º, do Código Penal).

Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta²¹⁸.

Nesse âmbito, dentre esses requisitos enumerados pelo artigo acima citado, convém destacar o inciso IV, o qual foi inserido pela Lei n. 11.719/08²¹⁹. Tendo em vista o tema principal desse trabalho, ser justamente a inclusão do referido artigo na Lei Processual Penal brasileira, será efetuado uma apreciação mais aprofundada desse tópico no item 4.3.

²¹⁶ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 498.

²¹⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 152.

²¹⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

²¹⁹ BRASIL. Lei n. 11.719/08 de 20 de junho de 2008. **Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/Lei11719.htm**. Acesso em: 07 de junho de 2011.

4.2 MOTIVAÇÃO (NULIDADE POR FALTA)

O sistema jurisdicional pátrio possui como um dos seus princípios basilares, o princípio do livre convencimento motivado, o qual permite ao magistrado, por meio de uma liberdade cabal e incondicional, avaliar os fatos do processo e conferir valor a estes de acordo com a lei e sua consciência, a fim de solucionar o litígio²²⁰.

Nesse âmbito, Souza e Silva ensinam que o:

[...] princípio do livre convencimento do magistrado, também denominado "princípio da livre apreciação da prova, princípio da livre convicção motivada ou princípio do livre convencimento motivado", caracterizado pelo fato de a ele ser dado decidir baseado naquilo que emerge como verdade endoprocessual, amparado nos fatos que se encontram comprovados nos autos, ou seja, em conformidade com os fatos demonstrados por provas que se encontram nos autos do processo (o prudente arbítrio do juiz)²²¹.

No mesmo segmento, Lima dispõe que o referido princípio está ligado a possibilidade de o julgador atribuir importância à prova, sem, contudo, estar limitado a valor estipulado anteriormente em lei²²².

Em que pese o juiz utilizar-se de sua livre convicção, deverá indispensavelmente motivar todas suas decisões, em razão da necessidade de apresentar contas à coletividade e as partes do processo, além de buscar pela efetividade de uma transparência do poder judiciário²²³.

Isto decorre de uma garantia constitucional, na medida em que todos os julgamentos do Poder Judiciário devem ser públicos e as decisões fundamentadas, conforme estabelece o art. 93, IX, da Constituição Federal²²⁴.

²²⁰ AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 101.

²²¹ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.

²²² LIMA, Marcellus Polastrí. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 353.

²²³ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós-reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 42.

²²⁴ BRASIL. Constituição Federal (1988). VadeMecum. 9. Ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

Ademais, como já foi citado no tópico 4.1, um dos requisitos exigidos ao juiz no momento da prolação da sentença, é que este efetue a fundamentação da sentença, cobrança prevista no art. 381 do Código de Processo Civil²²⁵.

Partindo dessa premissa, entende-se que a motivação é uma forma de evidenciar se o magistrado agiu com abuso ou incorreu em falha ao apreciar as provas e os fatos no momento do julgamento da causa²²⁶.

Corroborando com esse entendimento, denota-se que apesar do livre-arbítrio do juiz para decodificar a lei, este precisa expor as causas que o levaram a decidir a lide, sempre, é claro, tendo como fundamento a comprovação dos fatos e a própria lei²²⁷, "possibilitando que dela tomem conhecimento as partes e o tribunal em apreciação de eventual recurso"²²⁸.

Para Noronha, é por meio da fundamentação que as partes poderão "apreciar a conveniência ou não de recorrer da sentença e se absterem, no caso de recurso, de discussões estéreis ou de pontos que não foram acolhidos no julgado"²²⁹.

Com isso, verifica-se que a motivação divide-se em motivação de direito e motivação de fato, em que a parte conclusiva da sentença será o emprego do direito ao fato concreto, pois o julgador levará em conta a intensidade e particularidades do caso e aplicará a norma específica²³⁰.

A esse respeito, Gomes Filho aduz ser a motivação um auxílio competente em face da subjetividade da persuasão do magistrado ao concluir sobre a veracidade dos fatos. Ademais, entende ser a finalidade das decisões judiciais, a busca pelo fim das desordens sociais por meio do direito, o qual deverá,

²²⁵ BRASIL. Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. **Vade Mecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

²²⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 790.

²²⁷ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 151-152.

²²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005, p. 484.

²²⁹ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286.

²³⁰ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 286.

impreterivelmente, constar na sentença sob a forma expressa das normas empregadas²³¹.

Convém destacar ainda, que é dispensável a alusão pelo juiz, de todas as provas juntadas no processo, devendo este, no entanto, exteriorizar principalmente aquelas responsáveis por influenciar na sentença final²³².

Sob outro enfoque, deve-se analisar que a fundamentação possui dois intuitos, sendo o primeiro uma garantia processual, pois permite às partes na hipótese de recurso da sentença, que efetuem suas razões levando em conta as causas expostas pelo julgador. Já a segunda finalidade, diz respeito a política, pois permite-se que a sociedade efetue uma fiscalização sumária das decisões judiciais, a fim de verificar se estas foram proferidas de forma plausível²³³.

Na mesma linha de raciocínio, Gomes Filho afirma que a fundamentação da sentença faz parte e aperfeiçoa o preceito de garantias processuais existentes, sendo que seu efetivo cumprimento permite a aplicação de qualquer sanção pelo Estado Democrático de direito²³⁴.

Pode-se expor ainda que:

Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional²³⁵.

Por derradeiro, restou demonstrado a importância da motivação nas decisões proferidas nos litígios, pois com isso o magistrado evidencia que desempenhou com fidelidade o papel que lhe foi atribuído para conferir a prestação da tutela jurisdicional²³⁶ e até porque sua ausência constitui nulidade absoluta, nos termos do art. 564, IV, do Código de Processo Penal.

²³¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131-148.

²³² TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal: prática de aplicação de pena e medida de segurança**. 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 19.

²³³ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

²³⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.97.

²³⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 80.

²³⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal: volume 2**. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 790.

4.3 A NOVA REDAÇÃO LEGAL DO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL: VALOR MÍNIMO DO DANO

Como já foi citado no presente trabalho, vigora no direito processual brasileiro o sistema da independência relativa ou mitigada entre as esferas cível e penal, apesar disso, atualmente evidencia-se um rompimento na clássica separação entre essas duas esferas com a alteração trazida pela Lei 11.719/2008 ao art. 387, IV, do Código de Processual Penal²³⁷.

Para Lima, o legislador ao inserir referida mudança, adotou o sistema da adesão, podendo este ser considerado na sua forma parcial ou mitigada, haja vista a necessidade de o juiz arbitrar valor mínimo do dano cível na própria sentença criminal, nos termos do artigo acima citado²³⁸.

O Código de Processo Penal de 1941, no tocante a reparação do dano cível causado pela infração penal, previa possibilidade à parte ofendida, de execução da sentença condenatória criminal no juízo civil, antes, contudo, deveria efetuar a liquidação dessa sentença²³⁹.

Aludida modificação, como descreve Bonfim, foi efetuada para ampliar o dever do magistrado penal, o qual agora necessita arbitrar um valor mínimo para a reparação dos danos causados à vítima do delito penal na própria sentença criminal, propiciando que a parte execute o título judicial com pelo menos uma parte da sentença liquidada, sem detrimento, no entanto, de apurar o efetivo prejuízo ocasionado pela infração penal, possibilidade inserida pela modificação do art. 63, parágrafo único, do *Códex Processual Penal*²⁴⁰.

Nesse âmbito, Brito aduz:

²³⁷ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**.4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 414.

²³⁸ LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 237.

²³⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 210.

²⁴⁰ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 234.

Agora, com a inteligência do novo texto de lei, conferiu-se liquidez, ao menos em parte, ao título emanado da condenação penal definitiva. Possibilita-se, destarte, a imediata execução da quantia fixada pelo juiz criminal como mínima para a reparação dos danos causados pela infração, que não pode mais ser discutida pelo juízo cível em face, inclusive, da força própria da coisa julgada²⁴¹.

Com isso, denota-se que a transformação trazida à legislação processual penal, foi realizada para apressar, pelo menos de alguma forma, a satisfação do dano²⁴², tendo em vista que atende "a quatro principais objetivos: celeridade, eficiência, simplicidade e segurança"²⁴³.

Sobre o tema, ensina Moura que:

Considerando que o processo de liquidação nem sempre é rápido, pelo contrário, sendo comum que se arraste por considerável tempo, o ofendido se via privado de parte de sua reparação civil simplesmente porque a lei não previa essa possibilidade de cisão no processo de reparação civil²⁴⁴.

Na mesma linha de raciocínio, pode-se afirmar que a finalidade dessa norma que determina a fixação de um valor mínimo do dano na sentença criminal, é garantir uma prestação dos danos sofridos pela vítima do crime, de forma rápida e eficiente²⁴⁵.

É inequívoca a melhora proporcionada ao ofendido que sofreu prejuízos decorrentes de algum ato criminoso, na medida em que a parte agora é ressarcida de maneira menos burocrática²⁴⁶, além de uma evidente economia ao processo, em razão de o juiz cível não necessitar arbitrar valor anteriormente determinado pelo juízo penal²⁴⁷.

²⁴¹BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Recentes reformas processuais**. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 60.

²⁴²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 5.

²⁴³MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 298.

²⁴⁴MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 300.

²⁴⁵MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

²⁴⁶MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 300.

²⁴⁷ISHIDA, VálderKenji. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 72.

Sob outro ponto de vista, Junior expõe sua indignação acerca do tema, porquanto considerar impossível o processo penal abarcar também interesses privados, não devendo ser a mudança *in quaestio*, justificada pelo princípio da economia processual, pois serviu apenas para causar tumulto na esfera criminal, a qual é incapaz de julgar matéria completamente diversa da qual possui competência²⁴⁸.

Corroborando com tal entendimento, Oliveira afirma que a discussão dos prejuízos causados pela vítima na esfera criminal, acarreta prejuízos à ação penal, tendo em vista que caso seja aberta a instrução processual para a fixação da parcela mínima do dano, isso retardaria o curso da ação penal, causando desordem para a persecução penal²⁴⁹.

Como se percebe, a medida tem originado diversas polêmicas e discussões, pois conforme leciona Nucci, não especificou de maneira eficiente o procedimento para apuração dos danos sofridos, tampouco determinou o seu grau de alcance, ou seja, quais prejuízos podem ser pleiteados, bem como, nada se falou a respeito da legitimidade ativa²⁵⁰.

Pois bem, a primeira indagação a ser feita é quanto a legitimidade para essa reparação do valor mínimo do dano dentro do processo criminal, sendo que para Nucci, apenas a vítima pode requerer essa reparação²⁵¹.

Em entendimento diverso, Tourinho Filho afirma que o Ministério Público possui legitimidade para promover a execução dessa sentença criminal condenatória, especificamente se o ofendido for pobre e na comarca de abrangência não existir Defensoria Pública²⁵².

Na mesma perspectiva, Lima aduz que o ofendido passou a ter uma participação mais significativa dentro do processo penal e, conseqüentemente, será a parte interessada em comprovar suposto dano causado em decorrência do delito

²⁴⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 414.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 171-172.

²⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

²⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

²⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.

penal, o que não impede, contudo, o desempenho do Ministério Público nessa questão²⁵³.

Discute-se também acerca da possibilidade de o magistrado estipular essa indenização, sem que ninguém tenha solicitado, pois para Nucci:

[...] o juiz não teria condições de fixá-la de ofício, sem nenhum pedido. Afinal, não tendo havido requerimento expresso, inexistiria discussão nos autos em relação ao valor, motivo pelo qual seria incabível a fixação de um montante qualquer, que não foi objeto de debate entre as partes interessadas²⁵⁴.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. RES ENCONTRADA ESCONDIDA NAS VESTES DO ACUSADO. VÍTIMA QUE, JUNTAMENTE COM OS AGENTES PÚBLICOS, FAZEM BUSCAS NO LOCAL DOS FATOS E ENCONTRAM O APELANTE COM SEU COMPARSA. RECONHECIMENTO PROMOVIDO NAS DUAS ETAPAS PROCEDIMENTAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELO AGENTE, COM FUNDAMENTO NO ART. 387, INC. IV, DO CPP. DETERMINAÇÃO OPERADA, DE OFÍCIO, PELO JUÍZO A QUO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INDENIZAÇÃO QUE DEVE SER PLEITEADA PELA PARTE OFENDIDA, POR INTERMÉDIO DO ÓRGÃO MINISTERIAL. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE, EX OFFICIO²⁵⁵.

Destoa dessa posição Machado, o qual acredita independe de pedido expresso na denúncia ou queixa, para que o valor mínimo do dano seja estipulado²⁵⁶, pois conforme argumenta Tourinho Filho tendo em vista ser efeito automático da sentença penal condenatória, tornar certa a obrigação de reparar os

²⁵³LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁵⁴NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed.rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 235.

²⁵⁵SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2010.059383-6**, Terceira Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko. São José, j. em 30 de novembro de 2010. Disponível em <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>. Acesso em: 03 de junho de 2011.

²⁵⁶MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 68.

danos ocasionados à vítima, nada impede que o magistrado criminal atribua antecipadamente um valor mínimo a título de indenização²⁵⁷.

No mesmo raciocínio, é o entendimento da jurisprudência:

USO DE PULSEIRA ELETRÔNICA E PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO QUE NÃO PROCEDEM. Como ressaltou o Procurador de Justiça, analisando o pedido de uso de pulseira eletrônica e o pedido do não pagamento da indenização estabelecida na sentença, "Sem razão a defesa quando postula a concessão do uso de pulseira eletrônica ao apenado... Cumpre salientar que o Projeto de Lei nº 175 de 2007 foi vetado parcialmente pela Lei nº 12.258, de 15 de junho de 2010... Quanto à indenização fixada em favor da vítima, nos termos do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, está-se diante de uma norma cogente, de cumprimento, obrigatório, independente de qualquer pedido a respeito por parte da vítima ou de seu representante legal." DECISÃO: Apelo defensivo desprovido. Unânime²⁵⁸.

Outro questionamento que se faz, é quanto à abrangência do dano estipulado no dispositivo legal aqui estudado, para Mendonça:

Nada impede que o magistrado fixe todo o valor do dano, desde que haja elementos nos autos para tanto [...] a lei não faz qualquer ressalva se o dano é moral ou material [...] excluir a fixação do dano moral é negar vigência ao dispositivo em análise a uma série de crimes que não trazem qualquer violação material, mas sim predominantemente moral, como nos casos dos crimes contra a honra²⁵⁹.

Pode-se afirmar ainda, que o dano moral é direito previsto constitucionalmente, podendo sim ser objeto de liquidação, desde que comprovados:

[...] a violação à honra, à intimidade, à vida privada, à imagem e ao decoro da vítima, humilhando-a ou infligindo-lhe profundo sofrimento psicológico. Importante notar a ressalva do art. 186 do Código Civil, quando permite a reparação do dano, ainda que exclusivamente moral²⁶⁰.

²⁵⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 6.

²⁵⁸RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70038662334**, Sétima Câmara Criminal, Rel. Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, j. em 16 de dezembro de 2010. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70038662334&requi_redfields=. Acesso em: 03 de junho de 2011.

²⁵⁹MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**: comentada - artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p. 235.

²⁶⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 211.

Em outra direção, Machado dispõe ser a aludida indenização, somente com relação aos prejuízos patrimoniais sofridos pela vítima, em razão de os possíveis danos morais suportados, deverem ser pleiteados diretamente no âmbito civil²⁶¹.

Com efeito, a nova redação do art. 387, IV, do Código de Processo Penal deve ser entendida de maneira restrita, na medida em que os danos que podem ser fixados na sentença criminal são os prejuízos materiais, sendo impossível aumentar a instrução criminal a fim de discutir danos morais ou danos emergentes²⁶².

Até porque, a intenção do legislador com a ampliação do poder do magistrado de fixar valor mínimo do dano na própria sentença criminal, foi agilizar o ressarcimento da vítima nos casos em que a lesão for evidente e não quando a dor tiver que ser quantificada, como na hipótese de determinação de indenização a título de dano moral²⁶³.

Confirmando tal entendimento, colhe-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. PARCIAL CONHECIMENTO DO APELO. Não tendo sido arguidas as teses de legítima defesa e ausência de animus necandi em plenário, a defesa não possui interesse recursal para, com elas embasar pedido de renovação do julgamento. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DA VÍTIMA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. Somente se renova o julgamento sob o argumento de contrariedade à prova dos autos, quando a decisão dos jurados se caracterizar pela arbitrariedade, ou seja, quando não for plausível ou aceitável diante do caderno probatório. A existência de mínimo suporte a decisão do Conselho de Sentença, impede a renovação do julgamento. Ao juiz togado, em sede recursal, é vedado ponderar pela melhor versão apresentada no processo, pois esta incumbe aos jurados, sob o manto da garantia da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII, "c", da CF). Decisão que encontra amparo no depoimento da única testemunha presencial do delito, que apontou ter a ofendida sido agredida pelo acusado de forma repentina e inesperada. AUSÊNCIA DE MOTIVO. QUALIFICADORA. MOTIVO FÚTIL. NÃO CONFIGURADA. A ausência de motivo não pode ser considerada como motivo fútil, muito embora possa representar maior reprovabilidade da conduta, em observância do princípio da reserva legal. Precedente do STJ. MINORANTE DO ART. 29, § 1º, DO CP. INAPLICABILIDADE. NÃO SUSCITADA EM PLENÁRIO. ART. 483, IV, CPP. PENA-BASE REDUZIDA. Presente duas circunstâncias judiciais,

²⁶¹ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 238.

²⁶² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

²⁶³ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 300-301.

impõe-se pequeno desprendimento do piso legal. Redimensionamento da basilar. ART. 387. IV. CPP. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE. A indenização reparatória mínima fixada na seara penal somente compreende a indenização a título de dano patrimonial, não moral. Apelo parcialmente conhecido. Por maioria, apelo parcialmente provido²⁶⁴.

Ad argumentandum, urge destacar que a inovação presente no Código de Processo Penal não pode ir de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais são previstos na Carta Constitucional, pois no momento de fixação do valor referente a indenização devida, deve ser primado pelo devido processo legal às partes.

Acerca do tema, convém mencionar o ensinamento de Mendonça, o qual determina que:

Não pode o magistrado, sem que o réu tenha se manifestado expressamente sobre o valor do dano, condená-lo, pois isto feriria o princípio do devido processo legal. Desta feita, caso o magistrado vislumbre a possibilidade de fixação de valor, mesmo que mínimo, deve determinar que a defesa se manifeste. O ideal é que o réu já o faça, por meio de seu advogado, desde o início do processo, quando da apresentação da resposta escrita²⁶⁵.

Outro não é o entendimento dos Tribunais:

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO - AUTORIA E MATERIALIDADE - PROVA SUFICIENTE - CONFISSÃO DO ACUSADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - REPARAÇÃO CÍVEL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - ISENÇÃO - NÃO CABIMENTO - FIXAÇÃO DO 'QUANTUM' NA SENTENÇA - INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO - EXCLUSÃO. - Estando comprovadas a autoria e a materialidade diante dos elementos probatórios, em especial pela confissão do réu, inviável se falar em absolvição. - A condenação do acusado, baseada no dispositivo do ART. 387, IV, do CPP, para fins de reparação dos danos causados à vítima, é matéria de natureza indenizatória, afeta à execução na esfera cível, não confundindo sua natureza com a das custas processuais ou dos honorários advocatícios a que a Lei Federal nº 1.060/50 faz menção, para fins de isenção. - Consoante o entendimento jurisprudencial, após a reforma do Código de Processo Penal, trazida pela Lei nº 11.719/2008, que alterou o inciso IV do ART. 387 do CPP, passando a considerar a fixação do valor mínimo da indenização como um dos efeitos automáticos da sentença penal condenatória, tornou-se imperiosa, para que não haja lesão aos princípios processuais e constitucionais, especialmente

²⁶⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70031599012**, Segunda Câmara Criminal, Rel^a. Marlene Landvoigt, Tucunduva, j. em 26 de abril de 2011. Disponível em

http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70031599012&requi redfields=. Acesso em: 03 de junho de 2011.

²⁶⁵MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**: comentada - artigo por artigo. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009, p. 233.

o que assegura a ampla defesa e o contraditório (ART. 5º, LV, da CR/88), a apuração do prejuízo sofrido pelo ofendido, devendo ser oportunizado ao réu momento processual para exercer sua ampla defesa²⁶⁶.

Assim, denota-se não ser pacífico os entendimentos sobre a inserção da possibilidade do magistrado arbitrar o dano mínimo na sentença criminal, contudo, há uma certeza de que a intenção do legislador ao acrescentar referida modificação, era de valorizar a vítima que sofreu um delito e ao mesmo tempo um ilícito civil, a fim de que está tenha uma imediata prestação da tutela jurisdicional.

Ademais, demonstra-se importante para a celeridade e economia processual, a modificação trazida ao Código de Processo Penal pelo art. 387, IV, entretanto, é indispensável seja aplicado com cautela o dispositivo legal.

Evidente também, que para alguns essa busca pela satisfação da pretensão da vítima, é alheia a estrutura e aos princípios norteadores do Processo Penal²⁶⁷.

Por isso, apesar da leitura literal do artigo aqui estudado, demonstrar que a fixação do valor mínimo do dano é um comando ao magistrado e não uma faculdade, em alguns casos este pode verificar que não possui elementos suficientes para tanto.

Nesse sentido, traz-se à baila julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES. TENTATIVA. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. MATERIALIDADE E AUTORIA. Ocorrência do fato comprovada nos autos. O réu foi silente na fase inquisitiva e não apresentou sua versão em juízo, pois revel, mas a autoria ficou evidenciada, diante dos depoimentos da vítima e dos policiais que atenderam a ocorrência, sendo preso em flagrante o acusado, em poder das barras de ferro retiradas da construção da vítima, não sendo possível acolher a tese da defesa de que não teria ocorrido o furto, pois não se tratava de coisa abandonada. PENA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO. Pena-base reduzida para seis meses acima do mínimo legal,

²⁶⁶BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0694.09.051381-3/001**, Rel. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, Belo Horizonte, j. em 17.12.09. Disponível em

http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=0513813&dvCNJ=43&anoCNJ=2009&origemCNJ=0694&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=08%2F06%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=79263&pesquisar=Pesquisar. Acesso em: 03 de junho de 2011.

²⁶⁷JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I.4.ed. rev. e atual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 415.

diante dos vetores do art. 59 do CP, mantidos o acréscimo de seis meses, pela reincidência e a redução de metade, pela tentativa. Pena definitiva de 01 (um) ano de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, à razão unitária mínima. REPARAÇÃO DO DANO. Diante do novo art. 387, IV, do CPP, por força da Lei nº 11.719/2008, deve ser fixada na sentença indenização à vítima, desde que comprovado o dano, o que não ocorreu no presente processo. Indenização afastada. APELO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO²⁶⁸.

Isto porque, a lide pode demonstrar-se complexa ou não haver provas que possibilitem a fixação pelo menos do valor mínimo da reparação, devendo nesse caso, o julgador explanar os motivos que o impossibilitam²⁶⁹.

Assim sendo, as inovações que se visam obter no processo penal, apenas irão atingir seu escopo se houver modificação no que tange a aplicação das normas processuais por meio de seus princípios basilares²⁷⁰.

5 CONCLUSÃO

Quando se trata de reparação dos danos cíveis ocasionados pelo delito penal, é sabido que estes podem ser pleiteados de maneira independente da ação penal, por meio de uma ação de conhecimento, ou com a execução da sentença penal condenatória, a qual possui como um dos efeitos, tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime.

Partindo dessa premissa, convém destacar que antes do advento da Lei 11.719/08, a qual inseriu o inciso IV ao art. 387 do Código de Processo Penal, era obrigação da vítima, liquidar o valor do prejuízo sofrido antes de executar a sentença penal condenatória no juízo cível.

Depois da referida inserção, foi proporcionado ao ofendido que ao menos um valor mínimo a título de indenização, fosse liquidado na própria esfera criminal, a fim de que a parte conseguisse executar diretamente o título executivo formado pela

²⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70039587472**, Oitava Câmara Criminal, Rel. Isabel de Borba Lucas, Santa Maria, j. em 04 de maio de 2011. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70039587472&requi_redfields=. Acesso em: 03 de junho de 2011.

²⁶⁹ MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 269.

²⁷⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 300.

sentença condenatória transitada em julgado, sem precisar, contudo, efetuar a devida liquidação.

Percebe-se que, *a priori*, aludida modificação foi efetuada para proporcionar celeridade para o ressarcimento dos danos causados à vítima que também sofreu um ilícito penal, sendo amplamente defendida por muitos doutrinadores.

Por outro lado, para alguns, o processo penal não pode ser responsável também por cuidar de interesses particulares, mesmo que isso acabe proporcionando a economia processual, sendo que a alteração mencionada serviu apenas para causar desordem ao juízo criminal.

Sob outro aspecto, restou demonstrado posicionamento no sentido de aceitar que o arbitramento do valor mínimo do dano na sentença criminal seja efetuado de ofício pelo magistrado, o que para outros pensadores é completamente absurdo, porquanto considerarem obrigatória a manifestação da parte interessada em ver reparados os prejuízos sofridos.

Ainda, discutiu-se a possibilidade de arbitramento de valor mínimo com relação aos danos morais, o que para alguns é sim possível, na medida em que estes se tratam de direito constitucional do ser humano.

Já para outros, a mudança inserida ao Código de Processo Penal deve ser entendida de maneira muito restrita, considerando-se que apenas os danos materiais, ou seja, aqueles que podem ser comprovados de plano no processo podem ser arbitrados na sentença penal condenatória.

Com isso, restou demonstrado que está longe de se ter uma unanimidade nas questões relativas a modificação acima mencionada, até porque, mesmo na jurisprudência não há nenhum acordo no tocante a todas as peculiaridades existentes sobre o tema.

Verifica-se, ante todas as doutrinas estudadas e todos os fundamentos jurídicos aqui mencionados, a importância de o ofendido ter seus prejuízos reparados da maneira menos onerosa possível, o que evidentemente se buscou com a introdução do inciso IV no art. 387 do Código de Processo Penal. Contudo, para que a justiça prevaleça, necessário que os operadores do direito busquem aplicar as normas processuais existentes em consonância com os princípios norteadores do processo, bem como com o fundamento maior, a Carta Constitucional.

REFERENCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASSIS, Araken de. **Eficácia civil da sentença penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito processual penal**: volume I - teoria, jurisprudência e mais de 1.000 questões comentadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009

BELO HORIZONTE. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal n. 1.0694.09.051381-3/001**, Rel. JOSÉ ANTONINO BAÍA BORGES, Belo Horizonte, j. em 17.12.09. Disponível em http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=0513813&dvCNJ=43&anoCNJ=2009&origemCNJ=0694&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=08%2F06%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=79263&pesquisar=Pesquisar. Acesso em: 03 de junho de 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**:5. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **VadeMecum**. 9. Ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, 07 de dezembro de 1940. **VadeMecum**. 9. Ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, 03 de outubro de 1941. **VadeMecum**. 9. Ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Lei n. 5.869, 11 de janeiro de 1973. **VadeMecum**. 9. Ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2010

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **VadeMecum**. 9. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Recentes reformas processuais**. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e Constituição**: princípios contitucionais do processo penal. 5. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito: novo procedimento do júri (Lei 11.689/2008) ...** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUNIOR. Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional volume I**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Manual de processo penal**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal: comentada - artigo por artigo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis Moura. **As reformas no processo penal: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 28. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2006

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70038662334**, Sétima Câmara Criminal, Rel. Sylvio Baptista Neto. Porto Alegre, j. em 16 de dezembro de 2010. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70038662334&requiredfields=. Acesso em: 03 de junho de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime n. 70031599012**, Segunda Câmara Criminal, Rel^a. Marlene Landvoigt, Tucunduva, j. em 26 de abril de 2011. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70031599012&requiredfields=. Acesso em: 03 de junho de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime nº 70039587472**, Oitava Câmara Criminal, Rel. Isabel de Borba Lucas, Santa Maria, j. em 04 de maio de 2011. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/busca/index.jsp?pesq=ementario&as_q=&as_epq=&as_oq=&as_eq=&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&btnG=Buscar&tb=jurisnova&partialfields=NumProcesso%3A70039587472&requiredfields=. Acesso em: 03 de junho de 2011.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Criminal n. 2010.059383-6**, Terceira Câmara de Direito Criminal, Rel. Des. Alexandre d'Ivanenko. São José, j. em 30 de novembro de 2010. Disponível em <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/acpesquisa!pesquisar.action>. Acesso em: 03 de junho de 2011.

SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós-reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, RosmarAntonni Rodrigues Cavalcanti de. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 1. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 31. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRISTÃO, Adalto Dias. **Sentença criminal**: prática de aplicação de pena e medida de segurança. 6. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004